

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CÓRDOBA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

CENTRO DE INVESTIGACIONES
JURÍDICAS Y SOCIALES

ANUARIO XV (2013-2014)

ABRIL, Ernesto; ADÉN, Ercilia; ALTAVILLA, Cristian; ÁVILA PAZ, Rosa;
AZAR, Aldo; BACH, Julia; BERGOGLIO, María I.; BONETTO, María S.;
BORGARELLO, Esther S.; BOSIO, Rosa; BRÍGIDO, Ana M.; CERUTTI, María del C.;
DORONI, Georgina; ETCHICHURY, Horacio; FARAONI, Fabián;
FORADORI, Laura; GAUNA, Gladys; GONZÁLEZ SALVÁ, Cecilia;
GRZINCICH, Claudia; JUÁREZ CENTENO, Carlos A.; JULIÁ, Marta S.;
LLAMOSAS, Esteban F.; LLOVERAS, Nora; OLIVARES, Nicolás E.; ORGAZ, Jorge;
ORLANDI, Olga; ORTIZ, María I.; PARISI, Mariela; PASTOR, Irma;
RICHARD, Efraín Hugo; RÍOS, Graciela; ROBLEDO, Diego; ROBLEDO, Federico;
ROBLEDO, Federico Justiniano; ROBLEDO, Miguel; RODAS PELUC, Juan P.;
ROSSETTI, Andrés; SAAD, Carla; SALA MERCADO, María V.; SALAS, Graciela R.;
SALASSA BOIX, Rodolfo; SCAVUZZO, Natalia; SILES, Matías H.;
STICCA, María A.; TORRES, Félix A.; TRUCONE BORGOGNO, Santiago;
ULLA, María C.; URIONDO, Amalia L.; URQUIZA, María I.;
VALAZZA, Renato; VILLEGAS, Candela; YORNET, Yésica E.

Copyright © 2015 by La Ley S.A.E. e I.
Tucumán 1471 (C1050AACC) Buenos Aires
Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723

Impreso en la Argentina

Printed in Argentina

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

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

Tirada: 300

I.S.S.N. 1667-6122
RNPI en trámite

AUTORIDADES
UNIVERSIDAD NACIONAL DE CÓRDOBA

RECTOR

Francisco TAMARIT

VICERRECTORA

Silvia BAREI

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

DECANO

Ramón Pedro YANZI FERREIRA

VICEDECANO

Lorenzo BARONE

CENTRO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS Y SOCIALES

DIRECTOR

Esteban F. LLAMOSAS

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 XV

Esteban F. LLAMOSAS

Elena GARCÍA CIMA

Carlos Julio LASCANO

Hugo SELEME

Ernesto REY CARO

María Alejandra STICCA (Secretaria)



Indexado en Catálogo y Directorio en el “Sistema Regional de Información en Línea para Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal (Latindex)”.

REGLAMENTO DEL ANUARIO - NORMAS EDITORIALES

1. Características del *Anuario*

El *Anuario* es una publicación científica, arbitrada, periódica (anual), cuyo propósito es difundir las investigaciones llevadas a cabo por los investigadores vinculados al Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, y los docentes de la Facultad de Derecho y Cs. Ss. de la U.N.C. Intenta presentar a la comunidad académica jurídica los resultados de los proyectos que tienen sede en el Centro, 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 temáticos afines.

3. Normas de recepción y arbitraje

El *Anuario* acusará recibo de los originales remitidos por los autores, que serán evaluados por el Comité Editorial y un evaluador externo, en lo que refiere a su relevancia académica, su originalidad y su estructura formal. Se comunicará a los autores la aceptación para publicar, o en su caso, la conveniencia de una revisión del original, o el rechazo de la solicitud. En caso de ser necesario se recurrirá a una segunda evaluación externa, notificándose a los autores de las decisiones adoptadas. Los autores serán informados de la fecha de recepción y de la fecha de aceptación de sus trabajos, lo que será asentado en la publicación.

4. 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.

5. Lineamientos del manuscrito

El manuscrito deberá seguir los siguientes lineamientos:

5.1. Forma del escrito

- El escrito debe estar impreso en hojas blancas, en papel tamaño A4, escrito de un solo lado y sin enmiendas, en 1 copia y en versión electrónica, letra Times New Roman, tamaño 12, a espacio simple. 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.

5.2. 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.

5.3. 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 estarán numeradas en el orden en que sean mencionadas. Cada tabla y figura llevará una indicación de la fuente de los datos.

5.4. Notas

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

- Apellido y nombre del autor con versalita;
- Título del trabajo en *bastardilla* sin comillas, si se trata de título de libro;
- 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 trate de obra conjunta, se indicará con letra 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.

6. Material a presentar con el artículo

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*.

7. 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.

8. Entrega de la publicación al Autor

Cada autor de trabajo publicado recibirá o tendrá a su disposición un ejemplar del Anuario.

UN CENTRO DE LA DEMOCRACIA

A fines de 2013, después de una larga preparación colectiva, el Directorio del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (Conicet), aprobó la creación de una Unidad Ejecutora de doble dependencia en nuestro Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales. La misma, que aguarda el llamado a concurso de autoridades para su efectiva puesta en planta, será la primera Unidad Ejecutora de investigación estrictamente jurídica en el país. Este logro, que enorgullece a la Facultad, no hubiera sido posible sin la constante preocupación por formar doctores e investigadores luego insertos en el sistema científico nacional. No fue sólo la historia bicentenaria de nuestra Facultad y su larga tradición en la formación jurídica, la que permitió la aprobación de la solicitud presentada, sino la notable cantidad de investigadores de carrera y becarios de distintas agencias que hoy radican sus proyectos y tienen su lugar de trabajo en el Centro de Investigaciones.

El CIJS nació con la democracia, y creciendo con ella, hoy se apresta a celebrar sus treinta años de vida. Creado en 1985 para la promoción de la investigación, la formación de investigadores y el estudio de problemas vinculados a la realidad jurídica nacional y local, ha llevado adelante la política de investigación de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales bajo circunstancias diversas. En este tiempo, ha vivido la euforia de la restauración democrática y ha sobrellevado con ingenio y vocación las crisis económicas, tratando de no apartarse del objetivo inicial de estimular una investigación científica pluralista y de formar mujeres y hombres que piensen el derecho desde una Universidad pública al servicio de la sociedad.

Este prólogo, además de dar cuenta de la tarea realizada en el bienio 2013-2014, pretende también rendir homenaje a todos los directores del CIJS, que junto a su equipo de colaboradores, en el contexto en que afrontaron su responsabilidad, contribuyeron a mantener en funcionamiento la institución, a la formación de investigadores, a la difusión y transferencia del conocimiento jurídico producido, y lo que es más importante, a la consolidación de un ámbito de pensamiento científico respetuoso de las diferentes metodologías y plural en valores, que se mantiene hasta hoy.

Por estos treinta años de investigación al servicio de la universidad pública, reciban en este prólogo un merecidísimo reconocimiento por su labor al frente de la institución, Ezio Masoni, Luis Marcó del Pont y Rolando Moroni Petit, que ya no están entre nosotros, y Carlos Lista, María Susana Bonetto, Ricardo Caracciolo, Liliana Iannaccone, Alberto Zarza Mensaque, Zlata Drnas de Clement y Consuelo Parmigiani de Barbará, directores y directoras de un centro constituido en democracia, defensor y portavoz de sus principios a través de la investigación jurídica y social.

En la actualidad, además de sus 12 investigadores de planta (sin contar a quienes han accedido recientemente a la jubilación, como Leopoldo Schapira, Elinor Bisig y María Inés Laje), el CIJS es el lugar de trabajo de 16 investigadores de carrera de Conicet, 24 becarios doctorales y postdoctorales de Conicet, 5 becarios doctorales de la Secretaría de Ciencia y Técnica de la UNC (Secyt), además de investigadores extranjeros que realizan breves estancias de trabajo. En este sentido, en los últimos dos años hemos recibido a profesores de Francia, España, Ecuador, Colombia y México, sin considerar aquellos que sólo nos han visitado por pocos días a fin de dictar una conferencia o un seminario. Por otra parte, el CIJS no solamente aloja en su espacio a investigadores de Abogacía, sino también de las escuelas de Trabajo Social y Ciencias de la Información, y de la Facultad de Filosofía y Humanidades.

Por otra parte, a través de la radicación de proyectos que deben superar una evaluación de admisión, el CIJS es el lugar de trabajo de 16 equipos de investigación dirigidos por profesores de la FDyCS, que llevan adelante planes anuales, contribuyendo así a la necesaria vinculación entre docencia e investigación que fortalece el perfil académico de la planta de profesores. Además de estos proyectos específicos del CIJS, también están radicados otros 33 que cuentan para su ejecución con subsidio de la Secyt.

Uno de los procesos más importantes que se vienen desarrollando en los últimos años, es el notable incremento de investigadores jóvenes con lugar de trabajo en el CIJS. Incentivados por una política nacional que ha aumentado la oferta y monto de las becas y por una política de nuestra Facultad que promueve la realización del doctorado, el Centro se ha poblado de becarios que utilizan sus espacios, no sólo para llevar adelante sus proyectos individuales, sino también para coordinar seminarios, grupos de discusión y participar de las actividades colectivas que la institución propone. Al mismo tiempo, el Centro contribuye a mantener activa la cantera de futuros investigadores, con la incorporación de graduados y estudiantes como Asistentes y Ayudantes de Investigación a los proyectos radicados; con la oferta del curso de “Tutorías de Investigación” para los alumnos de grado, desde 2013 admitido otra vez como materia opcional de la carrera; y con la constante renovación de las becas de pregrado (20), que se convierten para muchos en el primer paso de su carrera de investigadores, además del contacto inicial con la investigación formalizada y tutorizada. En el mismo sentido, las “Jornadas de Jóvenes Investigadores”, cuyo impulso se debió al Dr. Hernán Bouvier, revitalizadas desde 2013, aumentan cada año su cantidad de inscriptos y se han vuelto una saludable tradición del CIJS.

Otro de los aspectos a destacar del bienio informado, es la multiplicación de seminarios y cursos ofrecidos por el CIJS. Algunos transfieren y comparten con la comunidad académica los resultados de los proyectos de investigación, otros profundizan y discuten lecturas y autores específicos, y otros problematizan y proponen soluciones para la realidad jurídica local y nacional, desde las más variadas perspectivas teóricas, metodológicas y políticas. A los ya consolidados seminarios sobre “Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes” dirigido por la Dra. María Inés Laje; “Método de Casos” dirigido

por el Dr. Andrés Rossetti; “Derecho Ambiental” dirigido por la Dra. Marta Juliá; “Simulación internacional de relaciones exteriores vía Internet”, dirigido por el arquitecto Leopoldo Schapira; “Interdisciplina” dirigido por el Dr. Aldo Azar; y el grupo de “Teletrabajo” dirigido por la Prof. Carla Saad, se han sumado seminarios sobre fiscalidad ambiental, derecho penal, salud mental, historia crítica del derecho, cruces entre diversas tradiciones filosóficas, derecho de la vejez, ética política y ejercicio de los cargos públicos, derecho de familia, código de faltas, argumentación jurídica y moral, derecho cooperativo, filosofía jurídica, metodología de investigación en derecho internacional, la tensión público-privado en el derecho, y republicanismo, entre otros. Desde 2013, además, se lleva adelante el Ciclo “Pensando desde el Centro”, que permite la difusión y discusión entre colegas del avance de los proyectos que actualmente se desarrollan en el CIJS.

En 2013 se realizaron 30, y en 2014, 33 seminarios y cursos. A alcanzar estos números contribuyó decisivamente el “Programa de Ética y Teoría Política”, dirigido por el Dr. Hugo Seleme, con una intensa actividad y un fuerte compromiso social con los debates jurídicos del presente. A los posicionamientos sobre violencia institucional que este Programa ha manifestado desde el CIJS, la institución también se ha expresado colectivamente a favor de la legalidad, condenando los intentos de justicia privada que se reiteraron en Córdoba entre fines de 2013 y comienzos de 2014. Por otra parte, desde este último año se implementa en el CIJS un proyecto colectivo, llevado adelante por investigadores provenientes de diferentes áreas disciplinares. Se trata del Proyecto de Responsabilidad Social Universitaria, “Desafíos actuales para la construcción de desarrollo sustentable. Una apuesta del CIJS para la creación de valor social, ambiental y ético (2014-2015)”, que además de promover la conciencia ambiental en el propio ámbito de trabajo, plantea un claro compromiso hacia la comunidad, plasmado en una tarea de extensión universitaria ya iniciada con alumnos de dos escuelas urbano-marginales de la ciudad de Córdoba.

En relación a la transferencia del conocimiento producido hacia el resto de la comunidad académica de nuestra Facultad, se han realizado en el período, como siempre a fines del mes de octubre, las XIV y XV “Jornadas de Experiencias en Investigación”, con numerosas ponencias organizadas en las comisiones de Derecho Público, Derecho Privado y Ciencias Sociales y Humanas. Por otra parte, se publicó en 2014 el “Anuario XIV” del CIJS, con más de 50 artículos sometidos a referato. Nuestro Anuario, a partir de este número, y luego de sortear con éxito la evaluación correspondiente, ya se encuentra incluido en el “Sistema Regional de Información en Línea para Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal (Latindex)”, tanto en Catálogo como en Directorio, lo que refuerza el compromiso con los controles de su nivel científico y lo vuelven una atractiva posibilidad de publicación para los investigadores que periódicamente deben informar de su producción a las agencias de las que forman parte.

Además del “Anuario”, el CIJS ha brindado el auspicio editorial, luego de pasar por la instancia de referato, a otras publicaciones de sus investigadores,

entre las que destacan los libros coordinados por Andrés Rossetti y Magdalena Álvarez, “Derecho de huelga y derecho a la protesta social” (2013), y por Elinor Bisig, “Jóvenes y seguridad. Control social y estrategias punitivas de exclusión. El código de faltas de la provincia de Córdoba” (2014).

Otra de las políticas que la dirección ha llevado a cabo se relaciona con la refuncionalización de la biblioteca, a fin de su mejor utilización por los investigadores. A tal fin, gracias a la obtención de un subsidio PAMEG, se ha efectuado el relevamiento de los fondos por personal especializado, se los ha recatalogado, reordenado, y se los está cargando en una nueva base de datos que permita una mayor agilidad y seguridad en los préstamos. Asimismo, con el subsidio se ha comprado nuevo material bibliográfico sugerido por los propios investigadores, especialmente sobre metodología de investigación en ciencias sociales.

Al mismo tiempo, en el Laboratorio de Informática, los investigadores tienen acceso a las revistas científicas y demás publicaciones de la “Biblioteca Electrónica de Ciencia y Tecnología” del Ministerio de Ciencia y Tecnología de la Nación, y también de la “Biblioteca Electrónica VLEX”.

También se han convocado y resuelto, en el bienio, el concurso “Bicentenario de la Asamblea de 1813”, cuyos primeros premios, en sus respectivas categorías, obtuvieron el Dr. Alejandro Agüero y el Prof. Jorge Orgaz; y el concurso literario “Derecho cuenta el cuento”, con primeros premios en cada categoría para el Prof. Juan Carlos Ghirardi y el estudiante Jaime Paz Benard.

Por último, para cerrar este prólogo del Anuario XV, deseo destacar una de las condiciones previas que posibilitaron las múltiples actividades hasta aquí reseñadas. Desde comienzos de 2013, la gestión decanal de la Dra. Marcela Aspell realizó un gran esfuerzo presupuestario para refaccionar las instalaciones del CIJS y mejorar su infraestructura y equipamiento. En este sentido, se pintó por completo el interior del edificio, se reparó el sistema de cableado, se refaccionó la habitación del tercer piso permitiendo trasladar allí la cocina y ganar una sala con tres nuevos puestos de trabajo para investigadores, se compraron seis escritorios y diez sillas, un *locker* de doce casilleros, dos computadoras personales, dos impresoras y tres aires acondicionados frío/calor, que fueron ubicados en la Sala Ezio Masoni, en la oficina mayor del segundo piso y en la secretaría. Además, fruto de la colaboración de los investigadores y de la generación de fondos propios, se adquirieron un microondas y una heladera para equipar la nueva cocina.

Las mejoras edilicias, el nuevo equipamiento, contribuyen sin duda a permitir unas mejores condiciones de trabajo para los investigadores, y a estimular su presencia diaria y una rica interacción interdisciplinaria en este Centro.

No queda, entonces, más que agradecer, ahora que otro Anuario sale de la imprenta. Al personal administrativo sobre el que descansan las tareas más

cotidianas, a la coordinadora académica, Dra. Alejandra Sticca, y a la coordinadora de extensión, Prof. Isabel Alem de Muttoni, que integran la dirección del CIJS con dedicación y profesionalismo. Y especialmente, a los numerosos investigadores que desde aquí piensan, escriben y comparten su conocimiento, colocando su pequeña piedra en la construcción de un derecho mejor, y en definitiva, de una mejor democracia.

DR. ESTEBAN F. LLAMOSAS
Director

ÍNDICE GENERAL

SECCIÓN I

DERECHO PÚBLICO Y ANÁLISIS DE POLÍTICAS PÚBLICAS

LA COPARTICIPACIÓN DEL IMPUESTO AL CHEQUE. UN ANÁLISIS DE LAS RELACIONES INTERGUBERNAMENTALES A TRAVÉS DE UN ESTUDIO DE CASO <i>Cristian Altavilla</i>	3
DEBATES SOBRE DEMOCRACIA, PARTICIPACIÓN Y JUVENTUD <i>María Susana Bonetto</i>	27
LA IDENTIDAD NACIONAL Y LA NUEVA LEY DE MEDIOS AUDIOVISUALES 26.522 <i>Esther Susana Borgarello - Carlos Alfredo Juárez Centeno</i>	43
RESPONSABILIDAD POR PASIVOS AMBIENTALES MINEROS Y CIERRE DE MINAS. BREVE ANÁLISIS DE LOS MARCOS NORMATIVOS DE BOLIVIA, CHILE Y PERÚ <i>Georgina Daroni</i>	59
PROPIEDAD Y SEGURIDAD SOCIAL EN UN FALLO DE LA CORTE SUPREMA ARGENTINA. DERECHOS HUMANOS Y ESTATIZACIÓN DE APORTES A LAS AFJP <i>Horacio Javier Etchichury</i>	77
LA EDUCACIÓN AMBIENTAL Y LA FISCALIDAD AMBIENTAL: PUNTOS DE ENCUENTRO <i>María Laura Foradori - Rodolfo Salassa Boix</i>	89
LOS SENDEROS LEGALES E INSTITUCIONALES EN LAS POLÍTICAS AMBIENTALES <i>Marta Susana Juliá - María Carolina Ulla</i>	107
EL CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO DESDE UNA CONCEPCIÓN DEMOCRÁTICA DELIBERATIVA <i>Nicolás Emanuel Olivares</i>	123
PERSONAL CONTRATADO PARA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA <i>Irma Pastor de Peirotti - María Inés Ortiz de Gallardo</i>	141
DERECHO A LA SALUD DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD —A PROPÓSITO DE SU TUTELA JUDICIAL EFECTIVA EN LA VÍA DEL AMPARO, MEDIDAS AUTOSATISFACTIVAS Y TUTELAS ANTICIPADAS— <i>Federico Justiniano Robledo - Federico Robledo (h)</i>	161

CUESTIONES FEDERALES QUE SUSCITA LA SENTENCIA DICTADA EN LOS AUTOS “PORTAL DE BELÉN ASOCIACIÓN CIVIL C. SUPERIOR GOBIERNO DE LA PROVINCIA DE CÓRDOBA – AMPARO, RECURSO DE APELACIÓN” <i>Juan Pablo Rodas Peluc</i>	179
LOS RECLAMOS SOCIALES, LA PARTICIPACIÓN POPULAR Y LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994 EN ARGENTINA <i>Andrés Rossetti</i>	201
LA CORTE SUPREMA Y EL PRINCIPIO <i>PRO HOMINE</i> <i>María Isabel Urquiza</i>	209
REGALÍAS MINERAS EN CATAMARCA: SU DISTRIBUCIÓN Y LAS CONTRADICCIONES DE USO (2004-2013) <i>Yésica Elizabeth Yornet</i>	223

SECCIÓN II

DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO
RELACIONES INTERNACIONALES
E INTEGRACIÓN REGIONAL

DERECHO DE AUTODETERMINACIÓN DE LOS PUEBLOS ¿UN DERECHO HUMANO A LA DEMOCRACIA? <i>Ercilia Irene Adén</i>	243
LOS TRIBUTOS AMBIENTALES Y EL PRINCIPIO DE LIBRE COMERCIO EN EL MERCOSUR <i>Julia Daniela Bach</i>	255
DERECHOS HUMANOS ¿REASEGURO PARA EL MERCOSUR? <i>Graciela R. Salas - María Alejandra Sticca</i>	267
“PARADIPLOMACIA Y RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL”. BREVE ANÁLISIS DEL CASO ARGENTINO A LA LUZ DE SU DERECHO CONSTITUCIONAL Y DEL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO <i>Matías Horacio Siles</i>	279

SECCIÓN III

DERECHO PRIVADO

LOS MODOS EXTINTIVOS DE LAS OBLIGACIONES EN GENERAL EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN. LA REGULACIÓN EN PARTICULAR DE LA CONFUSIÓN Y DE LA DACIÓN EN PAGO. INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICO, TELEOLÓGICA Y COMPARATIVA CON EL RÉGIMEN DEL CÓDIGO CIVIL <i>Aldo Azar</i>	295
AUTONOMÍA DEL DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL. ESPECIAL INCIDENCIA EN EL RÉGIMEN PREVISIONAL <i>Rosa Elena Bosio</i>	307

PRINCIPIO DE PREVENCIÓN Y PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN EN EL DERECHO DE DAÑOS <i>María del Carmen Cerutti</i>	323
CARGAS, DEUDAS Y RECOMPENSAS: DEL DERECHO VIGENTE (SISTEMA INDIVIDUALISTA) AL DERECHO SANCIONADO (SISTEMA SOLIDARISTA) <i>Nora Lloveras - Fabián Faraoni - Olga Orlandi</i>	339
LA ENSEÑANZA Y LA INVESTIGACIÓN DEL DERECHO SOCIETARIO DE CRISIS <i>Efraín Hugo Richard</i>	351
EL INSTITUTO DE LA REVERSIÓN Y SU IMPLICANCIA EN EL TELETRABAJO DEPENDIENTE <i>Carla Saad</i>	363
LA MIGRACIÓN INTERNACIONAL Y SU INCIDENCIA EN EL ESTATUTO PERSONAL A TRAVÉS DE LA JURISPRUDENCIA <i>María Valeria Sala Mercado</i>	383
SOCIEDAD MULTICULTURAL. POSIBLES CONEXIONES LOCALIZADORAS DEL DERECHO APLICABLE A LAS RELACIONES FAMILIARES <i>Amalia Uriondo de Martinoli</i>	391
LA REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL COLECTIVO <i>Renato Antonio Valazza</i>	407
LOS ACTOS AISLADOS DE LAS SOCIEDADES CONSTITUIDAS EN EL EXTRANJERO Y LA PROBLEMÁTICA DE SU CALIFICACIÓN <i>Candela Noelia Villegas</i>	423

SECCIÓN IV

DERECHO PROCESAL

LA CASACIÓN EN LO CIVIL Y COMERCIAL EN LA LEY NACIONAL 26.853/2013 POR LA CAUSAL LEGAL DE ARBITRARIEDAD <i>Rosa A. Ávila Paz de Robledo</i>	435
LA UNIFICACIÓN DE LA DOCTRINA EN EL ÁMBITO NACIONAL —EN REFERENCIA AL RECURSO DE INAPLICABILIDAD DE LA LEY CON LA REFORMA DE LA LEY 26.853/2013 EN MATERIA DE CASACIÓN EN LO CIVIL Y COMERCIAL— <i>Miguel Robledo - Diego Robledo</i>	453

SECCIÓN V

HISTORIA DEL DERECHO - HISTORIA CONSTITUCIONAL

LA ASAMBLEA DEL AÑO XIII - “EL PRIMER DOCUMENTO INSTITUCIONAL DE RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE” <i>Gladys Elder Gauna Donaliso</i>	473
UN JURISTA EN TIEMPOS DE TRANSICIÓN: RELECTURAS DE LA TRADICIÓN EN LA PRIMERA MITAD DEL SIGLO XIX <i>Esteban F. Llamosas</i>	491

EN EL CAMINO DE LA LIBERTAD. DE LA REVOLUCIÓN A LA CONSTITUCIÓN <i>Jorge Orgaz</i>	503
---	-----

DOS MOMENTOS IMPORTANTES EN LA HISTORIA DE LA FACULTAD DE DERECHO: LAS TESIS ESCRITAS Y LOS CASOS DE JOSÉ DEL VISO Y RAMÓN J. CÁRCANO <i>Félix A. Torres</i>	523
---	-----

SECCIÓN VI

FILOSOFÍA - SOCIOLOGÍA - CIENCIAS DE LA INFORMACIÓN

TEORÍA DEL DERECHO E INDETERMINACIÓN EN LOS CRITERIOS DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD OBJETIVA <i>Ernesto Abril</i>	535
---	-----

MIRADAS SOBRE EL CASTIGO PENAL EN LOS CIUDADANOS. SOBRE LA DISTANCIA ENTRE COMENTAR Y DECIDIR <i>María Inés Bergoglio</i>	555
--	-----

CAPITALISMO, GÉNERO Y TRABAJO DOMÉSTICO <i>Cecilia González Salvá</i>	571
--	-----

LO REAL EN LA GEOGRAFÍA DE LOS AUDIOVISUALES UNIVERSITARIOS DE NO FICCIÓN <i>Claudia Guadalupe Grzincich - Mariela Lucrecia Parisi</i>	591
---	-----

EL DERECHO DE LOS JÓVENES A LA EDUCACIÓN EN ARGENTINA: AVANCES Y RETROCESOS <i>Graciela Ríos - Ana María Brigido</i>	601
---	-----

SOBRE LA ACEPTACIÓN Y LA IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO <i>Natalia Scavuzzo</i>	615
--	-----

¿ES INCORRECTO ENGENDRAR SERES HUMANOS CON MALFORMACIONES O DISCAPACIDADES? <i>Santiago Truccone Borgogno</i>	631
--	-----

SECCIÓN VII

BECARIOS DE PREGRADO

LOS PROCESOS COLECTIVOS Y LAS CUESTIONES PROCESALES EN TORNO A LA CONSTRUCCIÓN DE UNA TUTELA PROCESAL DIFERENCIADA <i>Valeria Bizarro</i>	645
--	-----

DEL ACCESO A LA TUTELA JUDICIAL EN CÓRDOBA. EXPLORACIÓN SOBRE EL PROCEDIMIENTO DE CÓDIGO DE FALTAS <i>Diego Luciano Burgos</i>	653
---	-----

LAS MEDIDAS PARA MEJOR PROVEER EN EL PROCESO CIVIL, JAQUE AL PRINCIPIO DISPOSITIVO Y AL DEBIDO PROCESO <i>María Celeste González</i>	657
---	-----

EL CONCEPTO DE COLECTIVO: EL CASO DE LOS JÓVENES AFECTADOS POR LA APLICACIÓN DEL CÓDIGO DE FALTAS <i>Ramiro Daniel Moyano</i>	661
--	-----

MEDIDAS ADOPTADAS FRENTE AL CAMBIO CLIMÁTICO EN EL CONTINENTE ANTÁRTICO	
<i>Viviana Trinidad Paredes</i>	665
TRABAJO SEXUAL: UNA MIRADA DE LA LEGISLACIÓN VIGENTE Y DESDE LAS PERSPECTIVAS DE LOS/AS TRABAJADORES SEXUALES	
<i>Agustina Prospero Ledesma</i>	669
ABSTRACTS.....	673

SECCIÓN I
DERECHO PÚBLICO Y ANÁLISIS
DE POLÍTICAS PÚBLICAS

LA COPARTICIPACIÓN DEL IMPUESTO AL CHEQUE. UN ANÁLISIS DE LAS RELACIONES INTERGUBERNAMENTALES A TRAVÉS DE UN ESTUDIO DE CASO*

Cristian Altavilla**

Resumen: El debate por un nuevo régimen de coparticipación cobró nuevo vigor a raíz del proyecto de ley para coparticipar el 100% del conocido “impuesto al cheque”, en vez del 30% que actualmente se coparticipa, instado por un grupo parlamentario de la oposición entre 2009 y 2010, fortalecido tras los resultados electorales de junio de 2009. Este renovado entusiasmo reinstaló la problemática cuestión de la coparticipación en la agenda política nacional, y en ese nuevo contexto político, la sanción de un nuevo régimen de coparticipación pareció factible. Sin embargo, las relaciones fiscales intergubernamentales, y en particular el sistema de coparticipación, presentan ciertas características institucionales que dificultan los acuerdos de largo plazo e impiden la innovación institucional.

Palabras Claves: Coparticipación - Neoinstitucionalismo - Teoría de Juegos - Relaciones Intergubernamentales - Procesos de Negociación.

Introducción

El tópico del presente trabajo son las relaciones intergubernamentales (RIG) verticales entre gobierno nacional y los gobiernos provinciales, considerando uno de los aspectos más importantes y, por ello mismo, el más conflictivo de todas las áreas de las RIG: las Relaciones Fiscales Intergubernamentales.

La hipótesis de trabajo consiste en que las RIG en la Argentina presentan como principal característica la *conflictividad*, muy particularmente en lo que respecta a su ámbito fiscal, donde los actores encaran estas relaciones como un *juego de suma cero*, en el que no todos ganan, pues los beneficios que puedan obtener algunos se traducen en pérdidas para otros. Todo juego de suma cero es, en esencia, un *juego de puro conflicto*.

Los actores principales de estas relaciones son el gobierno nacional y los gobiernos provinciales. Si bien es cierto que las provincias no constituyen *un solo actor*, con un solo interés y una misma percepción de la realidad, sino que, por el contrario, cada provincia representa intereses y percepciones que resultan ser muy distintos entre sí, resulta necesario para simplificar el análisis, agrupar estos intereses y percepciones divergentes en un grupo de intereses comunes, de modo tal de identificar coaliciones entre aquellas provincias que —según ciertas variables económicas, políticas, etc.— comparten una “suerte común”. Esta si-

* Recibido el 10/03/15. Aprobado el 25/06/15.

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

tuación de semejanza las lleva a actuar de modo similar frente a un determinado momento de toma de decisión.

Para esa toma de decisión, la negociación se presenta —dado el diseño institucional que así lo prevé— como un elemento clave: tanto el gobierno nacional como cada una de las provincias deben acordar cualquier cambio que haya de operarse sobre el régimen de coparticipación federal de impuestos (RCFI)¹.

Una vez identificados los actores de dicha negociación (presidente y gobernadores) y determinados sus intereses y percepciones, resta por esclarecer cuáles son las variables intervinientes en tal proceso. Considerando que una negociación consiste en procesos de regateos mutuos para la consecución de un determinado beneficio, a través del intercambio de ciertos valores o cosas entre diversos sujetos, aquellas variables se traducen en *recursos de acción* con que cada actor cuenta a la hora de negociar.

En el presente trabajo intentaremos entonces explorar cuáles son aquellos *intereses y percepciones* junto con las *variables* que inciden en las negociaciones entre gobernadores y presidente a través de un análisis de caso. Hemos tomado un caso particularmente paradigmático y muy reciente, suscitado a partir del proyecto de coparticipar el 100% del producido en concepto del denominado “impuesto al cheque” que fuera impulsado por una coalición opositora en el seno del Congreso de la Nación en el período 2009-2010.

A estos efectos, hemos identificado como variables intervinientes en los procesos de negociaciones a tres que consideramos las más sobresalientes del caso argentino: (a) La *dimensión* de las provincias, medida a través de indicadores sociales, geográficos, económicos y fundamentalmente fiscales; (b) La *pertinencia partidaria y/o afinidad política* de los actores involucrados y (c) Las *percepciones* de los actores sobre las distintas cuestiones a decidir. Asimismo, estos actores cuentan con percepciones, preferencias y recursos de acción moldeados y definidos, en gran parte, por el diseño institucional y por las particulares dimensiones (sociales, geográficas, económicas y fiscales) que presentan cada uno de los niveles de gobierno.

A través del análisis de este caso puntual podremos extraer conclusiones generales acerca de las características más sobresalientes de las relaciones intergubernamentales, la identificación de los actores clave que actualizan tales

¹ Al tratarse el RCFI de un mecanismo de coordinación de las potestades tributarias de ambos niveles de gobierno (nacional y provinciales), y al ser estas competencias constitucionalmente concurrentes entre ambos niveles, tanto la creación como cualquier ulterior modificación al mismo debe basarse en un acuerdo consensuado por todas las partes involucradas, so pena de incurrir en inconstitucionalidad.

Asimismo, cabe recordar que la ley que establece el actual RCFI no es una ley ordinaria. La Ley 23.548 es una ley-convenio y como tal, una especie dentro del amplio género de los acuerdos interjurisdiccionales (Altavilla 2009a y 2009b). Estos acuerdos – aun cuando no estén mencionados por el art. 31 de la Constitución – poseen un rango superior a las leyes nacionales (e inferior a la Constitución y los tratados internacionales), lo que significa que no pueden ser modificados unilateralmente por ninguna de las partes, sin previo consentimiento. Así lo sostuvo la Corte Suprema, integrando lo que ella denominó – a través de una creación pretoriana – el “*derecho intrafederal*” (Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Transportes Automotores Chevallier S.A. c/Buenos Aires, Provincia de s/acción declarativa”, del 20/08/1991, *Fallos*, 314:862). Esta particular característica del diseño institucional del RCFI es uno de los factores que contribuyen a entender la dificultad de modificar el actual régimen y la (prácticamente) imposibilidad de sancionar el nuevo régimen que estatuye la Constitución en su art. 75, inc. 2. Este diseño cae bajo lo que SCHARPF (1988) denominó una “trampa de la decisión conjunta”.

relaciones, resaltando la figura de los gobernadores como importantes actores de veto partidario (y no institucionales) en la arena política nacional; la dificultad de alcanzar acuerdos negociados de largo plazo y, consecuentemente, la falta de innovación institucional.

El trabajo se estructura así en dos grandes partes: en una primera parte se desarrolla el marco teórico, donde se abordarán los conceptos de RIG (punto 1), la arena política, en cuanto escenario en el cual se desarrollan las RIG (punto 2), los tipos de negociaciones que pueden producirse a raíz de este relacionamiento, considerando las variables que intervienen en ellas (punto 3) y los actores involucrados (punto 4) y en una segunda parte se describe y analiza el caso de estudio, el proyecto de coparticipación del 100% del impuesto al cheque (punto 5) y su resolución definitiva en manos de los poderes ejecutivos (punto 6), finalizando con algunas conclusiones.

Primera parte. Marco teórico

1. RIG verticales y el modelo de negociación

Las RIG en la Argentina han evolucionado hacia un modelo denominado por Wright (1997) como de *autoridad solapada*, en el que los distintos niveles de gobierno deben coordinar entre sí los diversos aspectos (uno, varios o todos) de las políticas públicas, ya sea en la formulación, en la elaboración y/o en la implementación de las mismas.

En las últimas décadas, las competencias concurrentes entre ambos niveles de gobierno han adquirido un gran volumen, por lo que el sistema federal argentino tiende cada vez más —al menos desde el punto de vista institucional— hacia un *federalismo de concertación* o de *coordinación*, idea que ha sido reforzada en la última reforma constitucional de 1994.

Este nuevo federalismo, en contraste con el *federalismo dual*, característico del siglo XIX y principios del XX, presenta como aspecto fundamental la *negociación*, que viene a ser la estrategia por medio de la cual se arriba a los acuerdos que aquella coordinación exige².

Estos procesos de negociación son muy *complejos* y, aun cuando exista plena *cooperación*, también habrá, inevitablemente, *competencias*, *conflictos* y hasta *coerción* entre los diversos niveles. Las partes generalmente siempre se encuentran con objetivos muy diferentes: de ello surge “la obvia necesidad de un proceso que facilite el reconocimiento de la naturaleza compleja de las RIG y que permita el desarrollo de un núcleo de objetivos comunes” (Wright, 1997:128). Ésta es una necesidad que se satisface a través de las diversas instituciones, que de funcionar correctamente, otorgan previsibilidad y estabilidad, información (tanto sobre el asunto como sobre los demás actores, sobre las formas de negociación y sobre los modos de coordinación para el acuerdo) y en última instancia, una sanción creíble ante el incumplimiento de los acuerdos.

² “Vastas áreas de RIG contienen intercambios o acuerdos. Por ejemplo: el gobierno nacional ofrece numerosos programas de ayuda a los estados y las localidades a *cambio* de su *acuerdo* para implementar un programa, llevar a cabo un proyecto o cualquier actividad entre una gran variedad. Desde luego, como parte de la negociación, el que recibe la ayuda debe aceptar habitualmente condiciones” (WRIGHT 1997:117-8).

En todo proceso de negociación se ponen en juego una serie de variables, entre ellas los *recursos* con que cuentan cada uno de ellos (simbólicos y materiales), las necesidades que tengan, el grado de urgencia de esas necesidades, los objetivos que intenten lograr, las distintas percepciones que tengan cada uno de los actores sobre el asunto y sobre los demás actores, la oportunidad en que se llevan a cabo (si es época electoral, por ejemplo), etc.

Particularmente en la arena fiscal, la negociación resulta un aspecto clave: tanto desde la práctica, como desde el diseño institucional, el modelo federal argentino tiende a la coordinación. Una manifestación de ello es la adopción del régimen de coparticipación y las previsiones establecidas en la Constitución reformada en 1994 (art. 75, inc. 2) sobre cómo han de coordinar los distintos niveles sus competencias en materia tributaria. Proceso que abarca desde los acuerdos previos entre presidente y gobernadores, pasando por la sanción de la ley respectiva en el Congreso de la Nación hasta la ratificación de aquélla por cada una de las legislaturas provinciales.

2. La arena política

La arena política *federal* constituye aquel ámbito donde los actores, principales referentes de la política nacional (el Poder Ejecutivo Nacional, los Poderes Ejecutivos Provinciales y el Congreso de la Nación) despliegan sus estrategias y ponen en juego sus recursos para el logro de objetivos sea a través de contiendas (electorales por ejemplo) o a través del entendimiento (por medio de acuerdos políticos o acuerdos interjurisdiccionales). Bien puede darse en las relaciones directas entre presidente y gobernadores (con algunos o con todos), bien entre gobernadores y finalmente, a través del accionar del Congreso de la Nación. Es aquí donde se manifiesta la relación de poder tanto entre los actores, como entre los niveles de gobierno en sí.

Por tanto resulta de fundamental importancia determinar, *prima facie*, cómo se conforma esta arena y cuáles son las instituciones que la diseñan y las rigen (indagando particularmente sobre los *incentivos* —positivos y negativos— que éstas ofrecen a los actores involucrados).

Las RIG que se desarrollan en esta arena, se articulan a través de un conjunto de reglas, entre las que podemos rescatar como las más sobresalientes las reglas electorales y de partidos políticos, la burocracia y el diseño institucional (Jordana, 2002). Estas reglas encausan y moldean las RIG, dotándolas de ciertas características y peculiaridades que definen incluso el estilo de hacer política. Aquellas reglas actúan como las bases a partir de las cuales los actores definen su posicionamiento frente a los demás, al mismo tiempo que éstos, al actualizarlas con su accionar, las determinan, constituyéndose una relación que podríamos denominar dialéctica³.

³ Utilizando la terminología del neoinstitucionalismo, las instituciones no son otra cosa que las *reglas del juego* a partir de las cuales se preestablece el modo en cómo deben jugar los actores, con qué recursos cuentan o pueden contar (por ejemplo, la ley que determina un número mínimo de diputados por provincia) y cómo los pueden hacer valer. Por otro lado, no debemos dejar de considerar que estas mismas reglas pueden ser manipuladas por los propios actores, creando así nuevas reglas, reglas informales, que pueden llegar incluso a sustituir a aquellas formales. Por ello insistimos con esta idea de carácter dialéctico que se produce en la relación entre las instituciones y los actores, donde se producen una interdependencia y un condicionamiento mutuos. Las instituciones trascienden a los individuos “e implican a grupos de individuos a través de cierto conjunto de interacciones pau-

De este modo, y teniendo en cuenta las variables utilizadas en el presente trabajo, debemos observar cómo estas reglas moldean las RIG para luego entender cómo predisponen el juego y el posicionamiento de los actores. Para nuestro análisis, según asumimos en nuestra hipótesis de trabajo, los actores en juego son el presidente de la nación y los gobernadores y la arena política en la que éstos se desenvuelven es el ámbito del Congreso de la Nación. Desde esta perspectiva, el Poder Legislativo no es entonces un actor más, sino una arena en donde los jugadores —presidente y gobernadores— ejercen sus recursos de acción, en el caso, la disciplina partidaria, traducida en la cantidad de legisladores que responden a cada uno de aquellos actores.

Las reglas electorales y de partidos políticos dan al Congreso de la Nación una particular conformación. Por un lado, según las prescripciones de la Constitución Nacional —como signo característico del modelo federal de Estado— divide el Poder Legislativo Nacional en dos cámaras, la Cámara de Senadores y la de Diputados. La Cámara de Senadores es el ámbito donde las provincias, como personas jurídicas de derecho público y como miembros autónomos, iguales e indestructibles de la federación argentina, encuentran su representación paritaria. A diferencia de lo que sucede en la Cámara de Diputados, donde lo que se representa es al *pueblo de la Nación*, entendido como una unidad (esta concepción tendrá un importante impacto en el diseño electoral, como veremos más adelante).

Por un lado, en lo que respecta a la composición de la Cámara de Senadores, la Constitución establece que ésta estará compuesta por tres senadores por cada provincia, dos de ellos por el partido que mayor cantidad de votos haya obtenido en la elección, y el tercero por el partido que haya obtenido la primera minoría (art. 54).

En cuanto a la Cámara de Diputados, la Constitución establece que estará compuesta por representantes elegidos por voto directo, tomando a cada provincia (junto con la Ciudad Autónoma de Buenos Aires —CABA— y la Capital Federal, en caso de que ésta sea trasladada a otro punto del país) como *distritos electorales únicos* (art. 45, CN), es decir, adopta el sistema plurinominal⁴.

Estas reglas de juego dan a las *maquinarias partidarias provinciales* una gran importancia en la selección de diputados y senadores ya que ambos tipos de representantes son elegidos en circunscripciones electorales que coinciden geográficamente con las provincias. Este poder electoral ha provocado una *fragmentación intra-partidaria* de los partidos políticos (Tommasi y Spiller, 2000, Altavilla 2011 y 2014), al menos de los más importantes. En otras palabras, los diputados y senadores nacionales responden más que a la estructura partidaria nacional, a la estructura partidaria local, es decir al líder local que en la mayoría de las veces ejerce el poder ejecutivo provincial. Ello sucede así en los partidos políticos con estructura y alcance nacional (Partido Justicialista y Unión Cívica Radical). A aquella fragmentación intra-partidaria característica de los partidos nacionales, se suma otra característica más al sistema de partidos argentino, la que podemos denomi-

tadas que son predecibles según las relaciones específicas que existen entre los individuos" (PETERS 2003:36).

⁴ Nuestro sistema electoral ha optado siempre por este sistema de circunscripción plurinominal, salvo en dos oportunidades: en las elecciones de 1904 y en las de 1951, donde se estableció el sistema de circunscripción única o de circunscripciones uninominales (TOMMASI y SPILLER, 2000:63).

nar *fragmentación político-partidaria*. Ésta se traduce en la presencia de un gran número de partidos políticos de alcance local (con peso en una o algunas provincias) pero que se desenvuelven a nivel nacional (gracias al diseño electoral, estos partidos pueden tener representantes en el Congreso de la Nación⁵).

Esto impacta enormemente en las RIG verticales, dado que el poder de negociación del Congreso se traslada hacia los poderes ejecutivos provinciales y hacia el Poder Ejecutivo nacional. El resultado de este diseño institucional, es que el Congreso se retrae en la elaboración de políticas públicas, fundamentalmente de aquellas con impacto interprovincial, y delega en los poderes ejecutivos las negociaciones sobre estos temas. Esto confiere a los gobernadores, además, una importante injerencia en políticas nacionales, aún de aquellas que son propias del gobierno nacional (por ejemplo, si el pago de la deuda externa debe realizarse utilizando los fondos de las reservas del Banco Central o no)⁶.

Si bien es cierto que en las últimas décadas el presidente ha contado con mayorías en el Congreso (Menem, Kirchner y Fernández de Kirchner en sus dos primeros años de gobierno) es cierto también que esas mayorías se debían, en gran medida, a acuerdos o alianzas previas con gobernadores de provincia, quienes son los que en última instancia prestan su consentimiento en el Congreso a través de sus legisladores⁷. Estas alianzas con los gobernadores no son acuerdos completos, que perduran en el tiempo, sino que, por el contrario, deben actualizarse constantemente, a través de negociaciones continuas. Así, “el logro de mayores beneficios para una provincia va a estar condicionado por la capacidad del gobernador de negociar transacciones que le reporten beneficios a la provincia a cambio del apoyo a las políticas del Ejecutivo en el Congreso” (Tommasi y Spiller, 2000:69). Tenemos así entonces, unas RIG verticales predominantemente llevadas a cabo por los poderes ejecutivos, lo que la literatura denomina un *federalismo de ejecutivos*⁸.

⁵ Así, nuestro sistema de partidos reconoce la existencia de un gran número de partidos políticos (tanto electorales como parlamentarios), dentro de los cuales una gran mayoría son de carácter local (por ejemplo, los partidos políticos provinciales) o bien, siendo partido nacional, su alcance se limita a algunas provincias (por ejemplo, el PRO en CABA y el ARI en algunas provincias grandes, como Córdoba, Buenos Aires y Santa Fe).

⁶ La participación de las provincias en la toma de decisiones del gobierno nacional ha sido un efecto querido por el constituyente. Nuestro federalismo se estructura sobre la base de tres principios rectores; *solidaridad, subsidiariedad y participación* (BARRERA BUTELER 1996) que se corresponden a tres tipos de relaciones básicas: de *subordinación*, de *participación* y de *coordinación* (BIDART CAMPOS 1999, SAGÜÉS 2003). El principio de participación (y la relación homónima), tiende, precisamente, a que las provincias tomen parte en la elaboración y en la discusión de las decisiones del gobierno nacional, fundamentalmente a través de la Cámara de Senadores. Es decir, que en su diseño original la participación de las provincias se produce a través de los senadores y no de los gobernadores, pero por efecto del sistema de partidos y del sistema electoral la injerencia de los gobernadores se extiende a través de los senadores e incluso de los diputados nacionales, quienes en principio representan al pueblo de la Nación y no al pueblo de las provincias ni a éstas.

⁷ La disciplina partidaria hacia el nivel nacional aumenta cuando el líder nacional es fuerte y disminuye cuando la fortaleza de éste decae, aumentando la posibilidad de los líderes locales de ejercer presión sobre los legisladores de su provincia (TOMMASI y SPILLER, 2000:73). Típicos ejemplos de ello han sido, en estos 30 años, los casos de Menem, al final de su segundo mandato y el de Cristina Kirchner en la segunda mitad de su primer mandato. El caso de Néstor Kirchner es justamente el ejemplo inverso; iniciando su mandato con un débil liderazgo, logró en poco tiempo acrecentar su poder político y aglutinar alrededor de su figura una importante cantidad de gobernadores y, por tanto, de legisladores.

⁸ Paradójicamente, WATTS (1989) identifica este fenómeno en países federales con forma de gobierno parlamentaria (Alemania y Canadá) y no en aquellos presidencialistas (EEUU y Suiza), porque en

3. Tipos de negociación y variables intervinientes

Las negociaciones entre Nación y provincias pueden ser de muy diversas maneras. En principio, podemos clasificarlas en multilaterales (entre el presidente y el conjunto de gobernadores) y bilaterales (entre el presidente y uno o varios gobernadores). Asimismo, pueden serlo a través de vías formales o informales.

En las RIG verticales, es predominantemente el presidente quien propone la negociación y decide el tipo a adoptar (Olmeda 2009, Altavilla 2014b). Ello depende de ciertos factores; si observamos las RIG de los últimos 30 años, principalmente ha sido por su capital político: si éste es fuerte, suelen encararse de modo multilateral y formal, por el contrario, se llevan a cabo bilateralmente y de modo informal⁹ y casi siempre la coordinación resultante se alcanza “bajo la sombra de la jerarquía” (Scharpf 1997).

La teoría de juegos —que tomamos como un *método sistemático* para estudiar el comportamiento en situaciones de *toma de decisiones* (Wright 1997:110) — clasifica los juegos en dos grandes grupos: los de suma cero y los de suma variable. En estos últimos se ponen en juego tanto la distribución como el total de los costos/beneficios a distribuir y se pueden subdividir en *juegos cooperativos* y *mixtos de cooperación y conflicto* (como la batalla de los sexos, entre otros). En los de suma cero las ganancias de un jugador equivalen a la pérdida del otro, es decir que la suma de las ganancias de los jugadores es igual a la suma de sus pérdidas y por tanto, constituyen juegos de puro conflicto (Wright 1997; Acuña 1995:117) a diferencia de los juegos de suma variable, donde todos los jugadores pueden obtener ganancias.

En el área de las RIG fiscales pueden darse ambos tipos de juegos, dependiendo básicamente de dos cuestiones: por un lado, de la *percepción* de los propios jugadores, es decir si éstos lo ven como un juego de suma cero o de suma variable. Y en segundo lugar, la posibilidad concreta y real de ampliar los recursos, única manera en que todos puedan ganar algo. Eso sin embargo sucede poco en materia tributaria, pues es sabido que casi no quedan espacios que puedan ser cubiertos con nuevos impuestos. Por tanto, y sobre todo en épocas de limitación fiscal e incertidumbre económica, la naturaleza de las finanzas suele orientarse hacia un ambiente competitivo de *suma cero* (Wright 1997:285).

Por su parte, los gobernadores, de cualquier procedencia política y sea cual sea su afinidad con el gobierno nacional, tienden a ver al Régimen de Coparticipación, al menos desde sus discursos y declaraciones públicas, como un complejo sistema que en definitiva beneficia sólo a la Nación, en perjuicio de las provincias. Este tipo de percepciones predispone desde el comienzo a un tipo de negociación duro y conflictivo.

Por su parte, desde el gobierno nacional se arguye —casi sistemáticamente— la falta de disciplina fiscal por parte de las provincias y la necesidad de preservar el financiamiento del nivel nacional, nivel que en última instancia lleva a cabo las políticas públicas más importantes del país. Asimismo, las percep-

estos casos que analiza el autor, el poder legislativo es lo suficientemente fuerte para poder erigirse como un actor más dentro de las RIG.

⁹ A pesar de estas distinciones, la informalidad en las negociaciones intergubernamentales ha predominado casi siempre y ello responde a otros factores más generales que hacen a las RIG en sí, como veremos más adelante.

ciones entre las provincias varían. Para las provincias más chicas —económica y fiscalmente más dependientes del gobierno nacional— el RCFI no es lo suficientemente *solidario* con este grupo de provincias, lo que tiende a acentuar su dependencia. Para las provincias más grandes —aquellas que cuentan con una economía más robusta y con mayor cantidad de recursos propios— critican el RCFI desde el punto de vista de la equidad: para ellas, históricamente su participación en el régimen se ha visto afectada a través de quitas y disminuciones, con el objetivo de ayudar a las más chicas¹⁰.

Muchos son los factores (o variables) que influyen en las negociaciones, y resultan ser decisivos a la hora de las discusiones y de prestar acuerdos. Sin embargo, podríamos agruparlos en los siguientes (teniendo en cuenta fundamentalmente las negociaciones entre los poderes ejecutivos):

a) La dimensión de las provincias (grado de desarrollo, cantidad poblacional, dimensiones geográficas, etc.). Podemos clasificar las dimensiones de las provincias en *políticas* (cantidad de población que se traduce en la cantidad de representantes en el Congreso de la Nación y eventualmente, la cantidad de electorado para cualquier elección) y *económicas* (grado de desarrollo, producto bruto interno, etc.). Estas variables hacen referencia a los *recursos* con que cuentan las provincias. Éstos 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 o al presidente, el peso de su figura en la arena política, la ascendencia que el actor tenga sobre los legisladores, sean provinciales o nacionales, etc.)¹¹. Aquí aparece, además, otro factor clave: La *urgencia* que se tenga o no —en el momento de la negociación— de nuevos recursos económicos (Olmeda 2009:9).

b) La *pertenencia partidaria* y/o *afinidad política* de los actores. Dado cierto sistema de partidos, la pertenencia partidaria puede ser —y en muchos casos lo es— definitoria en la toma de decisión. Ello dependerá del grado de disciplina partidaria, el que está dado, a su vez, por el grado de nacionalización o —su contrario— de federalización o territorialización de la estructura partidaria del partido que se trate (Altavilla 2014a).

c) Las *percepciones* 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 una decisión no solamente en base a sus intereses y necesidades, sino también teniendo en cuenta las decisiones tomadas o a tomar por los demás jugadores.

¹⁰ Estas percepciones comúnmente van a acompañadas de argumentaciones de tipo histórico, de ahí el nombre de diferentes fondos especiales del gobierno nacional, denominados de *reparación histórica*.

¹¹ Esta variable tiene en cuenta los equilibrios de fuerza entre los distintos niveles de gobierno, partiendo de la base de que “hoy la relación de fuerzas se mide casi exclusivamente en función de indicadores económicos: producto bruto, ingreso “per cápita”, recursos fiscales, gasto público, etc. [y] la cantidad de población, porque ésta determina la capacidad de influencia de cada comunidad desde el punto de vista político (cantidad de bancas en la Cámara de Diputados, incidencia en la elección de Presidente y Vicepresidente)” (BARRERA BUTELER 1996:393). Estos aspectos definen las *relaciones de poder* en las RIG verticales entre Nación y provincias. La política no es más que una relación de fuerzas.

4. Los actores clave y sus recursos de acción

Dada esta especial conformación de las RIG, donde son los titulares de los poderes ejecutivos (nacional y provinciales) los que quedan a cargo de las discusiones más importantes en torno a las relaciones fiscales, resta por ver cómo juegan en el caso concreto las variables referidas a los actores políticos que influyen sobre las negociaciones entre éstos.

Estas variables son: la *pertenencia partidaria* y la *afinidad política*, los *recursos* (simbólicos y materiales) con que cuentan cada uno de ellos como así también las *urgencias* que tengan de nuevos recursos y las *percepciones* de los actores.

a) *Pertenencia partidaria y afinidad política*. Nuestro sistema de partidos ha experimentado en estos últimos años un fuerte proceso de *fragmentación*, tanto partidaria como intrapartidaria (consecuencia en parte de la fragmentación que sufre en líneas más generales el sistema político argentino). Este fenómeno se manifiesta en los dos partidos más grandes: el Partido Justicialista (PJ) y la Unión Cívica Radical (UCR). De éstos, el que más fragmentación ha sufrido ha sido el PJ, convirtiéndose en una verdadera “*federación de jefes provinciales y jefes municipales que no tienen ninguna organización partidaria*”¹².

En consecuencia, la pertenencia partidaria ya no funciona como variable determinante, por sí sola, de las alianzas que puedan formar presidente y gobernadores (y consecuentemente, los legisladores nacionales), sino que debemos tener en cuenta además la *afinidad política* de estos líderes. A partir del 2003, el presidente contó con los apoyos de algunos de los gobernadores justicialistas, aglutinados en la alianza Frente para la Victoria (FpV) y de algunos radicales (denominados *Radicales K*), mientras que los principales gobernadores opositores pertenecían también al mismo PJ, denominado PJ-Disidente (como sucedió en las elecciones de 2009, en distritos como el de Córdoba, Chubut, San Luis y Santa Fe). Para estas elecciones, el oficialismo ya había perdido algunos otros aliados dentro del FpV y de algunos gobernadores radicales K que comenzaron a apoyar la figura del Vicepresidente Cobos (otro dirigente radical —gobernador de la provincia de Mendoza por la UCR en el período 2003-2007— volcado a las líneas del FpV).

El impacto negativo de las elecciones de junio de 2009, se manifestó en la reducción de los legisladores oficialistas en el Congreso (tanto para el presidente como para algunos gobernadores). Sin embargo, el número de gobernadores que continuaron siendo aliados del gobierno, fue bastante alto: 15 de las 24 jurisdicciones subnacionales (contando a la CABA), se encontraban gobernadas por el PJ-FpV, cinco por la UCR y las restantes cuatro por partidos nacionales minoritarios (Propuesta Republicana —PRO—, Acción por una República Igualitaria —ARI— y Partido Socialista) y un partido provincial (Movimiento Popular Neuquino —MPN—). Ver Tabla #1.

Atento el alto grado de fragmentación partidaria, introducimos el concepto de *afinidad política*, entendida como el grado de proximidad o semejanza de intereses (ideológicos, pragmáticos o incluso coyunturales) entre actores políticos de distinto signo partidario lo suficientemente alto para inducir la formación de una coalición entre éstos. Dada la alta fragmentación del sistema partidario, la pertenencia a un partido político no resulta lo suficientemente fuerte

¹² SIDICARO, Ricardo, en Diario Clarín, 28/10/2003.

como para constreñir el comportamiento de los actores partidarios y generar cohesión y/o disciplina partidaria. En consecuencia, el clivaje aliados/opositores, no se define exclusivamente en función de la pertenencia a un partido político, sino también a partir de compromisos (muchas veces ad hoc) entre los dirigentes políticos.

Desde este punto de vista, el cuadro político-partido descrito precedente cambia y encontramos un panorama político bastante fragmentado y heterogéneo: Así, de los 15 gobernadores del PJ, 12 integran la alianza FpV, mientras que los restantes tres no son afines al gobierno y se han erigido como verdaderos líderes locales del PJ dentro de sus propias provincias¹³. De los cinco gobernadores de la UCR, cuatro de ellos son aliados del gobierno nacional (radicales K), mientras que uno solo se mantiene dentro del partido; de los cuatro gobernadores restantes, tres provienen de partidos nacionales minoritarios (ARI en Tierra del Fuego, Partido Socialista en Santa Fe y el PRO en la CABA —los tres opositores al gobierno nacional—) y uno de un partido provincial (el MPN en Neuquén).

Como sucede a menudo frente a proyectos legislativos controvertidos, el arco político se divide en función del clivaje aliados/oposición y, en el caso en particular bajo análisis, encontramos una constelación de 17 gobernadores aliados al gobierno nacional, cinco abiertamente opositores y dos con una actitud más independiente.

b) Recursos. Los recursos con que cuentan los actores pueden ser tanto *simbólicos* como *materiales*. Los *recursos materiales* se traducen en la *autonomía financiera* con que cuentan las provincias, es decir, la *capacidad de gasto* según las funciones y competencias que tengan a su cargo.

Teniendo en cuenta el actual sistema de transferencias de recursos entre nación y provincias, donde se encuentra el Régimen de Coparticipación Federal de Impuestos, podemos notar que el presidente cuenta con una importante capacidad de discrecionalidad a la hora de asignar los recursos a las provincias, como es el caso de los Aportes del Tesoro Nacional (ATN) a lo que se suma el alto grado de complejidad que ha adquirido el sistema¹⁴, que redundará en mayores poderes discrecionales por parte del presidente. Éste es quien tiene a su cargo el manejo del presupuesto nacional, desde donde se destinan las partidas hacia las provincias y el poder que detenta para poder modificarlas en su ejecución a través de los denominados “superpoderes”¹⁵.

A ello se suma la situación financiera de las provincias en las últimas décadas, que ha mostrado estar sujeta a crisis estructurales que se repiten cíclicamen-

¹³ Son los casos de Rodríguez Saá en San Luis, Das Neves en Chubut y Schiaretti en Córdoba. El gobernador de esta última provincia no es, sin embargo, el líder del partido local, sino más bien el principal referente del dirigente local, el ex gobernador de la provincia De la Sota.

¹⁴ Sus principales notas son: la obsolescencia de los porcentajes de la distribución secundaria de la masa coparticipable, el manejo estratégico de la información por parte del nivel nacional de los índices a aplicar a aquellos porcentajes, la facilidad de detraer montos coparticipables —principalmente a través de las asignaciones específicas que puedan aplicarse a los impuestos coparticipables a través de una ley del Congreso— y finalmente la falta de sanciones a los incumplimientos.

¹⁵ En el año 2006 se sancionó la Ley N° 26.124, que modifica el artículo 37 de la ley de Administración Financiera y a partir de la cual se autoriza al Jefe de Gabinete de Ministros de la Nación a modificar partidas presupuestarias sin previa autorización del propio Congreso. Esta norma (que pasó a ser conocida como la “ley de superpoderes”) viene a engrosar aún más los amplios poderes con que cuenta el Poder Ejecutivo Nacional, poderes que le vienen dados no solo por la propia Constitución Nacional, sino también por otras leyes nacionales, tales como la de Reforma del Estado y de Emergencia Económica sancionada durante la década de los 90.

te. Un alto porcentaje de los recursos provinciales se destinan a gastos corrientes (principalmente, salarios de la administración pública, que absorbe cerca del 50% del presupuesto local), y tienen a su cargo un importante cúmulo de competencias (especialmente salud y educación). En este sentido, las provincias han mantenido un tipo de Estado más intervencionista, a pesar de que el nivel nacional se inclinó, en los '90, por un tipo de estado mínimo neoliberal (Cao y Rubins 2001).

A ello debemos agregar que el crecimiento de la economía nacional a partir del 2002/2003 benefició más al gobierno nacional que al conjunto de las provincias. En primer lugar, porque dicha mejoría se debió principalmente a un aumento extraordinario en concepto de derechos de importación y exportación, recursos de competencia exclusiva y privativa del gobierno federal (art. 75, inc. 1º, CN) y materia no coparticipable (art. 2º, inc. a, ley 23.548); en segundo lugar, los impuestos que sí son coparticipables sufrieron un incremento debido a la mejora económica, pero el porcentaje de los mismos transferido a las provincias se encuentra muy por debajo de la cuota-parte provincial que establece la ley 23.548 en 54,66% (art. 3º, inc. b); por último, los pocos impuestos que quedaron en manos de las provincias (inmobiliario, automotor, de sellos e ingresos brutos) fueron los que menos incrementos sufrieron en la última década, lo que llevó a muchas provincias a aumentar sus respectivas alícuotas, con las consiguientes consecuencias negativas que ello implica.

De ello puede inferirse que las provincias no siempre se encuentran en óptimas condiciones para negociar con el nivel nacional, sobre todo cuando se trata de redefiniciones al contrato fiscal.

Por otra parte, no todas las provincias, consideradas individualmente, tienden a la reformulación del régimen de coparticipación. Muchas provincias, sobre todo las más chicas, encuentran importantes incentivos en el actual diseño del régimen de coparticipación, son las que en la generalidad de las veces reciben más ayudas federales —traducidas en ATN y otros fondos especiales— que otras provincias más grandes, y son asimismo las más dependientes del Régimen de Coparticipación, cuyos recursos representan entre el 75 y el 90% de su presupuesto¹⁶. De modo que cualquier eventual modificación al régimen de coparticipación podría significar, aunque sólo se resten pocos decimales, una importante pérdida de recursos, dada aquella dependencia.

Estas mismas diferencias sumadas a las asimetrías que presenta el federalismo argentino es, quizá, uno de los grandes obstáculos para que las provincias puedan lograr acuerdos entre sí. Los distintos recursos con que cuentan cada uno de los niveles de gobierno “introducen situaciones asimétricas que suelen abonar la desconfianza y/o el desinterés por la participación y conspiran contra el afianzamiento del proyecto cooperativo: comportamientos de “free rider” y de obstrucción por inacción son entonces expectables. Simetrías o relaciones de complementariedad compensatorias favorecerán en cambio la coordinación cooperativa” (Parmigiani 2009:15).

¹⁶ “Considerando 19 de las 24 jurisdicciones, casi el 80% de los recursos provienen de la esfera nacional” (CAO y RUBINS 2001:241). Son los casos de las provincias de Catamarca (90%), Corrientes (88%), Chaco (88%), Entre Ríos (75%), Formosa (75%), Jujuy (89%), La Pampa (75%), La Rioja (92%), Misiones (79%), Salta (78%), San Juan (85%), San Luis (77%), Santiago del Estero (89%), Tucumán (76%). Estos porcentajes representan el promedio entre los años 2000 y 2008 (información recabada sobre la base de datos de la Dirección Nacional de Coordinación Financiera con las Provincias).

Respecto de los *recursos simbólicos*, éstos hacen referencia principalmente a la imagen política, al caudal electoral, a la ideología que representan y defienden los actores, como así también la ascendencia en el Congreso de la Nación a través de la influencia que éstos pueden ejercer sobre los legisladores nacionales (diputados y senadores). En las RIG verticales, este es un recurso muy valioso a la hora de negociar.

En la Tabla #1, podemos observar el *capital político* de los gobernadores traducido en la cantidad de legisladores nacionales:

Tabla #1: Los gobernadores y sus recursos de acción. Período 2009-2010

Prov.	Gobernador	Partido Político	Dip.	Sen.	Afinidad con el Gobierno nacional
1. BA	Scioli, Daniel	PJ (FpV)	24/70	2/3	Aliado
2. CABA	Macri, Mauricio	PRO	6/25	0/3	Opositor
3. CAT	Brizuela del Moral, E.	UCR (ex K) - FCS	3/5	2/3	Ex aliado - opositor
4. CBA	Schiaretti, Juan	PJ (UPC)	3/18	0/3 ^a	Independiente
5. CHA	Capitanich, Jorge	PJ (FpV)	4/7	2/3	Aliado
6. CHU	Das Neves, Mario	PJ (ex FpV) - FPI	2/5	2/3	Ex aliado - opositor
7. CORR	Colombi, Ricardo	UCR (K)	0/7	1/3 ^b	Aliado
8. ER	Urribarri, Sergio	PJ (FpV)	2/9	2/3	Aliado
9. FOR	Isfrán, Gildo	PJ	4/5 ^c	2/3	Aliado
10. JUJ	Barrionuevo, W.	PJ (FpV)	3/6	2/3	Aliado
11. LP	Jorge, Oscar	PJ (FpV)	2/5	2/3	Aliado
12. LR	Beder Herrera, L.	PJ (FpV)	4/5	2/3	Aliado
13. MIS	Closs, Maurice	UCR (FRC- PCS)	6/7	2/3	Aliado
14. MZA	Jaque, Celso	PJ (FpV)	4/10	1/3	Aliado
15. NEU	Sapag, Jorge A.	MPN	3/5	1/3	Aliado
16. RN	Saiz, Miguel	UCR (K)	3/5	0/3 ^d	Aliado
17. SAL	Urtubey, Juan M.	PJ (FpV - PRS)	3/7	1/3 ^e	Aliado
18. SC	Peralta, Daniel	PJ (FpV)	3/5	2/3	Aliado
19. SE	Zamora, Gerardo	UCR (FCpS)	7/7	1/3	Aliado
20. SF	Binner, Hermes	PS	3/19	1/3	Independiente
21. SJ	Gioja, Luis	PJ (FpV)	5/6	2/3	Aliado
22. SL	Rodríguez Saá, A.	PJ	5/5	2/3	Opositor
23. TU	Alperovich, José	PJ	7/9	2/3	Aliado
24. TF	Ríos, Fabiana	ARI	1/5	2/3	Opositora
			257	72	

^a El gobernador de Córdoba, Juan Schiaretti, sufrió un serio revés en las elecciones legislativas de 2009, tras la cual se quedó sin ningún senador nacional (ni de su propio partido ni aliado).

^b El caso de Corrientes es muy particular: los dos últimos gobernadores (los primos Arturo y Ricardo Colombi) son de la UCR, y ambos *radicales K* (Ricardo Colombi, luego de ser expulsado de la UCR por aliarse con los Kirchner, volvió después al partido, pero manteniendo su alianza con el oficialismo). Por disidencias políticas entre éstos, dos de los tres senadores responden a Arturo Colombi (ex gobernador) y uno al actual gobernador Ricardo Colombi. En Cámara de Diputados, la provincia tiene un Diputado del Frente de Todos y tres por la UCR, y todos responden, por tanto, a Arturo Colombi. En proyectos claves (reservas, presidencia del BCR y Cheque), todos votaron en contra del proyecto oficial y por ende del provincial, incluso el senador que respondía al gobernador.

^c Cuatro de los cinco diputados nacionales que tiene el Gobernador de la Provincia de Formosa son del PJ-FPV. Lo mismo sucede con el Gobernador de Misiones, donde seis de los siete diputados entraron por el PJ-FPV. En el caso de Saiz (Río Negro), de los tres diputados, uno es de la UCR y dos del PJ-FPV. El gobernador de Salta, posee un diputado por PRS y dos por el PJ-FPV.

^d Al igual que en el caso de Córdoba, el gobernador de Río Negro es otro "pato renco". De los tres senadores por esta provincia, dos pertenecían al FpV y uno a la *Alianza Concertación para el Desarrollo* (UCR). Este senador por la UCR (Pablo Verani, dos veces gobernador de la provincia entre 1995-1999 y 1999-2003) si bien pertenecía al mismo partido que el gobernador, mantenía una fuerte interna con el mismo y en torno al debate sobre la coparticipación del cheque se enfiló entre el grupo de senadores opositores, mientras que el gobernador Saiz se alineaba al gobierno federal, junto con otros gobernadores *Radicales K*. Este caso pone de manifiesto la fuerte fragmentación política reinante y el fuerte carácter territorial que ha adquirido el sistema de partidos en Argentina: mientras los dos senadores pertenecientes a un partido diferente (y tradicionalmente opositor) al del gobernador, comparten en similares términos la misma postura frente a un tema trascendental en las RIG Nación-provincias, el senador del mismo partido político que el gobernador se encuentra, sin embargo, dentro del sector opositor al gobierno nacional en el ámbito del Congreso de la Nación, con una postura opuesta al gobernador de su provincia.

^e En el caso de Salta, su gobernador, Urtubey, pertenece al PJ, al FPV y al PRS y los senadores electos provienen, dos del PJ Disidente y uno del partido del gobernador (PJ-PRS). Sin embargo, este último senador, pese a haber logrado la banca a través de un acuerdo con el gobernador, se mantiene alejado del bloque oficialista en el Senado.

Abreviaciones: FCpS: Frente Cívico Por Santiago / FCS: Frente Cívico y Social / FPI: Frente Para la Integración / FpV: Frente para la Victoria / FRC: Frente Renovador de la Concordia / MPN: Movimiento Popular Neuquino / PCS: Partido de la Concordia Social / PRS: Partido Renovador de Salta / UPC: Unión Por Córdoba.

Fuente: Elaboración propia en base a los resultados oficiales de las elecciones del 28/06/2009.

Aquí toma relevancia la variable política referida a la población de cada provincia, un factor más que pone de manifiesto las grandes asimetrías de nuestro federalismo. La provincia de Buenos Aires cuenta con 70 legisladores, seguida por CABA con 25, por Santa Fe, con 19 y Córdoba con 18 representantes en la Cámara de Diputados y en último lugar se encuentran diez provincias con tan solo cinco diputados¹⁷.

c) Las percepciones de los jugadores. Las negociaciones sobre problemas fiscales encuadran en lo que en la teoría de juegos se denomina *juegos de suma cero*. En efecto, la masa de recursos disponibles constituye un *pool común* limitado, como una especie de manantial de la cual todos beben, pero cuya administración se impone a efectos de evitar su agotamiento.

Muchos gobernadores manifiestan casi siempre que el gobierno nacional expande su campo de acción en detrimento de las provincias y que busca, en la mayoría de los casos, un avasallamiento de las autonomías provinciales para poder imponer sus decisiones.

Las experiencias en las relaciones fiscales no han sido del todo buenas; desde 1983 a la fecha, ha habido sistemáticos incumplimientos por parte del gobierno nacional de obligaciones concernientes al envío de los fondos y a la determinación de los mismos. Generalmente, la Nación ha recurrido a distintos mecanismos tendientes a lograr un beneficio adicional del régimen de coparticipación de modo unilateral, como han sido, por ejemplo, la declaración de asignaciones específicas de ciertos impuestos, cuya principal consecuencia es la detracción de un cierto porcentaje de lo recaudado de la masa coparticipable; el

¹⁷ El Decreto- Ley N° 22.847 (art. 3°) establece un piso mínimo de cinco diputados para todas las provincias, que de no existir esta disposición, la representación de muchas provincias sería incluso menor.

manejo estratégico de la información (por ejemplo, al momento de determinar el monto que corresponde a las provincias en la coparticipación); la demora en el envío de los fondos; el uso clientelar de los ATN, etc. Otras experiencias poco felices se han vivido con respecto a ciertos procesos de descentralización, cuyo caso más paradigmático han sido los servicios de salud y de educación entre 1991 y 1993, proceso que finalmente se cerró con la transferencia de los servicios a las provincias, pero que quedó sin resolver el traspaso de los recursos pertinentes para afrontar estas erogaciones; esta situación se agrava aún más con el sostenimiento *mancomunado* (por parte de Nación y provincias) del régimen nacional de previsión social (Pacto Fiscal I).

En lo que respecta al régimen de coparticipación, la Nación ha venido incumpliendo con la garantía del piso mínimo del 34% que establece la ley 23.548 (art. 7°), en parte por el manejo estratégico y oportunista de la información y por otra parte, a través de compromisos que las propias provincias firmaron con la Nación, como lo fue el *Acuerdo Nación-Provincias sobre Relación Financiera* (suscripto el 27 de febrero de 2002) por el cual se dejaban sin efecto las garantías de piso mínimo sobre los niveles a transferir por el gobierno nacional, garantía contenida en el art. 7° de la ley 23.548. Esta garantía había sufrido modificaciones en el pasado, siendo reemplaza por montos fijos (Pacto Fiscal de 1992 y Compromisos Federales de 1999 y 2000). Lo llamativo de esta eliminación, es la directa contradicción con las propias cláusulas de la Constitución Nacional sobre la materia, en cuanto prohíbe expresamente toda modificación en la distribución de los recursos —vigente al momento de la firma del Acuerdo de 2002— que pueda resultar en desmedro de las provincias (CN, Cláusula transitoria 6ª). Fue en aquel Acuerdo donde se estableció la coparticipación del 30% del impuesto al cheque, antes percibido en un 100% por el Tesoro Nacional.

Estas experiencias pasadas fueron gestando *percepciones negativas* en las RIG fiscales que impidieron el logro de acuerdos duraderos ya que se encontraba ausente uno de los principales requisitos: la *confiabilidad*¹⁸.

Como consecuencia de estos procesos, las provincias comenzaron a padecer serios problemas de déficit que en la gran mayoría de los casos terminaban siendo “rescatadas” por el gobierno nacional. No por casualidad, en los distintos pactos y acuerdos fiscales sancionados a lo largo de la década del '90 y principios de siglo, se previeron, a modo de compensaciones, distintos mecanismos de *refinanciamiento de las deudas públicas provinciales* (Pactos Fiscales I y II de 1992 y 1993 respectivamente, el Compromiso Federal de 1999, el Acuerdo Nación-Provincias de 2002, etc.). Todo ello fue conformando un especial tipo de relaciones intergubernamentales, sobre todo en los procesos de negociaciones, caracterizadas por comportamientos oportunistas y desconfianzas mutuas.

¹⁸ Tal ha sido el grado de desconfianza desde los niveles subnacionales hacia el gobierno nacional, que en la reforma a la Constitución Nacional en 1994, se insertó una cláusula que prohíbe expresamente la delegación de competencias sin los recursos correspondientes (art. 75, inc. 2°, párr. 5) y a lo que podríamos agregar todas las previsiones que se establecieron para la sanción del nuevo régimen de coparticipación, que si se analizan en detalle, son cláusulas de garantías para las provincias y que revelan las malas experiencias cosechadas: las transferencias automáticas, la mayoría agravada para establecer asignaciones específicas, la prohibición de la reglamentación y/o modificación unilateral, etc.. Aun, con todas estas previsiones, no sólo no se ha sancionado hasta nuestros días el régimen que ordena la Constitución sino que además, continuaron los comportamientos oportunistas por parte del gobierno nacional lo que, por otra parte, no hubiese sido posible sin el concierto de algunas provincias.

Todas aquellas modificaciones dieron lugar a un *nuevo acuerdo tácito* entre ambos niveles de gobierno, según el cual el juego quedaba estructurado de la siguiente manera: la Nación concentraría más recursos (asignaciones específicas, pre-coparticipaciones, fondos especiales, etc.), pero garantizando a las provincias el refinanciamiento de sus deudas. Desde un punto de vista fiscal y económico, las provincias quedarían “resguardadas” ante la posibilidad de rescates por parte de la Nación, pero, desde un punto de vista político, quedan sujetas a la caja nacional y, eventualmente, a comportamientos oportunistas y clientelares por parte del presidente, dado que del esquema resultante, las provincias difícilmente pueden mantener sus cuentas fiscales en equilibrio, ya que el gasto público excede sus ingresos (tanto los de propia jurisdicción como incluso los provenientes de transferencias federales). Por tanto, siempre quedan en situación de recurrir a nuevas ayudas federales, incluso para financiar las funciones más básicas (salud, educación, justicia y previsión social en lo que les haya quedado como provincial).

Hasta aquí hemos descrito el comportamiento oportunista y clientelar por parte de la Nación. Ello provocó, a modo de reacción, similares comportamientos por parte de las provincias, fundamentalmente en lo que respecta al endeudamiento. Las provincias gastan más de la cuenta, recurriendo al crédito público. Este es un efecto muy particular de los países con estructuras federales, denominado “riesgo moral”. El resultado de este complejo entramado son las explotaciones oportunistas por parte de ambos niveles de gobierno (Jordana 2002).

Segunda parte. El estudio de caso

5. La discusión por la coparticipación del impuesto al cheque

A partir de los resultados de las elecciones de junio de 2009 y de la situación resultante del conflicto entre el gobierno nacional y el sector agropecuario en el año 2008¹⁹, el contexto político resultante trajo varias consecuencias. Por un lado, la pérdida de las mayorías automáticas del Poder Ejecutivo nacional y de ciertos gobernadores antaño aliados al gobierno nacional. Por otro lado, varios gobernadores aliados perdieron en las elecciones legislativas la posibilidad de insertar en las bancas del Congreso legisladores de su propio partido. El resultado en definitiva fue la conformación de un Congreso bastante heterogéneo, donde sin embargo, la primera minoría continuaba siendo oficialista con una mayoría compuesta entre muy diversos sectores políticos.

El sector opositor encontró como causa común el viejo reclamo de una coparticipación más equitativa (traducida en la simple idea de acrecentar los montos destinados a las provincias) y que intentara conjurar a través de la eliminación de la pre-coparticipación del impuesto al cheque, incorporando el 100% de su producido directamente a la masa coparticipable, ya que actualmente ingresa sólo el 30%. Ese porcentaje equivale, sin embargo, a un aumento del 12%

¹⁹ Este conflicto se suscitó a raíz de la pretensión del gobierno nacional de aumentar las retenciones a las exportaciones a ciertos productos agropecuarios (principalmente la soja y el maíz) en el año 2008, a través de la Resolución del Ministerio de Economía y Producción N° 125 del 10/03/2008. Para un análisis de este caso, puede verse ALTAVILLA 2010.

de la masa coparticipable²⁰. Al ser un impuesto directo, su creación por parte del gobierno nacional es excepcional y por tiempo determinado (art. 75, inc. 2º, párr. 1º, Constitución Nacional).

A pesar de su excepcionalidad, dicho impuesto fue sistemáticamente prorrogado por el Congreso, debido a su alto índice de recaudación²¹. En aquella época su próximo vencimiento operaba a finales del año 2009, en el momento en que se producía la coyuntura política descrita más arriba²².

Ello presentó para este nuevo sector opositor una oportunidad de impulsar un proyecto que aglutinara a la mayor cantidad de los sectores políticos al rededor de un tema que viene siendo discutido desde antaño. Por tanto, el ámbito, la arena política donde se desenvuelven los actores en la consecución (o impedimento) de este proyecto fue el Congreso de la Nación. Aun cuando las negociaciones tiendan a ser más informales y se despliegan en ámbitos ajenos al Congreso, es aquí dónde en definitiva se manifiesta o formaliza el acuerdo y posterior toma de decisión a través del voto de los legisladores²³.

Hacia el comienzo de las sesiones parlamentarias de 2010, un grupo de legisladores pertenecientes la Coalición Cívica, el radicalismo y el peronismo disidente impulsó en la Cámara de Senadores la derogación del art. 3º de la ley 25.413.

6. La resolución del caso. Los gobernadores como actores de veto

Todos los actores políticos debieron jugar sus cartas en el Congreso de la Nación: sus recursos —simbólicos y materiales—, la pertenencia partidaria, la afinidad política.

Los gobernadores aliados no dudaron en criticar la medida, sosteniendo que no era ni el momento ni la oportunidad de realizar este tipo de reformas que *desfinanciarían* el Tesoro nacional²⁴. Sin embargo muchos senadores, algunos que respondían incluso a estos gobernadores, se mostraron más independientes

²⁰ El comúnmente denominado impuesto al cheque había sido creado en marzo del 2001, mediante la Ley N° 25.413 denominada “Ley de Competitividad”, bajo el nombre oficial de *Impuesto a los Créditos y Débitos en Cuenta Corriente Bancaria*. En principio había sido creado como un impuesto de emergencia, cuyo producido quedaría afectado a la creación de un *Fondo de Emergencia Pública* en manos del Poder Ejecutivo Nacional con destino a la preservación del crédito público y a la recuperación de la competitividad de la economía otorgándole preferencia a la actividad de las pequeñas y medianas empresas (Art. 3º, Ley 25.413). Con el Acuerdo de febrero de 2002, celebrado en medio del contexto de crisis económica que vivía el país por entonces, y atento a que dicho acuerdo significaba, en líneas generales, un detrimento de la masa coparticipable en la distribución secundaria (es decir, en la parte que les correspondería a las provincias), se estipuló incorporar a la masa coparticipable, a modo de compensación por las pérdidas sufridas por el conjunto de las provincias, el 30% del producido del impuesto (Art. 1º del Acuerdo).

²¹ “Su recaudación se ha mantenido en el orden del 2% del PBI en los últimos años y se estima que aportará unos \$20.500 millones a la recaudación total de 2009 [...] representando casi un 9% de la recaudación total (excluyendo Seguridad Social)” (ARGAÑARAZ Y BARRAUD 2009).

²² Su vencimiento actual opera a finales de 2015.

²³ A pesar de los poderes legislativos que tenga un presidente —sobre todo en un sistema presidencialista como el argentino— las grandes políticas públicas siempre son definidas por el Poder Legislativo, quien es el que tiene el monopolio —a veces limitado, a veces no— de declarar formalmente la voluntad del Estado, es decir, de sancionar la ley. Un ejemplo claro de ello lo constituye precisamente el caso bajo análisis: el presidente no podría prorrogar la vigencia de la ley que establece el impuesto al cheque simplemente mediante decreto de necesidad y urgencia, dado que la Constitución Nacional lo prohíbe expresamente. Frente a ello, la única posibilidad viable es mediante una ley del Congreso de la Nación.

²⁴ El gobernador de la Provincia de Buenos Aires, Daniel Scioli (PJ-FpV), aliado al gobierno nacional, fue uno de los primeros mandatarios provinciales en rechazar públicamente la propuesta de la opositora.

en sus discursos, ya que ante la magnitud de la medida, que necesariamente favorecería a las provincias, no correrían el riesgo de resultar contradictorios con su propio electorado (recurso simbólico).

El Poder Ejecutivo perdió muchos legisladores, sean que les respondían directamente o a través de los gobernadores aliados. Sin embargo, contaba aún con muchas herramientas como para decidir la cuestión, desde el uso del veto hasta la eliminación de ciertas transferencias a las provincias (como ser, entre otras, el Fondo Solidario Federal, creado mediante Decreto de Necesidad y Urgencia, o el Programa de Asistencia Financiera, que representan \$6.000 y \$9.500 millones, respectivamente). Sin embargo, estas medidas podían resultar costosas, ya que estaría lesionando los intereses provinciales que el Congreso decidió otorgar al convertir el proyecto en ley.

Desde las declaraciones de la oposición y del oficialismo, las discusiones quedaron enmarcadas, indiscutiblemente, en un juego de suma cero: funcionarios del gobierno nacional criticaron la medida como de irresponsable y malintencionada, tendiente a desfinanciar al tesoro nacional²⁵. Como contrapartida, en varias oportunidades manifestaron la idea de eliminar otros programas de transferencias. Desde la oposición, haciendo eco de los sempiternos reclamos de mayor federalismo frente a una situación de sometimiento de las provincias y de avasallamiento de sus autonomías, sostuvieron, como un primer paso para modificar integralmente el régimen de coparticipación, la incorporación del total del producido por el impuesto al cheque.

Las acusaciones y críticas entre aliados y opositores puso de manifiesto las percepciones negativas que imperan en la constelación de actores respecto de las relaciones fiscales intergubernamentales²⁶.

Finalmente, el proyecto de ley llegó a la Cámara de Senadores, y tras algunos intentos fallidos²⁷, se logró la media sanción en una polémica sesión que tuvo como resultado 35 votos a favor y 33 en contra, no sin críticas por parte del oficialismo en cuanto exigía la mitad más uno de los miembros totales (es decir, 37 senadores)²⁸.

sición, sosteniendo que “desde ese sector se “intenta obstaculizar” y “generar incertidumbre” en el país” (Diario La Nación, sábado 17/04/2010).

²⁵ El senador Agustín Rossi, jefe del bloque kirchnerista en la Cámara de Senadores, sostuvo que “la oposición actúa “con un grado de irresponsabilidad institucional altísimo” (Diario La Nación, Jueves 15/04/2010) y que la Cámara de Diputados “no puede ser cómplice de la violación de la Constitución” (Diario La Nación, sábado 17/04/2010)

²⁶ Según una encuesta acerca de “¿Qué actor debería entonces ceder parte de su tesoro para que se pueda avanzar en un acuerdo? Los gobernadores consultados no dudaron a la hora de responder: “La Nación” (Diario Clarín, lunes 22/03/2010). Un senador oficialista sostuvo abiertamente: “nosotros no queremos achicar el Estado nacional para agrandar las provincias” (Diario Página 12, jueves 18/03/2010). Más tarde, ya en oportunidad de debatirse el proyecto en la Cámara de Senadores, un senador aliado sostuvo: “No es una buena ley para las provincias, porque no puede haber provincias prósperas en una Nación desfinanciada” (Diario La Nación, lunes 15/04/2010). Un senador por Salta, opositor, acusó en el recinto a la administración de Cristina Kirchner de “aplicar un ajuste con las provincias, al obligarlas a ir a pedir fondos a la Nación” (Diario La Nación, lunes 15/04/2010).

²⁷ Después de cinco semanas en las que el Congreso no pudo sesionar por falta de quórum, ante la inasistencia de los senadores oficialistas. Ello fue una muestra contundente del oficialismo de no querer debatir el proyecto por la vía del Congreso y una muestra más de cómo el Congreso no constituye un actor, sino una parte de la arena política. La sesión del jueves 15 de abril de 2010 pudo finalmente darse gracias, paradójicamente, al quórum que habilitó la senadora por Formosa, esposa del gobernador de esa provincia y aliado al gobierno nacional.

²⁸ Los gobernadores de Buenos Aires, Daniel Scioli (PJ-FpV) y de San Juan, Luis Gioja (PJ-FpV), esgrimieron duras críticas contra el Vicepresidente Julio Cobos (presidente nato del Senado) por haber

Tabla #2: Resultado de la votación en la Cámara de Senadores (15/03/2010)

	Oficialistas ^a (total: 36)	Opositores ^b (total: 36)	Votación final
Ausencias	1	1	2
Abstenciones	1	1	2
A favor	1	34	35
En contra	33	-	33
TOTAL	36	36	72

^a Ausentes: Jenefes (Jujuy, FPV); Abstenciones: Bartolozzi (Formosa, FPV); A favor: Viena (La Pampa, FPV).

^b Coalición Cívica, PS y el PJ-Disidente. Ausentes: Menem (La Rioja, PJ), Bongiorno (Río Negro, Frente Grande).

Tras la aprobación del proyecto, la constelación de gobernadores se dividió en dos grandes bloques: una mayoría de ellos continuó aliado al gobierno nacional, haciéndolo explícito a través de una solicitada firmada por catorce gobernadores que rechazaban la medida²⁹. En el otro espectro, once gobernadores continuaron con una postura de oposición³⁰.

Lograda la media sanción en la Cámara Alta, el proyecto pasaría a la Cámara Baja, donde la oposición contaba con la mayoría suficiente para dar la sanción definitiva al proyecto. Es importante resaltar que a pesar de que el gobierno nacional contaba con un amplio espectro de gobernadores a su favor (17 de 24), los resultados electorales del 2009 dieron como resultado un Congreso bastante heterogéneo donde la mayoría de los legisladores nacionales provenían de fuerzas distintas a las oficialistas, independientes tanto del gobierno nacional como de los gobernadores aliados. Ello se manifestó particularmente en la Cámara de Diputados. El recinto se vio conformado por cuatro grandes fuerzas políticas: el FpV (con 96 diputados) más sus aliados (que sumaban 17) en el sector oficialista; en el sector opositor, el Acuerdo Cívico se posicionó como una importante fuerza, contando con 77 diputados, seguido por el PRO, con 26 y el PJ Disidente, con 17. Junto con otros 24 diputados provenientes de diferentes partidos políticos,

aprobado la votación sin contar con la cantidad de votos que, según el oficialismo, se requeriría para eliminar una asignación específica a un impuesto nacional (Diario La Nación, sábado 17/04/2010). En efecto, el texto constitucional establece que para crear una asignación específica, se requiere la mayoría absoluta de los miembros presentes de ambas cámaras (art. 75, inc. 3), pero no nada dice con respecto a la eliminación de las mismas, lo que generó el debate.

²⁹ Los gobernadores firmantes fueron los justicialistas Barrionuevo (Jujuy), Urtubey (Salta), Alperovich (Tucumán), Insfrán (Formosa), Capitanich (Chaco), Beder Herrera (La Rioja), Gioja (San Juan), Scioli (Buenos Aires), Jaque (Mendoza), Urribarri (Entre Ríos), Peralta (Santa Cruz), Closs (Misiones) y los radicales K, Saiz (Río Negro) y Zamora (Santiago del Estero). La solicitada firmada por ellos comenzaba diciendo que “Los gobernadores abajo firmantes subscriben la declaración con el objeto de advertir al pueblo de las Nación y de nuestras respectivas provincias, la gravedad de las decisiones adoptadas por parte de algunos senadores nacionales de la oposición y por el vicepresidente de la República respecto a la distribución del impuesto al cheque” (lapoliticaonline.com, martes 20/04/2010).

³⁰ Dentro de este grupo opositor, la mayoría optó por una abierta oposición al gobierno nacional: los gobernadores justicialistas Das Neves (Chubut) y Rodríguez Saá (San Luis), el jefe de gobierno por el PRO, Macri (CABA), el radical Brizuela del Moral (Catamarca) y el socialista Hermes Binner (Santa Fe). Los restantes cinco gobernadores optaron por una postura opositora, pero más moderada: los justicialistas Schiarretti (Córdoba), Jorge (La Pampa, del FpV), Sapag (Neuquén-MPN), Ríos (Tierra del Fuego-ARI) y el radical Colombi (Corrientes).

totalizan los 257 diputados de la Cámara. El oficialismo (y sus aliados) totalizaba 113 diputados (el 44% del total de la Cámara) y la oposición, en su conjunto, con 144 diputados (el 56%). La derrota del oficialismo en esta segunda instancia era inminente.

Tabla #3: Composición del Congreso de la Nación en números generales

	Partido Político	Cámara de Senadores	Cámara de Diputados
	PJ - FpV	36	96
	Aliados K	-	17
	PJ (disidente)	9	17
	Acuerdo Cívico	23	77
	PRO	-	26
	Otros	4	24
*	TOTAL	72	257
*	<i>QUORUM</i>	37	130

Las filas resaltadas representan al oficialismo, totalizando 113 diputados y 36 senadores.

Las filas en blanco, a la oposición: 144 diputados y 36 senadores.

Fuente: *Diario Clarín*, domingo 28/06/2009.

Frente a este contexto, el gobierno nacional finalmente decidió implementar el Programa Federal de Desendeudamiento (PFD), por el cual se refinanciaría el 89% de las deudas públicas que las provincias mantenían con la Nación equivalente a \$73.912 millones (cubriendo por tanto esta refinanciación \$65.522 millones) a través de una reprogramación hasta 2030 y con un período de gracia de un año y medio, que se implementarían a través de acuerdos con la Nación. Éste había sido ya uno de los proyectos de la oposición que, coherentemente, recibió con beneplácito. Solamente cinco provincias no fueron incluidas en el proyecto (Santa Fe, Santa Cruz, San Luis, La Pampa y Santiago del Estero) porque no mantenían deudas con el gobierno nacional.

Por otra parte, el proyecto preveía financiar con ATN los dos años de gracia que otorgó a los gobernadores con el PFD. De esta manera, se asegura el manejo de estos fondos, que la oposición ya tenía proyectado coparticiparlos³¹, eliminando la discrecionalidad del presidente en el envío de los mismos.

La presidente logró suspender el debate en el tiempo (con media sanción en el Senado y con una fuerte probabilidad de aprobación en Diputados, donde la oposición era más fuerte), se asegura el manejo de los ATN y, fundamentalmente, el apoyo de todos los gobernadores beneficiados.

Ninguno de los intentos —entre ellos las amenazas de veto y de eliminación de transferencias— finalmente prosperó. La cuestión fue resuelta por una decisión unilateral de la presidente a la que los gobernadores adhirieron, encaminando las negociaciones hacia otro tipo de juego: de *suma cero* pasó a uno de *suma variable*, donde encuentran beneficios todos los actores involucrados. Sin embargo, se soslaya la posibilidad de una discusión más a fondo del régimen de

³¹ “El radicalismo, el Peronismo Federal, la Coalición Cívica y el socialismo en el Senado tenían todo listo para tratar en la sesión del próximo 19 de mayo la coparticipación de los ATN adeudados” (*Diario* Página 12, martes 11/05/2010).

coparticipación (que, de hecho, nunca estuvo del todo instaurada, pues tanto el oficialismo como la oposición se limitaron al debate de la coparticipación del impuesto al cheque).

Si comparamos este caso con otro muy similar, donde el oficialismo no contaba con mayorías para imponer su proyecto, donde se puso en juego la distribución de recursos fiscales, etc., cual fue el del conflicto con las entidades del campo, encontramos que ambos tuvieron la misma resolución: las provincias terminaron por negociar y dar su apoyo al poder ejecutivo nacional frente a la propuesta de otorgar nuevos recursos (en el primer caso, con recursos provenientes de la coparticipación de la soja, y el segundo con la refinanciación de la deuda pública provincial). En ambos casos, con los mismos actores y en un contexto político muy parecido, el factor clave fueron los *recursos materiales* y, más específicamente, la *urgencia* de los mismos.

Conclusiones

Podemos observar que las variables utilizadas en el presente trabajo han servido para explicar cómo interactúan los actores políticos y cómo sus decisiones no son tomadas de modo unilateral, sino que —como se sostiene desde el neoinstitucionalismo y desde la teoría de juegos— son interdependientes: los actores no deciden exclusivamente en base a sus intereses y posibilidades, sino que tienen en cuenta además los intereses y las decisiones (posibles o reales) que puedan tomar los demás jugadores.

Estas *tres variables* interactúan en nuestro sistema político —ya sea que intervenga una o varias a la vez— influyendo de modo determinante en la toma de decisiones de los actores.

El proyecto de coparticipar el impuesto al cheque ha sido, desde la reforma constitucional y desde el vencimiento del plazo para sancionar el nuevo régimen de coparticipación (vencido el 31/12/1996), el “más serio” y el único que estableció con cierta fuerza en la agenda política el debate por la coparticipación. Llamativamente, no fueron los gobernadores los principales actores en estas negociaciones, sino ciertos grupos de legisladores opositores, avalados sólo por un par de gobernadores. Esto deja de manifiesto la falta de interés por parte de los ejecutivos —quienes son los que manejan el presupuesto y el tesoro— de lograr un acuerdo y establecer un régimen de coparticipación tal cual lo ordena la Constitución Nacional, cuyos criterios pretenden de éste un instrumento idóneo para lograr los objetivos de *equidad* y *solidaridad* en el régimen federal argentino y garantizar la igualdad de oportunidades en todo el territorio de la Nación, de acuerdo a los términos utilizados por la Constitución reformada en 1994.

Este tipo de acuerdos retrasa o posterga soluciones a largo plazo: modificar el actual régimen de coparticipación impuesto por ley 23.548, cuyos coeficientes y mecanismos de distribución han quedado obsoletos y dar cumplimiento a la manda constitucional del art. 75, inc. 2° de sancionar un nuevo régimen de coparticipación federal de impuestos. En este punto, encontramos una serie de problemas de naturaleza más estructural: ya no es sólo un *problema de caja*, como generalmente se sostiene, sino que apunta a la situación misma de las provincias, a su situación o posición dentro del juego: muchas de ellas se ven beneficiadas por las deficiencias del diseño institucional y propender a una modifi-

cación estructural del actual esquema de repartos, implicaría poner en juego los beneficios obtenidos a lo largo de estos años³². Ello explicaría, en parte, la falta de innovación institucional por parte de los actores. Estos acuerdos “transitorios” (o “parches” como se los ha llamado) al sistema en su conjunto contribuyen, además, a una mayor complejización del mismo, tornándolo cada vez más irracional. Medidas de esta naturaleza quitan equidad al sistema y generan incentivos negativos a los actores³³.

Por otra parte, este caso pone de resalto otras dos cuestiones importantes: el gobierno nacional, a pesar de sus “superpoderes”, necesita del consenso de los gobernadores, quienes —al menos desde el retorno de la democracia en 1983— se han posicionado como actores claves dentro del juego federal, sin cuyo consenso el presidente se vería seriamente imposibilitado de implementar políticas públicas importantes. En sentido inverso, cuando el gobierno nacional cuenta con el apoyo de los gobernadores, puede incluso neutralizar cualquier proyecto impulsado en el ámbito del Congreso cuando esté controlado por fuerzas opositoras. En segundo lugar, y como consecuencia de lo anterior, en materia específica de relaciones fiscales intergubernamentales, los gobernadores han sido copartícipes necesarios del estado actual de la situación, pues ha sido gracias a su consentimiento que las más importantes modificaciones al régimen de coparticipación hayan podido ser implementados y perduraran incluso en el tiempo.

Los gobernadores aparecen así en la arena política nacional como actores de vetos no previstos constitucionalmente, sino que surgen del sistema político; son entonces, en términos de Tsebelis, jugadores de veto *partidarios*³⁴: El Congreso se mantiene como una instancia de decisión formal, mientras los ejecutivos concentran el poder de decisión real, luego formalizado por leyes del parlamento.

Por último, no puede entablarse una discusión seria sobre modificaciones del régimen de coparticipación federal (ni mucho menos el que pretende la Constitución) si no se reformula al mismo tiempo la adecuada *relación entre recursos y gastos*, por lo que es necesario una reformulación más integral de la relación federal entre todos los niveles de gobierno y con la participación de todos ellos. Pues, como ha quedado de manifiesto en el análisis del presente trabajo, una de las variables que mayor poder explicatorio tiene sobre los resultados polí-

³² Para un análisis más detallado sobre cómo las provincias chicas se han visto beneficiadas en las sucesivas reformas y modificaciones al régimen de coparticipación, puede consultarse ALTAVILLA 2014b.

³³ El resultado de este encuentro, por ejemplo, dejó sin beneficio a cinco provincias justamente por no tener deudas con el gobierno nacional. De esta manera, Santa Fe, Santa Cruz, San Luis, La Pampa y Santiago del Estero ni vieron refinanciadas sus deudas (porque no tenían) ni vieron incrementados sus ingresos coparticipables, porque finalmente el proyecto de coparticipar el 100% del impuesto al cheque no prosperó, ni la posibilidad de recibir ayudas en concepto de ATN, dado que los mismos quedan afectados al refinanciamiento de las deudas que las provincias mantienen con el gobierno nacional. El incentivo que surge de este tipo de reglas fiscales es que cualquier actor involucrado podría resultarle más conveniente “depender” del gobierno nacional que llevar adelante una buena administración, con todo el esfuerzo que ello implica.

³⁴ Para George TSEBELIS, los jugadores de veto pueden ser clasificados en *institucionales* y *partidarios* (*institutional and partisan veto players*). Los primeros están especificados por la constitución de un país, así, en EEUU serían el presidente, la Cámara de Representantes y el Senado; los segundos, en cambio, surgen del sistema político, dando como ejemplo los distintos partidos políticos que conforman una coalición de gobierno, como sucede en el parlamentarismo europeo (2002:2).

ticos observados ha sido la *autonomía financiera* de las provincias (o la ausencia real de ella). La posición de las provincias se ve fuertemente debilitada frente al gobierno nacional cuando es éste el que concentra la mayor cantidad de recursos y cuando, en contrapartida, las provincias lidian día a día con cuentas fiscales en rojo. Cualquier posibilidad de modificar el statu quo cae frente a la posibilidad nuevos recursos (esta vez traducidos en la posibilidad de aliviar las cuentas fiscales locales).

Referencias bibliográficas

- ACUÑA, CARLOS (1995), *La Nueva Matriz Política Argentina*, Nueva Visión, Buenos Aires.
- ALTAVILLA, CRISTIAN (2009^a), "Acuerdos interjurisdiccionales en materia tributaria: el pactismo fiscal" (1^a parte) en *Periódico Económico Tributario (PET)*, Año XVII, N° 420, La Ley, Buenos Aires.
- (2009b) "Acuerdos interjurisdiccionales en materia tributaria: el pactismo fiscal" (2^a parte), en *Periódico Económico Tributario (PET)*, Año XVII, N° 421, La Ley, Buenos Aires.
- (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, La Ley, Buenos Aires, pp-3-24.
- (2011), *Federalismo y Sistema de Partidos en Argentina. Determinantes institucionales en la distribución del poder político*. Saarbrücken: EAE.
- (2014a) "The Party System Dynamics in a Federal State. The Argentine Case", *Czech Journal of Political Science*, Vol. XI, N° 3, October, pp. 202-234.
- (2014b) "Variables Políticas en la [Re]Distribución de Recursos Fiscales entre distintos niveles de Gobiernos", *Revista Perspectivas de Políticas Públicas*, Año 3, N° 7 (Julio-Diciembre), pp. 13-41.
- ARGAÑARAZ, NADIN y BARRAUD, ARIEL (2009), "Distribución de la recaudación del impuesto al cheque: nuevamente al tope de la discusión política", Informe Económico N° 30, IARAF, Córdoba, 8 de dic.
- BARRERA BUTELER, GUILLERMO (1996), *Provincias y Nación*, Ciudad Argentina, Buenos Aires.
- BIDART CAMPOS, GERMÁN (2002), *Manual de la Constitución Reformada*, Ediar, Buenos Aires.
- CAO, HORACIO y RUBINS, ROXANA (2001), "Administración nacional y administraciones provinciales: similitudes y diferencias", en ABAL MEDINA, JUAN M. y CALVO, ERNESTO, eds. (2001), *El federalismo electoral argentino. Sobrerrepresentación, reforma política y gobierno dividido en la Argentina*, INAP-Eudeba, Buenos Aires.
- JORDANA, JACINT (2002), *Relaciones Intergubernamentales y Descentralización en América Latina. Casos de Argentina y Bolivia*, Proyecto Conjunto - INDES - Comunidad Europea - Documento de Trabajo, junio, Washington: BID.
- OLMEDA, JUAN CRUZ (2009), "Relaciones intergubernamentales y patrones de negociación en el federalismo fiscal argentino desde los noventa", *XXVIII Congreso Internacional de la Asociación de Estudios Latinoamericanos (LASA)*, Río de Janeiro, 11 al 14 de junio.
- PARMIANI DE BARBARÁ, M. CONSUELO (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.
- SAGÜÉS, PEDRO (2003), *Elementos de Derecho Constitucional*, Astrea, Buenos Aires.

SCHARPE, FRITZ (1997), *Games Real Actors Play*. Actor-Centered Institutionalism in Policy Research, Boulder: Westview Press.

— (1988), “The Joint-Decision Trap. Lessons From German Federalism and European Integration”, *Public Administration*, Vol. 66, N° 2, pp. 239-78.

TOMMASI, MARIANO y SPILLER, PABLO, dirs. (2000), *Las Fuentes Institucionales del Desarrollo Argentino. Hacia una Agenda Institucional*, CEDI, Fundación Gobierno y Sociedad, Buenos Aires.

TSEBELIS, GEORGE (2002), *Veto Players. How Political Institutions Work*, Princeton: Princeton University Press.

WATTS, RONALD (1989), “Executive Federalism: A Comparative Analysis”, Institute of Intergovernmental Relations, Working Paper N° 26, Queen’s University.

WRIGHT, DEIL S. (1997), *Para Entender las Relaciones Intergubernamentales*, FCE, México.



DEBATES SOBRE DEMOCRACIA, PARTICIPACIÓN Y JUVENTUD*

*María Susana Bonetto***

Resumen: En este trabajo se pretende una aproximación al significado y ciertas condiciones de posibilidad de una política democrática movilizadora y militante, luego de la crisis del neoliberalismo en la región y los cambios producidos que lo cuestionan. Esta propuesta se constituye a partir de la revisión de algunas referencias teóricas que interpelan la universalización de la racionalidad liberal-republicana como el único canon democrático. Por otra parte, plantea la posibilidad de analizar la democracia en su anclaje político regional, agonista y contingente ya que habilita una mejor comprensión de las nuevas construcciones democráticas latinoamericanas

Palabras clave: Democracia - Militancia - Legitimidad - Conflicto.

Desde principios de este siglo, asistimos en Latinoamérica a la emergencia de nuevos gobiernos democráticos que ostentan considerable apoyo popular. Luego del fracaso neoliberal, parecen superar la crisis de representación y el desencanto respecto a la política, cuestionando la hegemonía neoliberal y la resignación de un orden inevitable. Es en este contexto desde distintas perspectivas se suscite el interrogante: ¿Hay un real cuestionamiento de la “hegemonía neoliberal”? Es decir, la irrupción de nuevos gobiernos democráticos ¿permitió realmente la resignificación de la política como instrumento de transformación social?

Frente a este interrogante, en el presente, entendemos que en los diferentes países de la región se advierte que hay una reformulación de la política como escenario legítimo de representación y transformación de la sociedad.

Estos procesos emergentes que se presentan como alternativas a la gobernanza neoliberal están vinculados a lo que se denomina “giro a la izquierda” y producen resistencias en parte de la sociedad, ya que el neoliberalismo sigue contando con apoyos en sectores con poder económico o influidos por el discurso mediático. Pero también las transformaciones producidas y los proyectos alternativos propuestos generan amplias adhesiones, signadas por la participación movilizadora de distintos colectivos.

En el caso argentino, lo que se denomina “la década Kirchnerista” produjo múltiples transformaciones de la política, constituyendo rupturas con el pasado y un proyecto transformador que genera conflicto, en tanto pretende imaginar la construcción de alternativas al neoliberalismo, sosteniendo una propuesta de ampliación de derechos y de equidad social. Se establece así una nueva agenda post-liberal que prioriza estos objetivos, a partir del poder de decisión político,

* Recibido el 16/12/14. Aprobado el 08/06/15.

** Dra. en Derecho y Ciencias Sociales, Categoría I en el Programa “Docentes Investigadores”. Prof. Titular Regular de Fundamentos de la Ciencia Política en la U.N.V.M. Titular regular del Programa “Estado Democracia y Ciudadanía” del CEA U.N.C., con carga anexa a la Cátedra de Derecho Político F. D. y Cs. Soc. U.N.C. Directora de Investigaciones Nacionales e Internacionales. Autora de libros y artículos nacionales e internacionales. Correo electrónico: msbonetto@hotmail.com

por sobre la sujeción a la ortodoxia socioeconómica. Se ha producido una apertura de los canales de participación política y movilización social, distanciándose de las prácticas de desmovilización y reclusión individualista. Coincidiendo con Forster (2013), estos gobiernos al intervenir en la construcción del orden social rompen con la cómoda estética del agotamiento de la política y su correlato con el miedo a protagonizar la historia. Los mayores conflictos se suscitan si se cuestiona aunque sea parcialmente el modelo de apropiación de riqueza del bloque económico hegemónico. A eso se suma el temor y rechazo que los grupos dominantes sienten frente a procesos de protagonismo popular, cuando el pueblo se lanza a la escena pública para reclamar ampliación de derechos. Según la propuesta analítica de Forster (2013) estos intentos de transformación se ven descalificados por una derecha que mantiene sus objetivos neoliberales pero es lo bastante creativa para adaptarse a los nuevos tiempos, resignificando memorias y gramáticas democráticas. En ese marco buscan apropiarse de tradiciones populares en nombre de un modelo normativo de democracia que propone sustituir la soberanía popular por un “republicanismo virtuoso”, custodio de la institucionalidad existente como una construcción inmodificable por la voluntad del pueblo. Se proclama así como autoritario todo proyecto que invoque valores de emancipación y equidad no autorizados por el mercado.

En este contexto, se ha producido la irrupción de una extensa participación en colectivos sociales antes apartados de la política, entre los cuales se destaca la movilización militante de movimientos sociales y organizaciones políticas de la juventud. Sin embargo, se manifiesta desde los grupos neoliberales una dura crítica a la irrupción en el espacio público de conflictos antes invisibilizados, que esas movilizaciones ocasionan y una pretendida imposición como contrapartida de una idea de “consenso”, pretendido supuesto de toda práctica democrática, postulando la ilegitimidad del inevitable conflicto constitutivo de lo social (Mouffe 2011) que se ve potenciado en una sociedad desigual. Por ello, los gobiernos que intentan transformaciones democráticas que de algún modo tratan de limitar la absoluta libertad de mercado, recortando el poder de algunos intereses socioeconómicos, para promover una mayor igualdad, son acusados de autoritarios.

Coincidiendo con Rancière, podemos sostener que una vez que se tornó innecesario para el “occidente liberal” el sentido que se atribuyó al totalitarismo durante la guerra fría, sus rasgos pudieron ser desarticulados y luego rehabilitados para designar justamente su opuesto: la democracia: entendiendo como tal el momento en el cual irrumpe la política en escena. Es decir el momento de la política, pensada como el desarmado de un estado de policía, cambiando las posiciones de los sujetos y otorgando voz a aquellos que sólo hacían ruido.

Para focalizar este análisis en nuestro país, recuperamos la memoria del pasado reciente en tanto permite la comprensión de estos procesos. Así, debe destacarse que en la Argentina de la transición, a los fines de afianzar la democracia, el interés central del nuevo régimen al poner el acento en la interpretación de los efectos negativos de la dictadura militar, consideró preferentemente las consecuencias endógenas de ésta, sobre todo los efectos del autoritarismo militar, y se propusieron estrategias de tipo institucional-procedimental para modificarla. Ya que subyacía el temor a una involución autoritaria, no solo militar, sino que también se incluyó como tal al “populismo corporativo” y a la izquierda militan-

te. A ellos se opone la voluntad de asegurar la democracia y el Estado de Derecho. En ese contexto, la democracia liberal ocupó así el centro de la atención como concepto liminar opuesto al autoritarismo —en cualquiera de las formas mencionadas— razón por la cual era la única democracia posible. Esto implicaba en lo que se refiere a la participación política que su realización se circunscribía a la ciudadanía “individual” o a la tradición liberal de movimientos u organizaciones de la sociedad civil. Así se produjo una importante transformación del sentido de la democracia, sobre todo en la tradición popular de ésta.

Teniendo en cuenta esa perspectiva instalada en la transición, y analizando los cambios sucedidos, que terminaron interpelando esas transformaciones como el canon de “lo único posible,” este trabajo pretende indagar el significado y ciertas condiciones de posibilidad de una política democrática movilizadora y militante, que plantea un sentido de la misma distanciándose de las construcciones democráticas basadas en el ciudadano “individualista racional” de la tradición liberal, y de su última versión de ciudadano consumidor alentada por el neoliberalismo. Tal distinción y la consideración de posibles alternativas, se considera relevante a los fines de discutir la legitimidad de otra democracia en la región, y en especial, el sentido de una democracia militante que requiere de una participación colectiva y movilizadora como supuesto identitario constitutivo de la política democrática regional.

Una primera mirada sobre esta cuestión nos remite a discutir el planteo de sus posibles tradiciones teóricas y sus prácticas, las que indagamos no en el marco de la democracia liberal sino en escenarios democráticos alternativos, como los emergentes en Sudamérica.

Por ello, se hace presente que partimos de marcos analíticos trabajados desde los supuestos de las perspectivas de la descolonización y la interculturalidad. Para sintetizar sus sentidos, citamos brevemente los supuestos expresados por Mignolo (2003:15) “el giro descolonial consiste en desprenderse del chaleco de fuerza de las categorías de pensamiento que naturalizan la colonialidad del saber y del ser y los justifican en la retórica de la Modernidad, el progreso y la gestión democrática imperial.” Si no se superase éste estatuto del conocimiento, el mismo operaría en la teoría política dando prioridad a los conceptos de democracia y libertad articulados en la supuesta universalización de la “racionalidad” de la democracia liberal - capitalista occidental.

Por el contrario, en este texto se propone una reflexión sobre las realidades regionales, fuera de los marcos teóricos generados por las Ciencias Sociales de la tradición canónica de la racionalidad universalista liberal, hegemónica en los estudios de la democracia. Esta tentativa exige y/o supone la necesidad de deconstrucción respecto a arraigadas conceptualizaciones tradicionales, y la liberación de estructuras cognitivas sometidas a valorizaciones dominantes, y también de conductas intelectuales, comportamientos académicos y tradiciones reiterativas de las dimensiones eurocéntricas. Sólo a partir de ese esfuerzo es posible desmitificar la universalidad de los valores que sustentan el canon hegemónico de la democracia liberal y analizar críticamente la adecuación de sus marcos analíticos para dar cuenta de las democracias del Sur¹.

¹ Para una mayor explicación de estas referencias BONETTO-GARAY “Recuperación del pensamiento social Latinoamericano en la construcción de una reflexión crítica”, Revista Estudios Diciembre del 2013 (en prensa).

A esos fines, realizaremos un recorrido teórico heterogéneo, a partir de una recuperación intencionalmente ecléctica, cuestionable y polémica de algunas dimensiones analíticas que consideramos necesario incluir como “instrumentos explicativos” para iniciar aproximaciones hacia la construcción de un modelo de “Democracia militante”.

Para ser consecuentes con esta propuesta, se recupera inicialmente algunos de los más destacados aportes de la teoría democrática del siglo XX, en Latinoamérica y en los países centrales. En este último caso, se inicia el trayecto tomando algunos de los pocos análisis que se realizaron de su funcionamiento en escenarios periféricos, no sesgados por una universalización eurocéntrica.

Primera aproximación: un antecedente relevante

Fue Macpherson, un liberal radical, quien planteó ya en el año 1966 que la democracia no debía ser identificada única y exclusivamente con la democracia occidental liberal sino que existían otras variantes como la democracia comunista y la de los países subdesarrollados². Esta última nos interesa particularmente, puesto que hace referencia a los estados periféricos, en cuyo mismo escenario podemos analizar actualmente a los países de la región, siendo que sus construcciones democráticas no se identifican con la liberal ni la marxista. Por el contrario, parecen retrotraerse a la antigua noción inaugural de democracia que consistía en el gobierno de y para el pueblo oprimido, en el marco de la polis.

Desde esa perspectiva, la idea de democracia que surgió en estos países en el curso de sus luchas nacionales para liberarse del colonialismo y/o del imperialismo, se acerca a aquella concepción originaria, más que cualquiera de las otras. Esto es así, en tanto en estas democracias, su construcción no ha sido resignificada por el individualismo de posesión del liberalismo, ni moldeada exactamente según el patrón de clases del marxismo. Así, en su constitución, se han rechazado y aceptado algunos elementos de las dos. Rechazan, la tendencia individualista de la democracia liberal, ya que en alguna medida, la igualdad dentro de la comunidad es tan o más valorada que la libertad individual. Por otra parte, en cuanto a sus prácticas, las circunstancias de las luchas por su liberación favorecieron la aparición de partidos dominantes que representan a las mayorías populares. Así también, continuando con la línea de pensamiento del autor, en el escenario de estas democracias la conciencia política de las vanguardias se construye de modo nacionalista, pero en el sentido defensivo de emancipación, no de expansión, y buscan representar la voluntad general, la cual pueden reclamar en muchos casos con justificación. En este sentido entiende Macpherson (1966) que a este experimento democrático basado en la participación popular “llamarlo democrático es poner el acento en los objetivos”. Es utilizar como criterio de la democracia el logro de fines que comparte la gran masa del pueblo y que ésta sitúa por delante de los objetivos individuales. Esta es, desde luego, una visión coincidente con la noción de democracia preliberal o clásica... “El formulador paradigmático de esta doctrina democrática ya en la modernidad, fue Rousseau”, y “fuertes son los ecos de Rousseau que se

² MACPHERSON C. (1966), “La realidad Democrática. Liberalismo. Socialismo. Tercer Mundo”, Oxford University Press.

encuentran en muchas de las afirmaciones teóricas de los dirigentes de países subdesarrollados” (Macpherson 1966: 44).

En definitiva, según el juicio de Macpherson, la legitimidad de este tipo de democracia rechaza algunas de las facetas más características de la democracia liberal, tales como el individualismo y la absolutización de instituciones y procedimientos liberales; también rechaza del marxismo el dogma de la lucha de clases. Sin embargo, según el autor, se apoya, al igual que el modelo marxista, en el análisis crítico del capitalismo, de la alienación humana y la deshumanización que éste produce, proponiendo en lugar de la superación de clases, la idea de equidad social e igualdad. Por otra parte, no rechaza totalmente la institucionalidad liberal, sino que la resignifica y excede sus estrechos sentidos fijados en las construcciones originarias del “primer mundo”, en tanto no centra su atención en las instituciones y la participación ciudadana individual, sino en la movilización colectiva que legitima las acciones políticas transformadoras en el lugar democrático constitutivo de la soberanía popular.

A pesar de las diferencias epocales que permiten entender algunas variaciones en los términos de la argumentación, con respecto a los que predominan en los debates actuales (ya que las referencias de Macpherson se dirigen a las democracias populistas de los años cuarenta y cincuenta)³, la descripción de la democracia planteada, se entiende como un antecedente analítico no eurocéntrico de las democracias regionales, al caracterizar la peculiaridad de sus rasgos particulares. Esta tradición es recuperada en las actuales teorizaciones sobre los gobiernos surgidos luego de las crisis neoliberales en la región a comienzos del nuevo siglo que introducen una propuesta post-liberal de democracia.

Segunda aproximación. La transición y el neoliberalismo en la Argentina: sus efectos

Estos nuevos gobiernos sustituyen a las democracias liberales emergentes en Latinoamérica, en los inicios de la transición, en un escenario en el cual, como ya se explicó anteriormente, las opciones regionales no se pensaban ya como en los setenta entre capitalismo o socialismo, sino entre autoritarismo y democracia. En ese marco, avalado por las transformaciones de gran parte de la intelectualidad regional y sus nuevas propuestas teóricas, las perspectivas institucionalistas hegemónicas, se orientaron al resguardo de los procedimientos y los marcos jurídico-institucionales del liberalismo, en el contexto de construcciones sociales orientadas por el mercado. Se descuida así, la reflexión crítica sobre ciertas dimensiones analíticas presentes en los estudios de la democracia liberal que entiende al Estado de Derecho como un instrumento neutral de intercambios y reglas, sin anticipar los efectos económicos de una “neutralidad” que no pone límites al funcionamiento del mercado. Esta perspectiva termina transformando la democracia en una gestión jurídico-institucional del capitalismo, en el cual la política es un instrumento funcional a los intereses de éste.

³ El populismo señala una vertiente fundamental de la tradición democrática en la región. Dicha tradición desarrolló su identidad política, en gran parte en oposición a los regímenes democrático-liberales que imperaron según lo construyeron los órdenes oligárquicos. Liberalismo y democracia estaban imbricados en una relación tensa y conflictiva en la región. La imposición del ideal democrático populista debe ser vista como un emergente de dicha peculiar dialéctica entre liberalismo y democracia y marxismo.

La hegemonía de estos marcos conceptuales, aunque comprensibles para reafirmar la institucionalidad luego del terrorismo de Estado, produjeron finalmente un inquietante vaciamiento de la política, así como pusieron en crisis las estructuras de representación de los intereses colectivos y de toda movilización popular. Coincidiendo con Castorina (2007.57) "La utopía de libre mercado iría ganando terreno sobre las utopías de la igualdad social, sustituyendo democracia por liberalismo y ocultando o diluyendo la profunda interconexión entre liberalismo económico y autoritarismo".

Se construye un escenario en el cual ya a fines de los '80 y en los '90, tomando las formulaciones de Greppi (2006), el ala más conservadora del liberalismo finalmente se atrincheró en una concepción estrictamente jurídica de la democracia. Esta reducción se vio avalada en la región por la influencia de autores neoliberales como Nozick que piensan que la supervivencia de la libertad, en términos liberales, depende de la capacidad del sistema político de hacer valer una estructura jurídico-institucional de defensa de los derechos individuales, capaz de filtrar las demandas populares y contener la presión de las mayorías que puedan afectar esos derechos.

En este contexto, incluso constitucionalistas liberales en la región consideran legítimo y justificado sostener la tesis de que el establecimiento de mecanismos contra mayoritarios, orientados a la garantía de los derechos ya plasmados constitucionalmente, sin posibilidad de ampliación de los mismos, no lesiona ni debilita, sino que refuerza la democracia.

Por ello en la Argentina, la recuperación de los ideales de emancipación e igualdad, formulados en clave revolucionaria en los '70, no podían ser aplicados a la construcción democrática, en tanto se consideraban tradiciones autoritarias sepultadas que no contaban para esta nueva instancia. A esto se debe que quedaron invisibilizados en los '80 y '90, pero fueron recuperados por el Kirchnerismo, en una interpretación superadora y performativa entre la ruptura necesaria para cualquier transformación y la estabilidad necesaria para el sostenimiento de cualquier orden, en un escenario signado ya por formas democráticas.

Frente a un discurso de este tipo potencialmente emancipatorio, se advierte como actualmente en la región, ciertas perspectivas políticas liberal-republicanas, muy expandidas por los medios de comunicación, recuperan elementos del significado puramente liberal-institucional de la democracia para descalificar activas formas colectivas de movilización y participación que pretenden, en nombre de la soberanía popular, transformar los marcos institucionales de esa democracia legal-liberal, en tanto son vistas como amenazantes.

Pero, la adhesión regional de este pensamiento, tiene como efecto que el postulado "consenso" implica renunciar a la mayor parte de las decisiones cruciales sobre cuestiones socio-económicas, las que deben ser eliminadas del terreno político. Por eso se explica la apelación al creciente rol del Poder Judicial como el ámbito en el cual los conflictos de este tipo pueden encontrar su forma "técnica" de resolución. En la misma línea, la concepción liberal también pierde de vista el rol simbólico fundamental desempeñado por la convicción democrática de la soberanía popular. Esto se evidencia en el déficit democrático de esta propuesta, en tanto se advierte que ya no queda ninguna posibilidad real para una participación significativa en cuestiones políticas importantes.

Tercera aproximación: inerradicabilidad del conflicto y modelo adversarial

Según los marcos analíticos de Mouffe (2009), los términos claves del discurso neoliberal ya mencionado al final de la anterior aproximación, son “buena gobernanza” frente a “democracia partisana”. Por ello, su propuesta de democracia conflictual-adversarial, que surge de la necesidad de producir transformaciones al orden existente, es considerada como algo que debe evitarse y en su lugar se recomienda una democracia consensual completamente “despolitizada” en tanto conserva el “status quo”. Esto es así porque existe una negación del conflicto como constitutivo de la realidad social y política, y como tal, si damos cuenta de esta ontología en nuestro actuar democrático las posibilidades de transformación del orden social son amplísimas en cuanto a la superación del único orden “racional universalmente posible”.

Sin embargo, se advierte que el modelo adversarial de democracia (Mouffe 2009) permite una más adecuada interpretación de los procesos políticos regionales, en tanto propone el conflicto como constitutivo de toda relación política, acepta su inerradicabilidad y entiende que sólo es posible de encauzar el antagonismo en agonismo gracias al establecimiento de instituciones y prácticas que permiten domesticar sin violencia el conflicto.

Así, es claro que lo que está en juego en la lucha agonista es la configuración misma de las relaciones de poder que estructuran una sociedad. Por ello, es una lucha entre proyectos hegemónicos, que nunca pueden reconciliarse de un modo racional, pero que se desarrollan bajo condiciones reguladas por un conjunto de procedimientos democráticos aceptados por los adversarios. Cabe destacar que todos los discursos y las políticas adoptadas por los gobiernos “de izquierda” en Latinoamérica reflejan esta situación, rechazan el pretendido “consenso liberal” lo que les permite compartir un fuerte rechazo al neoliberalismo. La ruptura no sólo tiene un sentido económico sino también político, implica romper con el orden anterior (Panizza 2008), y aquí radica la definición del adversario político.

Luego de la crisis del neoliberalismo en la región, que hizo estallar la viabilidad de una democracia “consensual” de gestión del mercado, se advierte que las actuales alternativas transformadoras de lo “inevitable” profundizan la radicalización de la democracia, la participación colectiva e intercultural a partir de la militancia y la movilización. Por otra parte, la movilización requiere de politización, la cual no puede existir sin la producción de una representación conflictiva del mundo que incluya campos opuestos que permiten una identificación colectiva entre excluyentes y excluidos.

Estas identidades colectivas y su lucha por superar la exclusión habilitan que las pasiones se movilen políticamente dentro del espectro de procesos democráticos. Esa diversidad de identidades permite comprender la democracia como espacio de reconocimiento de diversas alternativas posibles, que proporcionan formas políticas de identificación colectiva en torno a posturas democráticas claramente diferenciadas.

El consenso sólo se requiere respecto a las instituciones democrática, aunque siempre se puede polemizar sobre su valores fundantes, porque éstas no son neutras, es decir, tienen fundamentos ideológico-políticos y no son solamente marcos institucionales. Por consiguiente, es claro que siempre existirá

también desacuerdo en lo referente a sus sentidos y al modo en que deberían ser implementados. Y en una democracia pluralista esos desacuerdos no sólo son legítimos, sino también necesarios.

Por ello no se puede ignorar, en la región, la dimensión antagónica de “lo político” y pensar que la política pueda reducirse a un conjunto de procedimientos técnicos y neutrales ya que esta formulación sostiene implícitamente que la democracia liberal es la única solución racional universalmente aceptable para organizar la convivencia social.

Cuarta aproximación: Democracia y Populismo

En ese contexto, se ha acusado a estos gobiernos de izquierda latinoamericanos de “populistas”. Es imposible agotar el debate sobre el populismo en este análisis que sólo lo referencia en relación con el antagonismo y la construcción dicotómica de la sociedad, ya que implicaría un trabajo completo su discusión. Por ello sólo presentamos una apretada síntesis de referencias teóricas pertinentes que permiten una mirada regional, habilitante de una articulación positiva entre democracia y populismo, cuestión que nos interesa presentar en este trabajo. Así en cuanto al tema que nos ocupa, es posible pensar con Panizza (2008) que la democracia es un significante sumamente complejo que articula un gran número de lógicas y tradiciones con una tensión inestable entre sí. La relación entre populismo y democracia está condicionada por la relación del populismo con otras lógicas que también son parte de la democracia. Tanto la tradición liberal-republicana, como la tradición de los movimientos de base, son constitutivas del imaginario democrático, y cruciales para hacer al populismo compatible con la democracia. En la medida que la lógica del populismo se mantenga en contrapeso con la lógica liberal-republicana y la lógica de los movimientos de base, y articule de manera adecuada esta tensión, el populismo se transforma en una fuerza democratizante.

Así, una de las interpretaciones posibles de la relación entre populismo y democracia, está vinculada a una común invocación a la soberanía popular. En ese marco, el primero permite el tránsito del lugar institucional del régimen político al efectivo cumplimiento en proporciones importantes de esta relevante simbología democrática de la política moderna. Por ello, coincidiendo con el pensamiento de Ardití (2009) puede interpretarse que el populismo establece el suplemento participativo a los procedimientos institucionales, y libera la energía del pueblo; por eso la movilización populista y la militancia no son anomalías de la democracia, sino más bien un elemento paradójico, capaz de perturbar pero también de transformar y renovar las instituciones, según nuevos contextos histórico-sociales.

En este marco, el populismo, permite cuestionar el encierro de la democracia en su formato liberal de representación territorial y ciudadanía electoral. Por otra parte en la medida que se impulsa a las mayorías, para asegurarse de que éstas no sean ignoradas, el populismo es profundamente compatible con la democracia (Worsley, citado por Ardití 2009).

En definitiva, no debemos olvidar que la construcción del populismo como lo “horroroso” de la democracia es planteado por los teóricos del liberal-capitalismo, lo que hace interesante interrogarse una vez más por el análisis del

populismo como lo hace Laclau, quien toma este concepto bastardeado, y lo reanaliza, con profunda erudición académica que permite otra lectura del tema...⁴. Siendo los últimos debates del teórico argentino la compleja relación entre populismo e institucionalismo, demostrando que ambos registros son constitutivos de la política, teniendo que articularse de manera adecuada la tensión entre ambos.

Quinta aproximación: democracia regional, igualdad y participación

Continuando con la demarcación de características propias de la democracia latinoamericana corresponde destacar otros aspectos peculiares de su construcción popular. En este marco regional resulta relevante y muy pertinente, recuperar una muy interesante resignificación de la democracia realizada por Luis Tapia (2009) quien sostiene que la noción de democracia se ha modificado a través de las distintas épocas, de las sociedades y los países, en tanto entiende que la vida política tiene que ser pensada en su historicidad y en esta condición se requiere ir modificando el modo de conceptualización.

Ese marco, nos habilita a reflexionar que para articular propuestas democráticas, propias de la región, es necesario una revisión de la estructura conceptual de las definiciones de democracia instauradas hegemónicamente desde el pensamiento norteamericano, en tanto sirven como discurso de legitimación de un solo tipo de democracia: la liberal. En particular, se destaca la relevancia de este ejercicio de reflexión regional en el período que abarca desde las transiciones democráticas regionales de fines del siglo pasado, a los nuevos gobiernos instaurados a comienzos del presente siglo. Esto es así en cuanto Tapia da cuenta con gran solvencia argumentativa cómo en las mayorías de las transiciones si bien se restituyeron los derechos políticos que permitieron la renovación de los regímenes políticos y la selección de los nuevos gobernantes, estas transiciones liberales acompañadas de procesos de privatización y creciente control transnacional de las economías nacionales, han producido resultados que tienen como efecto una mayor desigualdad en cada uno de los países y en toda la región. En definitiva, siguiendo a Tapia, estas transiciones tuvieron como resultado en el conjunto del continente “la desarticulación de la soberanía política o de las condiciones materiales que la soportaban, o hacían posible, el grado y el tipo de soberanía política que se ejercían en los distintos países como producto de los procesos de construcción de estado-nación y, en algunos lugares, de construcción de instituciones democratizantes del estado”. Esto ha tenido consecuencias negativas ya que reducen las posibilidades de autogobierno y como consecuencia también reducen la posibilidad de políticas tendientes a la igualdad.

Por ello, para revertir estos efectos se requiere hacer una revisión de la estructura conceptual de las democracias instaladas en la transición.

Esto es así porque, siguiendo las teoría liberal-poliárquicas definen la democracia como un método de selección de gobernantes y un conjunto de instituciones jurídicas que constituyen las condiciones de posibilidad de la misma. Así se explica la democracia sólo por una parte de la misma, por su método y sus condiciones de posibilidad, quedando sin teorizar el proceso de gobierno, —en

⁴ Ver LACLAU, ERNESTO, “La razón populista”.

el caso de la democracia es el autogobierno con todas sus implicancias transformadoras— que sólo en algunos casos se referencia en la democracia liberal y de una manera débil, sólo por representación.

Sin embargo, coincidiendo con el autor éste es definitorio de la democracia, de allí la importancia de la participación. Y en la reconceptualización de la misma, es un rasgo que debe ser acompañado por otro con el que constituirían el núcleo central de la definición de la democracia: la igualdad. Esta tampoco forma parte del núcleo central de la democracia liberal, salvo en su versión más débil que es la igualdad de derechos para participar de la selección de representantes. Así una definición alternativa a la democracia liberal, implicaría sostener que la democracia es una forma de autogobierno entre sujetos políticos iguales que tienen la finalidad de ampliar áreas de igualdad socioeconómica y participación ciudadana.

Finalmente entendemos que esta propuesta, específicamente anclada en la tradición regional ha reiniciado su implementación a través de diferentes experiencias democráticas regionales, que se orientan en este imaginario, aunque con diversas expresiones, continuando la tradición de igualdad y participación de los movimientos indígenas, campesinos y en general los nacional-populares analizados por Macpherson (1966).

El pensamiento de Tapia (2009) y su articulación a las expresiones democráticas regionales, constituye una imprescindible referencia en tanto da cuenta que los análisis más sustantivos y con mayor capacidad explicativa en la Ciencia Política emergen de la implicación de espacio y tiempo. Estos marcos analíticos nos permiten comprender como se han configurado formas políticas en determinados tiempos históricos y territorios. Así se fortalece la emergencia de un rasgo central para la región y para cada uno de los Estados que la componen: la constitución legítima de la diversidad. Por ello resulta posible y necesario, analizar fundadamente la democracia regional, en su contexto, en sus tradiciones y prácticas, y en sus distintas manifestaciones.

En este nuevo siglo, frente a las democracias latinoamericanas versión 80-90, gerenciadoras del mercado y asentadas en la idea del consenso, y la negación del conflicto propias del modelo neoliberal, las actuales democracias representativas de “la nueva izquierda latinoamericana” surgidas a modo de respuesta a las crisis de inicio del siglo XX, vuelven a recuperar las perspectivas emancipadoras y populares. Así también retoman ese vínculo originario y lejano que, como lo entendía Macpherson (1966) vincula estas democracias a su construcción original.

Entonces, se requiere comprender que el escenario de prácticas y tradiciones de constitución de una democracia “legítima” en la región es diferente al de los países centrales por su distinta construcción histórica. Ya que la adhesión a la democracia, de los sectores populares, se produce en gran medida porque habilita a la participación para la ampliación de derechos y la búsqueda de igualdad socioeconómica en sociedades dependientes e inequitativas. Así, desde esta mirada, en el presente, se han generado experiencias y prácticas acompañadas por un conjunto de formulaciones teóricas que fundamentan una construcción alternativa, o por lo menos diferente, a la liberal tradicional aunque con distintas expresiones. Una de ellas podría ser pensada como democracia militante.

Sexta aproximación: Construcción contingente de los nuevos gobiernos de izquierda

En la búsqueda de apuntalar el reconocimiento de legitimidad de las democracias regionales, resulta pertinente reiterar el análisis de algunas dimensiones de los actuales procesos latinoamericanos, signados por democracias participativas y militantes, con marcos conceptuales específicos de la región y diferentes a los clásicos marcos analíticos de los países centrales, pero no con menor potencial explicativo. Puede tomarse como base de los procesos regionales existentes, la adopción de dos presupuestos particularmente representativos: que hay un giro a la izquierda en nuestro continente, y que cada vez es menos claro que se entiende por izquierda (Arditi 2009). En ese marco, indagando el sentido político de estas *nuevas izquierdas*, se advierte que no están apegadas al pensamiento político marxista, sino que resignifican las concepciones de igualdad, solidaridad y la crítica al status quo, como dependientes del contexto y no como un conjunto de consignas ideológicas (en este sentido el momento populista puede ser representado a partir de la pura fractura, al margen del contenido de dicha fractura); coexisten con la propiedad privada y el mercado, aunque desafían a la ortodoxia neoliberal como la única racionalidad económica posible. Y aunque la democracia electoral integre el imaginario de estas nuevas izquierdas, también proponen la experimentación con formatos post-liberales de participación política (Arditi 2009).

Coincidiendo con el autor, sostener que la izquierda busca cambiar el orden existente y está orientada a impulsar la igualdad y la solidaridad, no basta para producir una definición. Esto es así, porque el significado de estos términos está desligado de un determinado contenido universal, sino que en la actualidad en la región es un efecto contingente de polémicas entre actores políticos enmarcados en específicos contextos. Aunque en las izquierdas latinoamericanas actuales estos rasgos son definitorios, su configuración es contingente y pueden ser caracterizadas a partir de la pretensión de cambio del orden vigente, y en el momento de su emergencia y de quiebre histórico con el Gran Otro, el adversario, contingentemente: el neoliberalismo. Aunque hay ideología en el momento de fractura (el momento populista) es de destacar, la pretensión de quiebre y definición del adversario para comenzar a articular la identidad del nosotros. Luego deviene el proyecto ideológico “de izquierda” que toma para sí ciertas banderas postergadas y de aquellos grupos desfavorecidos y excluidos.

Por ello aunque se sostienen valores que pertenecen a las tradiciones de izquierda, carecen de existencia política fuera de los casos de desacuerdo o polémica donde se hace referencia a su efectiva defensa, en el marco de fuerzas antagónicas que representan proyectos políticos alternativos. Así, la identidad de estas agrupaciones se va modificando de acuerdo con los aciertos y fracasos de sus proyectos, los distintos adversarios con los que se enfrentan y las representaciones que se hacen de sí mismos. En definitiva, representan un “desacuerdo” con los acuerdos previamente establecidos y una ruptura del “consenso” postulado por el republicanismo liberal. Por ello la contingencia de los adversarios no excluye un proyecto ideológico en función del cual se define quien va ser —y quien no— definido como adversario político.

A pesar de estas “limitaciones”, parece constatar que en la región que la narrativa de izquierda se ha constituido en nuevo eje del centro político. A partir del

análisis de los procesos en curso, se entiende que estas propuestas de izquierda son parte central de la agenda emergente, luego del ocaso del Consenso de Washington, lo que implica la capacidad de generar alternativas al neoliberalismo.

En todos los países, la desigualdad y la discriminación han pasado a ocupar un lugar central en la agenda pública, y se reivindica al Estado como generador de políticas en ese sentido. Los antiguos ejes neoliberales de consideración de la política monetaria, el mercado y la eliminación del déficit público, han sido desplazados por una política fiscal expansiva, aunque genere déficit, como mecanismo para impulsar el crecimiento y reducir las desigualdades. Es evidente el contenido socioeconómico del significado de la democracia que no se evidencia de la misma manera en otros lugares.

Coincidiendo con Ardití (2009) esta resignificación del centro político nos permite interpretar el giro a la izquierda de Latinoamérica, y aún cuando fracasara, ya ha logrado dos cosas: 1- haber vuelto a colocar la discusión de la igualdad, la redistribución y la inclusión en la agenda pública, y 2- abrir el camino al crecimiento económico con equidad, este reacomodamiento tiene una visión de continuidad, más allá de los éxitos electorales de estos gobiernos.

A diferencia del marxismo tradicional, esta izquierda tiende a exigir la igualdad y dar respuestas a las demandas redistributivas, sin necesariamente abolir el capitalismo. En este caso, en su dimensión político-institucional, se trata más de un post-liberalismo que de un antiliberalismo, porque se remite a algo que no puede ser contenido en la forma liberal.

Hay fenómenos y temas que ocurren en los bordes del liberalismo y su status es difícil de precisar. Además indica que la democracia no se agota en su encarnación liberal, como ya lo había percibido Macpherson (1968). Así, entendemos que Ardití lleva la tesis del post-liberalismo más allá de la propia argumentación de Macpherson (1968) y nos propone una imagen de un pensamiento político que incluye, pero a la vez rebasa su formato electoral. Así se insiste en que se debe usar el Estado para promover una agenda progresista e impulsar nuevas formas de hacer política. Pero a diferencia del consumismo y la pasividad ciudadana del desarrollismo bienestarista, por el contrario, la recuperación del Estado para limitar el capitalismo y promover mayor equidad, va acompañada por gran parte de la población con un compromiso de participación política y de militancia, con una identificación en la construcción colectiva de un proyecto. Es decir, como ya se ha planteado es lo que caracteriza el "reencantamiento de la política" que se advierte en la democracias post-liberales de la región.

Séptima aproximación: re-encantamiento de la política y militancia

En este marco, continuamos acordando con Ardití (2009) quien inscribe estas transformaciones en lo que él denomina post-liberalismo. En ese sentido focalizaremos nuestra atención en una "idea fuerza" actualmente en expansión, que representa una de sus dimensiones más interesantes: el reencantamiento de la política que se está dando en la región y que se enmarca en las llamadas nuevas izquierdas latinoamericanas (Ardití 2009). Esta idea hace referencia a la recuperación de la fascinación y el intenso compromiso que se dio con la política en otros tiempos (en el período setentista) en Latinoamérica. Pero esta recuperación no es un simple retorno a experiencias anteriores, en los términos que

estas ocurrieron. Hay un retorno-recuperación de lo mismo como “otro”, con una fuerza innovadora, como una restitución de lo que se recupera. Es un proceso de invención e innovación política, donde lo que se retoma no es una experiencia del pasado (en tanto es irreplicable), sino el encantamiento que estuvo presente en esa experiencia, que no es otra cosa que un fuerte entusiasmo por la política como constructora de proyectos de cambio.

Entonces podemos hablar de “encantamiento” y de “pertenencia”, lo que permite el compromiso con la construcción de un proyecto político; se participa en su producción con las acciones presentes, y se actúa “militantemente” para que el cambio ocurra aunque no exista un destino final inexorablemente asegurado. Por otra parte, tampoco hay un objetivo final seguro y predecible, sino que el sentido del proceso emancipador esta siempre siendo reconfigurado en un marco de desacuerdos y polémicas. En los actuales procesos el re-encantamiento se articula a la democracia como superficie de inscripción, pero construida con prácticas y sentidos post-liberales.

Reflexiones finales

A modo de reflexiones finales de un conjunto de revisiones teóricas que estamos profundizando en el marco de nuestra investigación, nos interrogamos por el vínculo entre democracia y militancia.

En América latina, y en la Argentina en particular, los que lucharon contra el neoliberalismo y pugnaron por la instauración de democracias alternativas encarnaron un re-encantamiento de la política, que radica en la fuerza movilizadora de una promesa de algo por venir, estas acciones, además de conflictos por el reconocimiento y de distribución en el sentido habitual, fueron más que eso, se produjeron asociados a procesos de subjetivación política. Es decir, se orientaron a la búsqueda de desclasificación del lugar que ocupaban que había sido asignado por otros, y por otra parte, se formula un reclamo por una identificación con un nombre que aún no resulta ser un nombre válido aplicable a la situación en el orden existente (Ranciere 2000). Si se trata de partes que no son partes, significa que sólo podrán serlo si pueden generar una re-partición del mundo-comunidad.

Hay en estos proyectos un desacuerdo con el orden existente. Por una parte, los nuevos gobiernos de izquierda han generado una efervescencia entre quienes han sido excluidos por ser pobres, indígenas, mujeres, jóvenes o afrodescendientes. En ese marco el escenario post-liberal permite el re-encantamiento de la política, en tanto funciona como medio para generar sentido de pertenencia de tantas partes que no estaban incluidas en la pura representación y aspiran a múltiples canales de consulta, participación y diálogo, en tanto las elecciones y la ciudadanía electoral, no tienen que ser vistas como la jaula de hierro de la participación democrática. Esta fuerza instituyente-transformadora debe conciliar su percepción de opciones post-liberales con una reticencia a cuestionar la democracia representativa. Por ello trascender la democracia liberal representativa no implica reditar la opción de ésta o la alternativa participativa en los términos tradicionales. Esta nueva realidad significa que América Latina, aunque respetando la institucionalidad electoral, también está altamente movilizada. Pero la movilización es no convencional, estos grupos están interesados en el destino de su sociedades

“Pero están negando las formas tradicionales de hacer las cosas, inventando nuevas maneras de expresarse” (Latinbarómetro 2008 citado en Ardití, 2009).

En la Argentina, como en otros países de la región, la democracia iniciada en el 2003, rescató la relación entre política y emancipación, entre política y memoria popular, entre política y sueño igualitario, propia de la tradición latinoamericana, y sobre todo desnudó frente al discurso consensualista liberal, que la democracia en la región es inescindible de la dimensión política del conflicto. Esto sucede cuando la democracia es pensada a partir del pueblo lanzado a la esfera pública para asumir la lucha por sus derechos y exigencias, y no se limita a la expresión del consensualismo liberal-republicano como objetivo final de una democracia orientada al culto de la institucionalización y a las “formas” y que termina constituyéndose en la gestión de la economía global (Forster 2013).

En este marco, entendemos que, en la Argentina, los jóvenes, luego de una apelación inicial en la transición, quedaron excluidos y desencantados de la política, situación que se agrava en los noventa. A partir de la asunción de Néstor Kirchner como presidente y la recuperación en sus discursos y decisiones, de la memoria de la militancia de los setenta, se produce un re-encantamiento de este colectivo con la política y el compromiso militante, aunque resignificado a la nueva época democrática. Entendemos también, que más allá de los aciertos y los errores, de las marchas y contramarchas, de los triunfos y los fracasos, esta nueva forma de compromiso y construcción democrática es la que expresa las mayores y mejores posibilidades de democratización, en la Argentina, si se entiende ésta como una marcha hacia la igualdad y el autogobierno.

Queremos concluir con una cita de un militante que expresa gran parte de los significados de este nuevo compromiso por la construcción más democrática y equitativa de sociedad “la construcción de base, cuando es genuina, cuando genera herramientas y elementos para la organización popular está acercando elementos de organización a poblaciones que no estaban integradas a la política, ésa es mi definición de peronismo revolucionario, no tiene nada que ver como ha sido en los setenta, hoy aprendemos de los errores del pasado, sin ignorar que la causa era justa y noble...¿Quiénes eran los 30.000 desaparecidos? Eran los lazos sociales, eran los maestros, eran los obreros, eran los pibes de las villas organizados, eran los barrios organizados, eran los referentes universitarios, eran nuestros maestros... Y ése es el laburo de la militancia, no te vas a pelear y disputar por un cargo, tenés que pelear y disputar por los que todavía no son argentinos, porque un pibe que no tiene salud, que no tiene educación, no tiene alternativa, está excluido..., por eso hay que reconstruir los lazos sociales y la sociedad para tener confianza que podemos cambiar la historia, cambiando la historia para los niños que vienen detrás...” (Miliante de Juventud Peronista Descamisados. Marzo del 2013).

Bibliografía

ARDITI, BENJAMÍN (2009), “El giro a la izquierda en América Latina: una política post-liberal? *Ciencias Sociais Unisinos setembro/desembro*, vol. 45 N° 3, 2009.

— (2009), “La Política en los bordes del Liberalismo”, Gedisa, México.

CASTORINA E. (2007), "Transición democrática o transición neoliberal", en EMILIOZZI, PECHENY y UNZUE (comp.), *La dinámica de la democracia. Representación instituciones y ciudadanía en Argentina*, Prometeo, Buenos Aires.

CASULLO NICOLÁS (2007), *Las cuestiones*, F.C.E., Buenos Aires.

DE SOUSA SANTOS BOAVENTURA (2010), *Refundación del Estado en América Latina. Perspectiva desde una epistemología del Sur*, Abya-Yala, Quito.

— (2006), *Renovar la Teoría crítica y reinventar la emancipación social*, CLACSO, Buenos Aires

DE OTTO ALEJANDRO (2009), *Teorías fuertes. Frantz Fanon y la descolonización como política*, en "La teoría política en la encrucijada descolonial", Ediciones del Signo, Buenos Aires.

DOS SANTOS, THEOTONIO (2003), "La Teoría de la dependencia. Balances y perspectivas", Plaza Janes, Buenos Aires.

ESCOBAR ARTURO (1998), *La invención del tercer mundo. Construcción y deconstrucción del desarrollo*, Norma, Bogotá.

FANON, FRANTZ (1974), "Dialéctica de la Liberación", Edit. Pirata, Buenos Aires.

— 1974 *Piel negra, máscaras blancas*, Schapire, Buenos Aires.

— 1994 *Los condenados de la Tierra*, F.C.E., México.

FORSTER, RICARDO (2013), "La anomalía Kirchnerista. Lo Político, el conflicto y la Invención democrática", Planeta, Buenos Aires.

GENDZIER, IRENE (1995), "Development against Democracy. Manipulating political change", The Tyrone Press, Hampton C.T.

LECHNER, NORBERT (1995), "Los patios interiores de la democracia. Subjetividad y Política", F.C.E., Chile.

MACPHERSON, C. B. (1968), "La realidad democrática", Fontanella, Barcelona.

MARINI RUY, MAURO (1993), "Democracia e integración", Nueva Sociedad, Caracas.

MIGNOLO, WALTER y otros, "Interculturalidad, descolonización del estado y del conocimiento", Signo Buenos Aires.

— (2003), *La colonialidad a lo largo y a lo ancho: el hemisferio occidental en el horizonte colonial de la modernidad*, en "La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas latinoamericanas", LANDER (comp.) CLACSO, Buenos Aires.

MOUFFE, CHANTAL (1999), "El retorno de lo político", Paidós, Barcelona.

— (2009), "En torno a lo político", F.C., Buenos Aires.

PANIZZA, F. (2008), "Fisuras entre populismo y democracia en América Latina", en *El retorno del pueblo. Populismo y nuevas democracias en América Latina*, FLACSO Ministerio de Cultura, Quito.

PRADA, ALCOREZA RAÚL (2010), "Democracia y proceso de cambio". Ponencia en G.T. CLACSO.

— (2010), "La fundación del Estado Plurinacional comunitario o más allá del Estado". Ponencia en G.T. CLACSO.

— (2010), "La condición estatal en la periferia la transición". Ponencia en G.T. CLACSO.

QUIJANO, ANÍBAL (2003), "Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latina", en *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas latinoamericanas*, LANDER EDGARDO (comp.), CLACSO, Buenos Aires.

TAPIA, LUIS (2009), "Pensando la democracia geopolíticamente", CLACSO, La Paz.

THWAITES REY, MABEL (2010), "Documento fundacional del Grupo de Trabajo sobre Estado" CLACSO, Buenos Aires.

VIAÑA, JORGE (2009), "La interculturalidad como herramienta de emancipación. Hacia una redefinición de la interculturalidad y de sus usos estatales", Campo Iris, La Paz.

ZIZEK, SLAVOJ, "El sublime objeto de la ideología", Siglo XXI, México.



LA IDENTIDAD NACIONAL Y LA NUEVA LEY DE MEDIOS AUDIOVISUALES 26.522 *

*Esther Susana Borgarello **
Carlos Alfredo Juárez Centeno ****

Resumen: La identidad nacional comprende la identidad cultural y la identidad política y se localiza en una comunidad política-cultural. Esto es importante porque significa que cualquier esfuerzo por forjar una identidad nacional también es una acción política con sus correspondientes consecuencias. Hoy nos encontramos que hay una sustitución de la forma de experimentar la realidad basada en la virtualidad.

Por ello nos preguntamos ¿es posible preservar la identidad nacional frente a este proceso en que el mundo se ha convertido en una gran aldea? ¿Qué sucede con la identidad nacional o la de las comunidades originarias?

En las expresiones folclóricas se manifiesta la identidad de los pueblos. La tradición representa y caracteriza la cultura de un pueblo, por ello es necesario definir políticas culturales frente a este nuevo desafío derivado de la globalización, definir las líneas de política cultural que abarque una visión amplia de la cultura, y de ese modo preservar el patrimonio cultural de una nación. La reciente ley de Medios de Comunicación intenta preservar estos aspectos.

Palabras claves: Identidad - Nuevas tecnologías - Ley 26.522 de medios de comunicación audiovisuales.

Desarrollo

Aspectos generales¹

Según Anthony Smith, existen presupuestos típicos que nos permiten detallar las características comunes de la identidad nacional (aunque la enumeración que se presente no expresa, por sí misma, un orden prioritario) a saber:

1. un territorio histórico, o patria;
2. recuerdos históricos comunes y mitos colectivos;
3. una cultura de masas pública y común para todos;
4. derechos y deberes legales iguales para todo los miembros, y
5. una economía unificada que permite la movilidad territorial de los miembros.

* Recibido el 12/10/15. Aprobado el 19/08/15.

Este artículo contó con la colaboración de Matías Borgarello que realizó la búsqueda del material para la elaboración de la presente investigación.

** Doctora en Derecho y Cs. Ss. Posdoctorado en Ciencias Sociales y Comunicación. Profesora Titular de Derecho de la Información. ECI. Facultad de Derecho y Cs. Ss. UNC.

*** Profesor Titular por concurso e Investigador Categoría I. Director de la Maestría en Relaciones Internacionales del CEA - UNC.

¹ En este punto hemos seguido la tesis doctoral de Enrique SHAW "Nosotros y los Otros en la construcción identitaria. Una visión de la política internacional según Estanislao Zeballos, 1898-1914", tesis para optar al grado de Doctor en Relaciones Internacionales por la Universidad Nacional de Rosario (2015).

La particularidad de la identidad nacional es que consiste en ser esencialmente multidimensional en el sentido que no solamente es natural o artificial, objetiva o subjetiva, sino el complemento e imbricación de ellas.

La identidad nacional hace en esencia a la construcción del gentilicio², ese Yo plural que se transforma en un Nosotros y madura en un Otro. Así la existencia de Uno supone la existencia de sus plurales y contrarios. La Otridad aparece en la escena cuando se la nombra, cuando se la verbaliza y logra su performatividad³.

Así en un primer período cuando se conforma el país en 1880⁴, supuso la aparición de “intereses nacionales,” llamados por muchos autores “nacionalismos” y que fue un elemento central en la época, para transformar los mecanismos de la participación política. El nacionalismo de finales del siglo XIX⁵, en un sentido amplio, reflejaba la tentativa de encontrar nuevas identidades y nuevos puntos de referencia para los más diversos grupos y clases sociales. Eso aconteció en una sociedad que se transformaba profunda y rápidamente, propulsada por una dramática industrialización modernizadora, en algunos países⁶. Pero también nacionalismo significó el movimiento que posibilitó la creación de los Estados nacionales. Proceso que —por su particularidad histórica— aún continúa en muchos Estados, mientras que en otros en cambio, ha sucumbido.

Así, en la Modernidad, la nación sería entonces la forma moderna más acabada de legitimidad política proveniente de su conformación como y desde la ciudadanía. Esa transformación en ciudadanos supuso, una transformación de la nación que desde el Estado, logró conformar un nacionalismo que posibilitara su propia construcción. Esa construcción implicó la necesidad del “olvido.” ¿Esto que significó? La posibilidad de sepultar paulatinamente las diferencias existentes dentro de las gentes que conformaron la nación, para constituirse justamente en una Nación: homogénea y hegemónica, donde el olvido⁷ puede ocultar todas las diferencias existentes entre ellas y el gentilicio apareciese a conformarse con la ayuda de la ley y con la nación. Así la creencia resultaba la piedra central de la conformación de la identidad.

Ahora bien, esta identidad estará relacionada e imbricada con la “Patria”. Es precisamente en occidente donde se establecieron por primera vez y en estrecha conexión con una nueva forma política (el Estado racional) y un nuevo

² El gentilicio usado como sustantivo denota a un habitante de un país o ciudad. Usado como adjetivo indica que el sustantivo calificado proviene de ese país, región o ciudad. Ejemplo: argentinos, franceses, alemanes, etc.

³ El enunciado performativo es aquel que por el mismo hecho de ser expresado realiza ese hecho. Así se pueden encontrar muchos tipos de enunciados performativos, aunque entre los más comunes están aquellos que derivan de determinados verbos, como el caso de “prometer”. Cuando alguien expresa un enunciado del tipo “Yo prometo”, éste no puede evaluarse en términos de verdad o falsedad. En efecto, no se trata de evaluar la sinceridad de locutor, puesto que eso excede los límites del análisis lingüístico. El hecho de prometer se realiza en el instante mismo en el que se emite el enunciado, no se describe un hecho, sino que se realiza la acción. Por ello “Hablar es siempre actuar” en términos de John Austin. Este concepto tan importante es lo que permite transformar lo real en una realidad.

⁴ No es una contradicción temporal, es que la construcción lleva implícita esos tiempos paradójicos.

⁵ Hacemos referencia para esta época a un sentido renaniano (moderno o modernista, no romántico y/o tradicionalista) de nacionalismo.

⁶ DÖPCKE, WOLFGANG. “Apogeu e colapso do sistema internacional europeu (1871-1918) SOMBRA SARAIVA, JOSÉ FLAVIO (org.), *Relações Internacionais Contemporâneas das construção do mundo liberal à globalização de 1815 a nossos dias*, Paralelo 15, Brasília, 1997, p. 106.

⁷ Sin esa capacidad de olvido o de represión, no hay ciudadano que ofrezca libremente la educación de sus hijos a una cultura que, real o imaginaria, considera como propia.

tipo de comunidad (la nación territorial), que dejaron su impronta en posteriores concepciones no occidentales, aunque estas últimas divergieran de sus cánones⁸.

Así pueblo y territorio fueron identificándose paulatinamente. Se ha sostenido, con gran claridad que: “El ‘territorio histórico’ es aquel donde la tierra y la gente se han influido mutuamente de forma beneficiosa a lo largo de varias generaciones. La patria se convierte en la depositaria de recuerdos históricos y asociaciones mentales; es el lugar donde ‘nuestros’ sabios, santos y héroes vivieron, trabajaron, rezaron y lucharon, todo lo cual la hace incomparable. Sus ríos, mares, lagos, montañas y ciudades adquieren el carácter de ‘sagrados’, son lugares de veneración y exaltación cuyos significados internos sólo pueden ser entendidos por los iniciados, es decir, por los que tienen conciencias de pertenecer a la nación. Asimismo, los recursos de la tierra pasan a ser exclusivamente del pueblo, su fin no es ser utilizados y explotados por ‘extraños’. El territorio nacional debe llegar a ser autosuficiente, ya que la autarquía defiende por igual la patria sagrada y los intereses económicos”⁹.

No siempre la patria histórica se encuentra dentro del territorio nacional, puede suceder que por determinadas circunstancias ella en algún momento haya quedado afuera del territorio nacional.

En el caso de la Argentina, dicho proceso adquirió características propias. El Estado Nacional Argentino cuya base jurídica es la Constitución de 1853, nació con “un espacio ampliado de soberanía”¹⁰ y se fue consolidando paulatinamente con la incorporación de la provincia de Buenos Aires en 1862.

Recordemos que el territorio¹¹ era el elemento sobre el cual se ejercía la soberanía interna y donde, paulatinamente, se conformaría la “Patria”. Nuestro país comenzó a avanzar sobre “otros” espacios, tanto “territoriales” como simbólicos, que no le eran “propios”. Algunos estaban en disputa y/o en la etapa de “apropiación” por parte de otro Estado territorial y, por lo tanto, ese mismo Estado estaba construyendo su propio proceso de constitución imaginaria¹², o eran territorios que “perteneían” a pueblos no constituidos en naciones ni en Estados¹³. Así, paulatinamente, ese espacio se relacionaba con el Poder y con el Tiempo; Espacio y Tiempo se convirtieron en Poder, y junto con la Política se transformaron en uno de los aspectos nodales de la política internacional.

Esta etapa del proceso puede considerarse como el último y definitivo intento de organización nacional argentina por medio de la creación del Estado Nacional; como Nación, —construyéndose sobre el principio de ciudadanía—¹⁴. Este principio fue el elemento constitutivo del Estado-nación. La nación se transformaba, de esta forma, políticamente, en ciudadanía.

⁸ SMITH, ANTHONY, “La Identidad...”, ob. cit., p. 8.

⁹ Ídem. pp. 8 y 9.

¹⁰ ANSALDI, WALDO, “Soñar con Rousseau y despertar con Hobbes. Una introducción al estudio de la formación del Estado Nacional Argentino”, en ANSALDI, WALDO y MORENO, JOSÉ LUIS, *Estado y sociedad en el pensamiento nacional*, Cántaro, Buenos Aires, 1989, pp. 54.

¹¹ Consideramos la diferencia entre espacio y territorio. El primero hacer referencia a un medio, sitio, lugar o zona, en sentido más general. El segundo, el territorio, es el espacio transformado políticamente y conformado en el territorio nacional.

¹² Ver nota 6. Para la conceptualización de constitución imaginaria ver: CASTORIADIS, CORNELIUS, “La institución imaginaria de la sociedad. Marxismo y teoría revolucionaria”, t. 1, Tuquests Editores, Buenos Aires, 1993, p. 219.

¹³ A modo de ejemplo señalamos la Conquista del Desierto (Patagonia) y del Chaco.

¹⁴ Obviamente el concepto de ciudadanía restringida fue el utilizado por la clase dirigente.

Este principio de ciudadanía nacional fue el fruto de la Revolución Francesa y el modelo tomado por algunos de los nuevos Estados¹⁵.

Así fue como gran parte de la clase dirigente creyó y definió lo que consideraba como argentinos: todos pero no todos para todo. Concepto que entraba rápidamente en contradicciones y emergía serias paradojas a medida que esta “Nación” tomaba conciencia de sí, de sus derechos y posibilidades.

Señalamos que los anteriores intentos de construcción de un Estado nacional —en lo que sería la Argentina— habían fracasado por distintos motivos¹⁶. Esta trayectoria queda alarmante expresada como sigue:

“Recién cuando la República se reunifica a partir de 1862 se inicia el cuarto y último momento del proceso constitutivo del Estado Nacional, que culmina en 1880 momento en que una solución neocentralista disfrazada de federalismo deja en pie las grandes tendencias estructurales y las grandes ficciones y simbologías políticas de la sociedad argentina decimonónica”¹⁷.

La clase dirigente, entonces, diseña un Estado Oligárquico acorde con los intereses ideológicos y las prácticas imperantes en la época. Pronto aparece el concepto de latinoamericanismo y así la obra de Rodó, rápidamente que convierte en un movimiento: el Arielismo¹⁸, que en esencia es un grito contra el imperialismo y el intervencionismo tanto norteamericano como europeo en América Latina. La particularidad de la obra es la influencia que tuvo para gran parte de la intelectualidad latinoamericana y la necesidad despertada de consolidación de las identidades en América Latina. Consolidación y, también, redescubrimientos de las mismas no sólo olvidadas sino reprimidas por la construcción de identidades nacionales hegemónicas¹⁹.

El Arielismo, al decir de Eduardo Devés Valdés²⁰, puso en movimiento todo un sistema de difusión del pensamiento latinoamericano como no había sucedido anteriormente. Lo epistolar fue el medio más utilizado, tanto de intelectual a intelectual como las cartas públicas y sus contestaciones en un nuevo medio de difusión de estas ideas como lo fue el periódico. Esta forma de difundir el pensamiento fue originando un “sistema de red”, como sostiene Devés Valdés, que facilitó su difusión; pero con la particularidad que muchos de estos intelectuales no se conocieran entre sí personalmente, sino sólo por estos medios de difusión.

Pero la concepción moderna de territorialidad estatal no agota la variable meramente geográfica, la trasciende al incorporar una serie de factores de

¹⁵ Sobre tema hay numerosa literatura específica y nos remitimos a RECALDE, JOSÉ RAMÓN, “La construcción de naciones”, Siglo Veintiuno, Madrid, 1982, pp. 151-372.

¹⁶ El primer intento fue el de 1815-1820, el segundo de 1825-1827, el tercero de 1830-1831 y el cuarto y último de 1862-1880. Para una mayor profundidad ver ANSALDI, WALDO, “Soñar con Rousseau y despertar con Hobbes: Una introducción al estudio de la formación del Estado Nacional Argentino”, en ANSALDI, WALDO y MORENO, JOSÉ LUIS, *Estado y sociedad en el pensamiento nacional*, Cántaro, Buenos Aires, 1989, p. 55.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ Existen numerosos trabajos sobre Rodó, *Ariel* y el Arielismo, en su mayoría excelentes, recomendamos ver “José Enrique Rodó. Ariel, Motivos de Proteo” con prólogos de Carlos Real de Azúa, edición y cronología de Ángel Rama, Biblioteca Ayacucho, Caracas 1983. DEVÉS VALDÉS, EDUARDO, “El pensamiento latinoamericano del siglo XX. Entre la modernización y la identidad. Del Ariel de Rodó a la CEPAL (1900-1950)”, Biblos, Buenos Aires, 2000, pp. 25-45.

¹⁹ En el caso argentino se construye sobre la inmigración desconociéndose el elemento autóctono.

²⁰ DEVÉS VALDÉS, EDUARDO. “El pensamiento latinoamericano del siglo XX. Entre la modernización y la identidad. Del Ariel de Rodó a la CEPAL (1900-1950)”, Biblos, Buenos Aires, 2000, pp. 25-45.

eminente naturaleza sociopolítica: por un lado, el fenómeno del poder, ejercido exclusivamente por una única autoridad legítimamente reconocida; por el otro, la identidad nacional, es decir, el sentimiento compartido de arraigo a determinados mecanismos de representación e identificación nacional. Es en esta dirección, que el territorio consta simultáneamente de un aspecto mítico y otro racional o pragmático. Entraña a su vez tres cosas: una porción de tierra, entendida como una herencia de carácter sagrado; una sede para el ejercicio del poder; y un espacio funcional. Comprende por lo tanto las dimensiones de identidad, autoridad y administración burocrática o eficiencia económica en el manejo de los mecanismos sociales²¹.

Con todo es que la identidad se edifica a partir de la construcción de la otredad, la visualización de las fronteras contribuiría a la definición de la propia identidad y a la asociación de un referente nacional claramente delimitado —el territorio— a partir de la no pertenencia y por oposición al Otro, es decir, a partir de la diferencia con todo lo no comprendido en ese límite: la comunidad delimitada por esas fronteras se remitirá a un conjunto de representaciones gráficas colectivas para definir su identidad. En la cartografía, el anclaje del significado simbólico (por el ejemplo la imagen de la nación) está vinculado con la naturalización del mapa: la consolidación de la cartografía como un saber puramente técnico posibilita la transparencia de la neutralidad de la técnica de la representación iconográfica, esto es, el mapa mismo es una operación aparentemente ingenua a partir de la rigurosa aplicación del conocimiento geométrico, geodésico y topográfico. En efecto, entre sus roles, la cartografía asume el de elemento de visualización simbólica de la nación. Coincidimos con Lois cuando sostiene:

“La confección de una carta oficial del Estado-nación resulta funcional al proceso de formación nacional estatal en tanto constituye a la representación del territorio de apropiación, a la construcción de la nación, al conocimiento del patrimonio natural (fundamental para la valorización y planificación de los recursos) y constituye un fundamento para la defensa de las pretensiones en conflictos limítrofes con los países vecinos. Es así que, por un lado, la representación cartográfica aparece como un inventario donde se da cuenta de los límites del territorio de dominación y se consigna el patrimonio natural y cultural conocido del territorio en conformación. Esta representación también actúa como documento donde se resumen las pretensiones territoriales defendidas por las elites dirigentes en la arena internacional. Por otro lado, la representación de la Nación: el mapa se transforma en un elemento de identificación colectiva, lo que permite a los sujetos realizar una asociación directa entre la nación de pertenencia y el territorio que el mismo representa”²².

La identidad hace referencia tanto a la inclusión como a la exclusión; inclusión porque permite definir un “yo” respecto a otros, pero no es posible sin exclusión.

Es un sentimiento más o menos explícito de pertenencia o de formar parte de una comunidad.

²¹ HASNNER, PIERRE, “Obstinate and Obsolete: no-territorial Transnational Forces versus the European Territorial State”, en AA.VV., “Geopolitics in Post-Wall Europe: Security, Territory and Identity”, Sage, London, 1997, pp. 15-20.

²² LOIS, CARLA M., “La naturalización de los símbolos: representación e identidad nacional”, en “V Congreso de Antropología Social. La Plata”, 1997. www.naya.org.ar.

No es posible analizarla fuera del contexto de los estados-nación surgidos en el siglo XIX. Todos los estados procuran generar una identidad única, que se constituya en la referencia cultural dentro de un territorio delimitado. Normalmente es generada en base a determinados intereses de clase, e impuesta mediante mecanismos ya sea de cooptación o coercitivos. Alberdi, y Sarmiento, se van a preocupar por trazar una propuesta popular programática. Pensaron que había que formar una autoconciencia en los individuos demarcando los principios culturales en el vacío, ya que para ellos no había nada para rescatar de lo tradicional. El mundo de la cultura —para Sarmiento— lo representaban Europa y Norteamérica, y así desde la educación primaria se implementan modelos de educación foránea. Siguiendo a Edda Ottonieri de Maggi²³, se señala en su obra “Medios de comunicación, cultura e identidad nacional” que los contenidos culturales son los verdaderos símbolos portadores de la herencia del saber, del ser, y de la complejidad de los valores, como orden y defensa de los códigos colectivos condensados en una forma de perfil nacional, que incluye cómo transmitir esos símbolos, en todos los tiempos, ante el advenimiento de nuevas pautas que determinan procesos que ofrecen encrucijadas, difíciles de transponer, que hacen remitir a sólidos andamiajes culturales, éticos y estéticos, socio-históricos, en un contexto que se apoya en la Tradición, para configurar identidad. Esa identidad que a los argentinos les cuesta edificar como nacional, debido a: la poca edad del país como Estado, a la sofocación de la cultura de la población nativa presentes desde el afincamiento humano en el Río de la Plata, la cuantiosa masa de hombres aquí llegados en las corrientes migratorias, posteriores a las dos guerras mundiales, de grupos étnicos diversos, a tal punto que cada uno conservó “su patria” en otro suelo. Los recién llegados, fueron radicándose y se sumaron a los pobladores de estas tierras, aportaron a la nueva nación sus diversidades en cuanto a formas de vida, ideales, conceptos doctrinarios, costumbres, tradiciones, todo lo cual imposibilitó, desde los albores de nuestra nacionalidad, el logro social homogéneo, base sustentadora de la identidad de un pueblo, y factor determinante para establecer desde las bases, el ser nacional bajo el patrimonio recibido en tierra propia —patria-pater— y unidos sobre fundamentos culturales, la Nación, y el Estado. Quedaron inmersos en una multiplicidad de constantes avatares políticos en devenir, y bajo las influencias del pensamiento filosófico de las corrientes europeas infiltradas después de la Revolución Francesa. La Argentina careció de la relación Hombre-Tierra como punto inicial de herencia, a partir de la cual se edifica el sentido de pertenencia del patrimonio espiritual y nacional, sustento de un pueblo poseedor del acervo substancial que hace florecer su personalidad.

Anthony Smith²⁴ afirma que la identidad nacional comprende tanto una identidad cultural como una de tipo política y se afina en una comunidad política-cultural inserta en un contexto histórico-cultural. Esto es importante porque significa que cualquier esfuerzo por forjar una identidad nacional también es una acción y decisión política con manifestaciones geopolíticas, como por ejemplo la necesidad de alterar la composición de regímenes políticos, de Estados, o de dibujar un nuevo mapa geopolítico o creando un 'mundo de naciones' y tiene

²³ Ver http://letras-uruguay.espaciolatino.com/aaa/ottonieri_edda/medios_de_comunicacion.htm

²⁴ Ver notas 8 y 9.

consecuencias profundas para el sistema global de estados así como para los estados individuales.

La política dirigida a formar una identidad nacional es compleja porque en ésta juegan conceptos, ideas, valores tales como nación, lo étnico y el modelo territorial. Esto ha llevado a los esfuerzos por crear dos tipos muy diferentes de identidad política nacional y comunidad. El primero (en la sucesión histórica) ha sido el tipo territorial de nación política; el segundo, el tipo étnico de nación política²⁵.

Benedict Anderson considera que más importante que definir objetivamente a las naciones es comprender que la nación se imagina subjetivamente, no importa qué factores separen a sus pueblos.

Hacia fines del siglo XX empieza a reconocerse que hay una multiplicidad de identidades nacionales que conviven bajo una misma unidad territorial, la gran mayoría de estados modernos son estados plurinacionales cuyo elemento de cohesión es el componente político pero actualmente con el proceso de globalización posnacional los estados han perdido su preeminencia en la escena global y por eso la pregunta ¿existe la permanencia de lo nacional en un mundo transnacional? Por ejemplo con la formación de la Unión Europea en el Tratado de Maastricht se sientan las bases de una ciudadanía de la Comunidad y así el elemento nacional no es una condición básica sino que al ser multinacional la identidad nacional asume la idea de comunidad política pluralista pero que no absorbe a la identidad nacional, la que continúa. Si bien el mundo se globaliza, el ciudadano sigue manifestando su lealtad al Estado-Nación como en los últimos cinco siglos, aunque en esa ligazón se incluyen las “identidades pluriculturales”, las que hacen a la región, a lo local y a otras culturas que fueron sojuzgadas por una Nación, por una clase o por una elite hegemonzante.

Estos debates muestran que tradicionalmente, el lugar o territorio localizaba y estabilizaba las identidades en el marco de las “comunidades imaginadas”, pero esto hará crisis con la revolución tecnológica de la segunda mitad del siglo pasado y la aparición de las nuevas tecnologías que generan el proceso de globalización²⁶ como un nuevo estadio del capitalismo. Hay una redefinición de

²⁵ La identidad política en términos de Laclau (2004) es una configuración discursiva efecto de una articulación de sentido que no se fija en una plenitud, y que se traduce en un proceso equivalencial de demandas en torno a un significante que sobre determina el campo de demandas que reúne, la particularidad que subvierte su contenido literal Ver QUIROGA, VIRGINIA (2012), “La identidad política del MAS-IPSP. De tradiciones, demandas y antagonismos”, Revista POS, vol. 11 <http://seer.bce.unb.br/index.php/revistapos/article/viewFile/8662/6553>.

Luego, la diferenciación externa supone una “dimensión de alteridad” frente a otras identidades, en tanto habría una diferenciación radical (el trazado de una frontera) con un otro excluido. Lo anterior se traduce en establecer la diferencia que podría ser radical, con el otro excluido, o de alteridad y en un juego simultáneo establecer lo común que homogeniza (Aboy Carlés, 2011). Ver QUIROGA, VIRGINIA (2012), “La identidad política del MAS-IPSP. De tradiciones, demandas y antagonismos”, Revista POS, vol. 11 <http://seer.bce.unb.br/index.php/revistapos/article/viewFile/8662/6553>.

²⁶ Como bien lo expresan y analizan HELD, DAVID y otros en “Transformaciones Globales. Política, economía y cultura, Oxford University Press, México (2002). Entendemos que la globalización puede comprenderse mejor como una serie de procesos, más que como una condición singular. No refleja una simple lógica de desarrollo lineal, ni prefigura una sociedad o comunidad mundial. Más bien, refleja la aparición de redes y sistemas interregionales de interacción e intercambio. (...) Son muy pocas las áreas de la vida social que escapan de la esfera de acción de los procesos de globalización. (...) desde el cultural hasta el económico, político, legal, militar y ambiental. La globalización se comprende mejor como un fenómeno social de múltiples facetas. Es un sistema global cada vez

significados sociales y una sustitución de la forma de experimentar la realidad basada en la virtualidad.

Identidad y nuevas tecnologías de la información y la comunicación²⁷ (en adelante TICs)

Se observa una fuerte influencia de las nuevas tecnologías en la identidad personal, en las relaciones humanas, en la vida comunitaria y en la sociedad. La aparición de las TICs, coincide con la aparición de una nueva etapa histórica-cultural. Hay que destacar que el instrumento, la herramienta o la técnica no torna mejor al ser humano por lo que tiene en sí misma y tampoco se le puede atribuir a la técnica un juicio de valor moral. Por otra parte, no se puede desligar a la tecnología de su entorno, de sus circunstancias. Sobre todo no se la puede desligar del propio ser humano que la diseña y hace uso de ella. Tecnología y sociedad no pueden comprenderse la una sin la otra, ya que no podemos entender la tecnología separadamente de la sociedad donde se genera ni estudio de la sociedad que pueda abordarse sin hacer referencia al uso de las tecnologías que le son propias. La relación que las nuevas tecnologías tienen con la persona y la sociedad está en función de su entorno cultural. La tecnología constituye uno de los factores que conforman una cultura. Puede inclusive llegar a convertirse en uno de los factores de transformación socio-cultural. Se puede concluir de lo dicho, que esta estrecha relación lleva a que la tecnología sea, en algún modo, una expresión de la cultura a la cual pertenece y por otro lado, lo que a su vez la tecnología, aporte a esta cultura.

Se ha visto el fuerte impacto que provocaron las nuevas tecnologías de la información y la comunicación en todo lo relativo a nuestras relaciones, interacciones, nuestra forma de comunicarnos y, por tanto, la forma de entender nuestra identidad.

Es importante, para visualizar las diferentes culturas que conforman nuestro patrimonio la transmisión de programas que favorecen a nuestra identidad nacional, por medio del conocimiento que nos brindan de aquellas festividades, costumbres, tradiciones, lugares; que son propios de nuestro país, y es que es en las tradiciones donde se expresa la identidad.

¿Qué sucede con la identidad nacional o de las comunidades originarias ante este proceso globalizante en que se sumergen las TICs?

Como ya lo expresáramos, la identidad nacional es importante para posicionarnos como “nosotros” que nos diferencia de los “otros”, con diferentes costumbres y tradiciones.

La identidad nacional alude a un sentido de pertenencia que trasciende, más allá de lo afectivo. Carlos Altamirano y Beatriz Sarlo en “Ensayos Argentinos. De Sarmiento a la Vanguardia”²⁸ hacen referencia a la obligación que tenemos todas las personas de salvar lo nuestro, y afirman que “...preservar gustos, costum-

más interconectado. PLXIII-LXV. Esta mayor interconexión sólo podía darse por el soporte de una revolución tecnológica, agregamos nosotros.

²⁷ Se analiza desde la perspectiva exclusivamente de la Ley de Medios de Comunicación Audiovisuales.

²⁸ ALTAMIRANO, CARLOS y BEATRIZ SARLO, “Ensayos Argentinos. De Sarmiento a la Vanguardia”, citado por ARIAS SANDOVAL, LEONEL, “La identidad nacional en tiempos de globalización”, en Revista Electrónica@ Educare, vol. XIII, N° 2, [7-16], ISSN: 1409-42-58, diciembre 2009, p. 89.

bres y valores nacionales y afirmar y elevar el carácter del ser, es la forma más sensata y efectiva de contribuir a preservar la identidad cultural de cada pueblo, de cada país”, sostienen que se debe valorar lo criollo, lo nativo, lo folclórico, lo autóctono, lo nacional; para afirmar la idiosincrasia de nuestra cultura, garantizando su continuidad y coherencia. Este discurso de lo nacional, de costumbres, tradiciones y valores propios es lo que ha definido el concepto de identidad nacional.

La globalización y las nuevas tecnologías van de la mano, y hacen cambiar nuestras costumbres y tradiciones. Básicamente toda experiencia humana es una experiencia mediada tanto por la socialización, como por la adquisición del lenguaje. En la actualidad, la importancia recae en el desarrollo cada vez más interrelacionado de las comunicaciones y donde las nuevas tecnologías tienen un importantísimo papel. El grado en que un medio sirve para modificar las relaciones espacio-temporales no depende primordialmente del contenido de los mensajes que transmite, sino de su forma y sus modos de reproducción y de allí la importancia de las TICs.

La apropiación de la tecnología no exige únicamente habilidades, exige, además, un primer proceso de adaptación. El principal reto es analizar las posibles armas que el individuo debe encontrar para hacer frente a todos los desafíos de la modernidad y de allí la importancia de una legislación apropiada que proteja y contenga las tradiciones y costumbres. La identidad cultural de una nación se basa en la diferencia de concepción que se tenga frente al fenómeno cultural general y en la diversidad de los enfrentamientos de los actores con su propio medio. En las expresiones folclóricas se manifiesta la identidad de los pueblos. La tradición representa y caracteriza la cultura de un pueblo. Por ello es necesario definir políticas culturales frente a este nuevo desafío derivado de la globalización, definir las líneas de política cultural que abarque una visión amplia de la cultura. Y de ese modo preservar el patrimonio cultural de una nación.

Como afirma Ottonieri de Maggi²⁹, ese carácter nacional debe ser objeto de análisis teniendo en cuenta toda la población, los estratos sociales, la historia, las características de las regiones, es decir que se tiene que tener en cuenta la totalidad de la nación y no una clase representativa. Es a través de la cultura que los hombres adquieren el sentido de autoconciencia identitaria y de pertenencia, así como el consenso sobre los valores comunes, las lealtades nacionales, regionales, y locales y la solidaridad social. La cultura es factor de desarrollo porque es fuente de creatividad y promotora de la articulación social. Determina el estilo de desarrollo económico, social, y político. Resulta imprescindible armonizar nacionalidad con un desarrollo sostenible de los valores y pautas culturales como eje del nucleamiento de los pueblos y estructura de base para moldear la identidad de los pueblos.

La reciente ley de Medios de Comunicación Audiovisuales intenta preservar estos aspectos, como analizaremos a continuación. Por cuanto no se puede pensar el sujeto político sino *anudado* con aquel significante que le viene del campo *del Otro*, que lo signa, lo nomina, constituyéndolo como sujeto, abandonar el individualismo metodológico y repensar los lazos sociales, la puesta en tensión con las singularidades del proceso socio-político, donde la construcción

²⁹ http://letras-uruguay.espaciolatino.com/aaa/ottonieri_edda/medios_de_comunicacion.htm.

política es con los sujetos políticos o colectivos, como agentes de transformaciones posibles.

Ley de servicios de comunicación audiovisuales 26.552 y las nuevas tecnologías

No hay dudas que el progreso tecnológico permite en la actualidad procesar, almacenar, recuperar y transmitir información en cualquiera de sus formas, tanto oral, escrita como visual, acortando las distancias físicas y convirtiéndose en un recurso que modifica en forma revolucionaria el modo de informarse, trabajar, aprender y enseñar.

Las nuevas tecnologías, con Internet a la cabeza, han modificado la comunicación, achicando distancias y tiempos pero con ella también han llegado la globalización y la uniformidad de muchos procesos culturales. Por ello nos preguntamos ¿es posible preservar la identidad nacional frente a este proceso en que el mundo se ha convertido en una gran aldea? Pero por otra parte es necesario reducir la brecha del conocimiento facilitando la circulación de contenidos culturales, técnicos, artísticos que fomenten una sociedad de la información integral.

Para ello hemos tomado la nueva ley sobre Servicios de Comunicación Audiovisuales aprobada a fines del 2009 en la Argentina con una fuerte resistencia de los grandes monopolios mediáticos. Es importantísimo la implementación de contenidos que hagan a la identidad, a un nosotros integrado, de allí la fijación de postulados básicos en esta ley de medios. Recordemos que son los medios de comunicación los que construyen el mensaje, lo toman, le dan su impronta y carácter singular, haciéndolo propio. Es una construcción simbólica compleja intencionalmente dirigida, no es un mensaje objetivo ni mucho menos, tiene toda una connotación compleja de subjetividades propias de quien lo elabora.

Pasados ya más de dos siglos de nuestro grito de libertad y en aras de consolidar nuestra esencia de país, nuestro patrimonio cultural, en una época de globalización donde nos invaden con categorías culturales que pretenden insertarlas como naturales, es importantísimo realizar un filtro de esos aspectos influenciados por el extranjero y dar lugar a la defensa de lo auténticamente nacional, con sus modalidades y diversificaciones a lo largo y a lo ancho de nuestro país, con sus matices autóctonos propios de nuestra rica diversidad geográfica más allá de la "gran aldea". Una ley de medios de comunicación que fije objetivos en defensa de una identidad propia, defendiendo lo propio, lo autóctono es fundamental para acentuar lo nuestro y revalorizarlo, rescatando aquellos aspectos de la tradición abandonados o sepultados bajo el valor del consumismo globalizante.

Centrándonos en el análisis específico de la ley, ésta debe su nombre como "ley de servicios de comunicación audiovisuales" —como en ella se especifica— a que se toma dicho término como una realidad más abarcadora de la anterior, radiodifusión, ya que las tendencias legisferantes en el mundo no sólo se dedican a contemplar las condiciones de los medios como emisores últimos frente al público, sino también otras situaciones relativas a políticas públicas regulatorias y de promoción del derecho a la información y al aprovechamiento y alfabetización tecnológica superando los criterios basados en la sola previsión del soporte técnico. Se señala así que los contenidos audiovisuales idénticos o si-

milares deben ser reglamentados por el mismo marco regulatorio, independientemente de la tecnología de transmisión.

En la nota al art. 1º de la nueva ley, comúnmente llamada “de medios”, es rica en la explicitación de la importancia de las nuevas tecnologías donde se advierte la necesidad de fomentar una sociedad de la información en la que se respete la dignidad humana y así se expresa que en cuanto a la vocación de crecimiento de los niveles de universalización del aprovechamiento de las tecnologías de la comunicación y la información, el espíritu del proyecto es conteste con los mandatos históricos emergentes de las Declaraciones y Planes de Acción de las Cumbres Mundiales de la Sociedad de la Información de Ginebra y Túnez de 2003 y 2005, diciendo ellas:

“Se reconoce que la educación, el conocimiento, la información y la comunicación son esenciales para el progreso, la iniciativa y el bienestar de los seres humanos, señalando que las tecnologías de la información y la comunicación (TICs) tienen inmensas repercusiones y es importante poder usarlas para promover el desarrollo al reducir las distancias.

Se destaca al respecto, que las TICs deben considerarse como un instrumento, y no como un fin en sí mismas”.

Pero, también la ley en su comentario prevé y analiza la importancia de la diversidad cultural y lingüística, alentando el respeto, la conservación, la promoción y el desarrollo de la diversidad cultural y lingüística y del acervo cultural derivados de ella.

Y por ello, la ley de medios pone énfasis en lo relativo al apoyo a los medios de comunicación basados en las comunidades y las poblaciones indígenas para elaborar contenidos en sus propios idiomas.

Respecto de la función de los Medios de Comunicación, se establece en la nota explicativa al art. 1º que los medios de comunicación, en todas sus modalidades y regímenes de propiedad, tienen también un papel importante en el desarrollo de la sociedad de la información fundamentalmente en materia de libertad de expresión y la pluralidad de la información. Por ello, las políticas de Estado deben contribuir a fomentar la formulación de legislaciones nacionales que garanticen la independencia y pluralidad de los medios de comunicación.

También aclara, que deben tomarse medidas apropiadas —siempre que sean compatibles con la libertad de expresión— para combatir los contenidos ilegales y perjudiciales en los medios de comunicación, como son las conductas ilegales y otros actos motivados por el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y otros tipos de intolerancia, el odio, la violencia, y todas las formas del abuso infantil, incluidas la pedofilia y la pornografía infantil, así como el tráfico y la explotación de seres humanos, buscando asimismo reducir la brecha del conocimiento y facilitar la circulación de contenido cultural, en particular en las zonas rurales.

A partir del art. 9º, la ley también prevé las nuevas tecnologías y servicios que no se hallan previstos al momento de la sanción para lo cual dispone que el Ejecutivo procure que la introducción tecnológica favorezca la pluralidad y el ingreso de nuevos operadores. Para lo cual deberá conceder licencias en condiciones equitativas y no discriminatorias.

Destaca la ley de Medios —en sus comentarios al articulado— lo dispuesto por la Declaración sobre Diversidad en la Radiodifusión de 2007 de la

Relatoría de Libertad de Expresión de la Organización de Estados Americanos, la que expresa que: “*en la planificación de la transición de la radiodifusión análoga a la digital, se debe considerar el impacto que tiene en el acceso a los medios de comunicación, y por ello es importante tener un plan para el cambio que promueva, en lugar de limitar, los medios públicos*”.

Nuevas tecnologías e identidad nacional en la ley de servicios de comunicación audiovisuales

La Nación Argentina fue conformada por la generación de 1880 siguiendo el modelo europeo y construyendo por lo tanto, una identidad nacional hegemónica a partir de las elites criollas europeizadas. Sin tener en cuenta obviamente a los pueblos originarios ni a otras culturas y naciones que vinieron a poblar el suelo argentino. Estas otras identidades fueron invisibilizadas.

La reforma constitucional de 1994 vino a saldar una deuda en este sentido y es así que prevé en el art. 75 inc. 17, artículo que consagra las facultades del Congreso de la Nación:

Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible, ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afectan.

Y el inc. 20 señala:

Dictar leyes que protejan la identidad y pluralidad cultural, la libre creación y circulación de las obras del autor; el patrimonio artístico y los espacios culturales y audiovisuales.

Los grupos de pueblos originarios³⁰ ven hoy con esta ley las posibilidades de su institucionalización como parte del Estado, presentes luego de las distintas luchas por la reivindicación e inclusión de derechos, que implicaron ineludiblemente la visibilización/invisibilización de ciertos colectivos. En consonancia, la ley de servicios audiovisuales en su comentario prevé y analiza la importancia de la diversidad cultural y lingüística, alentando el respeto, la conservación, la promoción y el desarrollo de la diversidad cultural y lingüística y del acervo cultural derivados de ella, específicamente alentando el apoyo a los medios de comunicación basados en las comunidades y las poblaciones indígenas para elaborar contenidos en sus propios idiomas.

Asimismo, señala la importancia de la identidad como nación al establecer en el art. 9°:

³⁰ Se encuentran estudios sobre la relación de la democracia y los movimientos, en los que se *explican* tensiones, posibilidades y transformaciones de la democracia representativa, a partir de instrumentos legales, normativos, jurídicos, políticos de democracia participativa y directa que implican nuevas maneras de participar en política de la nueva institucionalidad (GARGARELLA & COURTIS, 2011 MAYORGA, FERNANDO, 2011, PACHANO, 2010). Así también, estudios que buscan *comprender* al poner el acento en los conflictos y disputas que se presentan en esa ampliación de derechos desde el lugar de los movimientos (SVAMPA, 2010, WELP, YANINA y UWE, SERDÜLT, 2012), esto es, en los debates contemporáneos se instala la pregunta por la radicalización de la democracia (DE SOUSA SANTOS, 2004) y el lugar que ocupan los movimientos en esta nuevo marco jurídico-político.

Idioma. La programación que se emita a través de los servicios contemplados por esta ley, incluyendo los avisos publicitarios y los avances de programas, debe estar expresada en el idioma oficial o en los idiomas de los Pueblos Originarios.

También la ley en su comentario señala que en la Declaración de la Cumbre Mundial de la Sociedad de la Información —CMSI— de Ginebra, del año 2003, se prevé en su Plan de Acción, entre otros aspectos:

Apartado 8. Diversidad e identidad culturales, diversidad lingüística y contenido local

23. La diversidad cultural y lingüística, al promover el respeto de la identidad cultural, las tradiciones y las religiones, es fundamental para el desarrollo de una sociedad de la información basada en el diálogo entre culturas y en una cooperación regional e internacional. Es un factor importante del desarrollo sostenible...

a) Definir políticas que alienten el respeto, la conservación, la promoción y el desarrollo de la diversidad cultural y lingüística y del acervo cultural en la sociedad de la información, como queda recogido en los documentos pertinentes adoptados por las Naciones Unidas, incluida la Declaración Universal de la UNESCO sobre la Diversidad Cultural. Esto incluye, entre otras cosas, alentar a los gobiernos a definir políticas culturales que estimulen la producción de contenido cultural, educativo y científico y la creación de un entorno cultural local adaptado al contexto lingüístico y cultural de los usuarios.

j) Apoyar los medios de comunicación basados en las comunidades locales y respaldar los proyectos que combinen el uso de medios de comunicación tradicionales y de nuevas tecnologías para facilitar el uso de idiomas locales, para documentar y preservar los legados locales, lo que incluye el paisaje y la diversidad biológica, y como medio de llegar a las comunidades rurales, aisladas y nómades.

En su comentario al art. 119 señala, que es fundamental la difusión de programas que contribuyan al sentido de la identidad nacional, así como informar y entretener reflejando la diversidad cultural.

Finalmente, la ley establece en su art. 121 que son objetivos de la Radio y Televisión Argentina Sociedad del Estado: *e) Promover el desarrollo y la protección de la identidad nacional, en el marco pluricultural de todas las regiones que integran la República Argentina.*

Conclusión

Hemos señalado que la identidad nacional comprende una identidad cultural y una política y se localiza tanto en una comunidad política así como cultural. Esto es importante porque significa que cualquier esfuerzo por forjar una identidad nacional también es una acción política con sus correspondientes consecuencias, como la de la necesidad de volver a dibujar el mapa geopolítico. Crear un “mundo de naciones” tiene las consecuencias profundas para el sistema global de estados así como para los estados individuales.

Las tecnologías son para actuar sobre la información y de ahí deviene la gran capacidad de penetración de los efectos provocados por estas tecnologías debido a que, como afirma Castells³¹ la información es una parte integral de toda

³¹ CASTELLS, MANUEL (1997), “La era de la información. Economía, sociedad y cultura”, vol. 1, La sociedad red, Alianza Editorial, Madrid, p. 88.

actividad humana, todos los procesos de nuestra existencia individual y colectiva están directamente moldeados (aunque sin duda no determinados) por el nuevo medio tecnológico. La tecnología tiene como materia prima la información y ésta es fundamental en toda relación social.

Para comprender el proceso identidad, tecnología y globalización podemos mencionar a Stuart Hall³², éste distingue tres conceptos de identidad muy distintos, aquéllos (a) del sujeto en la Ilustración, (b) del sujeto sociológico, y (c) del sujeto posmoderno. El sujeto de la Ilustración estaba basado en una concepción del sujeto humano como individuo totalmente centrado y unificado, dotado de las capacidades de razón, consciencia y acción a lo largo de la existencia del individuo. El centro esencial del ser era la identidad de una persona, concepción muy “individualista” del sujeto y “su”. La noción del sujeto sociológico reflejaba la complejidad creciente del mundo moderno y la consciencia de que este núcleo interior del sujeto no era autónomo y autosuficiente, sino que se formaba con relación a los otros cercanos que transmitían al sujeto los valores, significados y símbolos de los mundos que habitaba, la identidad se forma en la interacción entre el yo y la sociedad. El sujeto aún tiene un núcleo interior el “verdadero yo”, pero éste se forma o modifica en un diálogo continuo con los mundos culturales “de fuera” y las identidades que éstos ofrecen, interiorizando al mismo tiempo sus sentidos y valores y convirtiéndolos en “parte de nosotros”.

Pero hoy el sujeto, se está volviendo fragmentado; compuesto por varias identidades, variable y problemático. Esto produce el sujeto posmoderno, conceptualizado como carente de una identidad fija, esencial o permanente. El sujeto asume diferentes identidades en momentos distintos, identidades que no están unificadas en torno a un “yo” coherente. El tema de la identidad está relacionado con el carácter del cambio en la modernidad tardía, en particular, con aquel proceso de cambio conocido como “globalización”, y su impacto en la identidad cultural.

En relación a esta cuestión cita a Giddens y a Laclau, el primero sostiene que en este cambio rápido, extenso y continuo, es una forma de vida muy reflexiva en la cual las “prácticas sociales se examinan y reforman constantemente a la luz de información entrante acerca de estas mismas prácticas y, por tanto, su carácter se altera constitutivamente”; por su parte Laclau argumenta que la dislocación tiene ciertas características positivas, trastorna las identidades estables del pasado, pero también abre la posibilidad de nuevas articulaciones, sería una “recomposición de la estructura que rodea a determinados puntos nodales de articulación”.

Entonces, ¿qué impacto ha tenido la globalización sobre la identidad nacional? ¿La identidad nacional es afectada por el proceso de la globalización?

El tiempo y el espacio son coordenadas básicas de todos los sistemas de representación y la identidad lo es, por ello es fundamental tener en cuenta estas variables. Es de resaltar que lo que este fenómeno de globalización y el uso de las tecnologías —en ellas la ley de medios— ha permitido rescatar son los trozos de tradición autóctono, el apego, la pertenencia de comunidades que integran nuestra rica geografía y patrimonio regional. Todo un conjunto de sectores socia-

³² HALL STUART, “La cuestión de la identidad cultural”, en www.ram-wan.net/restrepo/modernidad/question-hall.doc.

les, y representaciones simbólicas que la urbe, el proceso de inmigración, la industrialización más la política de la clase dirigente en el trazado de “sus valores” como identitarios fueron borrando.

Sabemos que las diversas identidades se construyen mediante los procesos de socialización ya que el ser humano es esencialmente social, por lo que siempre va modificándose en su conformación en ese proceso de interacción (recordemos que de aquel “ser argentino” hoy hemos incorporado el de “latinoamericanos”; poco aceptado en la generación de 1880 que buscaba parecerse al europeo —inglés o francés—).

En un mundo de significados y representaciones simbólicas propias o impregnadas de valores culturales signados por los medios de comunicación las sociedades se ven atosigadas por nuevas representaciones culturales y así se van introduciendo elementos culturales muy diversos. Actualmente con el proceso de globalización posnacional, los estados individualmente han visto socavada su preeminencia en la escena global y por esto nos cuestionamos: ¿Existe la permanencia de lo nacional en un mundo transnacional?

La tradición representa y caracteriza la cultura de un pueblo, por ello es necesario definir políticas culturales frente a este nuevo desafío derivado de la globalización y definir las líneas de política cultural que abarque una visión amplia de la cultura. Y de ese modo preservar el patrimonio cultural de una nación, pero visibilizando las diferentes “culturas” que la conforman. De esta manera, se construye una identidad hacia afuera a la par que también hacia adentro de sus respectivos territorios.

La reciente Ley de Medios de Comunicación Audiovisuales recepta estos aspectos que se ven plasmados en el articulado de la ley 26.552 donde a la par que se destaca la importancia de las nuevas tecnologías en un mundo globalizado, sostiene la necesidad de la preservación de la identidad nacional, en el marco pluricultural de todas las regiones que integran la República Argentina mostrando la importancia de apoyar desde lo político a los medios de comunicación basados en las comunidades locales y respaldar los proyectos que combinen el uso de medios de comunicación tradicionales y de nuevas tecnologías para facilitar el uso de idiomas locales, para documentar y preservar los legados locales a la par de la preservación del idioma nacional.

La clase dirigente decimonónica edificó en nuestro país un sentido de lo nacional borrando o desconociendo adrede las tradiciones que nos unían al terruño, y así se edifica el sentido de pertenencia del patrimonio espiritual y nacional con una base falsa, sobre la preeminencia de lo europeo. Los medios de comunicación y las nuevas tecnologías puestos al servicio de una política cultural y patrimonial nacional son promotores de una identidad en la que cada pedacito de tradición se rescata y así se convierten en sustento de una identidad nacional, de un acervo cultural y patrimonial sustancial que hace resaltar la identidad del “nosotros” frente a la globalización. Chantal Mouffe³³ señala que la visión sobre el otro contribuye a la construcción de la identidad propia y la llama “exterioridad constitutiva” y que si bien son identidades que se oponen y excluyen, son al mismo tiempo necesarias, la una para la otra.

³³ MOUFFE, CHANTAL (2007), “En torno a lo político”, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires.

Se puede concluir de lo dicho, que la estrecha relación —identidad, tic's y medios de comunicación inmersos en un mundo globalizado— lleva a que la tecnología sea, en algún modo, una expresión de la cultura a la cual pertenece a la vez que reconocer el aporte que a hace a esta cultura así como a la construcción de la realidad social.

Bibliografía

ANDERSON, BENEDICT (1993), *Comunidades imaginadas*, Fondo de Cultura Económica, México.

BORDIEU, PIERRE (1982), *La identidad como representación*, Fayard Hermanos, París.

CASTELLS, M. (2000), "Internet y la sociedad red. Lección inaugural del programa de doctorado sobre la sociedad de la información y el conocimiento", <http://www.uoc.es/web/cat/articles/castells/menu.html>

CASTORIADIS, C. (1990), "Le monde morcelée. Les carrefours du labyrinthe III", Éditions du Seuil, París.

GERGEN, K. (1991), "El yo saturado. Dilemas de identidad en el mundo contemporáneo", Paidós, Barcelona, 1992.

GOROSITO KRAMER, ANA MARÍA (1997), *Identidad, cultura y nacionalidad*, Ciccus, Buenos Aires.

PIQUERAS, BENJAMÍN (1997), *Sobre la identidad*, Alex, Barcelona.

POVINELLI, GUSTAVO (2000), *Marcas de identidad*, Lautaro, Buenos Aires.

SMITH, ANTHONY (1997), *La identidad nacional*, Trama, Madrid.

VAYREDA, A.; MIRALLES, L.; NÚÑEZ, F. (2001), *¿e-communitas?*, http://www.uoc.edu/web/esp/articles/vayreda/ecomunitas_esp.html.

Páginas web

<http://qullasuyu.blogcindario.com/2006/07/00008-las-naciones-por-el-plan-anthony-smith.html>.



RESPONSABILIDAD POR PASIVOS AMBIENTALES MINEROS Y CIERRE DE MINAS. BREVE ANÁLISIS DE LOS MARCOS NORMATIVOS DE BOLIVIA, CHILE Y PERÚ*

Georgina Doroni**

Resumen: En el presente trabajo se analiza por un lado, el régimen normativo de gestión de pasivos ambientales mineros y por otro, los marcos normativos de cierre minero de los países de Bolivia, Chile y Perú. Se realiza una comparación relativa a la responsabilidad por pasivos ambientales mineros y cierre de minas, con el objetivo de identificar instrumentos que permitan la remediación y rehabilitación de sitios con contaminación histórica y la prevención en la generación de nuevos pasivos ambientales, que puedan contribuir a nuestro régimen jurídico minero ambiental nacional y provincial.

Palabras claves: Pasivos ambientales mineros - Cierre minero - Responsabilidad - Marcos normativos.

I. Introducción

La implementación efectiva de la tutela ambiental en la actividad minera, bajo el mandato preventivo y conservatorio del medio ambiente y de los recursos naturales, plantea la necesidad de identificar y gestionar instrumentos que permitan la remediación y rehabilitación de aquellos sitios que presentan una contaminación histórica¹. Correlativamente, se sostiene que resulta de escasa efectividad limitarse a la remediación de los pasivos ambientales mineros (PAM)², sin que se instituyan en forma complementaria, mecanismos preventivos en la generación de nuevos PAM^{3,4}.

* Recibido el 22/12/14. Aprobado el 25/06/15.

** Abogada y Notaria egresada de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales —UNC—. Adscripta en la asignatura “Derecho de los Recursos Naturales y Ambiental- Cát. “A” en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNC. Becaria CONICT Tipo I - Doctorando en Derecho y Ciencias Sociales (UNC) - Maestranda en Derecho y Argumentación. Mail de contacto: georginadoroni@gmail.com.

¹ En un sentido técnico un pasivo ambiental es una obligación, una deuda derivada de la restauración, mitigación o compensación por un daño ambiental no mitigado o reparado que responde a un legado de contaminación histórica. MORALES LAMBERTI, ALICIA, *Gestión y remediación de Pasivos Ambientales*, Alveroni, Córdoba, 2008, p. 9.

² De ahora en adelante PAM.

³ La mayoría de estos pasivos fueron abandonados por los propietarios u operadores mineros sin la adopción de medidas de seguridad minera o de protección ambiental ni control por parte de las autoridades competentes. OBLASSER A. y CHAPARRO E., “Estudio Comparativo de la gestión de los pasivos ambientales mineros en Bolivia, Chile, Perú y Estados Unidos, CEPAL, Santiago de Chile, 2008, p. 9.

⁴ Los pasivos ambientales mineros (PAM) son instalaciones mineras, tales como labores abiertas o subterráneas, edificaciones, superficies afectadas por vertidos, depósitos de residuos mineros, tramos de cauces perturbados, áreas de talleres, parques de maquinaria o parques de mineral que, estando en la actualidad en entornos de minería abandonada o inactiva, constituyen un riesgo potencial permanente para la salud y seguridad de la población, para la biodiversidad y para el medio ambiente (Asociación de Servicios de Geología y Minería Iberoamericanos - ASGMI), Acta de acuerdos Santa Cruz, 2008. Según la ley 28.271 de la República de Perú, que regula los Pasivos Ambientales de la Actividad Minera, constituyen PAM las instalaciones, efluentes, emisiones, restos o depósitos de

Lo anterior requiere, por una parte, de marcos normativos específicos relativos a la gestión de los PAMs —para mitigar o remediar daños ambientales— y, por otro, de una regulación de cierre seguro de la actividad minera —para prevenir, mitigar y reparar los efectos nocivos al medio ambiente durante el desarrollo del ciclo minero—, actuando así como mecanismo preventivo en la generación de nuevos PAMs.

En ese contexto, el presente trabajo tiene el propósito de relevar los marcos normativos de gestión de pasivos ambientales mineros (PAM) y de cierre de minas en algunos países de Latinoamérica (Perú, Chile y Bolivia), en los que existe una trayectoria minera de gran relevancia y en los cuales la discusión sobre PAM ha sido recientemente incorporada a la agenda política y legislativa⁵, a los fines de identificar algunas experiencias que sean susceptibles de contribuir para el desarrollo de propuestas de mejoras a nuestro régimen jurídico minero ambiental nacional y provincial.

II. Responsabilidad por cierre minero

II.1. Bolivia

El cierre es una fase más en el desarrollo de la planificación minera⁶. Existe en cabeza del operador minero la obligación de cerrar y rehabilitar el área de influencia de su actividad (tanto dentro como fuera del perímetro de su concesión)⁷. El cierre se aplica a aquellas explotaciones activas y futuras al tiempo de la entrada en vigencia de la ley del medio ambiente.

La finalidad de la implementación de esta etapa es una cuestión de atribución de costos, con el objeto de que el operador minero internalice (asuma) y contabilice los costos de la rehabilitación como costos de la producción⁸.

residuos producidos por operaciones mineras, en la actualidad abandonadas o inactivas y que constituyen un riesgo permanente y potencial para la salud de la población, el ecosistema circundante y la propiedad.

⁵ A nivel internacional, en los países de Sudamérica se ha venido liderando por parte de la CEPAL una amplia discusión sobre el tema de los Pasivos Ambientales Mineros —PAM—. Esta discusión ha tenido como resultado a la fecha la realización de dos Conferencias sobre el tema, una desarrollada en Santiago de Chile en 2003 y la última realizada en la sede de la CEPAL en Chile en Mayo de 2005 y la más reciente celebrada en Lima durante el mes de Julio de 2008. En la II Conferencia Internacional sobre PAM, celebrada en Santiago (Chile), fue unánime la percepción de que los PAM, además de constituir un potencial riesgo para la salud humana, representan una amenaza para el desarrollo sostenible de la sociedad y la futura competitividad de los países en el mercado de minerales.

⁶ La propia legislación establece: “Siempre que fuere posible, el concesionario u operador minero cerrará y rehabilitará el área de sus operaciones mineras de manera simultánea al desarrollo de sus actividades mineras”.

⁷ El cierre y rehabilitación se deben hacer cuando se concluye parcial o temporalmente las actividades de conformidad a lo establecido en la licencia ambiental; o cuando se abandona por más de tres años las operaciones o actividades mineras.

⁸ Teniendo presente la capacidad de generación de serios efectos post operacionales y su relevancia, no parece lógico plantearse la posibilidad de simplemente abandonar el sitio sin hacerse cargo de estos efectos, y más ilógico aún parece proyectar el desarrollo de la actividad sin considerar el cierre y el postcierre como una etapa más dentro del plan minero, lo que implica considerar los costos de implementación de medidas tendientes a evitar, minimizar, mitigar o compensar esos efectos dentro de los demás costos del proyecto. De alguna forma la producción minera que no se hace cargo de los costos de esta etapa, parece estar ignorando deliberadamente la internalización de costos que le son propios. GONZÁLEZ ZENTENO, PATRICIA, “Tratamiento Normativo de la Fase Minera Post Operacional en los Países Mineros Latinoamericanos y La Planificación del Cierre”, Informe Internship, noviembre, 1999).

El cierre y rehabilitación del área de actividades mineras debe efectuarse de acuerdo con el Plan de Cierre y Rehabilitación del Área⁹ aprobado en la licencia ambiental. A tales fines, el titular de la licencia ambiental llevará un registro de las acciones de cierre, rehabilitación y post-cierre del área de operaciones en el libro de control.

Una vez ejecutadas las medidas de cierre y rehabilitación del área y transcurrido un período de postcierre de tres (3) años¹⁰, el concesionario u operador debe presentar a la Autoridad Ambiental Competente un informe¹¹ que debe contar con dictamen favorable de un auditor —independiente del concesionario u operador minero— inscrito en el registro de consultores del Ministerio de Desarrollo Sostenible y Medio Ambiente. La realización de dicho informe es a los fines de corroborar el cumplimiento de las medidas de cierre, rehabilitación y post-cierre consignadas en el plan de cierre y rehabilitación del área y evaluar el estado actual del área de las operaciones.

Con respecto a la atribución de responsabilidad por daños ambientales, se determina que el concesionario u operador minero concluye sus actividades cuando presenta el informe auditado mencionado anteriormente, configurando este hecho el corte de responsabilidad por parte de este. Sin embargo, sus obligaciones subsisten después de la reversión de la concesión minera al dominio originario del Estado o de su renuncia parcial¹². Se establece el mantenimiento de la responsabilidad del operador por las obligaciones de cierre y post-cierre, como un mecanismo de atribución de costos y de responsabilidad.

II.2. Perú

Por su parte, Perú cuenta con una legislación específica que regula el cierre de minas —ley 28.090—^{13, 14}. La normativa delimita su ámbito de aplicación para las actividades mineras nuevas —futuras— como las que se encuentran activas —en operación— pero excluye de su atención a las actividades de cierre por pasivos ambientales¹⁵.

⁹ Debe comprender: 1) objetivos del cierre y de la rehabilitación del área; 2) programa de cierre de operaciones y rehabilitación del área para: a) el control de flujos contaminantes y la estabilización física y química de las acumulaciones de residuos; y b) la rehabilitación del área, del drenaje superficial y el control de la erosión. 3) acciones de post-cierre, que son el control de la estabilidad de la estructura de las acumulaciones de residuos y el monitoreo de los flujos de los drenes, de las canales de depósitos, presas o rellenos cerrados y de las baterías de pozos de monitoreo de infiltraciones.

¹⁰ Período en el que las emisiones y descargas se mantengan dentro de los límites permisibles establecidos en los reglamentos de la Ley del Medio Ambiente y no se presenten señales de inestabilidad en acumulaciones de residuos.

¹¹ Informe que debe detallar: 1) las acciones realizadas de cierre, rehabilitación y post-cierre; y 2) la evaluación de las acciones de cierre, rehabilitación, post-cierre y el estado actual del área de las operaciones mineras.

¹² Art. 86º del Código de Minería y el art. 72 del RAAM.

¹³ Reglamento para el cierre de minas (Decreto Supremo 033-2005 EM).

¹⁴ La ley tiene por objeto: a) regular las obligaciones y procedimientos que deben cumplir los titulares de la actividad minera para la elaboración, presentación e implementación del Plan de Cierre de Minas correspondientes, b) la prevención, recuperación del medio ambiente, c) minimización y el control de los riesgos y efectos sobre la salud, la seguridad de las personas, el ambiente, el ecosistema circundante y la propiedad, que pudieran derivarse del cese de las operaciones de una unidad minera, d) mitigar sus impactos negativos a la salud de la población, el ecosistema circundante y la propiedad.

¹⁵ Expresamente el art. 2º de la ley 28.090 establece que “la presente norma se aplica a las actividades mineras, según se trate de: a) Unidades mineras nuevas - Toda unidad minera que inicie o reinicie su

Se establece la obligación de todo titular de concesión minera de realizar el cierre de las áreas, labores e instalaciones de la unidad minera a través del Plan de Cierre¹⁶. Correlativamente, el titular de la concesión está obligado: a implementar un Plan de Cierre de Minas planificado desde el inicio de sus actividades —ejecutándose en forma progresiva¹⁷ durante la vida útil de la operación minera—, reportar semestralmente al Ministerio de Energía y Minas el avance de las labores de recuperación consignadas en el Plan de Cierre de Minas y constituir una garantía ambiental que cubra el costo estimado del Plan de Cierre de Minas. La implementación de una garantía ambiental es un instrumento para cubrir los costos de la rehabilitación para los períodos de cierre final y post cierre. De esta manera, se dispone de recursos para la rehabilitación en aquellas situaciones de incumplimiento por parte del operador minero de las medidas consignadas en el plan de cierre.

El operador resulta responsable del cierre seguro de la actividad, conformando el plan de cierre una etapa más de la planificación del proceso productivo. La aplicación de la normativa de cierre de la actividad se configura como un instrumento para la mitigación y rehabilitación de las áreas afectadas por la concesión minera para evitar la generación de nuevos PAM.

II.3. Chile

Chile, al igual que Perú, cuenta con una legislación específica que regula el cierre¹⁸ de faenas e instalaciones mineras —ley 20.551 y decreto reglamentario 41/2012—.

El Plan de Cierre se configura como una estrategia ambiental preventiva. Es una herramienta que permite identificar y cuantificar los impactos ambienta-

actividad a partir de la vigencia de la presente ley. b) Unidades mineras en operación. -Toda unidad minera que hubiere iniciado operaciones con anterioridad a la vigencia de la presente ley. Por su parte el reglamento de la ley indica: Las actividades de cierre de pasivos ambientales a que se refiere la ley 28.271, no están comprendidas dentro del ámbito de aplicación del Reglamento”.

¹⁶ El Plan de Cierre de Minas es un instrumento de gestión ambiental conformado por acciones técnicas y legales, efectuadas por los titulares mineros, destinado a establecer medidas que se deben adoptar a fin de rehabilitar el área utilizada o perturbada por la actividad minera para que ésta alcance características de ecosistema compatible con un ambiente saludable y adecuado para el desarrollo de la vida y la preservación paisajista. La rehabilitación se llevará a cabo mediante la ejecución de medidas que sean necesarias realizar antes, durante y después del cierre de operaciones.

¹⁷ Al igual que lo previsto en la legislación boliviana, las actividades de rehabilitación se van efectuando simultáneamente al desarrollo de su actividad productiva, de acuerdo al cronograma y condiciones establecidos en el Plan de Cierre de Minas aprobado y ejecutado bajo supervisión de la autoridad minera.

¹⁸ En este sentido, las modernas regulaciones mineras receptan la filosofía del “diseño para el cierre”, incluyendo la evaluación de los impactos del cierre y post-cierre, que está basada en cuatro premisas principales: a) La minería crea cambios permanentes en el medio ambiente y en la sociedad en donde se desarrolla; b) El legado de la minería puede ser positivo si los impactos negativos son minimizados y los positivos amplificados; c) El legado positivo se determina primeramente en la forma como la mina es diseñada, construida, operada, cerrada y administrada después del cierre, y d) La mejor forma para dejar un legado positivo es “comenzando con el final” o “diseñando para el cierre”. El principio es receptado en la República de Chile, donde desde febrero de 2004 entraron en vigencia las modificaciones al Reglamento de Seguridad Minera (Título X, Reglamento de Seguridad Minera, arts. 489 y ss.). Se regulan las actividades de cierre de las faenas mineras y se establece la obligatoriedad de la confección de Planes de Cierre. (MORALES LAMBERTI, ALICIA, “Explotación ilegal, abandono de la concesión y daño ambiental: responsabilidad por pasivos mineros”, en Revista de Derecho Ambiental, Abeledo Perrot, Instituto el Derecho por un Planeta Verde Argentina, julio-septiembre 2011, N° 27, pp. 291-315).

les negativos generados durante el desarrollo de la actividad minera, que tiene como objetivo principal la prevención, minimización y/o control de los riesgos y efectos negativos que se generen o continúen presentándose con posterioridad al cese de las operaciones de una faena o instalación minera, sobre la salud y seguridad de las personas y/o sobre el medio ambiente. Consisten en la programación de las actividades necesarias para que los impactos que genera la actividad minera no se prolonguen en el tiempo una vez que cesen las operaciones.

Resulta obligatorio para toda empresa minera¹⁹ presentar un plan de cierre para la totalidad —integral— de las instalaciones de sus faenas²⁰ antes del inicio de la operación. Asimismo resulta responsable de ejecutar y cumplir íntegramente el plan de cierre —antes del término de sus operaciones y en los plazos y condiciones fijadas—, de manera tal que al cese de éstas se encuentren implementadas y creadas las condiciones de estabilidad física y química en el lugar que operó la faena.

Con el objeto de que el operador asuma los costos²¹ del cumplimiento del plan de cierre la normativa regula que es obligatorio constituir garantía²² que asegure al Estado el cumplimiento íntegro y oportuno de la obligación de cierre. La empresa minera debe mantener la integridad, suficiencia y estabilidad de la garantía durante toda la vida útil, pero cuenta con la posibilidad de peticionar la liberación gradual de la garantía a medida que se ejecute el plan de cierre. Esta garantía se torna operativa en caso de incumplimiento de la obligación —falta total de implementación o implementación parcial, inadecuada o inoportuna de las medidas contempladas en el plan de cierre—, oportunidad en la que el Servicio Nacional de Geología y Minería puede obtener, mediante la garantía, por cuenta y riesgo de la empresa, el cumplimiento de la obligación. La implementación de esta garantía ambiental, al igual que en el régimen peruano, es a los fines de cubrir los costos de la rehabilitación para los periodos de cierre final y post cierre.

Al igual que la legislación peruana y boliviana, se establece que el plan de cierre de las faenas de la industria extractiva minera es parte del ciclo de su vida útil, es decir, que forma parte de la planificación, el cual se implementará de forma progresiva desde el inicio de la operación y durante sus diversas etapas²³.

¹⁹ Se aplica a: 1. Toda Empresa Minera que desee iniciar o reiniciar sus Operaciones Mineras, una vez que la ley 20.551 haya entrado en vigencia. 2. Toda Empresa Minera que se encuentre en operación a la fecha de entrada en vigencia de la ley 20.551.

²⁰ Dicho documento se presenta ante el Servicio Nacional de Geología y Minería, autoridad que resulta competente para revisar y aprobar sectorialmente los aspectos técnicos de los planes de cierre de faenas mineras y es el encargado de velar por el cumplimiento de los planes de cierre por parte de las empresas mineras.

²¹ Manifiesta Luis Sougarret Seitz que “en el pasado las compañías mineras nacionales y extranjeras no estaban obligadas a remediar los impactos ambientales que sus operaciones mineras ocasionaban en el medio ambiente. De esta manera, los costos ambientales no eran económicamente contabilizados o, incluso, muchas veces se asumían como costo cero. Esto en la práctica ha significado que los costos efectivos han sido con frecuencia subsidiados por los contribuyentes y los ciudadanos afectados” (Conferencia internacional sobre pasivos ambientales mineros, “La minería en Chile y los pasivos ambientales”. URL: <http://www.cepal.org/drni/noticias/seminarios/4/13604/LuisSolugarret.pdf>).

²² El monto de la garantía será determinado a partir de la estimación periódica del valor presente de los costos de implementación de todas las medidas de cierre, contempladas para el período de operación de la faena hasta el término de su vida útil, así como las medidas de seguimiento y control requeridas para la etapa de post cierre.

²³ El cierre de las faenas mineras es parte de las buenas prácticas ambientales en minería, en donde lo ideal es lograr un diseño y planificación minera considerando el cierre, con el objeto que cuando finalice la vida útil de la faena el cierre de sus instalaciones se haya ido desarrollando paulatinamen-

Ejecutado el plan de cierre, la empresa presentará un informe final de auditoría que detalle el cumplimiento e implementación de la totalidad de las medidas y actividades de dicho plan, ante el Servicio Nacional de Geología y Minería²⁴. Éste emitirá un certificado final²⁵ una vez que se encuentren ejecutadas la totalidad de las medidas comprometidas y cuando se haya materializado el aporte al fondo de post cierre. El certificado de cierre final hace constar el cumplimiento del plan de cierre e implica el fin de la obligación de mantener la garantía.

La normativa prevé la realización de auditorías periódicas como mecanismo de fiscalización de la implementación y avance efectivo del plan. El articulado establece que las empresas mineras deberán hacer auditar su plan de cierre cada cinco años, asumiendo los costos que implique la realización de ésta. El objetivo es certificar al Servicio la adecuación, cumplimiento y actualización del contenido del plan de cierre y su sujeción al programa de ejecución. La empresa debe contratar uno de los auditores que se encuentren inscriptos en el Registro Público de Auditores Externos (que llevará el SENAGEMIN) para que realice la auditoría.

Por último, la ley regula la etapa de post cierre de las faenas mineras, creando un Fondo para la Gestión de Faenas Mineras Cerradas con el correlativo deber de las empresas de efectuar un aporte —no reembolsable— representativo de los recursos necesarios para financiar las actividades de post cierre de la faena o instalación minera.

El aporte debe realizarse antes del otorgamiento del certificado de cierre final, oportunidad que implica la liberación de responsabilidad por parte de la empresa minera de la efectiva implementación de las medidas de post cierre —las que quedan a cargo del Servicio o a quien éste designe—. Se observa cómo nuevamente se hace hincapié en la atribución de costos, ya que la finalidad de dicho fondo es justamente financiar las actividades, para asegurar en el tiempo la estabilidad física y química del lugar en el que se ha efectuado un plan de cierre.

III. Responsabilidad por pasivos mineros

III.1 Bolivia

La gestión ambiental^{26, 27} en minería es un conjunto de acciones y procesos para la protección del medio ambiente desde el inicio hasta la conclusión

te, con costos razonables en el tiempo para el operador minero y garantizando un mínimo impacto ambiental futuro. Guía Metodológica para el Cierre de Faenas Mineras, Ministerio de Minería, Subsecretaría de Minería, Gobierno de Chile, noviembre, 2002.

²⁴ SENAGEMIN.

²⁵ La normativa prevé la posibilidad de emisión de certificados de cierre parcial de instalaciones o partes de una faena minera, lo que faculta a la empresa minera a solicitar la reducción proporcional de la garantía.

²⁶ El art. 2º y 3º del Reglamento General de Gestión Ambiental expresa que se entiende por gestión ambiental al conjunto de decisiones y actividades concomitantes, orientadas a los fines del desarrollo sostenible. Comprende los siguientes aspectos principales: a) la formulación y establecimiento de políticas ambientales; b) los procesos e instrumentos de planificación ambiental; c) el establecimiento de normas y regulaciones jurídico-administrativas; d) la definición de competencias de la autoridad ambiental y la participación de las autoridades sectoriales en la gestión ambiental; e) las instancias de participación ciudadana; f) la administración de recursos económicos y financieros; g) el fomento a la investigación científica y tecnológica; h) el establecimiento de instrumentos e incentivos.

²⁷ En este contexto, la gestión ambiental, se entiende según (Colby, 1990), de manera amplia como el “campo que busca equilibrar la demanda de recursos naturales de la Tierra con la capacidad del ambiente natural, y que debe responder a esas demandas en una base sustentable”. Surge la gestión

de una actividad minera²⁸. El control de los impactos ambientales de cualquier proyecto o actividad requiere de una identificación y evaluación anterior de esos impactos, para las distintas etapas del proyecto de que se trate²⁹.

La Ley del Medio Ambiente —ley 1333— tiene por objeto la protección y conservación del medio ambiente y los recursos naturales y en su art. 12 establece los instrumentos de planificación ambiental, encontrándose entre ellos los estudios de evaluación de impacto ambiental (inc. d)^{30,31}. Las obras, proyectos o actividades que por sus características requieran del Estudio de Evaluación de Impacto Ambiental con carácter previo a su ejecución, deberán contar obligatoriamente con la Declaratoria de Impacto Ambiental (DIA). Correlativamente el reglamento para actividades mineras —decreto Supremo 24.782— establece la necesidad de la licencia ambiental para la realización de actividades mineras.

Lo expuesto anteriormente viene a razón de lo siguiente: como parte integrante de la licencia ambiental se encuentra el informe técnico de la Auditoría Ambiental de Línea de Base —ALBA—³². El operador o concesionario minero debe realizar la ALBA a los fines de limitar su responsabilidad, ya que no resulta responsable por las condiciones ambientales identificadas en la ALBA³³. *A contrario sensu*, si el concesionario u operador minero no realiza la ALBA asume la

ambiental como el elemento fundamental en la búsqueda de la sustentabilidad ambiental. Su principal objetivo es conciliar las actividades humanas y el medio ambiente, a través de instrumentos que estimulen y viabilicen esa tarea, la cual presupone la modificación del comportamiento del hombre en relación con la naturaleza, debido a la actual situación de degradación ambiental (Calvacanti, 2000). En GONZÁLEZ RAMÍREZ ADRIANA M., “Diseño de metodología para la identificación de pasivos ambientales mineros en Colombia”, Tesis de Grado. Director: Antonio Romero Hernández, Universidad Nacional de Colombia, Sede Medellín, Facultad de Minas Posgrado en Gestión Ambiental Maestría en Medio Ambiente y Desarrollo, Medellín, 2008.

²⁸ En ese sentido una correcta y eficaz gestión ambiental coadyuva a evitar la generación de nuevos pasivos ambientales. En esa dirección, Ramos J. A. manifiesta que la generación de pasivos ambientales está relacionada con los mecanismos de gestión ambiental utilizados, partiendo de que “lo que empieza por un impacto dependiendo de la contingencia utilizada, en el tiempo se puede convertir en un pasivo”. RAMOS, J. A., “Identificación de pasivos ambientales causados por atentados a la infraestructura petrolera”, Universidad Nacional de Colombia, Posgrado en Gestión Ambiental, 2005.

²⁹ GONZÁLEZ ZENTENO, PATRICIA, “Tratamiento Normativo de la Fase Minera Post Operacional en los Países Mineros Latinoamericanos y La Planificación del Cierre”, Informe Internship, noviembre 1999, p. 11.

³⁰ El Estudio de Evaluación de Impacto Ambiental es aquel estudio destinado a *identificar y evaluar los potenciales impactos positivos y negativos* que pueda causar la implementación, operación, futuro inducido, mantenimiento y abandono de un proyecto, obra o actividad, con el fin de establecer las correspondientes *medidas para evitar, mitigar o controlar aquellos que sean negativos e incentivar los positivos*. Éste se aplica a todas las obras, actividades y proyectos, públicos o privados, así como a programas y planes, *con carácter previo* a su fase de inversión, cualquier acción de implementación, o ampliación.

³¹ Dentro de los elementos que debe contener este estudio resultan significativos en el abordaje del presente trabajo los siguientes: descripción del proyecto, *diagnóstico del estado inicial del ambiente existente (Situación antes de la ejecución del Proyecto)*; identificación de los impactos evaluación de impactos Programa de Prevención y Mitigación, Plan de Aplicación y Seguimiento Ambiental, programa de cierre de operación y restauración del área, si fuese pertinente.

³² Art. 15 del RAMM: El concesionario u operador minero *debe realizar* una Auditoría Ambiental de Línea Base (ALBA) según lo dispuesto en el art. 86 del Código de Minería y el presente reglamento.

³³ Es así, que el ALBA incluye: 1) la descripción de las características de suelos, geológicas, hidrológicas, hidrogeológicas, climáticas, fisiográficas y ecológicas; 2) la *identificación y caracterización de las fuentes puntuales y difusas de contaminación y de los residuos mineros metalúrgicos*; 3) determina los mecanismos de transporte y transferencia de contaminantes desde las fuentes de contaminación identificadas hasta el área de impacto dentro y fuera de la concesión minera; 4) *establece las condiciones ambientales existentes o línea base en aguas superficiales, subterráneas, suelos y sedimentos*; y 5) describir flora, fauna y el paisaje.

responsabilidad de mitigar todos los daños ambientales originados en su concesión y actividades mineras³⁴. Al realizarse esta auditoría ambiental se configura un corte en la responsabilidad, ya que el concesionario no está obligado a mitigar los daños ambientales producidos con anterioridad a la vigencia de la ley 1333 o a la fecha de obtención de la concesión minera si ella fuere posterior.

El régimen normativo exige con carácter general y obligatorio la realización de la auditoría, para deslindar la atribución de responsabilidad por pasivos ambientales. Si bien se impone al concesionario u operador la obligación de realizarla, es a los fines de relevarlo de responsabilidad por las condiciones ambientales identificadas en esta auditoría de línea de base. Por lo tanto, si el operador no realiza la auditoría ambiental de línea base asume la responsabilidad de mitigar todos los daños ambientales originados en su concesión, sin distinguir si son pretéritos (PAM) o posteriores³⁵.

“Resulta sobresaliente, a los fines de deslindar la atribución de responsabilidad por pasivos ambientales mineros, que el RAAM defina un mecanismo para la determinación de la información de línea de base, que tiene particular importancia tratándose de terrenos con historia minera, donde existen efectos ambientales generados por minería pasada”³⁶.

El resultado de la realización de la ALBA se vuelca en un informe técnico en el que se refleja la condición ambiental o línea de base del área geográfica de impacto e influencia del emprendimiento minero, sirviendo de inventario al momento de tomar posesión de la mina.

A su vez, se establece que en el caso de que existan evaluaciones ambientales o línea base regionales validados por el Servicio Nacional de Geología y Minería, la realización del ALBA por el concesionario puede limitarse a la interpretación de la información disponible. En esta situación tampoco se establece un mecanismo de control y seguimiento de la interpretación que realice el operador minero.

Se desvirtúa el propio concepto de Auditoría Ambiental que brinda el Reglamento General de Gestión Ambiental y el Reglamento de Prevención y Control Ambiental³⁷, ya que de la aplicación de la normativa no se logra un “me-

³⁴ Art. 16 del RAAM: “El concesionario u operador minero no es responsable por las condiciones ambientales identificadas en la ALBA. La degradación de dichas condiciones ambientales que pudiera resultar de actividades mineras que cumplan con los límites permisibles vigentes no es responsabilidad del concesionario u operador minero. Si el concesionario u operador minero no realiza la ALBA asume la responsabilidad de mitigar todos los daños ambientales originados en su concesión y actividades mineras.

³⁵ Corolario de lo expuesto es el art. 86 del Código de Minería boliviano, el cual expresamente indica que “los concesionarios u operadores mineros no están obligados a mitigar los daños ambientales producidos con anterioridad a la vigencia de la Ley del Medio Ambiente o a la fecha de obtención de la concesión minera, si ella fuere posterior. Estos daños se determinarán a través de una auditoría ambiental a cargo del concesionario u operador minero. Los resultados de esta auditoría ambiental constituirán parte integrante de la licencia ambiental del concesionario u operador minero”.

³⁶ MORALES LAMBERTI, ALICIA, *Gestión y remediación de Pasivos Ambientales*, Alveroni, Córdoba, 2008, p. 64.

³⁷ Se define a la Auditoría Ambiental (AA) de la siguiente manera: “Procedimiento metodológico que involucra análisis, pruebas y confirmación de procedimientos y prácticas de seguimiento que llevan a determinar la situación ambiental en que se encuentra un proyecto, obra o actividad y a la verificación del grado de cumplimiento de la normatividad ambiental vigente. Las auditorías pueden aplicarse en diferentes etapas de un proyecto, obra, o actividad con el objeto de definir su línea base o estado cero, durante su operación y al final de la vida útil. El informe emergente de la AA se constituirá en instrumento para el mejoramiento de la gestión ambiental”.

joramiento de la gestión ambiental” ni se cumplimenta un procedimiento de análisis, prueba y confirmación.

Se establece en el articulado del RAAM que “La degradación de dichas condiciones ambientales que pudiera resultar de actividades mineras que cumplan con los límites permisibles vigentes no es responsabilidad del concesionario u operador minero”.

El art. 17 del RAAM señala que son daños ambientales originados en actividades mineras sólo aquellos que pudieran producirse en el período comprendido entre el inicio y la conclusión de las actividades de un operador. Por lo tanto, el concesionario es responsable de aquellos daños que se generen al ambiente desde el inicio hasta la conclusión de las operaciones —concluyen sus actividades cuando presenta el informe auditado³⁸—.

Los concesionarios no están obligados a mitigar los daños ambientales producidos con anterioridad a la vigencia de la Ley del Medio Ambiente o a la fecha de obtención de la concesión minera, si ella fuere posterior³⁹. Entonces, es el Estado quien debe establecer mecanismos financieros o tributarios para facilitar el control de los flujos contaminantes que no estuvieran relacionados con el proceso productivo operador y que se hubieran originado en actividades realizadas con anterioridad a la vigencia de la ley o a la fecha de obtención de la concesión minera si ella fuere posterior.

No existe una legislación específica que aborde los pasivos ambientales mineros. Sin embargo, el art. 46 del Reglamento General de Gestión Ambiental define a los pasivos ambientales como “el conjunto de impactos negativos perjudiciales para la salud y/o el medio ambiente, ocasionados por determinadas obras y actividades existentes en un determinado período de tiempo y los problemas ambientales en general no solucionados por determinadas obras o actividades”.

III.2. Perú

Por su parte, Perú ha sancionado una ley que regula los pasivos ambientales de la actividad minera —ley 28.271⁴⁰—, que tiene por objeto la identificación de los pasivos ambientales de la actividad, la responsabilidad y el financiamiento para la remediación de las áreas afectadas por éstos, destinados a su reducción y/o eliminación, con la finalidad de mitigar sus impactos negativos a la salud de la población, al ecosistema circundante y la propiedad.

Son considerados *pasivos ambientales mineros* aquellas instalaciones, efluentes, emisiones, restos o depósitos de residuos producidos por operaciones mineras, actualmente abandonadas o inactivas y que constituyen un riesgo⁴¹

³⁸ Ver supra. Informe que presenta una vez ejecutadas las medidas de cierre, rehabilitación del área y transcurrido un período de postcierre de tres (3) años. Arts. 69 y 70 del RAAM.

³⁹ Estos daños se determinarán a través de una auditoría ambiental a cargo del concesionario u operador minero. Si el concesionario u operador minero no realiza la precitada auditoría ambiental asume la responsabilidad de mitigar todos los daños ambientales originados en sus concesiones y actividades mineras.

⁴⁰ Modificada por la ley 28.526 y por el Decreto Legislativo 1042 (2008). Reglamento de Pasivos Ambientales de la Actividad Minera (Decreto Supremo 059-2005-EM), modificado por Decreto Supremo 003-2009-EM.

⁴¹ El art. 4.8 del Reglamento de Pasivos Ambientales de la Actividad Minera (Decreto Supremo 059-2005-EM), define al riesgo como la probabilidad o posibilidad de que un contaminante pueda oca-

permanente y potencial para la salud de la población, el ecosistema circundante y la propiedad.

En la disposición reglamentaria de la ley se explicita la terminología adoptada al momento de definir a los PAM. Así, *Pasivos ambientales mineros abandonados* son aquellos pasivos que se encontraban localizados fuera de una concesión vigente a la fecha de entrada en vigencia de la Ley. Y *Pasivos ambientales mineros inactivos* son aquellos que a la fecha de vigencia de la ley, se encontraban localizados en concesión vigente, en áreas, labores o instalaciones que estaban sin operar durante dos años o más.

Es responsable de la remediación ambiental de las áreas toda persona que haya generado esos pasivos ambientales⁴², de conformidad —siempre que fuere posible— con el principio contaminador pagador⁴³.

Toda persona o entidad que haya generado PAM deberá presentar un Plan de Cierre de Pasivos Ambientales⁴⁴, realizar los estudios, acciones y obras correspondientes para controlar, mitigar y eliminar, en lo posible, los riesgos y efectos contaminantes y dañinos a la población y al ecosistema en general⁴⁵. En los casos de reinicio de operaciones y de aquellos titulares que pretendan utilizar un área, labor o instalaciones que constituyan un PAM, estarán sujetos a la obligación de presentar el Plan de Cierre.

El remediador debe sujetarse y cumplir las medidas detalladas, mantener la eficacia y monitorear las medidas implementadas durante la ejecución del plan de cierre como en el postcierre. A su vez, debe presentar informes semestrales dando cuenta de los avances de los labores de remediación.

sionar efectos adversos a la salud humana, en los organismos que constituyen los ecosistemas o en la calidad de los suelos y del agua, en función de las características y de la cantidad que entra en contacto con los receptores potenciales, incluyendo la consideración de la magnitud o intensidad de los efectos asociados y el número de individuos, ecosistemas o bienes que, como consecuencia de la presencia del contaminante, podrían ser afectados tanto en el presente como en el futuro.

⁴² El Ministerio de Energía y Minas a través de su órgano técnico competente identifica a los responsables de las operaciones mineras que abandonaron depósitos de residuos, labores o instalaciones mineras, generando pasivos ambientales. También identificará a los titulares de la concesión minera inactivos que mantienen el derecho de concesión y vigencia minera hasta la actualidad y arrastran pasivos ambientales —art. 4º de la ley 28.271—.

⁴³ Consagrado en el artículo noveno de la Ley General del Ambiente 28.611. Del principio de responsabilidad ambiental: El causante de la degradación del ambiente y de sus componentes, sea una persona natural o jurídica, pública o privada, está obligado a adoptar inexcusablemente las medidas para su restauración, rehabilitación o reparación según corresponda o, cuando lo anterior no fuera posible, a compensar en términos ambientales los daños generados, sin perjuicio de otras responsabilidades administrativas, civiles o penales a que hubiera lugar.

⁴⁴ El Plan de Cierre de Pasivos Ambientales Mineros debe ser elaborado a nivel de factibilidad, a fin de alcanzar de manera efectiva los siguientes objetivos: a) Estabilidad física a largo plazo. b) Estabilidad química a largo plazo. c) Remediación de las áreas afectadas. d) Uso alternativo de áreas o instalaciones. e) Determinación de las condiciones del posible uso futuro de dichas áreas o instalaciones.

⁴⁵ El Ministerio de Energía y Minas (MEM) a través de la Dirección General de Asuntos Ambientales estará a cargo de la evaluación y aprobación del Plan de Cierre de Pasivos Ambientales Mineros. Una vez verificados los requisitos de admisibilidad formal se realiza una evaluación técnica inicial. Si el plan no presenta deficiencias significativas de carácter estructural o técnico se inicia un proceso de participación ciudadana y se remite un ejemplar a la Dirección General de Salud Ambiental y al Instituto Nacional de los Recursos Naturales a los fines de que emitan la opinión en lo referente a su ámbito de competencia. Seguidamente, la Dirección General de Asuntos Ambientales remite el expediente a la Dirección General de Minería para que emita un informe de evaluación de los aspectos económicos y financieros.

El plazo para la ejecución del Plan de Cierre de Pasivos Ambientales no será mayor a tres años⁴⁶. Concluida la remediación de los pasivos ambientales mineros, el titular del Plan de Cierre de Pasivos Ambientales Mineros debe continuar desarrollando las medidas de tratamiento de efluentes y emisiones, monitoreo, mantenimiento o vigilancia de acuerdo con el Plan de Cierre.

La etapa de post cierre estará a cargo del titular del Plan de Cierre de Pasivos Ambientales Mineros por un plazo no menor a cinco años de concluida la ejecución de dicho plan. Luego de ese plazo, el Estado podrá encargarse de continuar las medidas de post cierre establecidas, siempre que el titular demuestre que, a través de la continuación de las medidas indicadas, se mantendrá la estabilización física y química de los residuos o componentes de dicha unidad, susceptibles de generar impactos ambientales negativos. En cuyo caso, el responsable abonará al fideicomiso que constituya el FONAM⁴⁷ para este efecto, un monto equivalente al valor presente de los flujos futuros de la perpetuidad o de los desembolsos necesarios, a fin de que esta entidad, directamente o a través de tercero, se encargue de mantener las medidas de post cierre establecidas.

Al término del plazo aprobado para la ejecución del Plan de Cierre de Pasivos Ambientales, el MEM⁴⁸ a través de la Dirección General de Asuntos Ambientales o la autoridad regional competente realizará una auditoría integral para verificar el cumplimiento de las medidas establecidas y se emitirá la respectiva resolución de aprobación del Plan de Cierre de Pasivos Ambientales ejecutado, expidiendo un Certificado de Cierre Final que confirme la ejecución del plan⁴⁹.

El Estado asume —subsidiariamente— la tarea de remediación de las áreas con pasivos ambientales mineros que no cuenten con responsables identificados⁵⁰. El Reglamento de pasivos ambientales de la actividad minera establece que el Estado puede proceder a remediar PAM: en caso que una empresa de propiedad del Estado sea responsable en no menos de dos tercios del monto correspondiente a la remediación; y, excepcionalmente (subsidiariamente) cuando lo requiera la debida tutela del interés público, es decir, cuando a juicio de la autoridad competente exista un alto riesgo y el responsable no cumpla con la remediación del área con pasivo a su cargo, o cuando se haya verificado la ejecución negligente de manera reiterada del Plan de Cierre, sin perjuicio del derecho de repetición contra los responsables⁵¹.

⁴⁶ Excepcionalmente y sólo cuando la magnitud de los pasivos ambientales lo amerite el plazo puede ser mayor, hasta un máximo de dos años adicionales, según lo apruebe la Dirección General de Asuntos Ambientales Mineros.

⁴⁷ Fondo Nacional del Medio Ambiente, es la entidad encargada de captar los recursos destinados a financiar la remediación de los pasivos ambientales que el Estado asume remediar.

⁴⁸ Ministerio de Energía y Minas, quien a través de la Dirección General de Asuntos Ambientales Mineros (DGAAM), evalúa y aprueba los instrumentos de remediación.

⁴⁹ Se otorga cuando se hayan ejecutado todas las medidas comprometidas en el Plan de Cierre y se haya efectuado, de ser el caso, el abono por el mantenimiento de las medidas de post cierre que deban continuar implementándose. Se consigna el detalle de todos los pasivos ambientales mineros materia del cierre.

⁵⁰ En estos casos la remediación de las áreas afectadas se realiza gradualmente en función de los niveles de riesgo que representen, priorizándose aquellos que signifiquen mayor riesgo para la salud y seguridad de las personas y calidad del ambiente.

⁵¹ En el caso que se lograra identificar al responsable del pasivo ambiental minero materia de la remediación ambiental asumida por el Estado, éste podrá iniciar las acciones legales correspondientes para ejercer el derecho de repetición contra dicho responsable, a fin de exigir la devolución del monto gastado más los intereses de ley, sin perjuicio de las acciones civiles y penales que proceda iniciar.

Complementariamente, el Estado promueve la participación del sector privado —terceros— en la remediación de áreas con pasivos ambientales menores⁵² que no sean de su responsabilidad —es decir, no son sus causantes— sin que ello implique que asuman responsabilidad legal sobre ellos. A tales fines, se instituye el mecanismo de constitución de áreas de conservación ambiental minera.

De esta manera, las áreas donde se ubican pasivos ambientales mineros son remediadas voluntariamente por titulares distintos a los responsables de dicha remediación⁵³ (por organizaciones no gubernamentales, entidades de conservación nacional o extranjera, organizaciones de la sociedad civil), mediante la ejecución del Plan de Cierre de PAM. Luego de verificado el cumplimiento total de dicho plan, las áreas rehabilitadas podrán ser utilizadas por el titular del área de conservación ambiental minera o por terceros para fines que no coloquen en riesgo la remediación ambiental realizada —fines turísticos, culturales, recreativos—.

Asimismo, la normativa establece un régimen sancionatorio, acorde a la relevancia de posibles irregularidades. En el caso de que transcurran seis años de la vigencia de la aprobación del respectivo plan de cierre de pasivos ambientales sin que el responsable de la remediación cuente con el certificado de aprobación, quedará impedido de solicitar nuevos petitorios mineros y de explotar alguna unidad minera como concesionario o adquirente.

También configura una infracción el hecho de no declarar los pasivos ambientales mineros que se encuentren dentro del área de su concesión.

A su vez, en caso de que se verifique un incumplimiento en el cronograma de ejecución del plan de cierre, el responsable de la remediación deberá constituir una garantía por el monto total equivalente de las actividades que restan de ejecutar. Debería solicitarse la garantía de cumplimiento desde la misma presentación del plan de cierre, como un mecanismo preventivo y no una vez verificado un incumplimiento, para que los costos sean internalizados desde la etapa inicial y se cuente con los medios y recursos necesarios para lograr el cometido de la legislación.

Se observa en el articulado del marco legal que regula los PAM que la obligación de presentar el plan de cierre, en algunos casos recae en “todo aquel que haya generado PAM”, mientras que en otras situaciones se refiere al “responsable de la remediación”. Esto encuentra explicación en que “la atribución de la responsabilidad ambiental en relación a los pasivos ambientales puede desdoblarse en dos aspectos: primero, la responsabilidad por la generación del pasivo, o sea el causante y segundo, la responsabilidad por su eventual reparación, que no necesariamente va a recaer sobre el mismo sujeto (...)”⁵⁴.

⁵² Alianzas post minería.

⁵³ Cuando el MEM determine que un titular de la actividad minera no es legalmente responsable de un pasivo ambiental minero localizado dentro del ámbito de su concesión, éste quedará habilitado para acogerse voluntariamente a ejecutar las medidas necesarias para la remediación ambiental correspondiente, a través de cualquiera de las modalidades exentas de responsabilidad, sin perjuicio que éste pueda iniciar las acciones legales correspondientes para ejercer su derecho de repetición contra el responsable que generó dicho pasivo, si posteriormente se lograra identificar a este último.

⁵⁴ MORALES LAMBERTI, ALICIA, ob. cit., p. 10.

Otra cuestión a destacar es que se promueve la participación de la sociedad civil de conformidad con el principio de participación ciudadana^{55, 56}. “No obstante la normativa nada contempla en relación a las garantías de esa participación, que debería ser acompañada desde un inicio, con un irrestricto respeto al derecho de acceso a la información sobre las implicancias del proceso de remediación”⁵⁷.

III.3. Chile

En la ley 19.300 —sobre bases generales del medio ambiente— se define al daño ambiental como toda pérdida, disminución, detrimentos o menoscabo significativo inferido al medio ambiente o a uno o más de sus componentes.

Se establece un régimen de responsabilidad subjetiva: “todo el que culpa o dolosamente cause daño ambiental responderá por el mismo”. A su vez, la norma prevé una presunción legal de responsabilidad del autor cuando exista infracción a las normas de calidad ambiental, a los planes de prevención o de descontaminación, normas sobre protección, preservación o conservación del medio ambiente. Seguidamente, la normativa determina que si el responsable acreditara estar dando íntegro cumplimiento a las obligaciones, sólo corresponderá una acción indemnizatoria ordinaria.

Por su parte, el reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental obliga a los operadores mineros a incorporar medidas para la protección de la vida, la salud humana y el ambiente en las operaciones de las etapas de cierre y abandono. Así también, se debe describir la línea de base, incorporar la predicción y evaluación del impacto ambiental del proyecto, las medidas que se adoptarán para eliminar o minimizar los efectos adversos del proyecto y las acciones de reparación, un plan de medidas de mitigación, reparación y compensación que describirá y justificará las medidas que se adoptarán para eliminar, minimizar, reparar, restaurar o compensar los efectos ambientales adversos de la actividad, un plan de prevención de contingencias y de emergencias. Se observa que se instaura un mecanismo preventivo en la generación de nuevos pasivos ambientales, que al estar incorporado desde el inicio de la operación o proyecto minero permite integrar los costos desde el inicio de la actividad, evitándose el traspaso de los mismos a la sociedad.

Contribuye a ello la promulgación de la ley 20.551 que regula el cierre de faenas e instalaciones mineras, que realiza un abordaje de la temática con el objeto de evitar que se generen nuevos PAM hacia el futuro, respondiendo a la premisa de construcción, operación y cierre ambientalmente amistoso.

No obstante lo anterior, se carece de un marco normativo e institucional que permita una gestión eficiente de remediación de los PAM. Se entiende por

⁵⁵ Artículo tercero de la Ley General del Ambiente.

⁵⁶ Respecto a ese punto se pronuncia Anida Yupari manifestando que la propuesta peruana contempla la posibilidad de la participación de terceros y la sociedad civil en la remediación de los pasivos promoviendo su participación en la ejecución de acciones tendientes a complementar y fortalecer la remediación mediante el empleo de diversas modalidades como por ejemplo la figura de las “concesiones ecológicas” por la que se otorgaría el derecho a realizar actividades de recuperación del medio ambiente en aquellos lugares que están siendo afectados por pasivos ambientales (Informe “Pasivos ambientales mineros en Sudamérica” - Informe elaborado para la CEPAL, el Instituto Federal de Geociencias y Recursos Naturales, BGR, y el Servicio Nacional de Geología y Minería, SERNAGEO).

⁵⁷ MORALES LAMBERTI, ALICIA, ob. cit., p. 73.

pasivos ambientales mineros⁵⁸ a aquellas faenas mineras abandonadas o paralizadas⁵⁹, incluyendo sus residuos, que constituyen un riesgo significativo para la vida o la salud de las personas o para el medio ambiente. La importancia del principio de riesgo significativo se base en que no toda faena minera abandonada o paralizada genera efectos adversos para la salud o el medio ambiente.

El tema central de la discusión reside en determinar quién debe remediar los PAM. En un anteproyecto de ley del año 2005⁶⁰ se proponía como respuesta la retroactividad, es decir, que el costo de las eventuales remediaciones de pasivos sea asumido por quienes explotaron la faena o sus herederos. Esto hubiere generado ciertas incongruencias e inconvenientes, ya que la legislación ambiental actualmente vigente prevé un plazo de prescripción de cinco años para las acciones ambientales, lo que implica la liberación de responsabilidad una vez cumplido dicho plazo. Máxime cuando esto hubiese implicado establecer una responsabilidad objetiva dentro de un sistema que tiene como factor de atribución de responsabilidad ambiental al subjetivo.

IV. Conclusión

Del estudio de los marcos normativos de los países latinoamericanos seleccionados, resulta claro que sin la definición de una política pública orientada a gestionar y remediar los actuales pasivos y prevenir la generación de nuevos pasivos ambientales⁶¹, no podrá arbitrarse un mecanismo jurídico que logre hacer efectiva la responsabilidad por el pasivo ambiental al agente responsable de haberlo causado, o a la cadena de agentes que hayan intervenido en su generación⁶².

De esta manera, se observa que respecto a la regulación del cierre seguro de las operaciones mineras hay similitudes en los marcos normativos brevemente analizados. El cierre se implementa como una herramienta preventiva para mitigar y rehabilitar las áreas afectadas por la concesión minera, evitando la generación de nuevos PAM. Asimismo, el cierre seguro se configura como una etapa más en la planificación de la actividad, efectivizado en aquellas operaciones mineras actuales o futuras.

Hay coincidencia en estos regímenes sobre la responsabilidad en esta etapa del cierre, en donde se identifica con claridad al responsable: se establece en cabeza del operador la obligación de cerrar y rehabilitar el área de influencia

⁵⁸ No se habla de pasivos mineros, sino directamente de Faenas Mineras Abandonadas o Paralizadas —FMA/P—.

⁵⁹ Una faena minera abandonada es aquella de la cual su dueño hace dejación con el ánimo de desprenderse del dominio de la misma; y la faena minera paralizada es aquella que se encuentra detenida temporal o definitivamente.

⁶⁰ Elaborado en el marco del Proyecto de Cooperación Técnica Alemana “Bases para la Remediación de Pasivos Ambientales Mineros”.

⁶¹ La denominación de pasivos ambientales mineros generalmente está relacionada con los impactos negativos generados por las operaciones mineras abandonadas o suspendidas por largos períodos de tiempo con o sin dueño u operador identificables, y en donde no se haya realizado un cierre de minas regulado y certificado por la autoridad correspondiente, en los casos en los que ello es necesario (GONZÁLEZ RAMÍREZ, ADRIANA M., “Diseño de metodología para la identificación de pasivos ambientales mineros en Colombia”, Tesis de Grado. Director: Antonio Romero Hernández, Universidad Nacional de Colombia, Sede Medellín, Facultad de Minas Posgrado en Gestión Ambiental Maestría en Medio Ambiente y Desarrollo, Medellín, 2008).

⁶² MORALES LAMBERTI, ALICIA, “Explotación ilegal, abandono de la concesión y daño ambiental: responsabilidad por pasivos mineros”, en Revista de Derecho Ambiental, Abeledo Perrot, Instituto el Derecho por un Planeta Verde Argentina, julio-septiembre, 2011, N° 27, pp. 291-315.

de su actividad. La finalidad de su implementación es una cuestión de atribución de costos, con el objeto de que el operador minero internalice (asuma) y contabilice los costos de la rehabilitación como costos de la producción minera.

De esta manera, la experiencia de estos países en la regulación del cierre seguro de la actividad nos propicia lineamientos a aplicar en nuestro sistema normativo sectorial nacional y provincial. Es clave que se reglamente la protección ambiental en lo relativo al cierre seguro (art. 261 del Código de Minería) como una fase más del ciclo de vida de la actividad, como mecanismo preventivo para evitar la generación de nuevos pasivos ambientales, a los fines de que una vez finalizada la operación minera, el área de influencia se encuentre remediada, minimizándose los impactos negativos.

Surge de nuestra legislación nacional que dicha obligación pesa en cabeza del propio operador minero, en concordancia con el Título XIII —De la protección ambiental para la actividad minera— del Código de Minería, en el que se establece la responsabilidad del titular del derecho minero de todo daño ambiental producto de las actividades comprendidas en la sección, en las que se incluyen de manera expresa el cierre de minas —“incluidas todas las actividades destinadas al cierre de la mina”—.

Seguidamente, nuestra normativa establece como instrumento de gestión ambiental la obligación de presentar un Informe de Impacto Ambiental para cada una de las etapas del proyecto —en lo que aquí nos concierne respecto al cierre—. Es el operador quien debe cumplir con el plan de cierre, post cierre y la obligación de remediación del daño producido durante el ciclo de vida del proyecto minero.

De esta manera, sería conveniente que mediante reglamentación específica se establecieran los parámetros o lineamientos del plan de cierre y post cierre, haciendo hincapié en la necesidad de una auditoría final —debidamente fiscalizada por la autoridad de aplicación— en la que se certifique el cumplimiento íntegro de las medidas contenidas en el plan de cierre —o en el informe de impacto ambiental ya previsto en la normativa—.

Corolario de lo anterior, no puede dejar de citarse que una cuestión imprescindible, es el ejercicio efectivo del poder de policía de la/s autoridad/es de aplicación, ya que sería de escasa efectividad la implementación de medidas de cierre y un plan de remediación de pasivos ambientales mineros si no son acompañados de una debida fiscalización.

Respecto a la responsabilidad por los pasivos ambientales mineros, se suscita una mayor complejidad debido al vacío legal en la temática. En la responsabilidad por PAM se observa, la mayoría de las veces, una clara disociación entre quién es el generador del pasivo, es decir, el causante y quién asume la responsabilidad por la remediación del mismo. Siempre que sea posible y de conformidad con el principio de responsabilidad —principio de contaminador pagador— debería ser el titular u operador que haya causado el daño ambiental quien sufrague los costos del saneamiento. El principal problema que se desprende es que, ante la ausencia de un responsable de la remediación de los PAM, dicha obligación termina recayendo —subsidiariamente— en el Estado, es decir, es la sociedad la que en definitiva termina absorbiendo los pasivos.

Del análisis de los marcos normativos de los países seleccionados se observa que la problemática de los PAM no se encuentra acabadamente resuelta.

El sistema boliviano a través de la ALBA no hace más que transformar en regla lo que debería ser la excepción: realizada la ALBA se produce el corte de responsabilidad del operador minero. Se deslinda la responsabilidad de los daños preexistentes —léase PAM— de aquellos daños producidos durante el desarrollo de la actividad minera, siendo éstos últimos responsabilidad del operador y asumiendo el Estado la remediación de esos daños pretéritos. Por su parte, el régimen específico peruano si bien determina que el generador debe asumir la responsabilidad de remediación, no determina los mecanismos de identificación de los mismos y concluye que en el supuesto de que no haya un responsable identificado, asume la obligación subsidiariamente el Estado. Por último, el régimen chileno tampoco brinda una respuesta eficaz al problema.

No obstante, se pueden extraer algunos lineamientos, como la necesidad de implementar registros de pasivos ambientales mineros; la elaboración de metodologías para la determinación de los inventarios; la identificación y priorización de pasivos críticos; la constitución de mecanismos de garantías, a los fines de generar un fondo para cubrir los costos del cierre y remediación y garantizar que los costos sean asumidos efectivamente por el generador; promover la participación de la sociedad civil con el correlativo derecho al acceso de la información y de terceros —no causantes de esos PAM— en la remediación, diversificando de ese modo los responsables de la remediación y que no recaiga siempre en el Estado, evitándose que los pasivos ambientales sigan siendo externalidades del pasado que se convierten en pasivos fiscales del presente.

El principal desafío que se plantea es cómo gestionar la remediación de los pasivos ambientales mineros —problema histórico⁶³ anterior a la entrada en vigencia de la legislación ambiental—. El riesgo de la ausencia de normas específicas que deslinden con claridad la atribución de responsabilidad para la remediación de pasivos ambientales, como ocurre en nuestro sistema normativo nacional, significa que si bien se promueve la evitación y cesación de nuevos pasivos ambientales, sólo se cubre la obligación de recomponer el daño ambiental actual o potencial, resultando imperativo para las actuales o futuras explotaciones mineras; el silencio por omisión legislativa implica que la atribución de responsabilidad y de los costos de la remediación y saneamiento de los preexistentes sea susceptible de recaer en el Estado, y por ende en todos los contribuyentes⁶⁴.

En nuestro sistema normativo, a través del Informe de Impacto Ambiental se determina la línea de base ambiental, precisándose los daños preexistentes con la finalidad de distinguir las responsabilidades. Sin embargo, el Código de Minería prevé que “todo el que causare daño actual o residual al patrimonio ambiental estará obligado a mitigarlo, rehabilitarlo, restaurarlo o recomponerlo, según correspondiere”, se observa una suerte de retroactividad —daño residual— que podría estar aludiendo a PAM.

El tema es complejo⁶⁵ y la mayoría de las veces no surge con claridad quién fue el generador del PAM. Es justamente el sistema normativo el que debe

⁶³ Aunque los PAM son considerados como un problema histórico, requieren hoy en día una solución integral (...) OBLASSER A. y CHAPARRO E., “Estudio Comparativo de la gestión de los pasivos ambientales mineros en Bolivia, Chile, Perú y Estados Unidos, CEPAL, Santiago de Chile, 2008.

⁶⁴ MORALES LAMBERTI, ALICIA, ob. cit., pp. 11 y ss.

⁶⁵ En palabras de Anida Yupari “El escaso desarrollo de propuestas legislativas sobre los pasivos no limita la importancia de señalar la necesidad de desarrollar normas precisas en torno a aspectos fundamentales como la metodología para la elaboración de los Inventarios Nacionales de Pasivos que

contribuir a resolver eficientemente el problema de atribución de responsabilidad —costos— del cierre planificado de establecimientos mineros y de los pasivos ambientales mineros existentes.

Bibliografía

Código de Minería Chileno —ley 18.248—, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. URL: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1032158&r=6>.

Código de Minería de Bolivia —ley 1.777—.

Decreto Reglamentario 41. Aprueba el Reglamento de la Ley de Cierre de Faenas e instalaciones mineras, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. URL: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1032158&r=6>.

Decreto Supremo 24.782 de la ley 177, Bolivia.

Decreto Supremo 059-2005-EM y su modificatoria Decreto Supremo 003.2009-EM. Reglamenta ley 28.271. URL: <http://intranet2.minem.gob.pe/web/archivos/dgaam/publicaciones/compendio99/ds059-2005.pdf>.

GONZÁLEZ RAMÍREZ, ADRIANA M., “Diseño de metodología para la identificación de pasivos ambientales mineros en Colombia”, Tesis de Grado. Director: Antonio Romero Hernández. Universidad Nacional de Colombia, Sede Medellín. Facultad de Minas Posgrado en Gestión Ambiental Maestría en Medio Ambiente y Desarrollo, Medellín 2008.

GONZÁLEZ ZENTENO, PATRICIA, “Tratamiento Normativo de la Fase Minera Post Operacional en los Países Mineros Latinoamericanos y La Planificación del Cierre”, Informe Internship, noviembre 1999.

Guía Metodológica para el Cierre de Faenas Mineras. Ministerio de Minería, Subsecretaría de Minería, Gobierno de Chile, noviembre 2002. URL: <http://www.sernageomin.cl/pdf/material/GuiaMetodologicaCierreFaenasMineras.pdf>.

Ley 1.333 —Ley de Medio Ambiente de Bolivia—.

Ley 19.300 —sobre bases generales del medio ambiente—, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. URL: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1032158&r=6>.

Ley 20.551 —regula el cierre de faenas e instalaciones mineras—, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. URL: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1032158&r=6>.

Ley 28.090 —regula el cierre de minas— y Decreto Supremo 033-2005 EM, Perú.

Ley 28.271 —regula los pasivos ambientales de la actividad minera— y Reglamento de Pasivos Ambientales de la Actividad Minera. URL: http://www.fonamperu.org/general/pasivos/documentos/reglamento_cierredeminas.pdf.

Ley 28.611 —Ley General del Ambiente de Perú—. URL: <http://www.minam.gob.pe/wp-content/uploads/2013/06/ley-general-del-ambiente.pdf>.

MORALES LAMBERTI, ALICIA, “Explotación ilegal, abandono de la concesión y daño ambiental: responsabilidad por pasivos mineros”, en Revista de Derecho Ambiental, Abeledo Perrot, Instituto el Derecho por un Planeta Verde Argentina, julio-septiembre 2011, N° 27, pp. 291-315.

permita su identificación y priorización, el procedimiento para la remediación y la fiscalización y control del mismo, los criterios para la atribución de las responsabilidades y los mecanismos para el financiamiento de la remediación de parajes impactados y recuperación de recursos naturales afectados, así como los usos futuros de tales áreas, al margen de que se pueda o no identificar a los dueños u operadores responsables de la contaminación. (Informe “Pasivos ambientales mineros en Sudamérica” - Informe elaborado para la CEPAL, el Instituto Federal de Geociencias y Recursos Naturales, BGR, y el Servicio Nacional de Geología y Minería, SERNAGEO).

MORALES LAMBERTI, ALICIA, *Gestión y remediación de Pasivos Ambientales*. Alveroni, Córdoba, 2008.

MORENO MORALES C. Y CHAPARRO ÁVILA E., "Las leyes generales del ambiente y los códigos de minería de los países andinos. Instrumentos de gestión ambiental y minero ambiental", División de Recursos Naturales e Infraestructura, CEPAL, Santiago de Chile, 2009. URL: <http://www.eclac.cl/publicaciones/xml/1/35331/lcl2953e.pdf>.

OBLASSER A. Y CHAPARRO E., "Estudio Comparativo de la gestión de los pasivos ambientales mineros en Bolivia, Chile, Perú y Estados Unidos", División de Recursos Naturales e Infraestructura, CEPAL. Santiago de Chile, 2008. URL: <http://www.eclac.cl/publicaciones/xml/6/33416/lcl2869e.pdf>.

RAMOS, J. A. (2005), "Identificación de pasivos ambientales causados por atentados a la infraestructura petrolera", Posgrado en Gestión Ambiental, Universidad Nacional de Colombia.

Reglamento de Prevención y Control Ambiental —Reglamento de la ley 1333— Bolivia.

Reglamento de Seguridad Minera, Decreto Supremo 132, Ministerio de Minería, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. URL: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1032158&r=6>.

Reglamento General de Gestión Ambiental —Reglamento de la ley 1333—, Bolivia.

SOUGARRET SEITZ, LUIS, Conferencia internacional sobre pasivos ambientales mineros. "La minería en Chile y los pasivos ambientales". URL: <http://www.cepal.org/drni/noticias/seminarios/4/13604/LuisSolugarret.pdf>.

YUPARI, ANIDA, "Pasivos Ambientales Mineros en Sudamérica" Informe elaborado para la CEPAL, el Instituto Federal de Geociencias y Recursos Naturales, BGR, y el Servicio Nacional de Geología y Minería, SERNAGEOMIN. URL: <http://www.eclac.org/drni/noticias/seminarios/4/13604/Informe%20Pasivos%20Ambientales%20Mineros%20en%20Sudam%C3%A9rica.pdf>.



PROPIEDAD Y SEGURIDAD SOCIAL EN UN FALLO DE LA CORTE SUPREMA ARGENTINA. DERECHOS HUMANOS Y ESTATIZACIÓN DE APORTES A LAS AFJP*

Horacio Javier Etchichury**

Resumen: Este artículo analiza, desde una perspectiva de derechos humanos, el fallo dictado por la Corte Suprema argentina en 2013 convalidando la estatización de los aportes a las Administradoras de Fondos de Jubilaciones y Pensiones (AFJP), efectuada en 2008. Luego de describir el sistema creado en 1994 y la ley que restaura el sistema de reparto, el texto describe las líneas argumentales de la Corte. En particular, analiza la tensión entre derecho de propiedad y derecho a la seguridad social, tal como se consagran en la Constitución argentina. El artículo sostiene que la decisión de la Corte se basa en una comprensión limitada del derecho de propiedad, que no toma en cuenta los cambios producidos luego de 1994.

Palabras clave: Seguridad Social - Propiedad - Jubilaciones - Derechos humanos.

1. Introducción

Aquí¹ analizo el fallo “Rossi”², dictado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) el 26 de marzo de 2013. En él, una mayoría de cinco integrantes³, sin votos concurrentes ni disidencias, convalida la estatización de los aportes obligatorios hechos a las Administradoras de Fondos de Jubilaciones y Pensiones (AFJP) entre 1994 y 2008. Se revisa la coherencia de este fallo con el marco de derechos humanos. En particular, se discute el alcance en este caso del derecho de propiedad, reformulado a partir de los tratados internacionales de derechos humanos que han recibido jerarquía constitucional en la reforma de 1994. Se destaca la necesidad de que las políticas sociales se diseñen de acuerdo a los derechos humanos consagrados en la Constitución Nacional (CN). Finalmente, se propone una lectura alternativa a la elegida por la Corte, basada en una interpretación armónica de los derechos en juego, y se repasan posibles al-

* Recibido el 04/05/15. Aprobado el 01/10/15.

** Doctor en Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba (UNC). LL. M. (*Master of Laws*), Yale Law School, New Haven, Estados Unidos. Abogado y Licenciado en Comunicación Social, UNC. Investigador Asistente, CONICET. Profesor de Derecho Constitucional, de Introducción al Derecho y de Epistemología de las Ciencias Sociales, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UNC. Correo electrónico: etchichury74@gmail.com.

¹ Una versión anterior de este trabajo fue expuesta como ponencia en las Segundas Jornadas Internacionales Universidad, Estado y Sociedad (Universidad Nacional de Villa María, junio de 2013). El presente artículo es parte del proyecto de investigación tipo “A” con subsidio de Secyt-UNC, titulado *Derechos sociales y políticas sociales: una revisión constitucional de los instrumentos jurídicos*, radicado en el CIJS-UNC y llevado adelante por el GIDES (Grupo de Investigación en Derechos Sociales). Más información en GidesCordoba.blogspot.com

² “Rossi, Pablo Ariel c. Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social y otros s/ Amparos y Sumarísimos”, Expte. R-37-XLVI, 26 de marzo de 2013.

³ Se trata de los ministros Ricardo Lorenzetti, Elena Highton, Enrique Petracchi, Juan Carlos Maqueda y Eugenio R. Zaffaroni. No votaron Carmen Argibay ni Carlos Fayt.

ternativas para alcanzar el cambio de régimen previsional sin afectación de los derechos de las personas aportantes.

2. La ley 26.425: eliminación del sistema de capitalización

El 20 de noviembre de 2008 queda sancionada la ley 26.425. Enviada un mes antes como proyecto del Poder Ejecutivo, la ley elimina el componente de capitalización dentro del sistema previsional. El rebautizado “Sistema Integrado Previsional Argentino” es, a partir de la sanción de la ley, únicamente de reparto, con administración estatal. Un Fondo de Garantía de Sustentabilidad (FGS), creado por un decreto anterior, sirve de reaseguro para que el sistema pueda cumplir sus obligaciones.

Esta ley deja atrás un experimento de casi 20 años, iniciado en 1993 con la aprobación de la ley 24.241, concebida en el marco del neoliberalismo. Aquella ley otorgaba una prestación básica universal y una compensatoria, ambas bajo el sistema de reparto administrado por el Estado. Luego, se abrió la opción entre dos sistemas que brindarían el otro componente de la jubilación⁴. Por una parte, subsistía el reparto en manos estatales, que brindaría además una “prestación adicional por permanencia”. Por la otra, el régimen de capitalización individual —gestionado por entidades denominadas Administradoras de Fondos de Jubilaciones y Pensiones (AFJP)⁵— pagaría la llamada “jubilación ordinaria”. Ésta se basaría en los resultados de la administración de cuentas individuales que contenían los aportes de cada afiliado. Un pilar se basaba en la solidaridad, el otro en el ahorro individual. Se adoptó una unidad de medida común a ambos sistemas: el aporte mensual promedio del trabajador en actividad. Existía una “prestación básica”, definida como un cierto número de esos aportes mensuales. A partir de 1995, se estableció que la movilidad de esta prestación no dependía de ninguna relación proporcional con el salario, sino que sería definida por el Congreso en las leyes de presupuesto sucesivas. Las otras dos prestaciones que integraban el haber en el sistema de reparto (prestación complementaria y prestación adicional por permanencia) sí podían tener alguna conexión con el salario percibido en actividad⁶.

El neoliberalismo persiguió así controlar el creciente gasto público en materia de jubilaciones⁷ y apostó a la progresiva desaparición del régimen de reparto. Para ello, dio ventajas al sistema de capitalización, tales como fijar que toda persona que no expresara una opción jubilatoria era asignado automáticamente a alguna AFJP, o que no fuera posible volver del régimen de capitalización

⁴ Por esto, muchos autores consideraban al argentino un “sistema mixto”; véase MESA-LAGO, CARMELO, “Social welfare reform in the context of economic-political liberalization: Latin American cases”, *World Development*, vol. 25, núm. 4, 1997, p. 510.

⁵ Las AFJP podían ser creadas no sólo por empresas privadas, sino también por Estados provinciales, bancos estatales, cooperativas y sindicatos, entre otras posibilidades (ley 24.241, art. 40).

⁶ BEGUERIE, DELFINA, “La jubilación integral: el derecho social de propiedad”, en Julio César Rivera, José Sebastián Elías, Lucas Sebastián Grosman y Santiago Legarre (directores), *Tratado de los derechos constitucionales*, tomo II, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2014, p. 1216.

⁷ Véase ROFMAN, RAFAEL, “The new pension system in Argentina”, *The Geneva Papers on Risk and Insurance*, vol. 26, núm. 4, octubre 2001, p. 599; ORENSTEIN, MITCHELL A., “Pension privatization: evolution of a paradigm”, *Governance*, vol. 26, núm. 2, 2013, p. 265, y también KIGUEL, MIGUEL A., “Structural reforms in Argentina: success or failure?”, *Comparative Economic Studies*, vol. 44, núm. 2, verano 2002, p. 84.

al de reparto⁸. El sistema bajo administración privada contenía aspectos inconstitucionales: no aseguraba la movilidad ni la participación de los interesados en la administración, requisitos exigidos por el art. 14 *bis* de la CN⁹ en relación con el art. 9º del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que consagra el derecho de toda persona a la seguridad social¹⁰.

El análisis de lo ocurrido entre 1994 y 2008 con el régimen de AFJP excede el marco de este trabajo. Más allá de sus marcas de inconstitucionalidad, parece claro que el modelo no cumplió las promesas hechas: la reducción de las contribuciones patronales¹¹, el crecimiento de la informalidad y la consecuente caída de los aportes, sumados a las crecientes comisiones cobradas a los aportantes y la incertidumbre en el nivel de los beneficios¹², incidieron en el deterioro apreciable de las jubilaciones¹³. Además, el mercado de la capitalización se concentró rápidamente: el sistema se inició con 24 AFJP y hacia 2000 sólo quedaban 13; para ese entonces 4 de ellas se repartían el 70% de la fuerza laboral¹⁴, haciendo ilusoria la posibilidad de una competencia entre las administradoras. La llamada “ley de solidaridad previsional” (ley 24.463), por otra parte, eliminó los mecanismos de actualización automática, dejando los haberes en una situación de atraso insoportable, pero convalidada por un conocido fallo de la Corte Suprema en 1996¹⁵.

La crisis de 2001 puso a la vista los efectos del neoliberalismo, desmintió sus premisas y abrió cauce para su reemplazo por otras orientaciones ideológicas en el Estado. Ello fue posible, además, por la recuperación del espacio fiscal, el aumento de la formalidad laboral y de la recaudación impositiva¹⁶. Comenzó a ponerse en cuestión generalizadamente la noción de que la seguridad social dependía de cada persona. Volvió así a primer plano una concepción diferente, que define a las jubilaciones y pensiones como una responsabilidad estatal, surgida a partir de un derecho, en este caso el derecho a la seguridad social. En virtud del PDESC, se introducen cambios más amplios: las prestaciones no contributivas no son parte del ámbito discrecional del Estado, esto es, no dependen sólo

⁸ Véase DANANI, CLAUDIA y HINTZE, SUSANA, “Reformas y contrarreformas de la protección social: la seguridad social en la Argentina en la primera década del siglo”, *Reflexión Política*, vol. 12 (núm. 24), diciembre de 2010, pp. 18-29. Cuando el régimen de capitalización entró en vigencia en 1994, cerca del 30% de la fuerza laboral no expresó preferencias y fue asignada automáticamente a una AFJP. En los años subsiguientes, casi el 70% de las personas que comenzaban a trabajar tampoco expresaban una opción y seguían el mismo destino. De quienes hacían una elección explícita, la gran mayoría optaba por incorporarse al sistema de capitalización. Todo ello condujo al crecimiento de este último esquema; véase ROFMAN, RAFAEL, *ob. cit.*, p. 595.

⁹ Véase LOÑ, FÉLIX, “Las jubilaciones en la encrucijada”, *Suplemento Especial Reforma al Sistema Previsional 2008 (octubre)*, 27 de octubre de 2008, pp. 65-67.

¹⁰ En la interpretación de ese derecho, debe tenerse en cuenta la Observación General 19, emitida en 2008 por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas. Disponible en: <http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opensslpdf.pdf?reldoc=y&docid=47d6667f2>

¹¹ Apenas cinco años después de la puesta en marcha del sistema, los aportes patronales ya habían sido reducidos en un 40%, como forma de estimular el empleo; véase ROFMAN, RAFAEL, *ob. cit.*, p. 601.

¹² *Ídem*, p. 603.

¹³ BERTRANOU, FABIO et al., *Beyond the privatisation and re-nationalisation of the Argentine pension system: coverage, fragmentation and sustainability*, p. 8. Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=2191202>.

¹⁴ ROFMAN, RAFAEL, *ob. cit.*, p. 605.

¹⁵ Se trata de “Chocobar, Sixto C. c. Caja Nacional de Previsión para el Personal del Estado y Servicios Públicos”. Fallos: 319:3241; 27 de diciembre de 1996. Véase HERRERO, ÁLVARO, “La incidencia de la Corte Suprema de Justicia en la formulación de políticas públicas: una exploración empírica del caso argentino”, *Política*, vol. 49 (núm. 1), 2011, pp. 79-81.

¹⁶ BERTRANOU, FABIO et al., *ob. cit.*, pp. 14-22.

de la (buena) voluntad de las autoridades. Hoy estas prestaciones se sujetan a los principios de igualdad, universalidad, debido proceso y razonabilidad, entre otros¹⁷. Además, la protección de la seguridad social ya no puede depender de que exista un lazo laboral formal, ni tener un carácter exclusivamente contributivo. El principio de universalidad hace que sea irrelevante la condición de empleo o desempleo al momento de ejercer este derecho. Por otra parte, la consagración constitucional del derecho a la seguridad social también significa que expandir la cobertura hacia personas excluidas del sistema no sirve para justificar la reducción de las prestaciones (porque ello implica una medida regresiva y puede incluso afectar el derecho a un “nivel de vida adecuado”, garantizado por el art. 11 del PDESC). Por el principio de igualdad formal y real (CN, arts. 16 y 75, inc. 23), una mejora en las prestaciones no habilita —por ejemplo— a dejar fuera del sistema a grupos de personas, ni a postergar la edad de retiro.

Néstor Kirchner, el primer presidente electo tras la crisis, inició una política de expansión de la cobertura y de aumentos en el haber mínimo. También habilitó, a través de la ley 26.222, la posibilidad de regresar al régimen de reparto, y cambiar esa opción cada 5 años. Así se revertía un elemento que sesgaba el sistema a favor de la capitalización.

La cobertura llegó al nivel —sin precedentes— del 90%, a través de medidas especiales y transitorias, incluyendo el Plan de Inclusión Previsional, que incorporó —entre 2005 y 2011— a 2,7 millones de personas que no reunían los aportes exigidos. El haber mínimo creció un 1025% entre 2002 y 2012, y en 2008 se aprobó la ley 26.417, que estableció dos aumentos anuales para el conjunto de las personas beneficiarias¹⁸. En este caso, la movilidad se calcula en base a una fórmula que no refleja completamente la evolución general de los salarios. Este ítem (siempre que no exceda en un 3% la variación de los recursos netos de ANSeS) determina el 50% de la movilidad, y la otra mitad depende de la variación en los recursos tributarios por beneficio¹⁹. Es decir, que la movilidad reconoce un límite diferente al de la evolución de los salarios, basado en la recaudación estatal. Ello se aparta de las pautas fijadas por la Corte en el fallo de 2007, donde aplicó como criterio de actualización la variación de los salarios, sin compensarlo con índices recaudatorios. Esta visión resulta coherente, por otra parte, con la línea jurisprudencial de la Corte al reconocer al haber jubilatorio como sustitutivo de la remuneración de la vida activa, por lo que la proporción debe mantenerse²⁰.

Esa serie de medidas preanunciaba la restauración del sistema de reparto bajo control estatal completo, concretada a través de la ley 26.425.

¹⁷ ABRAMOVICH, VÍCTOR, “Constitución y política social. Proyecciones de la reciente jurisprudencia de la Corte Suprema sobre derechos a la seguridad social en la esfera no contributiva”, en Roberto Gargarella (coord.), *La Constitución en 2020. 48 propuestas para una sociedad igualitaria*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2011, p. 194.

¹⁸ DANANI, CLAUDIA y HINTZE, SUSANA, ob. cit., pp. 23-24; BERTRANOU, FABIO *et al.*, ob. cit., p. 11.

¹⁹ BEGUERIE, DELFINA, “La jubilación integral: el derecho social de propiedad”, cit., p. 1222.

²⁰ La movilidad definida mediante el índice de variación salarial se adoptó en el fallo dictado en “Badaro” (2007); el carácter sustitutivo se refleja en los sucesivos fallos de la Corte, con la excepción de “Chocobar” (1996); véase BEGUERIE, DELFINA, “La jubilación integral: el derecho social de propiedad”, cit., pp. 1222, 1230.

3. La propiedad como cuestión constitucional

En su art. 7º, la ley 26.425 establece que los activos en especie de los fondos de las AFJP contabilizados en las cuentas individuales de capitalización serán transferidos a la ANSeS (salvo los aportes voluntarios y convenidos) e integrarán el FGS. Los decretos 2103/08 (art. 5º) y 2104/08 (art. 4º) reglamentan este cambio de titularidad. El sistema público garantiza a quienes tenían cuentas de capitalización prestaciones iguales o mejores que las que hubieran obtenido en el sistema anterior (ley 26.425, art. 2º).

Sin embargo, existe un derecho de propiedad en juego. La ley 24.241 estableció, en su art. 82, que los aportes contenidos en las cuentas individuales eran propiedad del afiliado, y no de las AFJP. Más aún: si la persona titular de la cuenta fallecía antes de poder obtener la jubilación y no dejaba familiares con derecho a pensión, lo aportado era heredable (art. 54). Por otra parte, los fondos sólo podían utilizarse para solventar las prestaciones jubilatorias que correspondieran en el momento en que se cumplieran las condiciones exigidas para acceder al beneficio. No eran fondos de disponibilidad libre.

De modo que la ley 26.425 implica, a primera vista, una transferencia de propiedad: desde el patrimonio de los afiliados hacia el Estado, o una de sus instituciones particulares. Tal cambio podría considerarse como expropiación, esto es, una entrega forzosa por razones de interés público declaradas por ley. Sin embargo, falta un elemento crucial: la indemnización previa. Si ella no está, lo ocurrido será, en realidad, una confiscación prohibida por la CN. Este aspecto de la ley 26.425 mereció críticas de algunos constitucionalistas²¹ y motivó, además, una serie de reclamos judiciales.

¿Se trata, entonces, de una confiscación? ¿Se ha afectado el derecho de propiedad? La pregunta resulta importante si adoptamos un enfoque de derechos humanos en materia de políticas públicas. Bajo tal enfoque, una política social cualquiera (incluyendo la previsional) debe diseñarse no sólo considerando su viabilidad política y su fundamentación técnicas, sino también su coherencia con el exigente marco de derechos humanos contenidos en la CN.

4. La respuesta de la CSJN: no hay afectación

El 26 de marzo de 2013, la CSJN rechaza el reclamo de un afiliado contra la ley 26.425, a través de la sentencia dictada en la causa "Rossi". El tribunal simplemente confirma la opinión de la Procuradora actuante, emitida más de un año antes²².

En su amparo, Pablo Ariel Rossi solicitó que no se transfirieran a la ANSeS los fondos de su cuenta individual. Invocó su derecho de propiedad establecido en los arts. 82 y 54 de la ley 24.241. Alegó que el paso de sus aportes al Estado violaba el derecho constitucional de propiedad, y que una ley posterior no podía eliminar la garantía existente. Señalaba, además, que el sistema anterior le permitía jubilarse con menos años de aportes y que los fondos estatizados se desti-

²¹ Por ejemplo, véase CARNOTA, WALTER, "¿Hay una propiedad previsional constitucionalmente garantizada?", *Suplemento Especial Reforma al Sistema Previsional 2008* (octubre), 27 de octubre de 2008, pp. 21-23; véase también LOÑ, FÉLIX, ob. cit.

²² El fallo y el dictamen, disponibles en: <http://www.infojus.gov.ar/archivo.php?archivo=rossiafjp.pdf>.

narían a fines ajenos a la previsión social (tales como financiar emprendimientos productivos²³).

El dictamen de la Procuradora Fiscal, Marta Beiró de Gonçalves, rechazó los argumentos del amparista. Sus razones fueron básicamente tres:

En primer lugar, Rossi no pudo demostrar un daño efectivo causado por el cambio de régimen. La posibilidad de jubilarse antes no pasa de ser una mera conjetura.

En segundo lugar, Rossi no tiene derecho a que no se modifique la legislación previsional, en tanto el Estado le reconozca su derecho a jubilarse en el sistema que se halle vigente cuando alcance la edad y condiciones requeridas.

Por último, la Procuradora rechazó que los fondos fueran una “propiedad” de Rossi protegida por la CN. Sostuvo que la naturaleza obligatoria de los aportes y la falta de libre disponibilidad de ellos definen que no se trata de un derecho de propiedad.

La línea argumental de la Procuradora reitera lo dicho por dos de los tres jueces de la sala III de la Cámara Federal de la Seguridad Social cuando emitieron su propia resolución contraria al amparo de Rossi el 31 de agosto de 2009. Los camaristas enfatizaron que la ley 24.241 no reconocía un derecho de propiedad de dominio como el previsto en el art. 2513 del Código Civil. Por ser obligatorios y de disposición limitada, no era esa clase de derecho de propiedad. Algo similar se había dicho en el debate parlamentario de la ley 26.425. Respondiendo a la cuestión de la propiedad en la sesión de Diputados del 6 de noviembre de 2008, el miembro informante por la mayoría, Juan Carlos Díaz Roig, había destacado que las cuentas de capitalización no se hallan bajo un derecho real de dominio, ya que no se puede usar ni gozar de esos fondos libremente²⁴.

5. Una concepción limitada del derecho de propiedad

La solución adoptada por la CSJN se basa en una idea limitada de la propiedad, que omite los importantes cambios introducidos por la reforma constitucional de 1994. A partir de ella, el derecho de propiedad presenta nuevos caracteres, que son de aplicación para este caso.

La Corte parece entender que sólo es propiedad aquella que se adoptó en el siglo XIX, la que presenta las formas previstas en el art. 2513 del Código Civil vigente al momento del fallo. Parece aludir solamente al derecho real de dominio, que abarca una larga serie de facultades para el propietario. Entonces, si no se puede usar y disponer con total libertad de algo, no hay derecho de propiedad sobre ese objeto. De más está decir que el dominio civil admite distintas limitaciones, incluso en las fórmulas del Código Civil original, pero supondremos que ellas no existen para dejar el argumento bajo su forma más fuerte.

Esa concepción de propiedad entendida como dominio amplio y sin restricciones pudo ser —quizá— correcta bajo la constitución liberal de 1853, que

²³ En junio de 2009, la automotriz General Motors recibió un crédito del Gobierno por un monto de 259 millones de pesos, con fondos provistos por la ANSeS. La empresa devolvió el préstamo antes del plazo fijado; las autoridades nacionales informaron que la operación generó una ganancia para ANSeS de 61 millones de pesos. Véase <http://www.lanacion.com.ar/1325574-general-motors-cancelo-antes-el-credito-de-la-anses>.

²⁴ Período 126, Reunión 28, 15ª sesión ordinaria; 6 de noviembre de 2008. Disponible en: <http://www1.hcdn.gov.ar/sesionesxml/reunion.asp?p=126&r=28>.

garantizaba aquella visión decimonónica. El art. 17 define a la propiedad como “inviolable”, garantía adicional al derecho ya consagrado en el art. 14 (“usar y disponer”). Ambos artículos siguen vigentes, pero ahora deben leerse en conjunto con los tratados de derechos humanos que, a partir de 1994, tienen la misma jerarquía que los artículos del texto constitucional.

La propiedad después de 1994

Suele explicarse el derecho de propiedad como la relación (exclusiva) entre una persona y una cosa. Sin embargo, la propiedad es —en realidad— una relación entre personas: entre el propietario y quienes no lo son. El derecho de propiedad sobre una cosa es el poder legítimo de impedir a las demás personas (no propietarias) que la usen, exploten, presten, alquilen, o destruyan. La relación con la cosa, en cambio, no siempre es ejercicio del derecho de propiedad (por ejemplo, quien roba algo no es su propietario). El derecho se halla adecuadamente cumplido cuando las demás personas lo reconocen; depende de la relación de la comunidad con el propietario, y no la del propietario con la cosa.

Este derecho se define según las atribuciones reconocidas al propietario (usar, prestar, alquilar, vender, transformar, explotar, destruir), y sobre qué bienes (recursos naturales, objetos creados por el hombre, bienes inmateriales). Este contenido ha variado históricamente, y justamente la reforma de 1994 es una muestra de esa evolución. Hay un nuevo perfil del derecho de propiedad: un espectro diferente de atribuciones reconocidas al propietario.

Se reconoce la posibilidad de propiedad colectiva, contenida en el art. 17 de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Puede haber objetos propiedad de un conjunto de personas, o de la comunidad toda; por ejemplo, las empresas públicas, o los parques nacionales; las decisiones sobre ellos podrían tomarse por votación popular. Es diferente de la “propiedad comunitaria” reconocida a los pueblos indígenas argentinos (art. 75 inc. 17).

La propiedad ahora puede ser subordinada al interés social. En su art. 21, la Convención Americana de Derechos Humanos establece que el “uso y goce” de los bienes puede “subordinar[se] [...] al interés social”. Algunas facultades del propietario quedan así limitadas por necesidades de la comunidad, siguiendo el planteo propio del constitucionalismo social²⁵.

Se protege de modo especial, además, la propiedad de bienes esenciales. La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (DADDH) establece en su art. 23: “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 no abarca cualquier bien, ni en cualquier cantidad. Se centra en aquellos que satisfacen “necesidades esenciales” para la dignidad personal.

Es necesaria entonces una lectura integradora, para poder leer conjuntamente las nuevas y viejas cláusulas. En tanto derecho “inviolable”, sólo excepcionalmente puede privarse a alguien de su propiedad, y mediante un procedimiento específico (judicial, o de expropiación). El derecho incluye usar, gozar y disponer de los bienes, siempre según la reglamentación. Siguiendo una línea

²⁵ ABRAMOVICH, VÍCTOR y COURTIS, CHRISTIAN, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002, pp. 52-56.

larga de fallos de la Corte, se incluyen dentro del derecho de propiedad los derechos surgidos de la celebración de un contrato, de una sentencia definitiva, o de la vigencia de una determinada legislación: son los denominados “derechos adquiridos”²⁶, parte de la propiedad.

La diferencia surge a partir del tipo de bienes en juego. El uso y goce pueden regularse con el “interés social” como criterio dominante, en el caso de grandes extensiones de tierra fértil, plantas industriales, o fuentes de energía. En cambio, hay bienes cuyo uso, goce y disposición no puede subordinarse al interés social, ni afectarse reglamentariamente: los “bienes esenciales” para la dignidad de la persona y el hogar, como la vivienda, los ahorros familiares, o los bienes de uso personal.

Por ello cabe preguntarse dónde ubicar a los aportes hechos a las AFJP. En principio, no parece conveniente seguir aquella postura que reduce la jubilación o la pensión a un derecho de propiedad específico²⁷. Bajo este marco, se quita identidad al derecho a la seguridad social (previsto en el PDESC, art. 9º) y se pierden de vista las pautas fijadas en el art. 14 *bis* y en el art. 2º del PDESC: movilidad, progresividad, no regresividad, uso del máximo de los recursos disponibles. Estas cláusulas sirven para dar forma a un derecho constitucional en sí.

Sin embargo, parece adecuado analizar (también) desde el punto de vista del derecho de propiedad las sumas de dinero entregadas a las Administradoras. Dentro del espectro de modalidades de propiedad que la reforma de 1994 integró, ¿en qué renglón se debería incluir? Por su carácter alimentario, por su carácter obligatorio, y por tener como único destino posible sostener las jubilaciones del aportante, se trata de una propiedad sobre un bien necesario para preservar la dignidad de la persona y el hogar. Es similar a los ahorros familiares. Por eso, recibe una protección especial. Su inviolabilidad se mantiene, pero ahora reforzada por las previsiones del art. 23 de la DADDH.

Bajo esta lectura enriquecida con las nuevas cláusulas sobre propiedad, pierde sentido el argumento de que los aportes a las cuentas individuales no son propiedad porque no se podían disponer libremente. La propiedad no es sólo la del Código Civil vigente al momento del fallo (o del nuevo Código Civil y Comercial, igualmente). Por el contrario, la propiedad constitucional (en sus diferentes especies: colectiva, individual, comunitaria, etcétera) es más amplia, incluye distintas variedades. Es la que debe guiar el análisis: no puede usarse el Código Civil para evaluar la constitucionalidad de una ley. Esa revisión debe basarse (no puede ser de otra forma) en la Constitución misma.

Las limitaciones (aporte obligatorio, disponibilidad determinada) no niegan el derecho de propiedad. Del mismo modo, la ley 14.394 vigente al momento del fallo imponía serios límites a las facultades del propietario de una vivienda protegida como bien de familia. Esa vivienda no podía ser enajenada, ni objeto de legados (art. 37); el propietario debía habitar en ella, no podía abandonarla (art. 41). Nadie supondría que eso significaba que el Estado tenía derecho a expropiar esa vivienda sin indemnización. De nada valdría alegar que como no

²⁶ GELLI, MARÍA A., *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*, 3ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2005, p. 85; SAGÜÉS, NÉSTOR P., *Elementos de Derecho Constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1999, pp. 782-785.

²⁷ Esa es la propuesta, por ejemplo, de BEGUERIE, DELFINA, “La jubilación integral: el derecho social de propiedad”, cit.

era de libre disponibilidad, o como tenía un destino definido (vivienda familiar), no era realmente una propiedad.

Precisamente, este derecho de propiedad sobre los aportes individuales fue creado por la ley 24.241 con esos particulares caracteres y limitaciones, y con ellos se incorporó al patrimonio de cada persona afiliada. No son razones que justifiquen la confiscación; solamente definen las facultades reconocidas al propietario. De hecho, el texto de la ley 26.425, al ordenar la transferencia de la propiedad, la está reconociendo expresamente. No hay excusas para tomar esos bienes, que tienen carácter alimentario por definición, y cambiar su titularidad sin indemnización al afectado.

Si hay propiedad y si fue quitada sin compensación, hay daño y así caen los tres argumentos centrales del dictamen de la Procuradora Fiscal y el fallo de la Corte basado en él. Revirtiendo el razonamiento: los aportes son propiedad de Pablo Ariel Rossi; el Gobierno los transfirió sin compensación a un ente estatal; hubo confiscación; la medida es inconstitucional y el daño habilita la interposición de un amparo.

Indudablemente, abandonar el sistema de capitalización individual es un paso adelante, un regreso a un régimen mucho más cercano al espíritu y letra del art. 14 *bis* de la CN. Sin embargo, ese objetivo aceptable no admite medios inconstitucionales. Una política social, como toda acción del Estado, debe ser coherente con los derechos humanos constitucionales.

6. Alternativas respetuosas del derecho de quienes aportaron

Reconocer el derecho de propiedad sobre los aportes no significa, por supuesto, que el sistema creado por el neoliberalismo en 1993 debiera mantenerse. Por el contrario: la vigencia efectiva de los derechos humanos a la seguridad social y los derechos constitucionales a la movilidad y a la participación de los interesados en la gestión de los organismos del área hacían necesaria la eliminación de aquel régimen, por las razones que se expusieron más arriba.

Dejar atrás el sistema de capitalización debía llevarse a cabo respetando los derechos de quienes aportaron. En esto radica el enfoque de derechos²⁸: diseñar las políticas, las medidas de gobierno, buscando no sólo el apoyo político, la viabilidad financiera y el sustento técnico, sino también la adecuación a los derechos humanos. La responsabilidad del Estado es dar forma a las alternativas que cumplan estas condiciones.

En principio, aparecen dos vías posibles. La primera surge del voto en minoría del camarista Martín Laclau al dictar sentencia en este mismo caso en 2009. Luego de aceptar las facultades del Estado para cambiar el régimen jubilatorio, Laclau subraya que la ley 24.241 crea un derecho de propiedad sobre los contenidos de las cuentas, y que ello no puede deshacerse sin indemnización. Su propuesta no es devolver íntegro el contenido al amparista. En cambio, sostiene que deben sumarse todos los aportes obligatorios que Rossi debería haber hecho bajo el régimen de reparto al que ahora va a ser transferido, y restar ese total del monto que hay en su cuenta individual. El saldo, si lo hubiera, debe ser devuelto

²⁸ SEPÚLVEDA, MAGDALENA, *De la retórica a la práctica: el enfoque de derechos en la protección social en América Latina*, CEPAL, Santiago de Chile, 2014, p. 21.

al amparista. Laclau entiende que así se solventa el régimen de reparto y se reseta (mediante el reintegro) el derecho de propiedad sobre lo aportado.

Una segunda vía, en cambio, podría haber adoptado un régimen de transición, aplicable a quienes ya estaban dentro del sistema de capitalización. Para ese grupo, el Estado nacionalizaría la *administración* de los fondos (es decir, el negocio de las AFJP) y no los fondos mismos. La tarea podría haber quedado en manos de ANSeS²⁹. Quizá a través de incentivos, o por el mero paso del tiempo, el número de personas en ese régimen de transición podría haber disminuido, y el régimen de reparto quedaría como única alternativa.

Posiblemente no sean soluciones perfectas, ni las únicas posibles. Pero sí parten de una base diferente: el diseño de una política debe incluir el respeto de los derechos constitucionales. No basta con la aceptabilidad política, la solvencia técnica y la sustentabilidad fiscal. Los derechos crean obligaciones para el Estado: limita las opciones disponibles. Fijan nuevos marcos para encauzar la voluntad política. Incluso para alcanzar objetivos constitucionalmente válidos, los medios elegidos deben contar con esa misma calidad.

Bibliografía

ABRAMOVICH, VÍCTOR y COURTIS, CHRISTIAN, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002.

ABRAMOVICH, VÍCTOR, "Constitución y política social. Proyecciones de la reciente jurisprudencia de la Corte Suprema sobre derechos a la seguridad social en la esfera no contributiva", en Roberto Gargarella (coord.), *La Constitución en 2020. 48 propuestas para una sociedad igualitaria*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2011.

BEGUERIE, DELFINA, "La jubilación integral: el derecho social de propiedad", en Julio César Rivera, José Sebastián Elías, Lucas Sebastián Grosman y Santiago Legarre (directores), *Tratado de los derechos constitucionales*, tomo II, Abeledo Perrot, Buenos Aires, pp. 1212-1264.

BERTRANOU, FABIO *et al.*, *Beyond the privatisation and re-nationalisation of the Argentine pension system: coverage, fragmentation and sustainability*, 2012. Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=2191202>

CARNOTA, WALTER, "¿Hay una propiedad previsional constitucionalmente garantizada?", *Suplemento Especial Reforma al Sistema Previsional 2008 (octubre)*, 27 de octubre de 2008, pp. 21-23.

DANANI, CLAUDIA y HINTZE, SUSANA, "Reformas y contrarreformas de la protección social: la seguridad social en la Argentina en la primera década del siglo. *Reflexión Política*, vol. 12 (núm. 24), diciembre de 2010, pp. 18-29. Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=11017129003>.

GELLI, MARÍA A., *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*, 3ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2005.

HERRERO, ÁLVARO, "La incidencia de la Corte Suprema de Justicia en la formulación de políticas públicas: una exploración empírica del caso argentino", *Política*, vol. 49 (núm. 1), 2011, pp. 71-106.

KIGUEL, MIGUEL A., "Structural reforms in Argentina: success or failure?", *Comparative Economic Studies*, vol. 44, núm. 2, verano 2002, pp. 83-102.

²⁹ La misma ley 24.241 preveía (art. 72) la posibilidad de que la Superintendencia de AFJP asumiera la gestión de los fondos sustituyendo a una administradora que no pudiera operar más, o que hubiera incurrido en alguna de las causales de revocación de la autorización para funcionar.

LOÑ, FÉLIX, "Las jubilaciones en la encrucijada", *Suplemento Especial Reforma al Sistema Previsional 2008 (octubre)*, 27 de octubre de 2008, pp. 65-67.

MESA-LAGO, CARMELO, "Social welfare reform in the context of economic-political liberalization: Latin American cases", *World Development*, vol. 25, núm. 4, 1997, pp. 497-517.

ORENSTEIN, MITCHELL A., "Pension privatization: evolution of a paradigm", *Governance*, vol. 26, núm. 2, 2013, pp. 259-281.

ROFMAN, RAFAEL, "The new pension system in Argentina", *The Geneva Papers on Risk and Insurance*, vol. 26, núm. 4, octubre 2001, pp. 587-610.

SAGÜÉS, NÉSTOR P., *Elementos de Derecho Constitucional*, 3ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1999.

SEPÚLVEDA, MAGDALENA, *De la retórica a la práctica: el enfoque de derechos en la protección social en América Latina*, CEPAL, Santiago de Chile, 2014.



LA EDUCACIÓN AMBIENTAL Y LA FISCALIDAD AMBIENTAL: PUNTOS DE ENCUENTRO*

María Laura Foradori**

Rodolfo Salassa Boix***

Resumen: A pesar de la gravedad y urgencia de la actual crisis ecológica las soluciones intentadas parecen no haber alcanzado el éxito suficiente. Ante este escenario los autores resaltan la importancia de la educación, para lograr un cambio de actitud en la relación del hombre con el medioambiente, y la utilidad del Derecho tributario como una herramienta jurídica de protección ambiental, al influir en el comportamiento de los particulares. A raíz de ello, el trabajo parte de un análisis interdisciplinario en el que se determinan cuáles son los puntos de encuentro entre las medidas legales educativas y las tributarias.

Abstract: *Despite the seriousness and urgency of the current ecological crisis the attempted solutions have not achieved enough success. In this scenario the authors emphasize the relevance of education to achieve a change of attitude in the relationship between individuals and the environment and the usefulness of Tax Law as a legal tool for environmental protection influencing the individual's behavior. Thereon the work is based on an interdisciplinary analysis in order to determine the meeting points between educational and tax legal measures.*

Palabras clave: Políticas públicas - Gestión pública ambiental - Protección del medio ambiente - Fiscalidad ambiental - Educación ambiental.

Keywords: *Public policies - Environmental public management - Environmental protection - Environmental taxation - Environmental education.*

I. Introducción

Hoy en día es verdaderamente preocupante el arraigo que presentan los múltiples problemas ambientales a lo largo y ancho de nuestro Planeta, haciendo de la protección ambiental una auténtica prioridad para la comunidad internacional. A pesar de la gravedad y urgencia de la vigente crisis ecológica las soluciones intentadas parecen no haber logrado el éxito suficiente o, por lo menos,

* Recibido el 17/03/15. Aprobado el 20/08/15.

El trabajo se enmarca dentro del proyecto de investigación "La protección ambiental a través del sistema fiscal: una mirada jurídica interdisciplinar de los tributos ambientales en el marco de la normativa argentina" (período 2014-2015), dirigido por el Dr. Rodolfo Salassa Boix, aprobado y financiado por la Secyt-UNC.

** Abogada, Universidad Nacional de Córdoba-Argentina (UNC). Doctoranda en Ciencias Políticas en el Centro de Estudios Avanzados (CEA-UNC). Maestranda en Ambiente y Desarrollo Sustentable con orientación en Educación Ambiental, Universidad Nacional de Quilmes. Becaria Doctoral del Conicet. Adscripta en las cátedras de Derecho Constitucional y Derecho de los Recursos Naturales y Ambiental (UNC). Coordinadora de la Maestría en Derecho y Argumentación de la Facultad de Derecho (UNC). Contacto: lauraforadori@hotmail.com.

*** Abogado, Universidad Nacional de Córdoba-Argentina (UNC). Magister en Derecho de la Empresa y la Contratación y Doctor en Derecho (mención europea), Universidad Rovira i Virgili de Tarragona-España (URV). Premios extraordinarios de fin de máster y de tesis doctoral. Profesor de grado y de postgrado de Derecho tributario (UNC y URV). Investigador del Conicet. Miembro del Programa de Ética y Teoría Política y del Instituto de Derecho Tributario de Córdoba-Argentina. Contacto: rodolfoboix@gmail.com.

el que se esperaba de ellas. Particularmente, en el caso de la Argentina si bien la política ambiental de los últimos años ha sido bastante activa, caracterizada por la reforma constitucional, promulgación de leyes y redacción de informes, lamentablemente no ha terminado de alcanzar los resultados anhelados. Esta circunstancia se debe en buena medida a la falta de implicación de los particulares en las cuestiones ambientales, ya que pareciera que aún no hemos tomado conciencia y real dimensión de la magnitud del problema, siendo éstas imprescindibles para revertir la desalentadora tendencia que hemos resaltado.

Ante este escenario planteamos, por un lado, que la educación consiste en uno de los instrumentos más importantes para lograr un cambio de actitud en la relación del hombre con el medioambiente¹, ya que informa, concientiza y forma ciudadanos responsables² y, por el otro, que el Derecho tributario constituye una herramienta jurídica sumamente útil de protección ambiental, al influir en el comportamiento de los particulares³. De ello se colige que, al menos en una primera instancia, pareciera que podría existir algún tipo de conexión entre la Educación y la Fiscalidad Ambiental. Sobre esta posibilidad nos abocaremos en este estudio.

A partir de ello, el presente trabajo pretende abordar la problemática ambiental, caracterizada por una evidente transversalidad⁴, a través de un análisis interdisciplinario basado en un intento de coordinación entre la Educación Ambiental y la Fiscalidad Ambiental. En este contexto, nuestro objetivo consiste en determinar cuáles son los puntos de encuentro que existen entre las medidas educativas y las tributarias cuando de proteger al medio ambiente se trata. La importancia de esta sinergia estriba en la posibilidad de obtener un mayor rédito ecológico de cada una de tales medidas del que tendrían si actuaran de manera separada. No se trata de una tarea sencilla, ya que "...la coordinación de políticas públicas es un bien social tan deseable como esquivo... los estándares de calidad en materia de Coordinación de políticas públicas alcanzados a diario por las diversas ramas, niveles y sectores de gobierno son claramente inferiores a lo que intuitivamente parece ideal, satisfactorio o, al menos, aceptable y posible"⁵.

A estos fines, nuestro trabajo se desarrolla a través de tres etapas bien diferenciadas, que van desde un planteo general hasta un abordaje particular,

¹ Además, es justamente la falta de información y educación una de las mayores falencias del sistema normativo de los países de América Latina y el Caribe (ACQUATELLA, J., "Aplicación de instrumentos económicos en la gestión ambiental en América Latina y el Caribe: desafíos y factores condicionantes", *Serie Medio Ambiente y Desarrollo*, N° 31, CEPAL, 2001, pp. 23 y ss.).

² DURÁN, D., "La trama ambiental argentina y la educación", 2001, [en línea] http://www.ecoport.net/Temas_Especiales/Educacion_Ambiental/La_trama_ambiental_argentina_y_la_educacion. [Consulta: 5/5/14].

³ SALASSA BOIX, R., "La protección ambiental a partir del Derecho fiscal", en *La investigación jurídica en políticas públicas ambientales* (Dir.: MARTA JULIÁ), Narvaja Editor y Ciencia, Derecho y Sociedad (UNC), Córdoba, 2013, pp. 33-34 y "La fiscalidad extrafiscal de los tributos. Algunas notas sobre los tributos medioambientales", *Estudios de Derecho Tributario* (Dir.: EDUARDO ARROYO), Advocatus y Ciencia, Derecho y Sociedad (UNC), Córdoba, 2013, pp. 156-158.

⁴ CARMONA LARA, M. C., *Derecho ecológico*, UNAM, México, 1992, p. 15 y SALASSA BOIX, R., "Medidas tributarias medioambientales en el ordenamiento jurídico argentino", en *Políticas de protección ambiental en el siglo XXI: medidas tributarias, contaminación ambiental y empresa* (Dir.: ÁNGEL URQUIZU - Coord.: RODOLFO SALASSA BOIX), Bosch, Barcelona, 2013, p. 54.

⁵ LERDA J. C.; ACQUATELLA J. y GÓMEZ J. J.; "Coordinación de políticas públicas: desafíos y oportunidades para una agenda fiscal ambiental", *Documento para participantes II Taller Regional de Política Fiscal y Medio Ambiente en América Latina y el Caribe*, CEPAL, 2004, p. 20.

las cuales nos conducirán a las conclusiones finales. Comenzaremos explicando brevemente la noción de “gestión ambiental” para dar luego paso al esquema y la clasificación de los mecanismos estatales de protección ambiental y, finalmente, culminaremos con las políticas ambientales educativas y fiscales. Esta estructura nos permitirá ubicar a la educación y fiscalidad dentro del amplio espectro de las políticas públicas ambientales en general y, a partir de ello, encaminar la elaboración de las conclusiones sobre la vinculación entre ambas. Antes de seguir avanzando es necesario aclarar que el trabajo parte de un análisis más bien teórico, debido a que no pretendemos evaluar la eficacia y efectividad concretas de las políticas públicas abordadas, atento que para ello sería necesario realizar un estudio de campo que, en esta oportunidad, escapa a nuestro objeto de estudio.

II. Gestión ambiental

Podemos definir a la gestión ambiental como el “conjunto de actividades humanas encaminadas a procurar la ordenación del medio ambiente y contribuir al establecimiento de un modelo de desarrollo sustentable”⁶. Para ligar estas actividades al accionar estatal, que es lo que en definitiva nos interesa ahora, es necesario referirse a la gestión pública ambiental.

A la hora de definir a la gestión pública ambiental algunos autores destacan tres elementos: la política, como “conjunto de acciones que se diseñan para alcanzar la ordenación del ambiente”; el Derecho, en tanto “técnica social que procura inducir a los individuos a que observen determinada conducta”; y la administración, en razón del establecimiento de la gestión “como objetivo social y por ende como función estatal”⁷. Por nuestra parte, coincidimos con esta distinción en tanto el término “inducir” se tome en su sentido más amplio, ya que el Derecho, como veremos más adelante, no sólo persigue persuadir o disuadir a los agentes contaminantes sino también obligarlos a llevar adelante determinadas conductas, en este caso ligadas con la protección del medio ambiente⁸.

Desde una perspectiva diferente, otro sector de la doctrina entiende que la gestión pública ambiental “...es la materialización de la incorporación de la dimensión ambiental en la planificación del Estado”⁹. Se trata de una concepción más concisa que permite dar cuenta de la presencia estatal en el conjunto de actividades humanas encaminadas a proteger al medio ambiente.

Existen numerosas maneras de clasificar a la gestión pública ambiental, pero la que resulta de mayor utilidad para el propósito de este trabajo es aquella que la estructura según sus etapas. Siendo así, se puede decir que la gestión pública ambiental comprende tanto la formulación como la ejecución de las po-

⁶ BRAÑES, R., *Manual de Derecho Ambiental Mexicano*, Fondo de Cultura Económica, México, 2000, p. 117.

⁷ BRAÑES, R., *ob. cit.*, p. 118.

⁸ Según el Diccionario de la Real Academia Española (23ª edición) el término “inducir” significa “instigar, persuadir o mover a alguien”. Está claro que el ordenamiento jurídico puede “mover a alguien” no sólo desmotivando o motivando ciertas conductas sino también obligando a los destinatarios. Asimismo, el vocablo “instigar”, según el mismo Diccionario, significa “provocar a alguien a que haga algo”, apoyando así nuestra aclaración.

⁹ JULIÁ, M., “Problema de insertar la dimensión ambiental en lo institucional”, en *Anuario 1993*, N° 1, Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales (UNC), Advocatus, Córdoba, 1993, p. 172.

líticas ambientales¹⁰. En este sentido, se afirma que las políticas públicas se formulan y ejecutan desde la administración pública¹¹.

La primera etapa (formulación) hace referencia al conjunto de esfuerzos por precisar un mandato, una proposición o política ambiental general mediante diferentes mecanismos institucionales y jurídicos¹². Dentro de la formulación se distinguen, a su vez, dos dimensiones: la jurídica y la institucional. La segunda etapa (implementación) es el conjunto de acciones que buscan plasmar en el territorio a las políticas ambientales formuladas y hacerlas cumplir a través de diferentes instrumentos de gestión de índole jurídica o institucional¹³. Nuestro trabajo se focaliza en la etapa de formulación de las políticas públicas ambientales en su dimensión jurídica, es por ello que trataremos los mecanismos estatales de protección ambiental (MEPA).

III. Mecanismos estatales de protección ambiental

Los MEPA son todos aquellos instrumentos que pueden adoptar las Administraciones, en el ejercicio de su función pública, para preservar el medioambiente. Las medidas sobre el medioambiente pretenden prevenir potenciales daños, promocionar su cuidado, desincentivar su menoscabo o sancionar a quienes incumplan con la normativa ecológica¹⁴.

Se han elaborado numerosas clasificaciones en torno a estos instrumentos¹⁵, de hecho hay prácticamente tantas como estudiosos sobre el tema. Partiendo del mismo punto que Vaquera García, la primera alternativa que se nos plantea es la siguiente: o bien nos encontramos ante una indiferencia total por parte de la Administración Pública, dejando el problema ambiental y sus soluciones en manos de la iniciativa privada, o bien existe una participación activa del Estado, que se traduce en diferentes niveles actuación. La delicada situación ambiental por la que atraviesa el Planeta ha generado que hoy en día sea prácticamente imposible encontrar una ausencia absoluta de regulación estatal ecológica¹⁶. Asumida pues la intervención estatal, clasificaremos a estos mecanismos según el grado de autonomía que poseen los sujetos a quienes van destinados y

¹⁰ JULIÁ, M., DEL CAMPO y FOA TORRES, *La institucionalización ambiental en Argentina*, Lerner, Córdoba, 2009.

¹¹ JULIÁ, M., DEL CAMPO y C., FOA TORRES, J., *Formulación de Políticas Públicas Ambientales. Los casos de "Aguas", "Bosque Nativo" y "Residuos Peligrosos"*, Lerner, Córdoba, 2013, p. 23.

¹² "El buen desempeño de los mecanismos de política ambiental depende en gran medida de la solidez institucional y normativa que la respalda" (PALOS SOSA, M. E., *El tributo ambiental local. Modelos, principios jurídicos y participación social. Estudio de caso*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2011, pp. 5 y 6).

¹³ JULIÁ, M. y FOA TORRES, J., "La operacionalización de conceptos para el análisis empírico de la formulación de políticas públicas ambientales", presentado en el Segundo Congreso Latinoamericano y Duodécimo Nacional de Sociología Jurídica, Congreso, Santa Rosa (La Pampa), 2011.

¹⁴ PALOS SOSA habla de mecanismos públicos de protección ambiental, entendidos como "instrumentos para la conservación y protección del medio ambiente" que dependen en gran medida de la solidez institucional y normativa que los respalda (PALOS SOSA, ob. cit., pp. 5 y 6).

¹⁵ Consultar PICHOT, F. y RAPADO, J. R., "La fiscalidad y el medio ambiente. Políticas complementarias", Versión Española, Mundi-Prensa, Madrid, 1994, pp. 26-36; BUÑUEL GONZÁLEZ, M., "El Uso de Instrumentos Económicos en la Política del Medio Ambiente", Consejo Económico y Social, Madrid, 1999, pp. 89/102; VAQUERA GARCÍA, A., "Fiscalidad y medio ambiente", Lex Nova, Valladolid, 1999, pp. 45-65.

¹⁶ VAQUERA GARCÍA, ob. cit., p. 45.

la conducta que el ordenamiento jurídico espera de ellos¹⁷. En base a este criterio encontramos básicamente instrumentos restrictivos y permisivos.

Los instrumentos restrictivos, también llamados directos o administrativos, se incluyen dentro de las prácticas de obligación, control y sanción de las administraciones públicas¹⁸. Se trata de todas aquellas medidas que ejercen una acción directa sobre los contaminadores mediante un conjunto de disposiciones que, de no cumplirse, genera la aplicación de sanciones. Estos instrumentos restrictivos pueden clasificarse en medidas prohibitivas, represivas y de revelación, según intenten evitar la generación de daños ambientales, sancionar a los infractores o recolectar información para llevar adelante los correspondientes controles¹⁹.

Los instrumentos permisivos, también llamados económicos o de mercado, otorgan un mayor grado de discrecionalidad, ya que de entre todas las opciones posibles se permite al administrado elegir la que mejor se ajusta a sus intereses económicos²⁰. Estas medidas pueden ser positivas, negativas o mixtas, según se procure incentivar o desincentivar (o ambas simultáneamente) a los particulares a la realización o no de ciertas actividades contaminantes²¹. Los instrumentos económicos se han utilizado para complementar los marcos regulatorios existentes, ya que se reconoce la necesidad de seguir manteniendo normas, controles y sanciones en los esquemas de gestión ambiental²².

Tanto la Educación Ambiental como la Tributación Ambiental se encuentran dentro de la órbita de los instrumentos permisivos. En el primer caso, porque mediante la información y educación ecológica de los particulares se los persuade, sin obligarlos, a llevar adelante prácticas que puedan beneficiar el medio ambiente y evitar aquellas que lo perjudiquen. En el segundo caso, arribamos a la misma conclusión si recordamos que el sistema fiscal puede proteger el medio ambiente ya sea a través de tributos ambientales como beneficios fiscales

¹⁷ SALASSA BOIX, R., "The government mechanisms of environmental protection", en *3rd International Workshop on Uncertainty in Greenhouse Gas Inventories. Proceedings*, FOP Soroka SV, Lviv (Ucrania), 2010, pp. 251-258. Con ciertas similitudes encontramos clasificaciones cuyo criterio de clasificación radica en los objetivos perseguidos, distinguiendo así tres tipos de mecanismos públicos: los instrumentos administrativos o también denominados de comando y control, los instrumentos persuasivos y los instrumentos económicos (PALOS SOSA, ob. cit., pp. 6-11).

¹⁸ En inglés se suele hablar de las medidas de *command and control*, pero nosotros vemos más adecuado agregar al sistema sancionatorio y hablar de *command, control and punishment*.

¹⁹ No profundizaremos sobre esta clasificación en este trabajo por no ser especialmente relevante para la temática en cuestión.

²⁰ Según la CEPAL (Comisión Económica para América Latina y el Caribe) los "instrumentos económicos son todos aquellos que inciden en los costos y beneficios imputables a cursos de acción alternativos que enfrentan los agentes..." (CEPAL, *Instrumentos económicos para la gestión ambiental en América Latina y el Caribe*, México, 1997, p. 4).

²¹ Desde hace ya un tiempo, los gobiernos en general y de América latina en particular perciben a los instrumentos económicos como la vía más idónea y efectiva para alcanzar metas ambientales, tanto a nivel nacional como local. Esta percepción se basa en el escaso éxito que han demostrado los esquemas regulatorios tradicionales para responder adecuadamente a los procesos de deterioro de la calidad ambiental y a la flexibilidad que ofrecen aquellos instrumentos mediante incentivos basados en precios/costos (ACQUATELLA, "Aplicación de instrumentos...", ob. cit., pp.11 y 12; BUÑUEL GONZÁLEZ y HERRERA MOLINA (Dir.), "Modelo de Código Tributario Ambiental para América Latina", *Instituto de Estudios Fiscales*, 18/03 y Universidad Complutense de Madrid, 2003, p. 5 y ACQUATELLA, J., "El rol conjunto de las autoridades ambientales y las autoridades fiscales en la construcción de una plataforma para aplicar instrumentos económicos en la gestión ambiental de los países de América Latina y el Caribe", *Documento para participantes. II Taller Regional de Política Fiscal y Medio Ambiental en América Latina*, CEPAL, 2004, p. 2).

²² ACQUATELLA, "Aplicación de instrumentos...", ob. cit., p. 12.

ecológicos, según se incremente la presión fiscal de los contribuyentes que realicen actividades anti-ecológicas (desincentivo) o se alivie la carga tributaria en el caso de actividades pro-ambientales, respectivamente (incentivo)²³.

Sobre esta cuestión es interesante destacar a Palos Sosa cuando señala que los instrumentos persuasivos tienden a fomentar la educación y conciencia ambiental de los agentes contaminadores. Son usados en forma más amplia como medidas políticas que pueden ser implementadas de manera más efectiva si los consignatarios e interesados entienden sus argumentos y llegan a un acuerdo²⁴.

IV. Políticas públicas de fiscalidad ambiental

IV.1. Introducción

Existen dos vías mediante las cuales el Derecho tributario puede ayudar a proteger el medio ambiente: los tributos ambientales, a través de la regulación de un hecho imponible con finalidad disuasoria, y los beneficios fiscales ecológicos, que operan como ventajas persuasorias incorporadas en los gravámenes, sea cual sea su finalidad. Existe una tercera posibilidad que sería el destino ecológico de los fondos recaudados mediante un tributo recaudatorio aunque, si bien válida y plausible, nos alejamos técnicamente del Derecho tributario. Ampliamos a continuación.

El Derecho financiero se integra de cuatro disciplinas jurídicas: Derecho tributario, Derecho presupuestario, Derecho de la deuda pública y Derecho del patrimonio público. El Derecho tributario sólo se ocupa justamente de los recursos tributarios, que constituyen una de las tipologías de ingresos de Derecho público. En definitiva, si estamos situados dentro del Derecho tributario cualquier clasificación que proponamos tiene que versar sobre su objeto de estudio, es decir sobre los tributos, como una clase de ingresos, y no sobre los gastos. Esto no implica, insistimos nuevamente, que no se pueda construir una clasificación en base a los gastos del Estado (destino de los fondos recaudados), pero hay que tener en cuenta que esta decisión nos sitúa en otras áreas del Derecho financiero que se alejan del Derecho tributario.

Es por ello que algunos autores prefieren hablar de fiscalidad ambiental en sentido propio o estricto, cuando se busca esencialmente el cambio de comportamiento de los contribuyentes (tributos ambientales y beneficios fiscales ecológicos), y fiscalidad ambiental en sentido impropio o amplio, cuando se persigue la obtención de recursos para afectarlos a una finalidad ambiental²⁵.

En definitiva, la Fiscalidad Ambiental incluye específicamente a los tributos ambientales y los beneficios fiscales ecológicos, a lo que podríamos agregar al destino ambiental de los fondos recolectados, pero de una manera indirecta e impropia. A continuación nos detendremos brevemente en las medidas ambientales neta y propiamente tributarias.

²³ Dentro del amplio espectro de instrumentos económicos se destaca el creciente rol de los tributos ambientales, que desde hace tiempo ya viene siendo objeto de los planes de reforma fiscal en los países más desarrollados (ACQUATELLA, "Aplicación de instrumentos...", ob. cit., p. 12).

²⁴ PALOS SOSA, ob. cit., p. 8.

²⁵ DA SILVA, D. A., "Tributos verdes: proteção ambiental ou uma nova roupagem para antigas finalidades?", *Revista Instituto de Direito Brasileiro*, Año 1, n° 8, 2012, pp. 4997.

IV.2. Tributos ambientales

Los tributos ambientales, como medidas permisivas negativas, se pueden definir como aquellos gravámenes que no tienen como finalidad esencial obtener recursos sino desalentar la realización o utilización de conductas o bienes que atentan contra el medio ambiente, más allá de la asignación presupuestaria de los fondos recaudados²⁶.

Gravando conductas contaminantes se busca que sus generadores “internalicen” los costos sociales que producen las externalidades negativas que recaen sobre la sociedad. Al elevar (internalizar) los costos que implican ciertas actividades y bienes comunes, los tributos ambientales permiten disminuir su realización y utilización promoviendo la aplicación de procesos ecológicamente más eficientes²⁷. La aplicación de este tipo de instrumentos de política y gestión ambiental provoca en los productores industriales y prestadores de servicios la necesaria búsqueda de tecnologías más limpias en beneficio del ambiente y, asimismo, la socialización de los costos ambientales²⁸.

La implementación de estos tributos suelen traer aparejado ciertas complicaciones, ya que, por una parte, no es una tarea nada fácil determinar cuándo estamos ante un tributo ambiental y cuándo ante uno meramente recaudatorio²⁹. La clave para ello es desmenuzar los diferentes elementos que contiene la definición recién mencionada³⁰. Por otra parte, “la situación actual se caracteriza por un elevado grado de confusión, cuando no de verdadero caos, pues en muchos casos se duda hasta de la naturaleza jurídica de algunas de estas figuras y se utilizan denominaciones tan poco afortunadas como *ecotasa* o *canon* para referirse a tributos totalmente distintos. A la confusión reinante contribuye asimismo la proliferación de tributos pretendidamente medioambientales con fines meramente recaudatorios, que no incentiva la protección del entorno natural”³¹.

a) Pertenencia a la categoría de tributos

Más allá que su finalidad principal sea de carácter intervencionista, los gravámenes ambientales pertenecen al género amplio de “tributos” y, dentro de éste, a la sub-especie de “tributos con fines extra-fiscales”. De forma que, al igual que cualquier otro gravamen, se trata de una relación obligacional impuesta por la ley que nace con la realización del hecho imponible, momento en el cual se genera la posición de sujeto pasivo en el contribuyente y la de sujeto activo en el Fisco.

²⁶ SALASSA BOIX, “La finalidad extrafiscal...”, ob. cit., p. 186.

²⁷ La OCDE tiene dicho que estos tributos “...implican un precio que ayuda a asegurar que los contaminadores toman en cuenta los costos de su contaminación cuando adoptan decisiones de producción y consumo”. OCDE (2001), p. 9.

²⁸ Sobre esta cuestión recomendamos consultar MORALES LAMBERTI, A., *Derecho Ambiental - Instrumentos de política y gestión ambiental*, Alveroni, 1999, pp. 336 y ss.

²⁹ El objetivo sería acudir a impuestos que incidan directamente sobre las actividades contaminantes que se pretenden corregir y que las dirija a un nivel socialmente óptimo (AQUATELLA, “El rol conjunto...”, ob. cit., p. 4).

³⁰ Para ello usamos la estructura expuesta en SALASSA BOIX, “La fiscalidad extrafiscal...”, ob. cit., pp. 160-169.

³¹ BUÑUEL GONZÁLEZ y HERRERA MOLINA, ob. cit., p. 1. Para intentar corregir esta confusión jurídica algunos autores proponen la modificación de la ley 25.675 o la sanción de una Ley Federal de Tributos Ambientales, especificando que estos gravámenes “...no constituirían una nueva categoría tributaria sino que podrían identificarse con cualquiera de las especies tributarias tradicionales...” (*Idem*, pp. 13 y ss.).

b) Finalidad principal de carácter extrafiscal

Los tributos ambientales adoptan como finalidad principal el desaliento de conductas o bienes antiecológicos (desaliento por medio de la concientización) y como finalidad secundaria la obtención de recursos económicos. Esto quiere decir que no se despoja al gravamen de su finalidad recaudatoria, sólo que ésta se ve eclipsada por el objetivo primordial del tributo (regulador). Para que exista una verdadera finalidad ecológica el gravamen tiene que poseer una entidad tal que altere sensiblemente las alternativas de los posibles agentes contaminantes. Es decir que no basta con la mera sujeción de una actividad o bien contaminante sino que la presión tributaria tiene que ser de una cuantía tal que al contribuyente no le dé prácticamente lo mismo agredir el medio ambiente que no hacerlo. No existe una regla férrea al respecto ni un valor a partir del cual podemos decir que existe la mentada disuasión; habrá que realizar una evaluación casuística para determinar en cada caso si la presión fiscal tiene carácter disuasorio en el sentido expuesto.

Hoy en día aún existe un sector de la doctrina, ciertamente minoritario, que afirma que el resultado ideal de los tributos con fines extrafiscales sería alcanzar una recaudación nula, ya que así se habrá conseguido el objetivo regulador pretendido. Si entendemos a la "extrafiscalidad" como "no recaudación" se evidencia un desacierto conceptual ya que ningún tributo, por más extrafiscales que sean sus fines, procura (o debería procurar) una recaudación cero. La obtención de recursos siempre está presente aunque en ciertos casos aparece deslucida por la finalidad extrafiscal.

c) Ausencia de naturaleza sancionatoria

Si afirmamos que un tributo con fines ultrafiscales conserva su finalidad recaudadora y que se aplica sobre conductas tolerables por la sociedad pero es conveniente su morigeración, nunca podrá tener naturaleza sancionatoria. El rechazo hacia una situación que se tolera pero que se desea disminuir (no eliminar) encaja mejor en la noción de tributo que la de sanción. El binomio infracción-sanción no se muestra del todo adecuado para regular tales situaciones.

d) Es innecesario que exista una asignación específica de los fondos

Los tributos con fines ultrafiscales no dependen, para considerarse tales, de la aplicación de los fondos obtenidos a la finalidad extrafiscal perseguida. Ello no quiere decir que no sea posible encontrar tal aplicación, que de hecho suele ser común y que incluso alentamos, simplemente afirmamos que no se trata de un requisito distintivo en este tipo de gravámenes³². No debemos olvidar que la extrafiscalidad está en el desaliento de una conducta o situación pero no en que los recursos sean destinados a la finalidad extrafiscal³³.

³² Si bien no es un requisito definitorio es importante la posibilidad que ofrecen los tributos ambientales para captar recursos que puedan destinarse concretamente a mejorar la gestión ambiental y fortalecer a las instituciones responsables. "El destinar específicamente los ingresos provenientes de cargos, tarifas y/o impuestos ambientales ha contribuido a su aceptación por los contribuyentes que pagan cargos y/o impuestos específicos ligados a la provisión de un servicios o programa ambiental que ellos apoyan... o para cubrir los costos de un programa de descontaminación o la infraestructura de saneamiento local..." (ACQUATELLA, "Aplicación de instrumentos..." ob. cit., pp. 14 y 20).

³³ "Sea cual fuere la base que se adopte para la tributación, hay que asegurarse de que los objetivos de un gravamen ambiental no sean de financiamiento, sino de incentivo; esto es, que procuren inducir

La utilidad de esta distinción radica en que nos permite diferenciar ante qué tipo de tributo estamos. Cuando hablamos de un tributo ambiental (clasificación tributaria) sabemos que lo importante es la función disuasoria de su hecho imponible y cuando hablamos de un gravamen cuyos fondos tienen un destino ecológico (clasificación no tributaria) sabemos que estamos ante un tributo que, más allá de la finalidad de su hecho imponible, aplica su recaudación a la protección del medio ambiente. Evidentemente podemos encontrar un mismo gravamen cuyo hecho imponible y cuya aplicación de fondos sean igualmente ambientales.

IV.3. Los beneficios fiscales ecológicos

No son pocos los juristas que confunden a los tributos ambientales con los beneficios fiscales ecológicos, pero la diferencia entre ambas medidas es evidente, no sólo en su concepción sino también en su funcionamiento. Antes de diferenciarlos recordamos sus similitudes: ambas son instituciones propias del Derecho tributario y bregan por la preservación del medio ambiente.

La distinción estriba en que mientras los tributos ambientales persiguen desmotivar a los administrados en la realización de conductas antiambientales (desalentando el consumo desmedido del agua, la utilización excesiva de los automóviles, etc.), los beneficios fiscales ecológicos procuran alentar la realización de conductas proambientales (promoviendo la utilización de energía limpia, el uso de vehículos menos contaminantes, etc.). El *quid* de la cuestión gira en torno a la función, disuasoria o persuasoria, que refleja cada medida. Vale la pena aclarar, para algún desprevenido, que los beneficios fiscales ecológicos no son tributos sino ventajas que se incorporan a éstos. Tales ventajas son de las más variadas y pueden implicar la anulación, reducción o incluso el aplazamiento del cumplimiento de una deuda tributaria³⁴.

A raíz de ello definimos a los beneficios fiscales ecológicos como aquellas ventajas que otorga el sistema fiscal por medio de la cual se dispensa, disminuye o difiere la carga tributaria de los sujetos pasivos encargados de afrontar el gravamen. Estas medidas "...ofrecen facilidades financieras a inversiones y actividades con externalidades ambientales positivas y son la contraparte de los... impuestos que se aplican a las externalidades negativas"³⁵. Adquieren relevancia cuando "...se dirigen a promover inversiones ambientales en los sectores de pequeña y mediana empresa que por sus características y estructuras de costo responden mejor a estos incentivos..."³⁶.

Es por ello que cuando hablamos de un tributo ambiental (fines extrafiscales), todo el gravamen puede considerarse en cierta forma ecológico, ya que su propio hecho imponible, su esencia persigue una protección ambiental. En cambio los beneficios fiscales ecológicos pueden situarse tanto en gravámenes con fines recaudatorios, en principio alejados de la protección ambiental, como en tributos ambientales. Un ejemplo del primer caso sería la exención del Im-

cambios en las decisiones de los agentes" (SEROA DA MOTTA R., "Tributación ambiental, macroeconomía y medio ambiente en América Latina; aspectos conceptuales y el caso de Brasil", *Serie Macroeconomía del Desarrollo, CEPAL*, 2001. p. 35).

³⁴ SALASSA BOIX, "La protección ambiental..." ob. cit., pp. 42 y 43.

³⁵ ACQUATELLA, "Aplicación de instrumentos..." ob. cit., p. 15.

³⁶ *Idem*.

puesto a las Ganancias (fines recaudatorios) de las rentas derivadas de actividades vinculadas a la preservación del medio ambiente, a condición de su reinversión en dicha finalidad. Un ejemplo del segundo caso sería un tributo que grave la circulación de automóviles pero que exima o bonifique a aquellos vehículos que tengan un motor eléctrico o híbrido.

V. Políticas públicas de Educación Ambiental

V.1. Introducción

La gran significancia y alarma social que poseen las cuestiones ambientales en la actualidad se percibe no sólo en el progresivo aumento de los materiales publicados en medios periodísticos y divulgativos sino también en las importantes reuniones y acciones emprendidas por organismos internacionales y gobiernos de la mayoría de los países del mundo³⁷. Pero a pesar de dichos esfuerzos no parecen existir demasiados síntomas de mejoría en estas cuestiones.

Particularmente en la Argentina, como adelantamos al comienzo del trabajo, durante los últimos años se ha ido desarrollando un proceso de promulgación de leyes, redacción y publicación de documentos y convocatoria a reuniones, seminarios y congresos que han despertado un gran interés en estas cuestiones en la ciudadanía³⁸. Pero ello no parece haber sido suficiente. Se ha concretado lo que suele llamarse un problema de “inflación legislativa”, ya que existen muchas normas jurídicas e instituciones ambientales, pero queda por recorrer un largo camino para alcanzar una gestión adecuada de la cuestión³⁹.

En tal sentido, se considera que la información, educación y participación de la comunidad son imprescindibles para abordar la temática. La mayoría de los autores plantean que uno de los instrumentos centrales para el cambio de actitud en la relación del hombre con el medioambiente es la educación que informa, concientiza y forma ciudadanos responsables⁴⁰. Esto demuestra que de poco sirven la ciencia, técnica, ley y administración si no se concientiza a la población de las relaciones de interdependencia del hombre con su medio ambiente logrando el respeto por éste⁴¹.

A continuación nos detendremos sobre la noción de Educación Ambiental, ya que la definición que finalmente adoptemos de ésta será de vital importancia para determinar su relación con la Fiscalidad Ambiental. El concepto de Educación Ambiental se dio a conocer oficialmente por primera vez en diversos foros a nivel mundial en la década del '70. Desde ese momento su significado ha ido variando hasta la actualidad⁴². Se han construido diversas definiciones, con diferentes enfoques y criterios definitorios; en las próximas líneas mencionaremos tres de ellas y nos atendremos a una para continuar con nuestro análisis.

³⁷ BACHMANN, L., “La educación ambiental en Argentina, hoy”, 2008, [en línea] http://www.me.gov.ar/curriform/publica/marco_ed_ambiental.pdf. [Consulta: 15/6/14]

³⁸ DURÁN, ob. cit.

³⁹ FOA TORRES, J., “Una evaluación crítica de los estudios de Políticas Públicas ambientales. Hacia un análisis discursivo y de crítica a la ideología de las políticas”, en *Revista Pensamiento Plural*, n° 9, Pelotas, 2011, p. 99.

⁴⁰ DURÁN, ob. cit.

⁴¹ SESSANO, P., “El triángulo virtuoso de la educación ambiental”, en *Anales de la educación común*, año 3, n° 8, Buenos Aires, 2007, p. 89.

⁴² BACHMANN, ob. cit.

Por un lado, una de las principales nociones es la que se brindó en la Conferencia Intergubernamental de Educación Ambiental en el año 1977 (CIEA), en la cual se habla de “...un proceso permanente en el cual los individuos y las comunidades adquieren conciencia de su medio y aprenden los conocimientos, los valores, las destrezas, la experiencia y también la determinación que les capacite para actuar, individual y colectivamente, en la resolución de los problemas ambientales presentes y futuros”. Seguidamente, la CIEA aclara que “...mediante la educación ambiental se propone... formar ciudadanos conscientes de los problemas del ambiente, que posean conocimientos, actitudes, motivaciones, deseos y aptitudes necesarias para trabajar de manera individual y colectiva en la solución de los problemas actuales y en la prevención de los futuros”⁴³.

Por otro lado, y desde una perspectiva más crítica, Sangronis Padrón entiende que la Educación Ambiental tiene una naturaleza política en tanto propugna la transformación de las estructuras sociales imperantes en el modelo civilizatorio en que vivimos. La Educación Ambiental debe estar orientada hacia una praxis que promueva la transformación social. Asimismo, el autor agrega que en la medida que la crisis ambiental no es ideológicamente neutra ni ajena a las relaciones hegemónicas de control económico y político en nuestra sociedad, la educación ambiental tampoco lo puede ser⁴⁴.

En esta misma línea, con fuertes rasgos ideológicos, la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación propone una educación ambiental reflexiva que se traduzca en acción y no sólo intención. Concretamente, se habla de:

“...una educación crítica y emancipatoria. Crítica en el sentido que discuta, cuestione y explicita las contradicciones del modelo de desarrollo hegemónico, los valores sociales en que éste se sustenta y las relaciones sociales que instituye. Emancipatoria, que despliegue la capacidad del pensamiento autónomo enarbolando la libertad como valor fundamental, creyendo profundamente en la posibilidad de cambio y en la necesidad de trabajar desde el presente en la construcción de los escenarios futuros”⁴⁵.

La doctrina española ha dicho “...que en lugar de una educación a favor del medio, ha de ser una educación para cambiar la sociedad, de forma que se procuren los cambios económicos, sociales, políticos y culturales que nos lleven a alcanzar un modelo de desarrollo sostenible que implique no sólo una mejora ambiental sino también una social, económica y política a nivel global”⁴⁶.

Dejando de lado en esta ocasión las connotaciones ideológicas, existe una interesante diferencia entre la primera y la última noción que brindamos respecto a lo que ha de entenderse por Educación Ambiental. Si bien es cierto que ambas persiguen un cambio de conducta en la sociedad, la primera de ellas (Conferencia) hace un mayor hincapié en la concientización de los individuos,

⁴³ Declaración de la Conferencia Intergubernamental de Educación Ambiental, Tbilisi, 1977.

⁴⁴ SANGRONIS PADRÓN, J., “La naturaleza política de la educación ambiental”, 2004, [en línea] http://www.ecoportal.net/Temas_Especiales/Educacion_Ambiental/La_Naturaleza_Politica_de_la_Educacion_Ambiental [Consulta: 5/5/14]

⁴⁵ Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable, *Educación Ambiental: Aportes Políticos y pedagógicos en la construcción del campo de la Educación Ambiental*, Buenos Aires, 2009, [en línea] <http://www.ambiente.gov.ar/archivos/web/UCEA/file/Aportes%20Pol%C3%ADticos%20y%20Pedag%C3%B3gicos.pdf> [Consulta: 1/6/14].

⁴⁶ ÁLVAREZ SUÁREZ, P., VEGA MARCOTE, P., “Una propuesta educativa para la sostenibilidad”, en *Sostenibilidad, valores y cultura ambiental* (Dir.: R. GARCÍA MIRA y P. VEGA MARCOTE), Pirámide, Madrid, 2009, p. 90.

es decir que no basta con el mero cambio de conducta sino que ésta debe ser fruto un auténtico convencimiento interno en los sujetos sobre la necesidad de modificar su actuar. Esta puntualización no es baladí, ya que la vinculación de la Educación Ambiental con la Fiscalidad Ambiental, que veremos en las conclusiones, variará según deba existir o no tal concientización.

V.2. Marco normativo nacional y provincial

Luego de la reforma constitucional de 1994 en nuestro país se dio paso a un nuevo orden ambiental nacional en lo que al ordenamiento jurídico se refiere⁴⁷, especialmente a través de la incorporación del artículo 41 en nuestra *Carta Magna*⁴⁸. De esta manera la Argentina se adhirió a la corriente de constitucionalización de la protección del medio ambiente que se fue forjando en la última parte del siglo XX. Tal fue la importancia del reconocimiento constitucional que se puede decir que a partir de allí comenzó un proceso de legislación en materia ambiental sin precedentes en la Argentina⁴⁹.

Entre los postulados del artículo 41 se establece que las autoridades proveerán a la información y educación ambientales. De esta forma se posiciona a la temática bajo análisis entre las materias que deben gestionar las autoridades ambientales en la Argentina y que, por lo tanto, tienen el derecho a recibir los administrados. Todo ello nos lleva a considerar a la Educación Ambiental como un derecho/deber, dependiendo si estamos hablando de la ciudadanía o la Administración, respectivamente. En esta misma línea, la Ley General del Ambiente de 2002 (25675) la coloca como uno de los instrumentos de la política y gestión ambiental (art. 8º). Luego se refiere nuevamente a ella como "...el instrumento básico para generar en los ciudadanos, valores, comportamientos y actitudes que sean acordes con un ambiente equilibrado, propendan a la preservación de los recursos naturales y su utilización sostenible, y mejoren la calidad de vida de la población" (art. 14).

Esta tendencia cobró aún mayor impulso desde su inclusión en la Ley de Educación Nacional de 2006 (26206), especialmente por los preceptos del artículo 89. Si bien esta ley reconoce la necesidad de la educación ambiental, es incompleta al no proponer conceptos que ayuden a estructurar la acción, manteniendo tácitamente la mirada desarrollista que apuesta al crecimiento económico como forma de mejoramiento de las condiciones ambientales y de la calidad de vida⁵⁰.

En el caso particular de la Provincia de Córdoba, la Constitución también ha dado suma importancia al cuidado del medio ambiente en general, ya que no sólo está contemplado en las Declaraciones de fe política, dentro de los derechos sociales y deberes, sino que además se garantiza su protección. En el ámbito legislativo provincial no podemos dejar de mencionar la reciente sanción de la Ley provincial de Política Ambiental Provincial de 2014 (10208), que viene a com-

⁴⁷ JULIÁ, M., "La discusión del concepto de presupuesto mínimo en el marco de un nuevo orden ambiental político, jurídico e institucional", en *Revista de Derecho Ambiental*, n° 1, Lexis Nexis, Córdoba, 2005, pp. 99-101.

⁴⁸ Fue un momento histórico para el Derecho ambiental argentino, ya que se reconoció en la Constitución al medio ambiente como bien jurídicamente protegido (PALAZZO, E. L., "Algunos aportes sobre los derechos ambientales", en *El Derecho*, 24 de abril de 2000, pp. 1 y ss).

⁴⁹ SALASSA BOIX, "Medidas tributarias...", ob. cit., pp. 40 y 41.

⁵⁰ SESSANO, ob. cit., p. 88.

plementar el marco normativo vigente (Ley 7343 y normas concordantes y complementarias). La Ley 10208 incorpora expresamente a la Educación Ambiental como uno de los instrumentos de política y gestión ambiental (art. 8º), desarrollando su contenido de manera particular en el Capítulo X. De todas formas, ya en el art. 3.f) se refiere a la Educación Ambiental como uno de los objetivos de la política ambiental, tanto en el sistema formal e informal de educación.

V.3. Áreas de acción de la Educación Ambiental

El derecho/deber de educación ambiental puede expresarse a través de tres áreas de acción⁵¹, las cuales están mencionadas en las ya citadas Ley 25675 (nacional) y Ley 10208 (provincial).

Por un lado, tenemos a la Educación Ambiental formal que configura una acción educativa “normada”, a través de instituciones y planes de estudio, y se puede encontrar desde la educación de nivel inicial hasta los estudios superiores. Es una educación regulada, planificada e intencional. Un ejemplo concreto lo encontramos en la Provincia de Córdoba en donde los diseños curriculares abordan la Educación Ambiental como contenido transversal, a partir del análisis de la realidad y de los problemas regionales y locales, sin perder de vista las problemáticas nacionales y globales.

Por otro lado, contamos con la Educación Ambiental no formal que, a diferencia de la anterior, no se planifica a largo plazo sino a corto o mediano alcance. Es por ello que es más flexible y se adapta mejor a las necesidades de cada contexto específico. Generalmente parte de un diagnóstico de necesidades educativas de un grupo social concreto, complementando la educación formal.

Por último, la Educación Ambiental informal es aquélla que se desarrolla sin ningún tipo de estructura curricular. No presenta programas ni sistemas de evaluación. La educación se obtiene de forma no intencionada a través de diferentes acciones cotidianas.

Estas formas distintas de educación forman parte de un mismo sistema de pensamiento y acción, complementándose entre ellas, retroalimentándose e influyéndose⁵². Es dentro de esta heterogeneidad de acciones donde encontramos a los tributos ambientales como posibles herramientas jurídicas educadoras. Concretamente, y a partir de las nociones que vimos en el punto IV del presente trabajo, podemos decir que los gravámenes ecológicos se encuadran en el área de la Educación Ambiental informal, debido a que no tienen diseño curricular ni parten de un diagnóstico de necesidades educativas en un contexto dado. Estos instrumentos fiscales están destinados a conseguir que los operadores económicos tengan en cuenta el factor ambiental y los efectos sobre el medio ambiente como consecuencia de sus decisiones de inversión o consumo⁵³.

⁵¹ FERNÁNDEZ BALBOA C., BERTONATTI C., *Conceptos básicos sobre Educación Ambiental*, Biblioteca del Congreso de la Nación y Fundación Vida Silvestre, Buenos Aires, 2000, p. 16.

⁵² NOVO, M., “La educación ambiental formal y no formal: dos sistemas complementarios”, en *Revista Iberoamericana de Educación*, nº 11, Biblioteca Virtual Organización de Estados Iberoamericanos, 1996, p. 75.

⁵³ ALONSO GARCÍA, C. y MORENO MOLINA, J., “Técnicas Jurídicas de protección ambiental: instrumentos de intervención administrativa”, en *Lecciones de Derecho de Medio Ambiente* (Coord. LUIS IGNACIO ORTEGA ÁLVAREZ), Lex Nova, Madrid, 2002, p. 125.

Según los resultados de un estudio realizado en la Comunidad Autónoma de Galicia entre los años 2006 y 2007, es necesario formar a los ciudadanos en las cuestiones ambientales para incrementar la conciencia ambiental y la disposición a contribuir para mejorar el ambiente. Como consecuencia de esta falta de información ambiental, el estudio relevó que la posición de los ciudadanos frente al establecimiento de tasas que permitan contribuir a la protección del medio ambiente fue negativa, a diferencia de que se mostraron favorables para imponer multas a quienes transgredan las normas y leyes ambientales⁵⁴. Esto revela la necesidad y el avance al coordinar las políticas tributarias con las ambientales, haciendo hincapié en la educación para la tributación.

VI. Conclusiones

Al comenzar el trabajo nos propusimos llevar adelante un análisis jurídico transversal de las políticas públicas ambientales educativas y fiscales para determinar si existen puntos de encuentro entre ambas. Todo ello partiendo de la base que los problemas ambientales son multidimensionales y tienen un impacto tanto socioeconómico como ambiental⁵⁵.

En este sentido es importante tener en cuenta que “la efectividad última de los instrumentos aplicados a la gestión ambiental depende en gran medida de su articulación coherente con el resto del entorno de políticas públicas donde ellos operan”⁵⁶; el objetivo de este trabajo estriba justamente en fomentar dicha articulación entre la Fiscalidad Ambiental y la Educación Ambiental⁵⁷. Esta complementación sólo se puede lograr mediante una acción coordinada entre las autoridades fiscales y las ambientales⁵⁸. La falta de coordinación puede generar que las políticas sectoriales “...terminen por generar externalidades no anticipadas que puedan reducir los efectos esperados de ellas, o incluso empeorar la situación inicial”⁵⁹.

Por un lado, la educación puede ser utilizada para que los administrados conozcan y se informen sobre las medidas fiscales destinadas a proteger el medio ambiente. De esta forma, al ser educados sobre los tributos ambientales y beneficios fiscales ecológicos regulados en la normativa, los contribuyentes son conscientes de las diferentes medidas de desmotivación y estímulo y, a partir de

⁵⁴ GARCÍA MIRA, R., “Sostenibilidad y cultura ambiental: aspectos psicosociales, educativos y de participación pública”, en *Sostenibilidad, valores y cultura ambiental* (Dir.: R. GARCÍA MIRA y P. VEGA MARCOTE), Pirámide, Madrid, 2009, p. 48.

⁵⁵ GARCÍA MIRA, ob. cit., p. 32.

⁵⁶ ACQUATELLA, “Aplicación de instrumentos...”, ob. cit., p. 22.

⁵⁷ No obstante, somos conscientes que existe un gran desafío a la hora de combinar los diferentes instrumentos dentro de una estrategia regulatoria coherente y efectiva (ACQUATELLA, “Aplicación de instrumentos...”, ob. cit., p. 60).

⁵⁸ ACQUATELLA, “Aplicación de instrumentos...”, ob. cit., p. 62. En otro documento el mismo autor señala que “...la utilización adecuada de instrumentos económicos en la gestión ambiental no constituye un asunto trivial. Su éxito depende, entre otros factores, de la capacidad de las autoridades ambientales de trabajar coherente con la autoridad fiscal y de contar con una sólida capacidad de seguimiento y control para hacer cumplir la regulación ambiental” (ACQUATELLA, “El rol conjunto...”, ob. cit., p. 3).

⁵⁹ LERDA; ACQUATELLA y GÓMEZ, ob. cit., p. 3. Para alcanzar una efectiva integración de políticas es primordial la existencia de mecanismos institucionales aceptados que permitan acercar posiciones contrapuestas y zanjar diferencias de manera eficiente y eficaz (*Idem*, p. 6).

ello, pueden ajustar su conducta para no ser perjudicados o beneficiarse económicamente de tales medidas. Aquí caben dos consideraciones.

En primer lugar, es cierto que la información sobre las medidas fiscales no garantiza que los destinatarios vayan a modificar efectivamente su conducta, pero también es cierto que las posibilidades son mucho mayores que si no existiera tal información. De manera que la utilidad ecológica de las medidas educativas en este sentido resulta palmaria.

En segundo lugar, también es cierto que la información no está dirigida directamente a la protección del medio ambiente pero, al educar acerca de ciertas medidas que están visiblemente orientadas a la conservación ecológica, no se puede negar que la educación tiene, en algún sentido, un carácter ambiental.

Por el otro lado, la fiscalidad también puede utilizarse para educar a la población sobre el cuidado ambiental, aunque aquí debemos realizar consideraciones más profundas que en el caso anterior.

En primer lugar, se podría sostener que existe vinculación entre la Fiscalidad y la Educación Ambiental cuando los recursos de los gravámenes son utilizados para financiar las instancias de Educación Ambiental de los ciudadanos. No obstante, en virtud de las aclaraciones que hicimos al comenzar el trabajo, si nos enfocamos exclusivamente en el destino de la recaudación nos alejamos técnicamente del Derecho tributario para acercarnos al Derecho financiero o, como sostienen otros autores, nos movemos más bien dentro de la Fiscalidad Ambiental impropia o amplia⁶⁰. En razón de ello, la vinculación de la Educación Ambiental ya no sería tanto con el Derecho tributario sino más bien con el Derecho financiero.

En segundo lugar, la relación entre la Educación Ambiental y la Fiscalidad Ambiental dependerá de cómo consideremos a la Educación Ambiental. Si aquella sólo implica el cambio de comportamiento de los ciudadanos en pos del medio ambiente, sin importar la toma real de conciencia de los ciudadanos, la relación será bastante diáfana⁶¹. Pero si la Educación Ambiental se basa en la toma de conciencia de la gravedad del deterioro ecológico y en la necesidad de proteger al medio ambiente, la relación será menos estrecha⁶². Esto último es así ya que los tributos ambientales y beneficios fiscales ecológicos buscan persuadir a los destinatarios para modificar su conducta sin importar que necesariamente exista conciencia sobre la problemática ambiental⁶³.

Visto de esta forma, entendemos que sólo habría dos maneras en que las medidas fiscales pueden promover la mentada concientización y, en definitiva, las instancias de Educación Ambiental. O bien se explican públicamente a la ciudadanía las razones por las que se legisló un determinado tributo o beneficio fiscal de orientación ambiental o bien se plasma expresamente en la exposición

⁶⁰ DA SILVA, ob. cit., p. 4997.

⁶¹ En este sentido Milne afirma que los tributos ambientales pueden influir en el comportamiento de las personas enviando significantes mensajes educativos (MILNE, J. E., "Environmental taxation in the United States: the long view", in *Environmental Law Review* (Lewis and Clark Law School), vol. 15, Nº 2, 2006, p. 447). Se destaca entonces la importancia de fomentar una mayor concientización y cultura ambiental, promoviendo ciertos valores e incorporando el análisis de los costes y beneficios de un comportamiento pro-ambiental (GARCÍA MIRA, ob. cit., p. 55).

⁶² Sobre este aspecto no se puede soslayar que la Educación Ambiental y la información ambiental son instrumentales a la toma de conciencia sobre la necesidad de proteger el ambiente y a la participación ciudadana en la toma de decisiones en materia ambiental (arts. 19 a 21, Ley 25675).

⁶³ El cambio de conducta puede deberse, por ejemplo, exclusivamente a cuestiones meramente económicas.

de motivos de la normativa fiscal la motivación ecológica del cambio de comportamiento que se exige de los administrados en pos del medio ambiente. En definitiva, si entendemos a la Educación Ambiental como toma de conciencia, será necesaria una instancia previa a la medida fiscal que explique su fundamentación ecológica.

A raíz de lo expuesto detectamos dos conclusiones. En primer lugar, existen evidentes puntos de encuentro entre las políticas públicas analizadas que se pueden resumir en una vinculación recíproca en donde la Educación Ambiental es tan útil para la Fiscalidad Ambiental como ésta lo es para aquélla. En segundo lugar, la mentada vinculación hace de cada una de las medidas bajo estudio una herramienta más propicia para la protección ambiental, ya que la sinergia entre ambas permite un mayor rendimiento de cada una de ellas del que tendrían si operaran aisladamente. Es imposible vaticinar *a priori* si mediante esta sinergia revertiremos efectivamente los desalentadores resultados que hemos alcanzado en materia ambiental hasta el momento, pero constituye, sin lugar a dudas, un gran paso para modificar la tendencia actual.

Bibliografía

ACQUATELLA, J., "Aplicación de instrumentos económicos en la gestión ambiental en América Latina y el Caribe: desafíos y factores condicionantes", *Serie Medio Ambiente y Desarrollo*, n° 31, CEPAL/PNUD, 2001, p. 1-83 y "El rol conjunto de las autoridades ambientales y las autoridades fiscales en la construcción de una plataforma para aplicar instrumentos económicos en la gestión ambiental de los países de América Latina y el Caribe", *Documento para participantes. II Taller Regional de Política Fiscal y Medio Ambiente en América Latina y el Caribe*, CEPAL, 2004.

ALONSO GARCÍA, C. y MORENO MOLINA, J., "Técnicas Jurídicas de protección ambiental: instrumentos de intervención administrativa", en *Lecciones de Derecho de Medio Ambiente* (Coord. Luis Ignacio Ortega Álvarez), Lex Nova, Madrid, 2002.

ÁLVAREZ SUÁREZ, P. y VEGA MARCOTE, P., "Una propuesta educativa para la sostenibilidad", en *Sostenibilidad, valores y cultura ambiental* (Dir.: R. García Mira y P. Vega Marcote), Pirámide, Madrid, 2009.

BACHMANN, L., "La educación ambiental en Argentina, hoy", 2008, [en línea] http://www.me.gov.ar/curriform/publica/marco_ed_ambiental.pdf. [Consulta: 15/6/14].

BRAÑES, R., *Manual Derecho Ambiental Mexicano*, Fondo de Cultura Económica, México, 2000.

BUÑUEL GONZÁLEZ, M., *El Uso de Instrumentos Económicos en la Política del Medio Ambiente*, Consejo Económico y Social, Madrid, 1999.

BUÑUEL GONZÁLEZ, M. y HERRERA MOLINA P. (Dir.), "Modelo de Código Tributario Ambiental para América Latina", *IEFs*, Doc. 18/03 y Universidad Complutense de Madrid, 2003.

CARMONA LARA, M. C., *Derecho ecológico*, UNAM, México, 1992.

CEPAL, *Instrumentos económicos para la gestión ambiental*, México, 1997.

DA SILVA, D. A.; "Tributos verdes: proteção ambiental ou uma nova roupagem para antigas finalidades?", *Revista Instituto de Derecho Brasileiro*, Año 1, n° 8, 2012, pp. 4993-5023.

DURÁN, D., *La trama ambiental argentina y la educación*, 2001, [en línea] http://www.ecoportel.net/Temas_Especiales/Educacion_Ambiental/La_trama_ambiental_argentina_y_la_educacion. [Consulta: 5/5/14].

FERNÁNDEZ BALBOA C. y BERTONATTI C., *Conceptos básicos sobre Educación Ambiental*, Biblioteca del Congreso de la Nación y Fundación Vida Silvestre, Buenos Aires, 2000.

FOA TORRES, J., "Una evaluación crítica de los estudios de Políticas Públicas ambientales," en *Revista Pensamiento Plural*, n° 9, Pelotas, 2011, pp. 98-129.

GARCÍA MIRA, R., "Sostenibilidad y cultura ambiental: aspectos psicosociales, educativos y de participación pública," en *Sostenibilidad, valores y cultura ambiental* (Dir.: R. GARCÍA MIRA y P. VEGA MARCOTE), Pirámide, Madrid, 2009.

JULIÁ, M., "La discusión del concepto de presupuesto mínimo en el marco de un nuevo orden ambiental político, jurídico e institucional," en *Revista de Derecho Ambiental*, n° 1, Lexis Nexis, Córdoba, 2005, pp. 99-111 y "Problema de insertar la dimensión ambiental en lo institucional," *Anuario 1993*, n° 1, Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales-UNC Advocatus, Córdoba, 1993.

JULIÁ, M., DEL CAMPO, C. y FOA TORRES J., *La institucionalización ambiental en Argentina*, Lerner, Córdoba, 2009 y *Formulación de Políticas Públicas Ambientales. Los casos de "Aguas", "Bosque Nativo" y "Residuos Peligrosos"*, Lerner, Córdoba, 2013.

JULIÁ, M. y FOA TORRES, J., "La operacionalización de conceptos para el análisis empírico de la formulación de políticas públicas ambientales," presentado en el II Congreso Latinoamericano y Duodécimo Nacional de Sociología Jurídica, Congreso, Santa Rosa (La Pampa), 2011.

LERDA J. C.; ACQUATELLA J. y GÓMEZ J. J.; "Coordinación de políticas públicas: desafíos y oportunidades para una agenda fiscal ambiental," *Documento para participantes II Taller Regional de Política Fiscal y Medio Ambiente en América Latina y el Caribe*, CEPAL, 2004, pp. 3-24.

MILNE, J. E., "Environmental taxation in the United States: the long view," in *Environmental Law Review* (Lewis and Clark Law School), vol. 15, N° 2, 2006, pp. 417-449.

MORALES LAMBERTI, A., *Derecho Ambiental. Instrumentos de política y gestión ambiental*, Alveroni, 1999.

NOVO, M., "La educación ambiental formal y no formal: dos sistemas complementarios," *Revista Iberoamericana de Educación*, n° 11, Biblioteca Organización de Estados Iberoamericanos, 1996.

OCDE (2001): *Environmentally Related Taxes in OECD Countries. Issues and Strategies*.

PALAZZO, E. L., "Algunos aportes sobre los derechos ambientales," en *El Derecho*, abril 2000.

PALOS SOSA, M. E., *El tributo ambiental local. Modelos, principios jurídicos y participación social. Estudio de caso*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2011.

PICHOT, F. y RAPADO, J. R., *La fiscalidad y el medio ambiente. Políticas complementarias*, Mundi-Prensa, Madrid, 1994.

SALASSA BOIX, R., "La fiscalidad extrafiscal de los tributos. Algunas notas sobre los tributos medioambientales," *Estudios de Derecho Tributario* (Dir.: ARROYO), Advocatus y Ciencia, Derecho y Sociedad (UNC), Córdoba, 2013; "La protección ambiental a partir del Derecho fiscal," *La investigación jurídica en políticas públicas ambientales* (Dir.: JULIÁ), Narvaja Editor, Córdoba, 2013; "Medidas tributarias medioambientales en el ordenamiento jurídico argentino," *Políticas de protección ambiental en el siglo XXI: medidas tributarias, contaminación ambiental y empresa* (Dir. URQUIZU CAVALLÉ y Coord. SALASSA BOIX), Bosch, Barcelona, 2013; y "The government mechanisms of environmental protection," *3rd International Workshop on Uncertainty in Greenhouse Gas Inventories. Proceedings*, FOP Soroka S.V., Lviv (Ucrania), 2010.

SANGRONIS PADRÓN, J., "La naturaleza política de la educación ambiental," 2004, [en línea] http://www.ecoport.net/Temas_Especiales/Educacion_Ambiental/La_Naturaleza_Politica_de_la_Educacion_Ambiental [Consulta: 5/5/14];

SECRETARÍA DE AMBIENTE Y DESARROLLO SUSTENTABLE, "Educación Ambiental: Aportes Políticos y pedagógicos en la construcción del campo de la Educación Ambiental," Buenos Aires, 2009, [en línea] <http://www.ambiente.gov.ar/archivos/web/UCEA/file/Aportes%20Pol%C3%ADticos%20y%20Pedag%C3%B3gicos.pdf> [Consulta: 1/6/14].

SEROA DA MOTTA R., "Tributación ambiental, macroeconomía y medio ambiente en América Latina", *Serie Macroeconomía del Desarrollo, CEPAL*, 2001, pp. 1-47.

SESSANO, P., "El triángulo virtuoso de la educación ambiental", *Anales de la educación común*, año 3, nº 8, Buenos Aires, 2007, pp. 84-92.

VAQUERA GARCÍA, A., *Fiscalidad y medio ambiente*, Lex Nova, Valladolid, 1999.



LOS SENDEROS LEGALES E INSTITUCIONALES EN LAS POLÍTICAS AMBIENTALES*

*Marta Susana Juliá** - María Carolina Ulla****

Resumen: En el estudio del ciclo de las políticas ambientales en el sistema jurídico, político e institucional en la Argentina, desde su formulación hasta la ejecución, por momentos, aparece un único camino donde se manifiesta la forma de generar la política ambiental en el sistema. En el análisis de este proceso no existe un solo camino sino que empiezan a aparecer innumerables senderos, atajos y desvíos que permiten observar las modalidades que sigue la configuración de la política ambiental en el país. Es por todo ello, que pretendemos reflexionar en la pluralidad de senderos legales e institucionales a observar y los análisis realizados y las tareas pendientes para comprender la problemática objeto de análisis.

Palabras claves: Implementación de políticas ambientales - Ejecución de políticas ambientales - Derecho ambiental - Institucionalidad ambiental - Política ambiental.

I. Introducción

Las políticas públicas ambientales en la Argentina (con profundización en diferentes aspectos en nuestro equipo de investigación) aparecen en el contexto jurídico, político e institucional como un proceso complejo y representa en esencia la manifestación del nuevo orden jurídico ambiental.

El contexto histórico del país en que se desarrollan las principales políticas ambientales está directamente asociado a la construcción y desarrollo de la institucionalidad ambiental, todo ello forma parte de la reconstrucción del ciclo de políticas ambientales que se ha desarrollado a partir de la recuperación de la democracia en 1983.

El camino de las políticas públicas ambientales en la Argentina recorre diversos senderos jurídicos e institucionales que nos parece interesante explorar y abordar de tal manera de comprender desde donde se formulan las políticas ambientales, cuales son los principales recorridos realizados y porqué caminos y de qué manera se ha llegado al territorio en la ejecución de las políticas planteadas.

* Recibido el 29/12/14. Aprobado el 07/10/15.

Muchos aspectos corresponden al desarrollo de los Proyectos "Formulación de políticas públicas ambientales en Argentina" Subsidiado por Secyt 2010-2011 y el proyecto "Implementación de políticas públicas ambientales en Argentina. Dos estudios de caso: bosque nativo y residuos peligrosos (2007-2011)". Subsidiado por Secyt 2012-2013.

** Abogada, Doctora en Derecho y Ciencias Sociales egresada de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Investigadora del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho UNC. Secretaria de Vinculación Tecnológica del Instituto Superior de Estudios Ambientales de la UNC. Correo electrónico abmsjulia@hotmail.com.

*** Abogada (UNC). Magister en Derecho Ambiental (IIFA), diplomada en Integración Regional y Desarrollo Sustentable (OLAGI/ESCOLAGI). Doctorando en la IV Cohorte en Ciencias Políticas (CEA-UNC) con Beca Doctoral CONICET Tipo I, Directora Dra. Marta Juliá y con lugar de trabajo en el Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, de la Universidad Nacional de Córdoba. Adscripta en la materia Derecho de los Recursos Naturales y Ambiental de la UNC. Correo electrónico abmculla@gmail.com

En primer término nos preguntamos sobre la existencia de un solo camino en las políticas ambientales o distintos senderos posibles que siguen las políticas. En segundo término, en función de los senderos legales e institucionales analizados puntualizamos aspectos de la formulación de las políticas, senderos legales e institucionales y de la ejecución de las políticas, realizamos algunas aproximaciones generales y luego planteamos reflexiones y caminos que se vislumbran para profundizar y analizar la problemática.

II. Las políticas ambientales: ¿un solo camino o múltiples senderos posibles?

En el estudio de las políticas ambientales se pueden observar distintos enfoques y perspectivas de análisis, cada una de los cuales representa un lugar desde donde analizar la política, una elección acerca de los aspectos que se pretenden abordar, lo cual va delineando la configuración de un diseño de análisis que nos conducirá al objeto de estudio seleccionado.

Ya hemos planteado antes¹, que “en el campo de los estudios de políticas ambientales está habitado por un amplísimo espectro de enfoques que van desde los técnico-económicos que promueven el desarrollo de instrumentos económicos de gestión ambiental, pasando por la perspectiva de los derechos que suele proponer la instauración y fortalecimiento de instancias que garanticen el cumplimiento de la legislación ambiental, hasta enfoques críticos y de cuño marxista que intentar analizar al derecho y la política ambiental en el contexto económico y político mundial en el que se desenvuelven²”.

Acordamos también que las políticas públicas son “al mismo tiempo, decisiones racionales, elecciones de valores, estrategias discursivas, entramados legales, productos institucionales, razones políticas y un largo etcétera. Cada enfoque privilegia una visión, pero ninguno —por lo menos en los términos de este libro— pretende abarcarlas todas³”.

En el campo de los estudios jurídicos ambientales también podemos encontrar importante producción, con perspectivas diversas, muchas de las cuales sólo están centradas en lo normativo o se vinculan a un área específica de la problemática.

Nuestra estrategia metodológica ha sido definir y visualizar el abordaje de los problemas ambientales, qué tipo de problemas y de qué forma destacamos el contexto en el cual pretendemos indagar. En este aspecto, venimos relacionando los diferentes momentos dentro del ciclo de las políticas públicas ambientales (formulación y ejecución) con la institucionalización en la temática, a lo que

¹ JULIÁ, MARTA, FOA TORRES, JORGE y DEL CAMPO CRISTINA, *Formulación de Políticas Públicas Ambientales. El caso de Aguas, Bosque Nativo y Residuos Peligrosos*, Lerner, Córdoba, abril 2013, pp. 34-53.

² FOA TORRES, JORGE, *Una evaluación crítica de los estudios de políticas públicas ambientales. Hacia un análisis discursivo y de crítica a la ideología de las políticas*, en: Pensamiento Plural, Nro. 9, Pelotas (Brasil), 2012, pp. 98-129. En la web: <http://www.ufpel.edu.br/isp/ppgcs/pensamento-plural/edicoes/09/78-265-1.pdf>.

³ RÍOS CÁZARES, ALEJANDRA y GUILLERMO CEJUDO, “La rendición de cuentas de los gobiernos estatales en México”, en *La estructura de la rendición de cuentas en México*, MAURICIO MERINO, SERGIO LÓPEZ AYLLÓN y GUILLERMO CEJUDO (coords.), UNAM-III, México, 2010, p. 23.

sumamos comprenderlo dentro del proceso del nuevo orden jurídico ambiental dentro del sistema jurídico argentino.

Si nos planteamos cómo se han formulado las políticas ambientales en la Argentina podemos afirmar que han sido múltiples los senderos legales e institucionales que se han ensayado y que han sido diversas las temáticas y modalidades.

De similar manera, nos encontramos frente a la ejecución o implementación de las políticas ambientales en el territorio, donde las prácticas y elecciones de mecanismos jurídicos o institucionales para desarrollar la política en el territorio han sido de gran variedad y han dependido de las jurisdicciones y los perfiles institucionales que tienen en cada lugar.

En el ciclo de las políticas ambientales, por momentos, aparece como un solo camino que se manifiesta en la forma de generar la política ambiental en el sistema jurídico, la inserción de la temática a nivel constitucional, pero en el proceso rápidamente empiezan a aparecer innumerables senderos, atajos y desvíos que permiten observar el proceso que sigue la configuración de la política ambiental en el país.

Es por todo ello, que pretendemos reflexionar en la pluralidad de senderos legales e institucionales a observar y los análisis realizados y las tareas pendientes para comprender la problemática objeto de análisis.

III. La formulación de las políticas ambientales, los senderos legales e institucionales a partir de su significado y alcance

Para definir los senderos seleccionados para formular las políticas ambientales en la Argentina nos planteamos aclarar algunas consideraciones terminológicas previas. En primer lugar, tenemos en cuenta que los autores que trabajan en el proceso o ciclos de las políticas públicas (Parsons, 2007, Pérez Sánchez, 2005, por ejemplo), para hacer referencia en general al tema, desarrollan una construcción conceptual a partir de diferentes términos, los que tienen un significado en el lenguaje común, uno etimológico y también un alcance cuando se lo integra con otros conceptos.

La primera aproximación es al concepto “formular”, y aquí nos centramos en que se entiende por formular una política ambiental, cuando estamos frente a la acción, su alcance y el significado, que tiene de particular el verbo cuando se trata de políticas ambientales, son algunas de las precisiones que es importante realizar.

El segundo aspecto, es que los autores que trabajan en materia de políticas hacen referencia a la formulación como una etapa dentro del proceso que constituyen las políticas y vamos a tener definiciones concretas en cuanto a esta etapa. Nos interesa la formulación de las políticas ambientales, en nuestro caso.

Para la construcción del concepto que pretendemos utilizar de formulación de políticas públicas partimos, por una parte, desde las más diversas acepciones y significados de cada uno de los términos que conforman la expresión, considerando además el uso y construcción que se ha realizado desde las diferentes disciplinas que profundizan en las políticas públicas como la política, la economía, el derecho, entre otras, y por otra parte, se consideran disciplinas, perspectivas y visiones tanto desde la propia administración como desde la academia.

Todo ello configura un contexto terminológico y de comprensión de las expresiones que se utilizan para el análisis que deben quedar especificadas en forma previa por diferentes motivos: por una parte porque existen innumerables trabajos sobre políticas públicas, con una importante discusión, debate y construcción teórica que no puede obviarse. Por otra, es porque se pretende poner en cuestión, resistir la naturalización, de muchos términos, significados, alcances cuando se utilizan o analizan en referencia a la problemática ambiental.

Es habitual en los trabajos ambientales la utilización de la terminología sobre políticas, políticas públicas, institucionalidad, sin precisión conceptual lo que implica una reproducción de sentidos sin una consideración previa.

Generalmente se hace referencia a la formulación de las políticas cuando ya existe un problema que se ha insertado en la agenda pública y que las autoridades gubernamentales deciden atender, a partir de este instante se inicia el proceso de formulación y las diferentes posibilidades. En el mismo sentido "otras definiciones mas predominantes dentro del enfoque caracterizan al proceso de políticas como un conjunto de actividades destinadas a la solución de problemas"⁴.

Algunos autores destacan los principales aspectos en el uso de su concepto de políticas, así por ejemplo, "en nuestro concepto concurren los aspectos institucionales, los fenómenos participativos, las fórmulas de representación y otros elementos relacionados con las dimensiones y rendimientos efectivos de la democracia, pero ante todo predomina un elemento central para su existencia que es la presencia de la autoridad gubernamental"⁵.

El autor plantea que en el estudio del mundo de las políticas ha permitido analizar la política en acción, conectando con otras disciplinas, como la economía, el derecho o la sociología, en la voluntad de explicar procesos de intervención pública de las sociedades pluralistas.

En una síntesis de las diferentes formas de abordar la temática nos plantea que "existen diversos enfoques de las políticas públicas. Unos, en los que se incorporan análisis sistémicos, reflexiones políticas y socioeconómicas; los que enfatizan en los contenidos de las políticas y otros, que han centrado sus estudios en el análisis de las diferentes fases o etapas de las políticas públicas, por lo que cobran importancia los actores y los estilos de decisión"⁶.

El autor también considera que desde el análisis de la administración pública es importante más bien distinguir claramente entre el sistema administrativo como un complejo de formas sociales reales, por un lado, y la función administrativa por otro.

En materia de políticas ambientales se afirma que "aunque el campo de las política ambiental en la Argentina es todavía un ámbito en construcción, no

⁴ MONTESINOS, EGON, *Límites del enfoque de las políticas públicas para definir un problema público* en Cuaderno de Administración, enero-junio, vol. 20, Nro. 33, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2007, pp. 326-7.

⁵ GONZÁLEZ TACHIQUÍN, MARCELO, *El estudio de las políticas públicas: un acercamiento a la disciplina*, en Revista Quid Iuris, Año 1, vol. 2, México, 2004, p. 99, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/qdiuris/cont/2/cnt/cnt6.pdf>.

⁶ GONZÁLEZ TACHIQUÍN, ob. cit., p. 101.

podría decirse que la multiplicación de conflictos ambientales siga una dinámica al margen de las instituciones”⁷.

En otro aspecto se plantea que “la política ambiental supone que cada comunidad defina y jerarquice sus desafíos y escenarios futuros, establezca plazos para su cumplimiento, identifique los recursos necesarios y las responsabilidad que corresponde a cada sector como; público, privado, académico, gremios, organizaciones no gubernamentales y comunitarias y de los ciudadanos en general, como también señalar aquellas tareas que requieren participación de los diversos actores de la región”⁸.

IV. Cómo se formularon las políticas ambientales en la Argentina: los senderos normativos

En el conjunto de instrumentos con que cuenta el estado para diseñar una política y definir su decisión de actuar ante un problema público, se encuentra la formulación normativa de la política pública, que es un aspecto poco indagado en general de las políticas públicas.

Nos parece importante distinguir en los diferentes niveles de gobiernos los diferentes instrumentos a través de los cuales se formulan las políticas y las modalidades, jerarquías, alcances y significados que tienen.

Se puede afirmar sin temor a equivocarnos que las políticas más generales en materia ambiental se formularon a nivel constitucional en dos momentos históricos claramente diferenciados: por una parte en el proceso de reformas de las constituciones provinciales iniciado en la década de los ochenta y que se proyectó hasta los noventa, y otro momento es la formulación en la reforma de la Constitución Nacional en 1994.

Así de la observación se referencia que “notablemente los cambios institucionales introducidos por la reforma constitucional de 1994 dieron un gran impulso a la legislación en materia de protección ambiental (el derecho al ambiente sano como derecho constitucional y las legislaciones de presupuestos mínimos ambientales), sin embargo, el avance en la reglamentación ha sido mucho más lento”⁹.

Las políticas ambientales se han ido modificando a través del tiempo y están íntimamente vinculadas a las diferentes percepciones de los problemas y la conceptualización que se va construyendo sobre los mismos.

En las gestiones de gobierno nacional, desde 1983 hasta el presente, han ejercido el cargo nueve presidentes de la Nación, y en dos oportunidades se ha planteado la reiteración del mandato: Carlos Menem y Cristina Fernández, quien se encuentra cumpliendo su segundo período de gobierno. En materia ambiental, se pueden destacar características generales acerca de la institucionalidad y la formulación de políticas en cada gestión, permite seguir en el tiempo, a nivel nacional, el estado de situación en materia gubernamental.

⁷ MERLINSKY, GABRIELA, *Cartografías del conflicto ambiental en Argentina*, en CICCUS, Buenos Aires, 2013, p. 19.

⁸ DURÁN, DIANA, *Proyectos ambientales y sustentabilidad*, Colección Nuevos Paradigmas, Buenos Aires, 2013, p. 67.

⁹ MERLINSKY, GABRIELA, ob. cit., p. 34.

Entre tales características, nuestro trabajo sobre institucionalidad¹⁰ (Juliá, 2014) resaltó los compromisos en materia institucional, como así también la elección de manifestaciones institucionales, el dictado de normas en distintas temáticas, entre otras. Cada gestión política se va a encontrar con una institución ambiental determinada que puede modificar, jerarquizar o minimizar durante los años de gestión del grupo político que asume.

Hoy contamos con un concepto amplio de ambiente, incorporado en la cláusula ambiental en la Constitución Nacional, y se hace cada vez más palpable la distribución de competencias realizada en la reforma de 1994 y de manera progresiva e incremental empiezan a utilizarse estas facultades.

A nivel nacional se observa con el dictado de leyes de presupuestos mínimos en distintos momentos de la gestión las temáticas que se incorporan. El proceso se inicia en 2002 donde el marco normativo se amplía en este período de manera importante y con la incorporación de las nuevas leyes ambientales de presupuestos mínimos: Ley 25.612 - Gestión integral de residuos industriales y de actividades de servicios. Ley 25.670 - Presupuestos mínimos para la gestión y eliminación de PCBs, Ley 25.675 - Ley General del Ambiente. Ley 25.688 - Régimen de Gestión Ambiental de las Aguas. Ley de presupuestos mínimos.

En el marco de la gestión del presidente Kischner se incorporan como presupuestos mínimos las siguientes normas: Ley 25.831 Régimen de libre acceso a la información pública ambiental. Ley 25.916 Residuos domiciliarios - Presupuestos mínimos de protección ambiental para la gestión integral de residuos domiciliarios.

En la gestión de la presidenta Cristina Fernández se incorporan: Ley 26.631 - Presupuestos mínimos de Bosque Nativo, se promulga en diciembre de 2007, Ley 26.562 Presupuestos mínimos de protección ambiental para control de actividades de quema en todo el territorio nacional. Ley 26.639 - Régimen de Presupuestos Mínimos para la Preservación de los Glaciares y del Ambiente Periglacial. Ley 26.815 - Manejo del fuego.

La trascendencia de los problemas a enfrentar y las temáticas abordadas nos van delineando un perfil de la política ambiental nacional y la ley general de ambiente muestra el camino en materia de objetivos, instrumentos de política y de gestión, formas de interpretación y aplicación de la normativa ambiental en la Argentina.

V. ¿Cuáles son los principales instrumentos legales donde encontramos inserta la política ambiental?

La pregunta que nos planteamos es de rigor y podemos hacer referencia a distintas aproximaciones a la respuesta. En primer término afirmamos que no hay un único instrumento a través del cual se formula la política, que existen un conjunto importante de instrumentos, de distinto tipo, de diferente jerarquía y que tienen que ver con la decisión de la institución que la formula.

En segundo término podemos observar diferentes modalidades de acuerdo al nivel en que se inserta la política, la escala en su aplicación y la elección del tipo de instrumento para insertarla.

¹⁰ JULIÁ, MARTA SUSANA, *La institucionalidad ambiental actual en Argentina (2009-2013)* (en prensa).

En tercer término consideramos la variedad de instrumentos asociada a la política a formular, el ámbito de la administración involucrado y las relaciones e interrelaciones que ello produce en el marco del sistema en que se implementa.

Es por ello que hacemos una aproximación acentuando ciertos aspectos:

Teniendo en cuenta el nivel de gobierno desde el cual se formula la política ambiental va a representar un alcance y significado determinado, entre las que podemos distinguir:

a) Las políticas ambientales nacionales

Cuando hacemos referencia a la formulación de políticas ambientales a nivel nacional, la primera distinción es aquellas políticas que vienen formuladas desde el Poder Ejecutivo Nacional, proyectos legislativos para formular políticas ambientales, donde podemos distinguir distintas modalidades según las áreas desde las cuales se propongan y van a variar en el contenido (propriadamente ambiental, de relevancia ambiental o de relevancia casual). Nos vamos a enfrentar a diferentes alternativas:

1. Leyes de presupuestos mínimos ambientales

La competencia y atribución surge del art. 41 de la Constitución Nacional y el alcance que tendrán para las instituciones ambientales o el resto de las áreas de la administración pública nacional, dependerá de la temática y el umbral establecido.

Las políticas ambientales formuladas en las leyes de presupuestos mínimos como política netamente ambiental, en las provincias las autoridades de aplicación van a ser las instituciones ambientales en los distintos niveles de gobierno, quienes deberán cumplir e integrar sus políticas.

2. Leyes especiales o de relevancia ambiental

Las políticas formuladas en proyectos de leyes de relevancia ambiental cuya autoridad de aplicación no es ambiental Ej.: energía, transporte, hídricos, agricultura, minería, entre otras.

3. Leyes de relevancia casual en materia ambiental

Las políticas propuestas por el Poder Ejecutivo elevadas al Congreso de la Nación como proyectos de leyes que no son ambientales en su contenido también pueden tener un importante impacto en las políticas ambientales. La temática ambiental irrumpe en todos los ámbitos y sectores por lo que es considerada transversal

La formulación de políticas económicas o fiscales que impactan sobre el ambiente como ejemplo de políticas no ambientales pero que tienen importante impacto en el ambiente.

Por lo tanto, es lógico considerar que las políticas generales de tipo estructural sus impactos se van a manifestar en el ambiente.

En el ámbito nacional las políticas ambientales se van a tener que analizar en el sistema jurídico, político e institucional en la Argentina en forma integral teniendo en cuenta en primer término las leyes de presupuestos mínimos ambientales, en segundo lugar los importantes cambios que se operan en la legislación de fondo (reforma del Código Civil y proyectos de reforma que se en-

cuentran en curso), algunas leyes especiales que vienen a completar el complejo material normativo a tener en cuenta.

b) Las políticas ambientales provinciales

Podemos establecer en las políticas ambientales provinciales similar distinción a la realizada en el orden nacional para lo cual vamos a considerar:

1. Las Constituciones, Leyes generales de Ambiente

Las políticas ambientales en las provincias se han formulado en primer término en las Constituciones Provinciales, estableciendo un marco general de las políticas ambientales, dependiendo del contexto histórico en que se realizaron las reformas que incorporaron las políticas ambientales. En segundo lugar, las políticas ambientales provinciales se formularon en las leyes generales de ambiente provinciales, que también provienen de distinta época, pero van a delinear la política ambiental.

2. Leyes que complementan presupuestos mínimos ambientales

En tercer término, hacemos referencia a las leyes provinciales que se dictan en uso de la facultad de complementar las leyes de presupuestos mínimos. La utilización de la facultad consideramos que va a ser un instrumento que se incrementará en los marcos normativos provinciales a futuro.

3. Las políticas formuladas en las leyes sectoriales de la provincia

La provincia define un conjunto de políticas ambientales también en el ámbito de su competencia como dueña de los recursos naturales en su territorio como ejemplo las vinculadas al agua, suelo, fauna, flora, entre otras y en los casos que han adherido a legislación nacional donde va a fijar la política local siguiendo aspectos definidos por la nación.

En algunos de estos casos las políticas pueden ser formuladas desde áreas no ambientales, que fijan la política sectorial, donde en muchos casos tiene directa relación con el ambiente.

4. Las políticas provinciales generales y estructurales

En aquellas políticas de tipo general y estructural que formula cada provincia para su territorio se van a plantear proyectos y políticas que van impactar sobre el ambiente en forma directa o indirecta en los casos en que se formulen y sean aplicables.

La formulación de políticas ambientales propiamente dichas, o de relevancia ambiental o casual conforma un camino que cuentan los gobiernos provinciales para determinar sus lineamientos en la materia, formulando proyectos de leyes provinciales o ejecutando políticas ambientales ya establecidas por el marco normativo.

c) La política ambiental municipal

Los municipios tienen competencias y facultades en materia ambiental las que se formulan en diferentes instrumentos como en el ámbito nacional y provincial. En los municipios vamos a tener que distinguir de acuerdo al tamaño y complejidad de la organización municipal para considerar la variedad de instrumentos utilizados.

Los municipios van a delinear la especificidad en la formulación de sus políticas incluidas las ambientales. En los de mayor complejidad podríamos hacer las mismas distinciones que en la provincia ya que cuentan con:

1. Cartas orgánicas municipales

Es en el caso de aquellos municipios que han dictados sus cartas orgánicas entre sus formulaciones políticas encontramos las ambientales. Fijan la política ambiental municipal en el territorio.

2. Ordenanzas generales sobre ambiente y ordenanzas marco o generales

A partir del dictado de ellas, se fija la política ambiental municipal y establece la autoridad de aplicación en la temática.

3. Ordenanzas de tipo sectorial

En este caso, la autoridad de aplicación es de áreas no ambientales pero que están íntimamente vinculadas a la temática como son obras públicas, higiene, servicios públicos, entre otras.

4. Ordenanzas estructurales

Este tipo de ordenanzas van a impactar en el ambiente en tanto sus políticas privilegien temáticas para la gestión del gobierno municipal y las medidas que se toman.

En esta aproximación hemos visto la formulación de políticas por instrumento y por nivel de gestión gubernamental organizada para su comprensión pero están los procesos íntimamente vinculados en el sistema produciendo relaciones, interrelaciones y efectos.

VI. ¿Qué tipo de instrumentos jurídicos se utilizan en la formulación de políticas ambientales?

Hemos observado en cada nivel de gobierno las competencias en materia ambiental, las políticas que se formulan en forma general o sectorial, los principales instrumentos normativos a través de los cuales se formula la política ambiental, podríamos afirmar que existe un conjunto de instrumentos de distinta jerarquía: Constituciones, leyes generales u orgánicas, leyes ministeriales, leyes sectoriales, códigos, ordenanzas, para mencionar las normas que emanan de los poderes legislativos.

Asimismo existe un conjunto de normas que emanan del Poder Ejecutivo en sus diferentes niveles que comprende decretos, resoluciones, disposiciones, que desde las instituciones ambientales que son autoridades de aplicación de leyes y ejecutoras de la política fijada van delineando las modalidades de implementación en las diferentes áreas a través de programas o acciones específicos.

Existen instrumentos jurídicos de distinto tipo y jerarquía que conforman un heterogéneo conjunto de herramientas disponibles para la formulación y ejecución de la política ambiental en el sistema jurídico argentino.

Todo ello convive con otros casos, son problemas visualizados y puestos en agenda por grupos de ciudadanos, distintos sectores, o múltiples actores que se ven afectados o le dan relevancia como problema para que sea asumido por el estado y se establezcan las normas a partir de las cuales se desarrollarán programas o acciones sobre el tema.

Pueden variar las problemáticas, los requerimientos, las acciones que ponen en evidencia la necesidad de formular políticas ambientales pero existen aspectos comunes en cuanto al tipo de instrumento normativo, los momentos históricos que uno puede observar en el análisis y la sistematización de la formulación de las políticas.

Una vez formulada la política no implica una ejecución inmediata, es a partir del momento en que se formula que se inicia un proceso que culminará con la ejecución efectiva de la política planteada.

VII. El rol de la ejecución de las políticas públicas en el ciclo de las políticas

En muchas de las investigaciones sobre el análisis de las políticas se privilegiaban los estudios sobre formulación y toma de decisión y “se consideraba que la implementación, como puesta en marcha de la política, era una cuestión meramente técnica que no merecía consideración especial”¹¹.

Trabajar la implementación o la ejecución (tomando el significado de implementación como la etapa en que la política empieza a manifestarse en acciones y ejecución por que se identifica quién o quiénes la implementan) representa algunos desafíos interesantes “para muchos, la implementación de las decisiones públicas es un problema puramente administrativo, entendiendo como un problema técnico de simple ejecución. Por el contrario, desde el análisis de las políticas públicas, esta etapa es fundamental porque es allí que la política, hasta entonces casi exclusivamente hecha de discursos y palabras, se transforma en hechos concretos, realidad palpable”¹². Un desafío es problematizar esta etapa de ejecución, esta realidad con la complejidad que plantea en materia ambiental.

Existen un conjunto de perspectivas teóricas desde las cuales se estudian las políticas públicas pero según Roth los enfoques teóricos representan una cara de la realización de una investigación en políticas públicas, ya que están se presentan complejas en su abordaje.

El mencionado autor plantea que “el desplazamiento del ángulo de análisis obligan al investigador a desarrollar nuevos instrumentos. Poco a poco se ha construido una especie de caja de herramientas en las que el investigador encuentra conceptos y modelos asociado a distintas posiciones teóricas, que ayudan a descomponer y clasificar la hidra de las actividad pública en elementos analíticos más previsibles”¹³.

El análisis de las políticas públicas “está orientado a los problemas y es contextual por naturaleza, multidisciplinar en su aproximación y explícitamente descriptivo y prescriptivo en su perspectiva. En definitiva representa una variedad de formas pero comprende y resuelve temas de importancia pública”¹⁴. Lo cual es claramente observable en los diferentes problemas ambientales y en particular en los que van adquiriendo trascendencia pública.

¹¹ BLÁSQUEZVILAPLANA, B. GARCÍA DE LA PUERTA, B. “La implementación de las políticas públicas. Modelos analíticos y el papel de la administración pública”, en *Análisis de Políticas Públicas*, PÉREZ SÁNCHEZ, M. (ed.), Eug, Granada, 2005, p. 155.

¹² ROTH ANDRÉ NOEL, *Políticas públicas formulación, implementación y evaluación*, Aurora, séptima edición, Bogotá, 2009, p. 107.

¹³ ROTH ANDRÉ NOEL, ob. cit., p. 41.

¹⁴ PÉREZ SÁNCHEZ MARGARITA, *Análisis de políticas públicas*, Universidad de Granada, 2005, p. 71.

Usar el modelo *de policy cycle* que propone observar las políticas públicas en una serie de etapas o secuencias lógicas es un punto de partida interesante para ordenar el proceso y trabajarlo ya que “el modelo es lo suficientemente amplio que permite su utilización para cualquier política y facilita la delimitación del objeto de análisis”¹⁵. Todo ello no implica que consideremos que existen muchas críticas a este enfoque y tomar los recaudos necesarios en cuanto a los límites y alcances que se van a delimitar para nuestro trabajo.

La tarea de desentrañar y analizar el proceso de implementación constituye un desafío de tal magnitud que nos obliga a concebirlo como dice Roth de una manera amplia, flexible y multidimensional, a lo que agregamos en la multiplicidad de contextos que inciden y afectan su desarrollo.

Asimismo, para los autores existen “numerosos conceptos para identificar esta fase de las política pública tales como poner en práctica, dirigir, ejecutar, administrar, etc.”¹⁶.

El concepto de implementación pensado desde el proceso de las políticas en sus distintas etapas o secuencias lógicas se conceptualiza como “la fase de una política pública durante la cual se generan actos y efectos a partir de un marco normativo de intenciones, de textos y de discursos”¹⁷.

En el análisis de las políticas se plantean estudios como “las ideas, entendidas como construcciones cognitivas, serán la clave para explicar el origen de determinadas preferencias de los actores, el seguimiento por parte de éstos de alternativas de acción concreta, el funcionamiento de las instituciones o el resultado de las políticas puestas en marcha”¹⁸.

Los principales modelos analíticos son el *top down* y el *botton up* y como forma de superarlos una teoría general de la implementación donde la administración pública constituye un actor central.

En este sentido se plantea que “aunque formalmente la administración pública sigue teniendo la consideración de una organización dependiente del poder político, el papel y los medios con que cuenta la Administración no pueden considerarse de importancia residual respecto de la decisión política. Esta está condicionada por la realidad del aparato administrativo, por su personal —especialmente el directivo— y por las conexiones formales e informales con las organizaciones externas”¹⁹.

Ello implica considerar el estudio de la implementación en estrecha vinculación con el sector de la administración encargado de ejecutar la política objeto de estudio.

En este contexto, nuestra propuesta se aparta de las visiones tradicionales acerca de la implementación de las PPA. Si tanto para la perspectiva de la gestión técnico-económica como para el enfoque de derechos, la implementación de las PPA se constituye en un ámbito instrumental en la aplicación del derecho ambiental vigente, desde nuestro punto de vista la implementación de políticas es un terreno en el que no necesariamente deben prevalecer las instancias administrativas

¹⁵ ROTH ANDRÉ NOEL, ob. cit., p. 49.

¹⁶ BLAZQUEZVILLAPLANA y GARCÍA DE LA PUERTA, citado en PÉREZ SÁNCHEZ, ob. cit., p. 153.

¹⁷ ROTH ANDRÉ NOEL, ob. cit., p. 42.

¹⁸ REAL-DATO, JOSÉ, *Actores, ideas e instituciones en las políticas públicas*, en MARGARITA PÉREZ SÁNCHEZ (ed.), *Análisis de Políticas Públicas*, Granada, Universidad de Granada, 2006, p. 95.

¹⁹ BLAZQUEZVILLAPLANA y GARCÍA DE LA PUERTA, citado en PÉREZ SÁNCHEZ, ob. cit., p. 165.

sino en el que, en el contexto institucional de que se trate, es posible identificar los momentos propiamente políticos en los cuales la puesta en cuestión de los sentidos dominantes puede evidenciar los antagonismos sociales existentes, antagonismos en muchos casos insuperables pero respecto de los cuales la institución ambiental debe enfrentar y decidir la orientación política de cada gestión.

Por caso, como es sabido, con la sanción de la ley nacional de presupuestos mínimos sobre bosque nativo (26.331), se abrió un proceso de implementación en las diferentes provincias relacionado con los procesos de ordenamiento territorial y el dictado de normativas locales. En el caso de la provincia de Córdoba, la disputa entre el sector de los productores rurales, por un lado, y el de las organizaciones de la sociedad civil, movimientos sociales y la Universidad Nacional de Córdoba, por otro, fue zanjada abruptamente por el gobierno provincial a partir de la aprobación intempestiva del proyecto de ley presentado por los primeros. Todo lo cual cooperó a visibilizar la oposición de intereses y posturas políticas antagónicas así como también la particular decisión tomada por las autoridades provinciales.

VIII. ¿Los senderos en la implementación o ejecución de las políticas?

El camino existente desde la formulación de las políticas ambientales hasta la ejecución es complejo, extendido en el tiempo, intrincado, en el cual se suceden diferentes contextos que implican pequeñas o grandes modificaciones a la propuesta inicial.

Asimismo muchas de nuestras políticas se formulan por presiones internas y externas, por el desarrollo de políticas ambientales globales, acuerdos internacionales que requieren su convalidación en el sistema jurídico. En ese marco entran en agenda de manera forzada.

La ejecución como “proceso” puede caracterizarse como difusa y variada, se extiende en el tiempo, está condicionada por las limitaciones que trae la propia política formulada y por la adecuación a los sistemas normativos en que se insertan.

La verticalidad de ciertas políticas va generando un efecto cascada para su ejecución, con los requerimientos de adecuación normativa e institucional que implican una verdadera ingeniería para su ejecución.

Un aspecto importante en el tránsito de la formulación a la ejecución lo marca el tiempo ya que puedo ejecutar políticas de otras gestiones y no alcanzar los propios objetivos de una gestión gubernamental determinada.

Todo ello conduce a la necesidad del análisis de las políticas ambientales en sus verdaderos contextos de ejecución, con su complejidad, en los propios procesos en que se desarrollan y con las particularidades propias de la temática ambiental.

“La bibliografía sobre esta materia, coincide en que la implementación de las políticas públicas constituye un campo de estudio en sí mismo. Desde otro punto de vista es también el territorio en que la teoría de las organizaciones y el enfoque de políticas públicas se vuelven afines”²⁰.

²⁰ RÍOS CÁZARES, ALEJANDRA y GUILLERMO CEJUDO en MAURICIO MERINO, SERGIO LÓPEZ AYLLÓN y GUILLERMO CEJUDO (coords.), *ob. cit.*, p. 46.

En esta etapa de la implementación, en el ámbito gubernamental, es de gran relevancia “el entendimiento en la dinámica de este tipo de organizaciones se vuelve crucial para cualquier análisis de política pública o de reforma de la administración pública”²¹.

Al respecto el autor nos plantea que “una perspectiva que asuma a las organizaciones como simplemente como implementación automáticas de las decisiones de políticas está cometiendo un grave error”²².

En el marco de las organizaciones que se vinculan a las políticas públicas ambientales nos encontramos con cierta particularidad, supone que la temática ambiental se inserta en los diversos sectores del estado que ejecutan políticas y de manera directa o indirecta se asocian al ambiente.

Los senderos en la ejecución de las políticas ambientales son intrincados y complejos, es necesario profundizar en su estudio, sistematización y análisis ya que forman parte del camino hacia la evaluación de las políticas a futuro.

Reflexiones finales

Estudiar las problemáticas ambientales constituye un desafío por la complejidad de los problemas, la integralidad de los análisis, la interdisciplinariedad que demanda, la multiplicidad de dimensiones que se detectan y forman parte de los requerimientos para un correcto abordaje de los problemas.

El intento por cuestionar ciertas bases epistemológicas de los análisis de las políticas públicas nos conduce a plantearnos y replantearnos los conceptos que incluimos para la comprensión, las dimensiones que son objeto de análisis y los conceptos que ponemos en discusión.

El estudio de las políticas públicas supone evidenciar un contexto de análisis que indaga en los problemas que dieron lugar a las políticas, los conflictos existentes y emergentes integran las cuestiones objeto de análisis como el antagonismo social que representan y provocan.

La implementación de las políticas ambientales conforma un aspecto central en el estudio de las gestiones ambientales gubernamentales, es la instancia de concreción de las políticas formuladas y su aterrizaje en el territorio.

La ejecución conforma un aspecto trascendente en la política ya que es su expresión más visible y palpable de la política, y es probable en muchos casos a partir de la misma reconstruir y analizar la política ambiental.

La puesta en valor del conflicto como concepto central para el estudio de las políticas públicas ambientales en sus distintas manifestaciones no puede analizarse sin el contexto de la institucionalidad ambiental y la incorporación del concepto de antagonismo social como una mirada integradora y complejizante de nuestra perspectiva.

Los enfoques que suelen abordar a la institucionalidad ambiental y a la implementación de políticas ambientales como espacios exclusivamente orientados a la deliberación y la construcción de consensos, pierden de vista aspectos

²¹ ARELLANO GAULT, DAVID, “Introducción: la enseñanza de la evaluación de políticas públicas”, en *La Evaluación de Políticas Públicas en América Latina: Métodos y Propuestas Docentes*, RÍOS CÁZARES, ALEJANDRA (coord.). CIDE-Centro CLEAR para América Latina-Red Inter-Americana de Educación en Administración Pública, México 2010, p. 62.

²² ARELLANO GAULT, DAVID, ob. cit., p. 63.

políticos de importancia. En particular, la visibilización y construcción de antagonismos sociales permite la emergencia de nuevos escenarios políticos más allá de la mera cooperación y elusión de conflictos ambientales.

En ese marco, desde nuestra perspectiva, las políticas no son espacios que puedan escapar a los conflictos y antagonismos sociales sino que implican decisiones a partir de los cuales el antagonismo y el conflicto pueden constituirse en un efecto deseado para el logro de objetivos específicos. Tal punto de vista nos permite arrimarnos a aspectos propiamente políticos presentes en las políticas, sus luchas de poder y sus disputas por hegemonizar el sentido de la política ambiental.

En ese contexto, la política pública ambiental puede servir de instrumento para visibilizar un conjunto de antagonismos socio-ambientales ocultados o pasados por alto con anterioridad. En esta línea, es posible afirmar que el motor de la transformación político-ambiental de los pueblos puede hallarse, antes que en la búsqueda de una legislación armónica y plenamente coherente, en el retorno de la política, entendida como la lucha antagónica por la hegemonización de diferentes campos sociales, en pos de la transformación de las estructuras e identidades, aún de las más sedimentadas.

Bibliografía

ACUÑA GUILLERMO (1999), "Marcos regulatorios e institucionales ambientales de América Latina y el Caribe en el contexto del proceso de reformas macroeconómicas: 1980-1990", *Serie Medio Ambiente y Desarrollo*, n° 20; CEPAL, UN; Santiago de Chile.

— (2008), "La importancia de la aplicación y el cumplimiento de la legislación ambiental como política pública1", CEPAL V Programa Regional de Capacitación en Derecho y Políticas Ambientales para América Latina y el Caribe del PNUMA, Asunción.

ALIMONDA, H. (2008), "Gestión ambiental y conflicto social en América Latina", CLACSO, Buenos Aires.

ARELLANO GAULT, DAVID (2010), "Introducción: la enseñanza de la evaluación de políticas públicas". En la evaluación de políticas públicas en América Latina: métodos y propuestas docentes. RÍOS CÁZARES, ALEJANDRA (Coord.). CIDE-Centro CLEAR para América Latina-Red Inter-Americana de Educación en Administración Pública, México 2010, p. 62.

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

BLÁSQUEZVILAPLANA, B. - GARCÍA DE LA PUERTA, B. (2005), "la implementación de las políticas públicas. Modelos analíticos y el papel de la administración pública", en Pérez Sánchez, M. (ed.) *Análisis de políticas públicas*, Eug, Granada.

BORRERO NAVIA, J. M. (2001), "Derecho Ambiental y cultura legal en América Latina", en LEEF (coord.), *Justicia Ambiental*, PNUMA-UNAM, 2001, p. 38.

BRAÑES R. (2001), Informe sobre desarrollo del Derecho Ambiental Latinoamericano, PNUMA, oficina regional para América Latina, México.

— (2001), "El desarrollo del Derecho Ambiental Latinoamericano y su aplicación", Informe sobre los cambios jurídicos después de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo (Río 1992), PNUMA.

— (1994), “La formación del derecho ambiental a nivel universitario”. Ciencias Sociales y formación ambiental, Gedisa, Barcelona, pp. 287-321.

CÁCERES NIETO ENRIQUE (2001), “Institucionalismo jurídico y constructivismo social”, Boletín Mexicano de Derecho Comparado. Nueva serie, año XXXIV, n° 100, enero-abril de 2001, p. 30. En la web en: 20/9/2008.

CUERVO RESTREPO, JORGE IVÁN (2007), “Las políticas públicas: entre los modelos teóricos y la práctica gubernamental (una revisión a los presupuestos teóricos de las políticas públicas en función de su aplicación a la gestión pública colombiana)”, en Ensayos sobre Políticas Públicas, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, pp. 65-95.

DEL VISO, N. (2011), “Mecanismos comunitarios de resolución de conflictos socioecológicos. Una mirada sobre aspectos culturales”, en ÁLVAREZ CANTALAPIEDRA, S. (coord.) Convivir para perdurar. Conflictos ecosociales y sabidurías ecológicas, Icaria, Barcelona.

DURÁN, DIANA (2013), *Proyectos ambientales y sustentabilidad*, Colección Nuevos Paradigmas, Buenos Aires, 2013, p. 67.

FOA TORRES, JORGE (2012), “Una evaluación crítica de los estudios de políticas públicas ambientales. Hacia un análisis discursivo y de crítica a la ideología de las políticas”, en *Pensamiento plural*, número 9, Pelotas (Brasil), pp. 98-129, en la web: <http://www.ufpel.edu.br/isp/ppgcs/pensamento-plural/edicoes/09/78-265-1.pdf>

GONZÁLEZ TACHIQUÍN, MARCELO (2004), “El estudio de las políticas públicas: un acercamiento a la disciplina”, Revista Quid Iuris, Año 1, vol. 2, México, 2004, p. 99. En sitio web: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/qdiuris/cont/2/cnt/cnt6.pdf>.

JULIÁ MARTA S. (2013), “El complejo camino de la formulación a la ejecución de políticas ambientales en la Argentina”, Revista de Derecho Ambiental N° 34, abril/ junio, pp. 177-187.

— (2013) Formulación de Políticas Públicas Ambientales. El caso de “Aguas”, “Bosque Nativo” y “Residuos Peligrosos”, abril, pp. 34-53.

JULIÁ, MARTA y FOA TORRES, JORGE (2012), “Derecho y Políticas Públicas Ambientales. Hacia un enfoque ambiental y discursivo de lo jurídico”, en *Revista Perspectivas en Políticas Públicas de la Universidad Nacional de Lanús*, año 1, n° 2 (enero-junio 2012), pp. 123-137.

— (2011), “Los Modelos Institucionales en la Gestión de los Recursos Hídricos”, Cuaderno de Derecho Ambiental de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba.

— (2010), “Aproximación a la institucionalización ambiental”, Anuario XII Edición homenaje a los 25 años del CIJS (1985-2010) del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, La Ley, pp. 57-70.

— (2010), “Aspectos del desarrollo institucional ambiental en Argentina”, Revista Luna Azul, Universidad de Caldas, Colombia.

— (2010), “La ley de protección del bosque nativo en Argentina: algunos impactos jurídicos e institucionales del proceso de implementación”. Pampa, Revista Interuniversitaria de Estudios Territoriales, año 6, n° 6, UNL Santa Fe, Argentina, pp. 169-184.

DEL CAMPO, CRISTINA y FOA TORRES, JORGE (2009), *La institucionalización ambiental en Argentina*, Lerner, Córdoba.

— (2008), “El abordaje jurídicos de problemas ambientales”, Anuario del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba.

— (2005), “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, enero-marzo, N° 1.

- KAUFFER, MICHEL E. F. (2002), "Las políticas públicas: algunos apuntes generales", en *Ecofronteras*, N° 16, Ciudad de México, pp. 2-5.
- KOOLEN, R. (1986), "La organización institucional del Estado en relación a la incorporación de la dimensión ambiental en la planificación del desarrollo", *La dimensión ambiental en la planificación del desarrollo*, Grupo Editor Latinoamericano, CEPAL/ILPES/ PNUMAS, Buenos Aires, pp. 47-88.
- MEDELLÍN, TORRES, N. (2004), "La política de las políticas públicas: propuesta teórica y metodológica para el estudio de las políticas públicas en países de frágil institucionalidad", Serie Políticas Sociales, n° 93, CEPAL, Santiago de Chile.
- MERLINSKY, GABRIELA (2013), *Cartografías del conflicto ambiental en Argentina*, Ciccus, Buenos Aires.
- MONTESINOS, EGON (2007), "Límites del enfoque de las políticas públicas para definir un problema público". Cuaderno de Administración, enero-junio, año/vol. 20, número 33, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá.
- MORÁN, A. (1998), "Aportes para el Estado y la Administración Gubernamental", año 5, n° 12, 1998.
- NONNA S. (2008), *Presupuestos mínimos de protección ambiental*, Estudio, Buenos Aires, 2008.
- PARSONS, W. (2007), *Políticas Públicas: una introducción a la teoría y la práctica del análisis de políticas públicas*, FLACSO, México.
- PÉREZ SÁNCHEZ MARGARITA (2005), *Análisis de políticas públicas*, Universidad de Granada; Granada.
- REAL DATO, JOSÉ (2006), "Actores, ideas e instituciones en las políticas públicas", en PÉREZ SÁNCHEZ, MARGARITA (ed.), *Análisis de políticas públicas*, Granada, Universidad de Granada, 2006, pp. 77-107.
- RODRÍGUEZ BECERRA, M., ESPINOZA., WILK D. (2002), "Gestión Ambiental en América Latina y el Caribe. Evolución, tendencias y principales practicas", Washington, BID, División de Medio Ambiente.
- ROTH A. N. (2009), "Políticas públicas formulación, implementación y evaluación. Aurora", séptima edición, Bogotá.
- (2007), "Enfoques y teorías para el análisis de las política públicas, cambio de la acción pública y transformación del estado", en *Ensayo sobre políticas*.
- SÁNCHEZ, MARGARITA (2005), *Análisis de políticas públicas*, Univ. de Granada. Granada, 2005.



EL CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO DESDE UNA CONCEPCIÓN DEMOCRÁTICA DELIBERATIVA *

Nicolás Emanuel Olivares **

Resumen: El presente trabajo tiene por objetivo principal analizar la conexión entre las concepciones normativas de constitucionalismo democrático y democracia deliberativa. A dichos fines, seguiremos seis pasos. En primer lugar, estudiaremos la conexión normativa habida entre los conceptos de constitución y democracia. En segundo lugar, intentaremos explicitar qué se entiende por democracia deliberativa. En tercer lugar, brindaremos argumentos en defensa de dicha concepción democrática deliberativa. En cuarto lugar, nos abocaremos a definir qué tipo de teoría es el constitucionalismo democrático. En quinto lugar, evaluaremos si el constitucionalismo democrático cumple con los estándares normativos impuestos por la democracia deliberativa. Finalmente, esbozaremos algunas conclusiones provisionales.

Palabras clave: Democracia deliberativa - Constitucionalismo democrático - Interpretación constitucional - Concepción constitucional.

I. Introducción

La incógnita acerca del tipo de relación normativa existente entre los conceptos de *constitucionalismo* y *democracia* ha constituido el objeto de estudio de numerosas investigaciones teóricas (Gargarella, 2010: 23-32; Holmes, 1999: 217-219). El presente trabajo tendrá por objeto de análisis dos *concepciones específicas* de ambos conceptos. Por un lado, en cuanto concepto de democracia, existe actualmente un relativo consenso en derredor de las bondades propias de una particular concepción a la que se denomina *democrática deliberativa* (Parkinson, Mansbridge, et al., 2012: 4), la cual intenta superar las deficiencias normativas endilgadas a las teorías democráticas: populista (E. Laclau), pluralista (R. Dahl), elitista (J. Schumpeter), y agonista (C. Mouffe). Por el otro, en relación al concepto de constitucionalismo, ha surgido recientemente (2013) una nueva concepción a la que sus autores (R. Post y R. Siegel) denominan *constitucionalismo democrático*. Esta nueva teoría intenta superar las deficiencias explicativas y normativas endilgadas a las teorías constitucionales: populista (L. Kramer, B. Friedman), conservadora (A. Scalia), y minimalista (C. Sunstein).

* Recibido el 05/12/14. Aprobado el 19/08/15.

Agradezco a R. Gargarella, A. Rossetti, G. Arballo, N. E. Allés, M. Benente, L. Miseri, L. Samamé Lais, así como a los integrantes del *Seminario de Lectura en Teoría Constitucional* del CIJS-UNC, por las lúcidas observaciones formuladas a una versión preliminar del presente trabajo, la cual fuere presentada en el I° Workshop Internacional "Historia Constitucional y desafíos a las instituciones jurídicas", UNLPam, 6/11/2014.

** Abogado (UNC), Profesor Universitario (UCC). Estudios en curso: Doctorando en Derecho y Cs. Sc. (UNC), Maestrando en Derecho y Argumentación Jurídica (UNC), Becario doctoral CONICET. Labor docente: Adscripto en las asignaturas: Derecho Constitucional (UNC), y Ética (UNC). Lugar de Trabajo: Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. E-mail: olivares.nicolasemanuel@gmail.com.

Partiendo de dicho marco teórico, el presente trabajo tendrá por objetivo principal develar qué tipo de relación media entre las concepciones normativas de *constitucionalismo democrático* y *democracia deliberativa*. A los fines de cumplir con dicha empresa teórica, el presente trabajo se desarrollará en seis pasos. En primer lugar (apartado II), analizaremos qué tipo de conexión normativa existe entre los conceptos de constitución y democracia. En segundo lugar (apartado III), intentaremos explicitar qué se entiende por democracia deliberativa. En tercer lugar (apartado IV), nos abocaremos a definir qué tipo de teoría es el constitucionalismo democrático. En cuarto lugar (apartado V), nuestra labor se dirigirá a determinar si el constitucionalismo democrático cumple con los estándares normativos impuestos por la democracia deliberativa. En quinto lugar (apartado VI), esbozaremos argumentos en defensa de dicha concepción democrática deliberativa. Finalmente en sexto lugar (apartado VII), arrojaremos algunas conclusiones provisorias. Les invitamos entonces a recorrer dicho camino.

II. Constitucionalismo y democracia

En el presente apartado atenderemos a un primer interrogante, a saber: ¿Qué tipo de relación media entre los ideales normativos generales de *constitución* y *democracia*? En respuesta a dicho interrogante, se han planteado al menos tres tipos de conexiones entre ambos ideales.

En primer lugar, ciertos autores defienden la tesis de que existe una tensión irresoluble entre las ideas de constitución y democracia. En este sentido, a los fines de resolver dicha tensión, se han ofrecido al menos tres tipos de soluciones. En primer lugar, se ha señalado que los derechos constitucionales deben prevalecer por sobre el proceso (R. Dworkin, 1986). En segundo lugar, se ha defendido la tesis de que el proceso democrático no puede subordinarse a estándares normativos fijos como son los derechos constitucionales, sino que estos últimos son legítimos únicamente si resultan de aquel proceso (J. Waldron, 1999). Finalmente, en tercer lugar, algunos teóricos defienden la idea de que ambos estándares normativos (proceso democrático y derechos constitucionales) son co-origenarios o equi-primordiales (J. Rawls, 1996; J. Habermas, 1998).

En segundo lugar, otros niegan la existencia de una necesaria tensión entre los ideales de democracia y constitución, y afirman que media entre ambas ideas normativas una relación armónica. En este sentido: a) algunos sostienen que el constitucionalismo es una precondition para la democracia (N. Mac Cormick, 1989); b) otros afirman que la democracia es precondition del constitucionalismo (L. Arrimada, 2011); y c) existen quienes defienden la tesis de que ambos ideales se condicionan mutuamente (S. Holmes, 1999).

En tercer lugar, ciertos teóricos sostienen que existe un mutuo condicionamiento entre los ideales de democracia y constitución, y que si bien existe aquella tensión, su profundidad depende de la concepción de constitución y de democracia que se adopte. De este modo la mayor o menor tensión entre ideales es contingente a las interpretaciones que se dé a dichos ideales normativos. En este sentido, existen quienes defienden la tesis de que la adopción de una concepción deliberativa de democracia y una concepción dialógica de constitucionalismo permite reducir tal tensión (C. S. Nino, 1992; R. Gargarella, 2010). Consideramos que esta tercera postura es la más adecuada.

III. Democracia deliberativa

Habiendo explicitado el tipo de conexión normativa que media entre los conceptos de constitucionalismo y democracia, emerge una segunda incógnita: ¿cuáles son las implicancias normativas de asumir una concepción deliberativa de la democracia en relación a la teoría constitucional?

Desde un enfoque general, el *concepto* de democracia deliberativa puede ser definido como aquel ideal regulativo conforme el cual la legitimidad democrática de las normas, instituciones y medidas políticas depende de la existencia de un proceso intersubjetivo de justificación política, en el cual intervienen todos los potencialmente afectados por la misma¹.

Sin embargo, desde un enfoque restringido, el concepto de democracia deliberativa puede asumir distintas *concepciones*, las cuales pueden ser clasificadas como: liberales, republicanas, y críticas. Entre quienes defienden una concepción deliberativa liberal destacan las teorizaciones de J. Rawls (1996), C. S. Nino (1997), A. Gutmann y D. Thompson (1996, 2004), J. Parkinson, y J. Mansbridge (2012). Al interior de la concepción deliberativa republicana cabe resaltar la postura republicana clásica asumidas por F. Ovejero (2008) y la republicana cívica defendida por J. L. Martí (2006). Finalmente, entre las teorías deliberativas críticas deben mencionarse a los siguientes autores: J. Habermas (1998), J. Dryzek (2000), y C. Rostbøll (2008). Estas tres concepciones deliberativas (liberal, republicana y crítica), *coinciden en tres tesis normativas generales*: 1) el principio político de toma de decisiones más adecuado no es el de voto o negociación, sino el de argumentación; 2) la democracia no se sustenta únicamente en el principio mayoritario, sino también en el principio de justificación política; y 3) la democracia no debe justificarse sólo en argumentos procedimentales o sustantivos, sino en ambos tipos de argumentos.

El criterio clasificatorio sobre el cual está sustentada esta *distinción* entre teorías deliberativas liberales, republicanas y críticas, es el concepto de *libertad política* por ellas asumido. En primer lugar los deliberativistas liberales parten de un concepto negativo de libertad política, entendida como no interferencia en los planes de vida de los ciudadanos. En segundo lugar los deliberativistas republicanos asumen dos conceptos diferentes de libertad política, dependiendo del tipo de republicanismo defendido. Por un lado, los republicanos clásicos adoptan un concepto positivo de libertad política entendido como participación activa de los ciudadanos en la vida pública, de modo que las virtudes cívicas poseen valor moral intrínseco. Por otro lado, los republicanos cívicos adoptan un concepto negativo de libertad política entendido como no dominación. La deseada no dominación, puede ser pública, es decir busca evitar que el Estado someta a los particulares, o bien privada, cuando procura evitar que un ciudadano haga lo propio sobre otro ciudadano. Los republicanos cívicos sostienen que las virtudes cívicas poseen valor moral instrumental siendo la libertad política el fin último. Finalmente, en tercer lugar, los deliberativistas críticos defienden un concepto

¹ Esta definición estándar del concepto de democracia deliberativa, está respaldada por las teorizaciones efectuadas en los siguientes trabajos: MARTÍ, 2006; GARGARELLA, 1995; GUTMANN y THOMPSON, 1996; GUTMANN y THOMPSON, 2004; MANSBRIDGE, 2009; y MANSBRIDGE *et al.*, 2010; J. RAWLS, 1996; C. S. NINO, 1997; J. PARKINSON, J. MANSBRIDGE, 2012; J. HABERMAS, 2005; J. DRYZEK, 2000; y C. ROSTBØLL, 2008; entre otros.

positivo de libertad política entendida como emancipación, en tanto superación de aquellas condiciones empíricas y normativas que les impiden a los ciudadanos ser sujetos políticos autónomos.

En este trabajo, adoptamos como fuente de criterios normativos de evaluación del constitucionalismo democrático, una particular concepción deliberativa liberal, la cual será aquí denominada *concepción deliberativa liberal amplia*. Esta postura ha sido originalmente defendida por C. S. Nino (1992, 1997), y luego resignificada por R. Gargarella (1995, 2011).

Partiendo de esta *concepción deliberativa liberal amplia*, explicitaremos un concepto particular de democracia deliberativa compuesto de *tres tesis normativas específicas*, sobre las siguientes nociones políticas: legitimidad, sujeto, e interacción. Dichas tesis específicas a su vez imponen determinadas limitaciones a toda teoría constitucional. Veamos con algo más de detalle a qué nos referimos.

1. *Legitimidad*: Toda norma o medida política debe justificarse mediante un procedimiento público de deliberación ciudadana en el cual se intercambien razones genuinas, públicas y moralmente aceptables. De este modo la legitimidad política depende de la calidad moral de las razones esgrimidas en la arena política. La democracia deliberativa constituye una concepción epistémica dialógica de la democracia conforme la cual las esferas política y moral están interconectadas y el valor mismo de la democracia se ubica en la moralización o transformación de las preferencias de los ciudadanos (Nino, 1997: 154).

2. *Sujeto*: Los sujetos que intervienen en dicho proceso deliberativo serán todos aquellos ciudadanos que sean considerados afectados por la norma o medida política sujeta a deliberación. En otras palabras, los sujetos deliberativos son de tipo individual y no colectivo, y sus preferencias no deben ser consideradas como fijas o estáticas sino dinámicas, abiertas, sujetas a transformación (Nino, 1997: 180).

3. *Interacción*: El tipo de interacción política que debe mediar entre los ciudadanos, entre ellos y sus autoridades democráticas, así como entre autoridades democráticas, es de tipo cooperativa-dialógica. El proceso democrático deliberativo debe respetar los principios normativos propios del discurso moral: autonomía, inviolabilidad, y dignidad, así como los del discurso político: imparcialidad, igualdad, libertad (Nino, 1997: 187-198). Los poderes constituidos deben intercambiar razones entre sí no únicamente como resultado de una voluntad o motivación coyuntural sino fruto de determinado diseño institucional. Las funciones desempeñadas por los representantes que integran los poderes constituidos, deben darse en el marco de una interacción institucional cooperativa y dialógica, por oposición a una interacción agonal, militarista (Gargarella, 2014: 122-123, 152).

IV. ¿Por qué adoptar una concepción democrática deliberativa?

En el apartado anterior, hemos identificado cuáles son los elementos normativos que integran el concepto de democracia deliberativa, y explicitado la particular concepción normativa desde la cual interpretamos dicho concepto. Sin embargo, resta justificar porqué debiera concebirse a tal *concepción deliberativa liberal amplia* como un ideal regulativo *atractivo*. Es decir, debemos brindar razones de peso que justifiquen la adopción de un ideal democrático deliberativo en general y una concepción deliberativa liberal amplia en particular.

Entre dichas *razones generales*, pueden señalarse las siguientes: a) tutela adecuadamente el principio de igual consideración y respeto de todos los ciudadanos; b) nos permite avizorar alternativas políticas disímiles a las ya contempladas y establecidas; c) nos posibilita corregir errores lógicos y empíricos; d) nos obliga a revisar, moderar, y/o eliminar prejuicios valorativos; e) posibilita la comprensión y entendimiento entre ciudadanos que defienden posturas contrapuestas o disímiles; f) nos obliga a dar razones mediante las cuales justificar nuestras posturas; g) posibilita la existencia de un genuino proceso colectivo de aprendizaje político; y h) promueve el respeto mutuo entre ciudadanos².

Por su parte A. Gutmann y D. Thompson esgrimen cuatro *razones generales* en defensa de la superioridad normativa de la concepción democrática deliberativa por sobre sus concepciones rivales (Gutmann y Thompson, 1996: 41). Dichas razones son las siguientes: 1) Promueve la legitimidad de las decisiones colectivas; 2) Favorece la proliferación en el debate de perspectivas discursivas que resaltan los factores públicos por sobre los privados; 3) Promociona un proceso de toma de decisiones en el que reina el respeto mutuo entre los ciudadanos deliberantes; 4) Corrige aquellos errores inevitables cometidos por los ciudadanos o sus representantes en el marco de acciones colectivas (Gutmann y Thompson, 1996: 39-44; 2004: 10-12).

En síntesis, la *concepción democrática deliberativa en general*, protege y promueve mejor que los restantes ideales democráticos, el valor *autogobierno democrático*, atento: 1) sostiene que los ciudadanos deben ser tratados como agentes autónomos racionales, libres e iguales, capaces de definir intersubjetivamente cuando un procedimiento político es legítimo o ilegítimo; 2) establece que deben considerarse y respetarse los argumentos de todos los ciudadanos afectados por la institución, norma o medida en cuestión; 3) tiene por meta garantizar la igual influencia política de los deliberantes en el procedimiento de toma de decisiones; 4) promueve el aprendizaje político-moral entre ciudadanos, lo cual no sólo eleva la calidad epistémica de los resultados, sino que principalmente empoderar a los agentes políticos como verdaderos soberanos políticos; y 5) posibilita y fomenta la existencia de una cultura política conforme la cual ante desacuerdos profundos, persistentes e inerradicables debemos respetarnos mutuamente³.

En cuanto a la *concepción deliberativa liberal amplia* en particular, la misma es justificada por C. S. Nino mediante *dos argumentos específicos*. Por un lado, C. S. Nino considera que la democracia es valiosa debido a su valor epistémico, atento constituye el procedimiento de discusión y decisión política más confiable para alcanzar resultados políticos legítimos y justos (*argumento epistémico*) (Nino, 1997: 154-168). Por otro lado, C. S. Nino señala que la democracia constituye el procedimiento de discusión y decisión política que mejor respeta determinados principios morales últimos (autonomía, inviolabilidad, dignidad), los cuales derivan de una concepción neo-kantiana de la idea de razón práctica,

² Al respecto de otras razones mediante las cuales justificar la adopción de una concepción democrática deliberativa por sobre otras concepciones democráticas rivales, véase: GARGARELLA, 2010: 39-40; y MARTÍ, 2006: 194-195.

³ Las razones aquí explicitadas abrevan de las teorizaciones vertidas en: NINO, C. S., 1992, 1997; GARGARELLA, R., 1995; GUTMANN, A. y THOMPSON, D., 1996; GUTMANN, A. y THOMPSON, D., 2004; RAWLS, J., 1996; y ROSTBØLL, C. F., 2008.

en tanto C. S. Nino sostiene que son aquellos principios que derivan de las exigencias de autonomía y universalidad, propias del discurso moral (*argumento sustantivo*) (Nino, 1992: 162-178).

V. Constitucionalismo democrático

V.1. ¿Qué tipo de teoría constitucional?

¿Es el constitucionalismo democrático una teoría sobre la interpretación constitucional o constituye una concepción más amplia acerca de qué debe entenderse por constitución? Consideramos que dicho interrogante admite al menos tres tipos de respuesta.

Una *primera respuesta*, implicaría sostener que el constitucionalismo democrático constituye en puridad de concepto una teoría constitucional relativa a cómo y quiénes deben interpretar la norma fundamental de una nación. De este modo, el constitucionalismo democrático no defiende valores políticos específicos, sino que brinda un esquema normativo interpretativo adaptable a distintas concepciones constitucionales sustantivas. Quienes adhieran a esta primera postura, señalarían que lo relevante para el constitucionalismo democrático es determinar en materia interpretativa el quiénes y no tanto el cómo. Ello implica sostener que dicha teoría incluso puede resignificar las distintas y habituales concepciones constitucionales interpretativas. La resignificación refiere a que siempre el intérprete constitucional es el pueblo en tanto soberano democrático. Razón por la cual el constitucionalismo democrático podría asumir una tónica textualista, originalista, moralista, etc.

Una *segunda respuesta*, conllevaría afirmar que en realidad el constitucionalismo democrático debe ser definido como una teoría constitucional no meramente interpretativa sino también sustantiva. Existen dos maneras de expresar dicha segunda postura. En primer lugar, puede decirse que el constitucionalismo democrático podría ser definido como aquella teoría constitucional interpretativa que a su vez defiende ciertos valores políticos específicos y que por ello brinda un esquema normativo interpretativo excluyente de ciertas concepciones constitucionales sustantivas. Una segunda formulación, de dicha tercera postura, señalaría que toda teoría constitucional interpretativa incluye ciertos valores políticos sustantivos más o menos definidos. Ello equivale a afirmar que la interpretación constitucional no existe como mecanismo jurídico ascético o neutral en términos normativos y que siempre parte de un determinado concepto de democracia⁴.

Una *tercera respuesta*, podría señalar que el constitucionalismo democrático constituye una teoría sustantiva no interpretativa, la cual defiende exclusivamente valores políticos específicos y que brinda un esquema sustantivo adaptable a distintas concepciones constitucionales interpretativas. Esta tercera postura sostiene que la interpretación constitucional es meramente una cuestión de técnica o que se insufla de determinado contenido normativo dependiendo de cuál teoría constitucional sustantiva se parta.

⁴ Esta segunda formulación es la que parecen adoptar autores de la talla de R Gargarella, M. Alegre, P. Bergallo, L. G. Jaramillo, entre otros constitucionalistas latinoamericanos.

A su vez, quienes asuman tanto la segunda o tercera postura, aún debieran discutir si el constitucionalismo democrático admite ser clasificado como una teoría sustantiva de tipo progresista radical, progresista moderada, conservadora moderada, o conservadora radical. En este último sentido, cabe destacar que el constitucionalismo democrático expresamente se enfrenta en términos normativos a las teorías conservadoras. Atento lo cual, la discusión quedaría acotada a determinar si el constitucionalismo democrático debe ser entendido como una teoría moderada o radical, pero progresista al fin.

Por supuesto dicha última discusión clasificatoria dependerá de qué entendamos por teoría constitucional sustantiva progresista y qué por teoría constitucional sustantiva conservadora. Al respecto, diremos que por *sustantiva progresista* debe entenderse a toda teoría constitucional que tenga por fin o meta principal, aunque no única ni última, gestar permitir, posibilitar, y/o producir reformas o cambios en los ideales y correlativas prácticas constitucionales y que tiene por sujeto principal de cambio a los ciudadanos, individual o colectivamente considerados. Las teorías *progresistas moderadas* incluyen como fin secundario el de mantener la estabilidad de las normas constitucionales e incluyen como sujetos en diálogo a todos los actores políticos. Las teorías *progresistas radicales* sostienen que el ciudadano tiene la última palabra y los demás actores políticos deben prestar deferencia a sus consideraciones. Por oposición, las teorías constitucionales *sustantivas conservadoras*, tienen por fin o meta principal, aunque no única ni última, mantener, consolidar, y/o proyectar los ideales y correlativas prácticas constitucionales existentes, y tienen por sujeto principal a los jueces. Las teorías *conservadoras moderadas*, incluyen ciertas vías de cambio constitucional (interpretación, reconsideración) y consideran como una voz secundaria a los reclamos populares. Las teorías *conservadoras radicales* sostienen mediante argumentos morales y/o epistémicos que los jueces constituyen los únicos actores principales, siendo la única vía de cambio normativo la reforma constitucional⁵.

Atendiendo a dichos tipos de respuesta y sus matices, buscaremos precisar qué tipo de teoría es el constitucionalismo democrático, es decir en cuál de dichas clasificaciones cabe colocarlo. A los fines de esta empresa, explicitaremos las consideraciones vertidas por los teóricos fundadores de dicha teoría, a saber: R. Post y R. Siegel, así como las precisiones teóricas ofrecidas por uno de sus más conocidos comentaristas latinoamericanos: L. G. Jaramillo. Finalmente ofreceremos nuestras propias consideraciones al respecto.

V.2. La postura de R. Post y R. Siegel

Por su parte, R. Post y R. Siegel sostienen que su trabajo debe ser definido como de tipo descriptivo o explicativo y no así prescriptivo o normativo. Dichos autores señalan que su objetivo es acotado y consiste en analizar cuál es el método interpretativo de la constitución norteamericana, ofreciendo así un modelo teórico explicativo de cómo realmente funcionan los tribunales estadounidenses (Post y Siegel, 2013: 32, 44)⁶.

⁵ Así como pueden clasificarse las teorías constitucionales sustantivas en progresistas y conservadoras, también así puede procederse con las teorías constitucionales interpretativas (POST y SIEGEL, 2013: 9-12).

⁶ R. Post y R. Siegel sostienen que “El constitucionalismo democrático describe cómo nuestro ordenamiento constitucional negocia, de hecho, la tensión entre el estado de derecho y el autogo-

Dichos autores sostienen que la vía para determinar cuál es el significado que deben asumir las normas constitucionales es mediante los reclamos sociales y demás demandas o planteos ciudadanos frente a sus representantes electos (Post y Siegel, 2013: 33). En este sentido, R. Post y R. Siegel señalan que la legitimidad de las normas políticas depende de la confianza que los ciudadanos manifiesten en relación a la existencia de sensibilidad democrática por parte del ordenamiento constitucional (Post y Siegel, 2013: 33-34). Los ciudadanos mantendrán su lealtad a dicha norma fundamental en tanto sea posible persuadir a sus conciudadanos y representantes de cuáles valores políticos y qué significados deben adoptarse (Post y Siegel, 2013: 33-34). De este modo, el constitucionalismo democrático se piensa a sí mismo como una instancia teórica explicativa que intenta descifrar cómo puede establecerse una genuina mediación entre los ideales de *sensibilidad popular o democrática* (valores constitucionales defendidos por ciudadanos) y *juridicidad o legitimidad jurídica* (valores constitucionales defendidos por judiciales) (Post y Siegel, 2013: 56-59).

R. Post y R. Siegel señalan que las técnicas interpretativas generales tales como la intención original del legislador, el textualismo, el originalismo, *in dubio pro constitutionem*, no pueden aplicarse acriticamente sino que responden siempre a una determinada concepción constitucional sustantiva. Sin embargo, R. Post y R. Siegel consideran que no es válida la tesis que dice que cada una de dichas técnicas se correlaciona siempre y necesariamente con una de dichas concepciones. Por el contrario, los autores defienden la idea de que una misma técnica puede ser utilizada por distintas concepciones constitucionales sustantivas, incluso opuestas (Post y Siegel, 2013: 38-40). De este modo, R. Post y R. Siegel sostienen que los progresistas deben predicar la unión entre método interpretativo general y perspectiva constitucional sustantiva. El método interpretativo general no debe reemplazar ni obstaculizar la concepción constitucional sustantiva (Post y Siegel, 2013: 40-41).

Dichos autores señalan que el constitucionalismo democrático en tanto concepción constitucional progresista debe ser distinguida de otras dos posturas también progresistas (Post y Siegel, 2013: 43, 51). Por un lado, no coincide con el *constitucionalismo popular*, defendido por autores tales como L. Kramer, y B. Friedman, teoría conforme la cual los ciudadanos son los últimos y únicos intérpretes de la Constitución Nacional. Los representantes políticos deben ser completamente deferentes a dichas interpretaciones, incluso si atender a las mismas implica ir contra los actuales preceptos constitucionales, generando su modificación o reforma. Por el otro, difiere del *minimalismo judicial*, propugnado por consagrados teóricos tales como C. Sunstein, quien señala que las cláusulas constitucionales deben ser interpretadas de manera restrictiva por los magistrados, a los fines de evitar una indebida injerencia de los jueces en asuntos que deben definir los poderes políticos (Legislativo y Ejecutivo)⁷. Así también, como hemos señalado, el constitucionalismo democrático si bien otorga un rol preponderante a los jueces, se opone a aquellas *concepciones constitucionales conservadoras* que

bierno. Muestra como el significado constitucional cede a la insistencia de las creencias populares pero al mismo tiempo conserva su integridad como derecho" (POST y SIEGEL, 2013: 47).

⁷ Al respecto de las diferencias existentes entre el minimalismo judicial y el constitucionalismo democrático, véase: POST y SIEGEL, 2013: 108-110.

otorgan al Poder Judicial el rol de ser la última y única palabra, y promueven con ello un profuso activismo de la magistratura (Post y Siegel, 2013: 51).

Atento la clasificación efectuada en V.1., R. Post y R. Siegel consideran que el constitucionalismo democrático debe ser entendido como una teoría constitucional explicativa-descriptiva, interpretativa-sustantiva, de tipo progresista moderada.

V.3. La postura de L. G. Jaramillo

A su turno, L. G. Jaramillo señala que el constitucionalismo democrático no constituye una teoría en sentido estricto y por lo tanto tampoco una teoría de la interpretación constitucional, sino que debe ser definido como una concepción constitucional amplia o general (Post y Siegel, 2013: 12). En otras palabras, según L. G. Jaramillo el constitucionalismo puede ser definido como un movimiento que no sólo tiene pretensiones descriptivas, sino también normativas (Post y Siegel, 2013: 14). En apoyo de esta última tesis, L. G. Jaramillo sostiene que el constitucionalismo democrático defiende ciertos valores o principios políticos constitucionales, entre ellos el de frenos y contrapesos entre poderes constituidos (Post y Siegel, 2013: 15). Otros principios normativos defendidos por el constitucionalismo democrático serían los siguientes: dignidad humana, pluralismo político, igualdad material y solidaridad (Post y Siegel, 2013: 15).

L. G. Jaramillo, destaca que conforme R. Post y R. Siegel, el constitucionalismo democrático se asienta sobre dos criterios normativos centrales, a saber: a) legitimidad; y b) sensibilidad democrática (Post y Siegel, 2013: 34). El primero de ellos (legitimidad), se conecta con el principio de estado de derecho, el cual a su vez se compone de los estándares de legalidad y seguridad jurídica, y sostiene que toda norma o medida política debe ser conteste con la constitución nacional. El segundo criterio (sensibilidad), parte de una perspectiva popular de los valores constitucionales y sostiene que los diseños institucionales de la constitución deben ser sensibles a los reclamos, demandas y planteos de la ciudadanía (Post y Siegel, 2013: 12). En otras palabras, L. G. Jaramillo sostiene que el constitucionalismo democrático debe resguardar la relación indisoluble entre los pares ordenados *democracia política* y *derechos fundamentales* (Post y Siegel, 2013: 14).

El constitucionalismo democrático propone el diálogo entre poderes constituidos y ciudadanía, rechazando la tesis de que el Poder Judicial posee la última y la única palabra en materia de interpretación de derechos. Sin embargo, otorga al Poder Judicial un rol preponderante en la traducción de reclamos sociales en derecho positivo e incluso defiende el control judicial de constitucionalidad (Post y Siegel, 2013: 14). En dicho entendimiento, se sostiene que el Poder Judicial debe invalidar o anular toda norma o medida política que vaya contra aquellos principios políticos defendidos por el constitucionalismo democrático. Esta última labor, debe realizarse incluso si dicha norma o medida ha contado o cuenta con el respaldo de una mayoría democrática de ciudadanos (Post y Siegel, 2013: 15). Desde la perspectiva del constitucionalismo democrático, el control judicial de constitucionalidad, es uno entre varios controles, y no se erige en la única ni última voz en materia de sanción e interpretación constitucional (Post y Siegel, 2013: 19)⁸.

⁸ Al respecto, cabe preguntarse: ¿cuáles son las razones que pueden esgrimirse a favor de dicho rol preponderante del Poder Judicial en el contexto latinoamericano? L. G. Jaramillo sostiene que los

Atento la clasificación efectuada en V.1., L. G. Jaramillo considera que el constitucionalismo democrático debe ser entendido como un movimiento constitucional, normativo-prescriptivo, sustantivo, de tipo progresista moderado.

V.4. Nuestra postura

Coincidimos con R. Post y R. Siegel en que el constitucionalismo constituye una teoría constitucional, de tipo progresista, democrática y que postula un tipo de interacción política dialógica. Al respecto de esta precisión, consideramos suficientes las consideraciones vertidas en V.2. y V.3. Sin embargo, frente a la discusión acerca de si el constitucionalismo democrático constituye una teoría constitucional conservadora, o constitucional progresista, optamos junto con L. G. Jaramillo por la segunda de dichas opciones. En este sentido, resulta evidente que además de describir las concepciones conservadora y progresista, R. Post y R. Siegel toman postura por una de ellas, la progresista, ofreciendo claros argumentos normativos en su defensa. Más precisamente, dichos autores asumen una particular concepción normativa de los siguientes conceptos: constitución, derecho, política, democracia, control de constitucionalidad, legitimidad, entre otros (Post y Siegel, 2013: 33-36, 43-60).

Por otro lado, en lo referido a la discusión acerca de si el constitucionalismo democrático debe considerarse una teoría meramente interpretativa, interpretativa-sustantiva, o bien puramente sustantiva consideramos que la segunda de dichas opciones es la correcta. Al respecto, los autores sostienen que a los fines de que se imponga la postura progresista que defienden no alcanza con asumir una determinada teoría de la interpretación constitucional sino que también debe adoptarse una concepción constitucional sustantiva (Post y Siegel, 2013: 32)⁹.

En tercer lugar, queda por clarificar si el progresismo propugnado por el constitucionalismo democrático asume tintes moderados o radicales. En este aspecto resulta claro que dicha teoría adhiere a un progresismo moderado. En defensa de esta afirmación puede señalarse que: a) se le brinda un rol principal a los jueces como intermediarios entre los significados populares y los significados profesionales de las normas constitucionales; y b) se rechaza la concepción constitucionalista populista, la cual propugna que los poderes constituidos deben ser siempre deferentes a las opiniones ciudadanas.

Finalmente, atento la clasificación conceptual efectuada anteriormente (V.1.), asumiremos la tesis de que el constitucionalismo democrático debe ser entendido como una teoría constitucional, explicativa-descriptiva y normativa-prescriptiva, interpretativa-sustantiva, de tipo progresista moderada.

magistrados protegen a los derechos constitucionales de los abusos de poder efectuados por: a) pequeños en número pero muy poderosos grupos corporativos de interés; y b) decisiones populares mayoritarias irrazonables (POST y SIEGEL, 2013: 15-16). L. G. Jaramillo señala que nuestras democracias constitucionales padecen, al menos dos males, a saber: a) las normas emitidas por el Poder Legislativo en reiteradas ocasiones vulneran principios constitucionales; y b) el Poder Ejecutivo es ineficiente e ineficaz en su tarea de garantizar la plena observancia de los derechos fundamentales (POST y SIEGEL, 2013: 17).

⁹ En refuerzo de nuestra tesis de que el constitucionalismo democrático constituye *una teoría tanto descriptiva como normativa* pueden citarse el siguiente pasaje de la obra de R. Post y R. Siegel: "Los progresistas, por lo tanto, necesitan más que una teoría acerca de la elusión del conflicto constitucional; necesitan una teoría sobre cómo proteger los ideales constitucionales en condiciones de conflicto constitucional. Más aún, necesitan ideales constitucionales sustantivos" (POST y SIEGEL, 2013: 49).

VI. ¿Satisface el constitucionalismo democrático los estándares normativos de la democracia deliberativa?

Una vez descripta la teoría que hemos dado en llamar constitucionalismo democrático cabe atender a un tercer interrogante, a saber: *¿cumple el mismo con los estándares normativos de corrección impuestos desde una concepción deliberativa liberal amplia de la democracia?* Dicha incógnita admite ser respondida desde dos perspectivas disímiles. Desde una *perspectiva normativa ideal*, nuestra respuesta ante el mismo es negativa. Aunque desde una *perspectiva normativa no ideal* caben formular ciertos matices o reparos considerables. Veamos entonces con algo más de detalle a qué nos referimos.

En primer lugar, desde una *perspectiva normativa ideal*: ¿cuáles son las razones que permiten justificar dicha respuesta negativa? ¿Cuáles son los estándares normativos *ideales* incumplidos? En respuesta a este último interrogante, consideramos que pueden formularse, al menos, cuatro argumentos, a saber:

1. La democracia deliberativa rechaza el sistema de frenos y contrapesos.

En primer lugar, el constitucionalismo democrático se propone a sí mismo como una concepción constitucional dialógica, sin embargo no desafía la concepción agonista del poder propio del constitucionalismo del siglo XIX que usualmente conocemos como el sistema de frenos y contrapesos impreso en las constituciones liberales de aquella centuria (Gargarella, 2014: 152). El respeto y valoración de dicho esquema normativo agonista, vuelve a la pretensión cooperativa y dialógica del constitucionalismo democrático, como una postulación retórica, incoherente o inconsistente. La democracia deliberativa requiere para su existencia y estabilidad de un diseño institucional en el que los poderes constitutivos tengan el deber de intercambiar argumentos y no así el de atacarse unos a otros (Gargarella, 2014: 122). Ello permitirá el surgimiento de prácticas políticas inter-poderes dialógicas perdurables en el tiempo. Por supuesto que la democracia deliberativa requiere controles mutuos, pero ello no en clave agonística sino dialógica (Gargarella, 2014: 123).¹⁰

2. La democracia deliberativa se opone a una concepción colectivista de sujeto democrático y a la idea de ethos democrático.

En segundo lugar, el constitucionalismo democrático se sustenta sobre la existencia de un particular ethos o nomos democrático propio de cada sociedad o comunidad política que expresa una específica identidad nacional, se halla inscrita en su derecho positivo, y puede adjudicarse a un sujeto colectivo, al que usualmente se denomina *pueblo*.

El hecho de hacer depender la aceptabilidad o legitimidad de ciertas normas o medidas políticas de su adecuada correspondencia con un determinado ethos común resulta controversial desde una concepción de la democracia cuyo sujeto es individual y no grupal. Como bien lo ha indicado Gargarella, recordando las teorizaciones de C. S. Nino, la democracia deliberativa es una concepción democrática individualista (no colectivista) (Gargarella, 1995: 1-3).

¹⁰ Desde este enfoque deliberativo, las innovaciones pequeñas o cambios de diseño institucional menores que pretendan volver al sistema constitucional más dialógico, no producirán efectos positivos suficientes a menos que se cambie la lógica agonista general por una argumentativa. Es decir, que todo mecanismo de diálogo inter-poderes que se inserte en un marco constitucional agonístico tendrá efectos deliberativos limitados, escasos, o nulos (GARGARELLA, 2014: 123).

Por otro lado, la idea de *nomos*, *éthos* o identidad nacional no sólo resulta objetable atento parte de una concepción colectivista de democracia, sino también debido a que asume una concepción política comunitarista. Al respecto de las *objeciones deliberativas* dirigidas a la concepción política comunitarista, pueden destacarse las siguientes: i) adhiere a una noción perfeccionista de las nociones de: ciudadano, política, y bien común; ii) asume una concepción constructivista ontológica acerca de la legitimidad política de las normas medidas o instituciones políticas, lo cual resulta consistente con adoptar la tesis de la infalibilidad moral de las decisiones políticas populares; iii) defiende el relativismo cultural en tanto teoría metaética de la justicia, ya que señala que la corrección moral del contenido de las medidas y normas políticas depende de cada sociedad o cultura y no puede ser medido por criterios universales aptos para todo tiempo y lugar; y iv) promueve la continuidad del *estatus quo* político, adoptando así una perspectiva conservadora de la política, ya que impide que ciertos grupos minoritarios desafien aquellas prácticas, convenciones o reglas sociales adoptadas por la mayoría en conformidad con el ser nacional (Nino, 2013: 24-28, 50-51).

3. *La legitimidad democrática deliberativa de una norma depende de los argumentos públicamente discutidos y no de la mera suma de las opiniones ciudadanas.*

En tercer lugar, el constitucionalismo democrático considera que el concepto de autoridad democrática se desdobra en dos requisitos: sensibilidad democrática y legitimidad jurídica. El primero, es de tipo empírico, se conecta con la noción de pueblo, e implica que las instituciones detecten adecuadamente cuáles son los reclamos y creencias que los ciudadanos tienen sobre el desempeño de sus representantes. El segundo, es normativo, se relaciona con la noción de Constitución, y señala que ante todo reclamo ciudadano existen límites normativos impuestos por la constitución y demás normas infraconstitucionales que no deben ser sobrepasados. Si bien el constitucionalismo democrático propone una relación de complementariedad entre ambos requisitos, sin embargo sostiene la preeminencia del criterio de sensibilidad democrática (empírico) por sobre el de legitimidad jurídica (normativo).

De este modo la deliberación en tanto intercambio argumentativo, intersubjetivo, dialógico, entre ciudadanos, en cuanto proceso de discusión moral abierto, autocorrectivo, es eliminado de ambos requisitos o estándares. En otras palabras, el constitucionalismo democrático no incorpora la deliberación ni como *input* normativo de la noción de legitimidad política ya que defiende una concepción jurídica de legitimidad en tanto correspondencia; ni como *input* empírico de la noción de sensibilidad democrática, en tanto estándar empírico de identificación y recepción de los reclamos sociales concretos. Atento lo cual, dicha concepción jurídica de legitimidad, vuelve a la tesis del constitucionalismo democrático de que el derecho tiene por fuente real a la política, una postulación retórica, incoherente o inconsistente.

A su vez, las nociones de *sensibilidad democrática* y *legitimidad jurídica*, propuestas por el constitucionalismo democrático, confunden la necesaria distinción entre legitimación (concepto empírico) y legitimidad (concepto normativo). Por un lado, la legitimación (legitimidad subjetiva) mide la estabilidad y funcionalidad del sistema político, y se alcanza cuando existe la creencia ciudadana generalizada de que los gobernantes y sus directivas se hallan moralmente

justificados (Nino, 1992: 570, 619-621). La democracia desde esta perspectiva es vista como un instrumento para alcanzar el fin de la estabilidad. Por otro lado, la legitimidad (legitimidad objetiva) se emparenta con el *punto de vista interno hartiano*, que adoptan los ciudadanos frente a las normas, en relación a las cuales se sienten afectados y obligados (Nino, 1992: 619-620). La legitimidad, constituye aquel conjunto de razones normativas que permiten justificar moralmente un régimen político democrático (Nino, 1992: 570-571, 619-620). Desde una *concepción deliberativa liberal amplia*, el concepto de *legitimidad* posee prioridad lógica por sobre el de *legitimación*, en tanto el problema político más trascendental desde esta perspectiva no reside en la legitimidad subjetiva, sino en la legitimidad objetiva.

Así también la concepción de sensibilidad democrática asumida por el constitucionalismo democrático evidencia que dicha teoría asume una *concepción especular de la política*. Dicha concepción defiende las siguientes tesis normativas: a) la legitimidad constituye un criterio empírico acerca del triunfo de un determinado *nosotros* sobre un *ellos*, que resulta del enfrentamiento de ambos; b) el ámbito político público constituye una esfera dependiente, refleja, de las creencias e intereses de ciertos grupos políticos; y c) lo relevante es el resultado (la medida adoptada), no así el procedimiento ni la calidad de los argumentos que la justifican¹¹. La adopción de dicha concepción especular de la democracia *pareciera indicar* que el constitucionalismo democrático asume una *concepción pluralista de la democracia*, conforme la cual para determinar cuál medida adoptar deben agregarse las preferencias políticas de los ciudadanos y ver qué indica la mayoría. Dichas preferencias son consideradas como dadas (Nino, 1997: 116-124). Por oposición, la democracia deliberativa considera que las preferencias pueden transformarse durante el debate público, atento deben ser definidas durante la reflexión política pública y no en instancias previas (Gargarella, 2010: 34). Conforme R. Gargarella, la mera agregación de las preferencias implica reproducir, proyectar, mantener, y garantizar el *estatus quo* político (Gargarella, 2010: 36). En palabras del autor, implica "...convertir las injusticias históricas en injusticias legítimas" (Gargarella, 2010: 38).

4. La democracia deliberativa otorga un rol menos protagónico a los jueces.

Por último, en cuarto lugar, consideramos que el constitucionalismo democrático al otorgar un rol fundamental a los jueces en el proceso de traducción de los reclamos sociales en derecho positivo, coloca: 1) a los derechos fundamentales por sobre el procedimiento democrático; y 2) a las consideraciones efectuadas por los magistrados por encima de las vertidas por los miembros del Poder Legislativo y Ejecutivo. En otras palabras, resulta inconsistente defender ambas tesis y a la vez defender las siguientes tesis: a) el valor supremo de las creencias constitucionales de los ciudadanos, por sobre las creencias de los profesionales del derecho; y b) la necesidad de adoptar una concepción constitucional coo-

¹¹ En contraposición, la concepción democrática deliberativa asume una concepción reflexiva de la política, atento: a) considera que la legitimidad constituye un criterio normativo acerca de la corrección moral de una medida política, que resulta de un procedimiento cualitativo de deliberación; b) el ámbito político público constituye una esfera independiente de la esfera privada y se compone de intereses públicos de los ciudadanos; y c) lo relevante es tanto el resultado (la medida adoptada), como el procedimiento y calidad de los argumentos que la justifican.

perativa entre poderes constituidos¹². Así también, cabe señalarse que el Poder Judicial no constituye el receptor por excelencia de los reclamos sociales colectivos. Muy por el contrario, los poderes Legislativo y Ejecutivo son mucho más capaces de identificar y receptor los distintos reclamos ciudadanos. El planteo de reclamos sociales colectivos frente al Poder Judicial debe ser pensado como una opción de *última ratio*, ante el caso de incumplimiento de sus funciones por parte de los otros dos poderes (Ejecutivo y Legislativo).

En segundo lugar, desde una *perspectiva normativa no ideal*: ¿cuáles son las razones que permiten matizar o moderar dicha respuesta negativa? ¿Cuáles son los estándares normativos *no ideales* cumplidos? En respuesta a este último interrogante, consideramos que también pueden formularse, al menos, cuatro argumentos, a saber:

1) *Las contingentes virtudes deliberativas del sistema de frenos y contrapesos.*

Para matizar la primera objeción, puede esgrimirse un argumento normativo no ideal, que señala que todo diseño institucional debe atender al factor contextual. En este sentido, el constitucionalismo democrático está pensado como teoría apta para: a) un sistema de derecho de tradición anglosajona (*common law*) en el cual rige la regla de acatar lo decidido en el precedente judicial anterior, salvo excepción fundamentada (*stare decisis*); y b) un sistema de gobierno no hiper-presidencialista, en el que el sistema de frenos y contrapesos permite cierta interacción más o menos armónica entre poderes constituidos. En este contexto jurídico específico, debemos reconocer que la propuesta del constitucionalismo democrático de poner en diálogo a las opiniones de los juristas, expertos y profesionales del derecho, con las emitidas por los ciudadanos comunes, constituye un gran avance teórico en comparación con el concepto pasivo y restringido de ciudadanía ofrecido por las concepciones democráticas conservadora, elitista y pluralista, avance que acerca un poco más al sistema norteamericano al ideal democrático deliberativo (Post y Siegel, 2013: 23, 51-53, 58-59, 71).

2) *La ciudadanía como actor principal del proceso deliberativo y el ethos democrático como expresión de un ideal político de bien común.*

La segunda objeción formulada se justifica en la idea de que la democracia deliberativa en tanto ideal regulativo presupone: a) un sujeto individual, a saber: el ciudadano; y b) un escenario político signado por el pluralismo político. Sin embargo, no es menos cierto que dicho ideal democrático reconoce la importancia de que: a) los ciudadanos individuales tomen conciencia de que las normas y medidas políticas deben deliberarse y sancionarse tras un proceso intersubjetivo colectivo; y b) para lidiar con los profundos, persistentes, e inerradicables desacuerdos propios del pluralismo político, dichas normas y medidas políticas deben tener por horizonte normativo un *nomos* o idea política no perfeccionista, más o menos flexible y provisoria de interés colectivo. En este sentido, cabe destacar el énfasis puesto por el constitucionalismo democrático en la importancia de que la ciudadanía tome conciencia de sí misma en tanto agente

¹² Cabe aclarar que la democracia deliberativa no está necesariamente comprometida con una teoría constitucional interpretativa específica. Sin embargo, el ideal democrático deliberativo difiere e incluso rechaza ciertas teorías constitucionales sustantivas. Entre estas últimas puede mencionarse a las siguientes: elitista, conservadora, pluralista, poliárquica, procedimental pura, popular. En defensa de esta tesis normativa puede citarse a la siguiente obra: GARGARELLA, 2011: Caps. 2-6.

colectivo, y se aboque a la búsqueda de intereses políticos más o menos comunes (Post y Siegel, 2013: 33-34, 50).

3) *La relevancia de considerar los intereses y opiniones de los ciudadanos.*

La tercera objeción, señala que el constitucionalismo democrático no incorpora expresamente a la deliberación democrática como la actividad política por excelencia, mediante la cual se debe justificar la sanción de toda norma o medida política, y que a su vez se contenta con reflejar irreflexivamente las opiniones ciudadanas. Sin embargo, cabe advertir que el constitucionalismo democrático de R. Post y R. Siegel no rechaza explícitamente la deliberación democrática, y que mediante el concepto especular de sensibilidad democrática intenta superar: a) la concepción estática y pasiva de ciudadano; y b) las concepción negativa del desacuerdo político, que procura su evitación o anulación; ambas premisas defendidas por las concepciones democráticas conservadora, elitista, y pluralista (Post y Siegel, 2013: 24-25, 34, 45-49, 56-57).

4) *El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*

La cuarta objeción, presupone que en el proceso de construcción de los significados jurídicos válidos, el ideal democrático deliberativo asigna un rol preponderante a los argumentos ciudadanos por sobre los de quienes ocupan cargos en los poderes constituidos. La crítica aquí al constitucionalismo democrático se debe a que este último otorga un rol preponderante a los jueces en el proceso de transformación de los reclamos sociales en derecho positivo. No obstante, desde un enfoque no ideal, y bajo ciertas circunstancias favorables difíciles de alcanzar, los magistrados sí pueden generar, promover, y hasta mejorar las condiciones previamente existentes para la deliberación democrática. La objeción formulada desde un enfoque ideal, se matiza aún más considerando: a) la especial preparación argumentativa que poseen los magistrados, en el marco de sistemas de *common law*, tal como el adoptado por el sistema norteamericano; y b) el explícito rechazo del constitucionalismo democrático a la adopción de un sistema de control judicial rígido, donde los jueces tengan la última y única palabra (Post y Siegel, 2013: 18-19).¹³

VII. Conclusión

El presente trabajo ha tenido por objeto principal de análisis cuatro interrogantes centrales. Los primeros dos interrogantes han sido formulados de la siguiente manera: 1) ¿Qué tipo de conexión normativa existe entre los conceptos de constitución y democracia?; y 2) ¿cuáles son las restricciones normativas que una concepción democrática deliberativa impone a toda concepción constitucional?

En respuesta a dichos dos interrogantes, hemos asumido dos hipótesis correlativas: 1) existe una conexión normativa de mutuo condicionamiento en-

¹³ La particular concepción que el constitucionalismo democrático asume del rol judicial está enmarcada en un sistema de *common law*, donde impera el *stare decisis*, con lo cual las posibilidades de cambio de los significados constitucionales, se vuelven nulas o escasas, sea por vía interpretativa o de reforma. Esta fuerte restricción al cambio, actualmente existente en la práctica jurídica norteamericana, va contra la pretensión del constitucionalismo democrático de receptar adecuadamente los reclamos sociales y transformarlos mediante sentencias judiciales en derecho positivo. En este marco, la propuesta del constitucionalismo democrático de incorporar los significados otorgados por los ciudadanos comunes a las constitucionales es de suma relevancia (POST y SIEGEL, 2013: 51-53).

tre los ideales normativos de democracia y constitución (apart. II); y 2) la adopción de una concepción deliberativa de democracia impone el cumplimiento de ciertos estándares normativos específicos para toda concepción constitucional. Al respecto, hemos sostenido que dichos estándares políticos son los siguientes: legitimidad, sujeto, e interacción, y deben ser interpretados a la luz de una *concepción deliberativa liberal amplia* (apart. III). Así también hemos brindado numerosas razones en defensa de la adopción de dicha concepción (apart. IV).

En dicho marco teórico, es que Robert Post y Reva Siegel han defendido recientemente (2013) una nueva concepción constitucional a la que han denominado *constitucionalismo democrático* (apart. V). Ante dicha nueva teoría emergen nuestro tercer y cuarto interrogantes, a saber: 3) ¿Qué tipo de teoría es el constitucionalismo democrático?; y 4) ¿cumple dicha teoría con los estándares normativos impuestos desde una concepción deliberativa de la democracia?

Frente a dichos tercer y cuarto interrogantes asumimos una tercera y cuarta hipótesis: i) el constitucionalismo democrático constituye una teoría constitucional interpretativa-sustantiva, de tipo progresista moderada (apart. V.4); y ii) desde una perspectiva normativa ideal dicha teoría constitucional no cumple con ciertos estándares democráticos deliberativos, aunque desde una perspectiva normativa no ideal cabe formular ciertos reparos o matices a dicho incumplimiento (apart. VI).

De este modo, desde una *perspectiva normativa no ideal*, consideramos que las objeciones formuladas al constitucionalismo democrático, deben relativizarse, moderarse, o bien matizarse. En este entendimiento, pueden identificarse al menos *cinco (5) atractivos* propios de dicha teoría, a saber: 1) su propuesta de considerar las opiniones ciudadanas como un requisito fundamental para la definición de los significados de las normas constitucionales; 2) el rechazo de esquemas rígidos de reforma constitucional y de sistemas de control constitucional con supremacía judicial; 3) la necesidad de diseñar las instituciones, normas y medidas políticas teniendo en consideración el específico contexto político al cual desea aplicarse; 4) su rechazo de la tesis conforme la cual el derecho debe ser políticamente neutral, la cual es coherente con su correlativa defensa de la tesis de la existencia de una fuerte interrelación entre derecho y política; y 5) su propuesta de que las instituciones, normas y medidas políticas sean orientadas hacia un determinado *ethos* o bien común, de tipo político, no moral comprensivo, ni perfeccionista político.

Sin embargo, así también advertimos que a los fines de respetar y promover adecuadamente el valor político de *autogobierno ciudadano*, el constitucionalismo democrático debe incorporar explícitamente los estándares normativos ideales impuestos desde una concepción democrática deliberativa. Si y sólo si, el constitucionalismo democrático apunta a dicho ideal regulativo como horizonte normativo de sentido, es que permitirá pergeñar diseños institucionales políticamente legítimos. En este sentido, pueden formularse desde una concepción democrática deliberativa ideal, al menos, *cuatro (4) advertencias* al constitucionalismo democrático, a saber: 1) No sólo debe incluir las opiniones de los ciudadanos sino también evaluar el proceso de formación de tales opiniones, a los fines de identificar y subsanar deficiencias en dicho proceso. Al respecto, es bien sabido, que los ciudadanos en reiteradas ocasiones construyen sus opiniones bajo circunstancias empíricas y normativas inadecuadas para un pleno ejer-

cicio de su potestad de autogobierno democrático; 2) Las opiniones ciudadanas no deben tomarse como dadas, naturales, externas, o inmodificable, no deben meramente sumarse, agregarse, o bien acomodarse, sino que deben poder modificarse, transformarse, o resignificarse en el marco de un genuino proceso de discusión política; 3) No toda institución, medida o norma política que responda a las creencias y opiniones ciudadanas mayoritarias debe considerarse democráticamente legítima. Es sumamente necesario considerar la calidad de los argumentos esbozados por quienes integran la minoría, atento su razonabilidad podría justificar la modificación parcial o total del rumbo político trazado por la mayoría; y 4) Ninguna institución, medida o norma política impuesta en respuesta a las creencias y opiniones ciudadanas mayoritarias debe considerarse infalible. Es sumamente necesario considerar la calidad epistémica del proceso y resultados de la deliberación democrática, atento los argumentos expuestos en el debate así como los plasmados en los resultados pueden adolecer de defectos lógicos, empíricos, o normativos.

Finalmente, cabe destacar que el presente trabajo adhiere a una perspectiva epistemológica constructivista, conforme la cual la validez de las hipótesis aquí esgrimidas debe determinarse atendiendo a un criterio intersubjetivo de corrección conceptual. Atento lo cual, las mismas deben ser consideradas conceptualmente provisionales. En otras palabras, su validez dependerá de que superen exitosamente las futuras críticas explicitadas en aquellos trabajos que las adopten como objeto de análisis.

Bibliografía

- ARANGO, R., (2007), *Filosofía de la democracia: fundamentos conceptuales*, Siglo del Hombre, Bogotá.
- ARRIMADA, L. (2011), "La democracia como precondition del constitucionalismo: prácticas democráticas y reforma constitucional", en *La Constitución en 2020*, GARGARELLA, R. (coord.), Siglo XXI Editores, pp. 232-239.
- DRYZEK, J. (2000), *Deliberative Democracy and Beyond*, Oxford U. P., Oxford.
- DWORKIN, R. (1986), *Laws's Empire*, Harvard U. P., Cambridge.
- GARGARELLA, R. (1995), "El ideal de la democracia deliberativa en el análisis del sistema representativo. Algunas notas teóricas y una mirada sobre el caso de la Argentina", *Revista Sociedad*, (6), pp. 1-17.
- (2010), "Constitucionalismo versus democracia", en GARGARELLA, R. (coord.), *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*, Tomo I, Abeledo Perrot, Buenos Aires, pp. 23-40.
- (2011), *La justicia frente al gobierno Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, CEDEC, Pensamiento Jurídico Contemporáneo N° 3, Quito.
- (comp.), (2014), *Por una justicia dialógica. El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*, Siglo XXI, Buenos Aires.
- GUTMANN, A., y THOMPSON, D. (1996), *Democracy and Disagreement*, Harvard U.P., Harvard.
- GUTMANN, A., y THOMPSON, D. (2004), *Why deliberative democracy?*, Princeton U.P., Princeton.
- HABERMAS, J. (1998), *Between Facts and Norms. Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, MIT Press, Cambridge.

- HOLMES, S. (1999), "El Precompromiso y la paradoja de la democracia", en ELSTER J. y SLAGTAD, R., *Constitutionalismo y democracia*, F.C.E, México, pp. 217-262.
- KYMLICKA, W. (2002), *Contemporary Political Philosophy. An introduction*, segunda edición, Oxford U. P., Oxford.
- MACCORMICK, N. (1989), "Constitutionalism and democracy", en *Aktuelle Problem der le Demokratie*, pp. 17-28.
- MARTÍ, J. L. (2006), *La República deliberativa. Una teoría de la democracia*, Marcial Pons, Madrid.
- NINO, C. S. (1992), *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Astrea, Buenos Aires.
- (1997), *La constitución de la democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona.
- (2013), *Una teoría de la justicia para la democracia*, Siglo XXI, Buenos Aires.
- OVEJERO, F. (2008), *Incluso un pueblo de demonios: democracia, liberalismo, republicanismo*, Katz, Madrid.
- PARKINSON, J., y MANSBRIDGE, J., et al. (2012), *Deliberative Systems*, Cambridge U. P., Cambridge.
- POST, R., y SIEGEL, R. (2013), *Constitutionalismo democrático. Por una reconciliación entre Constitución y pueblo*, Siglo XXI, Buenos Aires.
- RAWLS, J. (1996), *Political Liberalism*, Oxford U. P., Oxford.
- RÖSTBOLL, C. F. (2008), *Deliberative Freedom. Deliberative Democracy as critical theory*, Nueva York: State University of N.Y. Press.
- WALDRON, J. (1999), *Law and disagreement*, Oxford U. P., Oxford.



PERSONAL CONTRATADO PARA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA*

*Irma Pastor de Peirotti***
*María Inés Ortiz de Gallardo****

Resumen: En el ámbito nacional y provincial, existen diversas modalidades de contratación del personal para el sector público.

La ley 25.164 regula los regímenes del sector público nacional y la ley 7233 lo que corresponde a los agentes de la Administración Central de la Provincia de Córdoba.

Una de las modalidades de contrataciones es la de personal por tiempo determinado, que se refiere a los que prestan servicios transitorios o estacionales que no pueden ser cubiertos por los agentes permanentes.

Analizaremos en este trabajo qué derechos corresponden al personal contratado cuando se da por terminada la relación de empleo público. También en qué jurisdicción corresponde plantear la demanda y qué indemnización es procedente.

Palabras clave: Contratados. Estabilidad - Idoneidad - Indemnización - Transitorio - Permanente.

Introducción

En la Constitución, Tratados Internacionales con rango constitucional, Tratados sobre Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en adelante CSJN, encontramos normas y fallos que se ocupan del empleo público.

La estabilidad en el empleo, consagrada en el art. 14 bis de la Constitución Nacional, es una de las garantías más importantes que tiene el empleado público. Este derecho le asegura al agente que no habrá de ser removido sino por causas expresamente establecidas en el Estatuto que lo rige (sanciones disciplinarias) o en virtud de una reorganización administrativa que implique la desaparición del cargo y la función hasta entonces cumplida.

La adquisición de la estabilidad para el personal permanente en la Ley de Empleo Público Nacional 25.164 se produce a los 12 meses de la prestación del servicio siempre que se acrediten condiciones de idoneidad. En la Provincia de Córdoba la ley 7233 establece el plazo de seis meses.

* Recibido el 22/12/14. Aprobado el 28/05/15.

** Abogada Especialista en Derecho Público, egresada de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNC. Docente Investigadora. Profesora Titular por concurso de la cátedra de Derecho Administrativo del Departamento de Ciencias Jurídicas y Sociales de la U.N. de Chilecito, Profesora Adjunta de las cátedras de Derecho Administrativo y Derecho Procesal Administrativo de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la U.N.C. Profesora invitada de la Carrera de Postgrado de Especialización en Derecho Público y de Especialización en Derecho Procesal UNC y de la Maestría en Derecho Procesal de la Universidad Nacional de La Rioja.. Fiscal de Tribunal Universitario.

*** Abogada Especialista en Derecho Público, egresada de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Docente Investigadora. Profesora de Derecho Procesal Administrativo UNC. Profesora Titular por concurso de la Cátedra de Derecho Administrativo de la Universidad Católica de Córdoba, Profesora Permanente e Invitada en carreras de Especialización y Maestría UNC, UCC y Universidad Siglo 21.

Sin embargo el personal contratado de la Administración Pública no goza del derecho a la estabilidad. El objeto de este trabajo es determinar qué derechos le corresponden al personal contratado de la Administración Pública, cuando luego de sucesivas prórrogas no se les renueva el contrato. Para cumplir con ese objetivo analizamos la evolución de la jurisprudencia de la CSJN y sus proyecciones en el orden provincial.

Antecedentes jurisprudenciales de la CSJN

El normal funcionamiento de la Administración Pública exige una planta de personal permanente, que le permita satisfacer los cometidos a que está obligado en orden al bien común.

Asimismo existen otras actividades que no son de naturaleza permanente, sino que su duración está predeterminada. Para el cumplimiento de ese tipo de tareas, el Estado recurre a la figura del contrato por tiempo determinado. Es importante señalar que el Estado se relaciona con su personal civil a través de diversas modalidades de contratación:

- 1) Bajo el régimen de estabilidad,
- 2) Bajo el régimen de contrataciones, o
- 3) Como personal de gabinete de las autoridades superiores.

El personal contratado por tiempo determinado prestará servicios de carácter transitorios o estacionales, no incluidos en las funciones propias del régimen de carrera y que no puedan ser cubiertos por personal de planta permanente.

La jurisprudencia ha abordado esta problemática y, en el orden nacional, la CSJN dictó pronunciamientos en los casos “Ramos”¹, “Sánchez”² y “Cerigliano”³ los que analizamos para determinar si a partir del caso Ramos hubo un cambio de rumbo en la jurisprudencia de la CSJN, o si por el contrario, estos casos sólo sirven para reforzar los criterios vigentes.

Sostiene Marra Jiménez *“que la contratación de personal fuera de carrera estuvo prevista en la legislación como excepción, y para la prestación de servicios de carácter transitorio o de alta especialización que no pudiera ser cubierta por personal de planta permanente”*⁴.

No cabe duda que la cantidad de contratados en la Administración Pública está directamente relacionada con el congelamiento de vacantes del personal de planta permanente.

Los pronunciamientos dictados por la CSJN en los casos “Ramos” y “Sánchez” han suscitado diferentes opiniones en la doctrina, con relación al tema apuntado. Hay quienes entienden que se ha modificado con su dictado la jurisprudencia del Alto Tribunal sobre el punto. Sin embargo algunos opinan que la

¹ CSJN, 6/4/2010, “Ramos, José Luis c. Estado Nacional (Min. de Defensa - A.R.A.) s/indemnización por despido”, R. 354. XLIV; REX; Fallos: 333:311.

² CSJN, 6/4/2010, “Sánchez, Carlos Próspero c. Auditoría General de la Nación s/despido”, S. 2225. XLI; RHE; Fallos: 333:335.

³ CSJN, 19/4/2011, “Cerigliano, Carlos Fabián c. Gobierno de la Ciudad Autónoma de Bs. As. U. Polival. de Inspecciones ex Direc. Gral. de Verif. y Control”, C. 1733. XLII; REX; Fallos: 334:398.

⁴ MARRA GIMÉNEZ, MACARENA, “La situación del personal contratado del Estado Nacional en la jurisprudencia de la Corte Suprema”, EDA, 2010-143.

jurisprudencia sentada por la Corte constituye un retroceso en materia de tutela judicial de los derechos de los trabajadores.

El caso “Ramos”

El actor demandó al Estado Nacional —Ministerio de Defensa, Armada Argentina— a fin de que se le abonara la indemnización prevista por el art. 245 de la Ley de Contrato de Trabajo, salarios caídos y preaviso a raíz de la rescisión del contrato de locación de servicios celebrado bajo el régimen del decreto 4381/1973.

Ramos había sido contratado para desempeñarse en el Servicio Naval de Investigación y Desarrollo de las Fuerzas Armadas en el marco del decreto 4381/1973, situación que se prolongó durante veintiún (21) años y cesó con fundamento en las restricciones presupuestarias establecidas por la ley 24.938. El contrato de locación de servicios posibilitaba el ingreso de agentes a través de contratos de locación de servicios personales con un plazo máximo de cinco (5) años, sin derecho a indemnización o pago alguno por la rescisión, falta de preaviso, despido o cualquier otro concepto.

En primera y segunda instancia se rechazó la demanda porque la contratación era transitoria y porque el transcurso del tiempo no transformaba ese vínculo en uno de carácter permanente.

Sin embargo el Alto Tribunal consideró que asistía razón al actor en cuanto le correspondía una protección constitucional contra el despido arbitrario (art. 14 bis).

Destacó que la contratación del accionante se prolongó durante 21 años en violación del plazo máximo legal (5 años) previsto en el régimen mediante el cual fue contratado. Agregó que de su legajo personal surgía que sus tareas carecían de la transitoriedad que aquél presuponía, a lo que cabía agregar que era calificado y evaluado anualmente, se le reconocía antigüedad en el empleo y era beneficiario de los servicios sociales de su empleador.

La Corte sostuvo que había existido desviación de poder por parte del Estado Nacional y que la renovación del contrato por más de 5 años generó en el trabajador una legítima expectativa de permanencia laboral que merece la protección constitucional y que esa conducta ilegítima genera responsabilidad del Estado frente a Ramos y, por lo tanto, decidió que corresponde la procedencia de una indemnización.

En el caso “Ramos” el contrato fue rescindido por cuestiones presupuestarias y el actor no invocó el derecho a la estabilidad, sino una indemnización por despido con fundamento en el derecho laboral.

El fallo se centró en la normativa —decreto 4381/1973— que posibilitaba el ingreso de agentes a través de contratos de locación de servicios personales por un plazo máximo de 5 años, sin derecho a indemnización o pago por la rescisión, falta de preaviso, despido o cualquier otro concepto.

La Corte aplicó la doctrina según la cual, en estos casos, la revisión judicial del obrar de la Administración debe ceñirse a aspectos vinculados a su legitimidad, que supone la debida aplicación de las normas estatutarias.

Por ello la Corte calificó de ilícito el obrar de la Administración por no cumplir las previsiones normativas aplicables a dicha contratación, apartándose

del principio de legalidad. Reiteró el criterio de que la duración de la relación laboral no convirtió la situación de Ramos a tener derecho a permanecer en el cargo. La Corte consideró que se utilizó este sistema de contratación previsto para casos especiales para encubrir una relación de permanencia y, por tanto, le correspondía una indemnización.

El caso “Sánchez”

El Sr. Sánchez demandó a la Auditoría General de la Nación, en adelante A.G.N., por diferencias salariales e indemnizaciones por despido incausado a raíz de la falta de renovación del contrato celebrado al amparo del régimen previsto en el art. 15 de la ley 24.447 y el decreto reglamentario 92/1995.

El Tribunal de primera Instancia y la Cámara del Trabajo hicieron lugar a la demanda interpuesta por el actor y se condenó a la A.G.N. a pagar una suma de dinero en concepto de indemnización por los daños derivados de la ruptura del vínculo de empleo en atención a que los sucesivos contratos de locación de servicios suscriptos entre las partes constituían “fraude laboral”. Advirtió que el actor había sido contratado sucesivamente durante ocho (8) años y cumplió tareas propias de los empleados de la planta permanente.

La Corte —por mayoría y de conformidad con lo dictaminado por la Sra. Procuradora Fiscal— revocó la sentencia al concluir que no se había demostrado que la demandada hubiera utilizado figuras jurídicas autorizadas legalmente para casos excepcionales con desviación de poder.

Consideró que las conclusiones de la Alzada no tenían sustento en la prueba producida en la causa, ni se habían tenido en cuenta las normas específicas que regulaban el funcionamiento de la A.G.N. Puntualizó que la legislación nacional que regula su actividad autoriza expresamente la celebración de los contratos como los suscriptos por el profesional accionante y que la tarea propia del organismo hacía necesario contar con un cuerpo de auditores externo.

En el caso Sánchez la mayoría rechazó la demanda por despido, a raíz de la falta de renovación del contrato celebrado bajo el régimen del art. 15 de la ley 24.447 y el decreto reglamentario 92/1995.

Fundamentó su decisión en que el Régimen que regula el funcionamiento de la A.G.N., prevé que las tareas encomendadas a Sánchez puedan ser asignadas al personal contratado. Por lo que concluyó que no existió desviación de poder. La minoría no compartió esa decisión.

Con respecto a las tareas encomendadas al personal contratado, en este caso la mayoría consideró que no resultaba necesario que aquéllas fueran diversas de las que cumplía el personal permanente y no existía desviación de poder para encubrir un cargo permanente, porque la normativa que regía dicha contratación permitía la incorporación de personal contratado para realizar las mismas tareas.

Para la Corte la tutela contra el despido arbitrario sólo puede ser alegada cuando existe desviación de poder por parte del Estado Nacional. Y también sostuvo que sólo existe desviación de poder cuando la Administración no cumple con la legislación sobre contratación de personal.

Para la minoría, la celebración de este tipo de contrataciones debe tener por objeto el cumplimiento de tareas complementarias y que se verificó el

incumplimiento de las formas legales vigentes. Además sostuvo que este tipo de contratos sólo puede justificarse en situaciones excepcionales y por un plazo limitado.

Podemos afirmar que, en este caso, el voto mayoritario de la Corte no analizó si la legislación que habilita los contratos de la Administración Pública y la renovación sucesiva es contraria a los principios de la Constitución Nacional.

La Corte Suprema sostuvo como principio general que el trabajador no tiene derecho a percibir una indemnización si el contrato no es renovado por el empleador y que sólo excepcionalmente le corresponde cuando existe desviación de poder.

El caso “Cerigliano”

En el caso “Cerigliano c. Gob. de la Ciudad Autónoma de Bs. As.” el actor solicitó que le pagaran indemnizaciones por despido sin causa y otros créditos porque prestó servicios por siete años mediante contratos de “locación de servicios”.

Sostuvo que en enero de 2004 la demandada le negó la posibilidad de seguir trabajando y esto lo ubicó al margen de la protección constitucional contra el despido arbitrario, contemplado por el art. 14 bis de la Constitución Nacional, en adelante C.N., y planteó también la inconstitucionalidad del art. 2º, inc. a) de la Ley de Contrato de Trabajo, en tanto éste exige la formulación de un acto expreso de la Administración a fin de incluir al trabajador en el régimen laboral privado.

En primera instancia el tribunal hizo lugar a la demanda pero no se pronunció respecto al planteo de inconstitucionalidad.

La sala IV de la Cámara de Apelaciones del Trabajo revocó la sentencia con el argumento de que no resultaba admisible “...sostener que la relación de empleo se halla regida por la ley laboral común, excepto que resultara evidente la voluntad estatal de incluir a los empleados en el sistema de la LCT (CSJN 30/4/1991, ‘Leroux de Emedé, Patricia c. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires’, Fallos: 314:376)” y que eso no se había constatado, por lo que no podía hacerse lugar a la pretensión.

El actor planteó Recurso Extraordinario y el dictamen de la Procuración General de la Nación señaló que “...frente a la ruptura arbitraria del vínculo subordinado que mantenía con la demandada la forma de contratación impuesta lo privó de toda protección, cuando la C.N. garantiza la tutela en sus diversas formas”.

La Corte al resolver el recurso extraordinario expresa que se debe determinar el alcance de la garantía consagrada en el art. 14 bis de la Constitución Nacional y que no se encuentra limitada en su decisión por los argumentos de las partes o de la Cámara.

En este caso el Tribunal consideró aplicable la doctrina sentada en la causa “Ramos, José Luis c. Estado Nacional, Ministerio de Defensa” fallada el 6/4/2010.

Por ello sostuvo que era evidente la voluntad de la demandada de no incluir al actor en el régimen de la Ley de Contrato de Trabajo, pero que los contratos agregados a la causa no eran idóneos para encuadrar la relación.

El texto del decreto 2138/2001 disponía “autorizar la celebración de todos aquellos contratos que, bajo el régimen de locación de servicios o de obra, se encuentren vinculados con el objeto de la Unidad Ejecutora”.

Sostiene el Tribunal que lo expresado por la norma por su extrema generalidad permite encuadrar relaciones de diversa índole, pero no se puede aplicar para el vínculo que tenía Cerigliano, ya que éste era apto para generar expectativas de permanencia.

En este caso la doctrina encuentra fundamento en dos circunstancias fundamentales:

1) Que la naturaleza jurídica de una institución debe ser definida por los elementos que la constituyen, con independencia del nombre que el legislador o los contratantes le atribuyan,

2) Que resulta una evidente desviación de poder la contratación de servicios por tiempo determinado con el objeto de encubrir vinculaciones laborales de carácter permanente.

Otra cuestión importante es que quienes no se encuentren sometidos a la Ley de Contrato de Trabajo, en tanto desempeñen tareas materialmente subordinadas y permanentes a favor de la Administración Pública Nacional o local, gozan de la protección conferida por el art. 14 bis de la C.N.

Es preciso tener en cuenta el mandato constitucional según el cual “*el trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes*”, lo que incluye tanto el que se desarrolla en el ámbito privado como en el público (CSJN, “Madorrán”, Fallos: 330:1989). También lo es que el “derecho a trabajar” comprende “el derecho del trabajador a no verse privado arbitrariamente de su empleo” (CSJN, “Vizzoti”, Fallos: 327:3677).

La doctrina que surge de “Ramos” alcanza a todos los trabajadores que se encuentran ligados por un vínculo como de las características de ese precedente, ya sea en la Administración Pública nacional, provincial, municipal o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Por lo tanto dispuso que procede reparar los perjuicios ocasionados al actor y la forma ha de encontrarse en el ámbito del derecho público y administrativo.

Por último el fallo determina que en casos como el de “Cerigliano” sean de competencia del fuero contencioso administrativo, correspondiente a la Ciudad de Buenos Aires, pero razones análogas a las que llevaron a enunciar la doctrina de “Tellez” (Fallos: 308:552), dado el contenido alimentario de la pretensión y su más que avanzado estado procesal, continúe y finalice ante la Justicia Nacional del Trabajo.

Influencia de la doctrina de la Corte Suprema con relación al personal contratado por las Administraciones Públicas locales

La situación del personal contratado por la Administración Pública en el orden nacional, se refleja con características muy similares, cuando no idénticas, en el orden provincial y municipal.

La relación de empleo público local, por el carácter administrativo de la naturaleza jurídica de ese vínculo, queda reservada a la autonomía provincial y municipal. Sin embargo, las garantías consagradas en el art. 14 bis y 75 inc. 22 de

la C.N. en el aspecto referido a la estabilidad del empleo público y al derecho de trabajar, implican limitaciones jurídicas a las potestades de las administraciones locales.

De ese modo, los fallos de la CSJN que interpretan el alcance de los derechos y garantías de la Constitución Nacional, proyectan sus efectos jurídicos vinculantes para todos los órdenes de nuestra organización nacional federal.

La ley 7233 es el Estatuto para el Personal de la Administración Pública de Córdoba, es la ley marco de la función o empleo público, que se aplica de manera supletoria a todos los regímenes estatutarios especiales, en los aspectos no regulados por las normas específicas.

Además, la ley 7233 se aplica incluso en la jurisdicción de los Municipios y de las Comunas que carezcan de estatutos que regulen el empleo público municipal o comunal, lo que ha sido admitido por las Cámaras Contencioso Administrativas de la Ciudad de Córdoba y por el Tribunal Superior de Justicia⁵.

Por eso, incorporamos a este análisis, la doctrina sustentada en los *leading cases* emanados del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba (en adelante TSJ) sobre el personal contratado para la Administración Pública, con el objeto de determinar la influencia que han tenido los fallos de la CSJN y el deber de respetar el bloque de constitucionalidad y convencionalidad federal.

El caso “Turinetti”: requisito de control preventivo, selección por concurso y cumplimiento del Pacto de Saneamiento Fiscal

En el precedente “Turinetti, Gerardo Antonio c. Municipalidad de San Francisco - Demanda Contencioso Administrativa - Plena Jurisdicción - Recurso de Casación” (sent. N° 3 del 6/3/2014), el actor planteó la nulidad del acto que dispuso su baja de la Municipalidad, la que fue acogida favorablemente en la primera instancia al declarar la nulidad de ese acto y ordenar la reincorporación y el pago de los haberes caídos.

Contra esa sentencia la Municipalidad interpuso recurso de casación, el que fue acogido por el TSJ y dejó sin efecto esa sentencia. En la casación, la Municipalidad acusó la omisión del requisito de control preventivo mediante la visación previa por el Tribunal de Cuentas (art. 84 inc. 2º, ley 8102) del acto en virtud del cual el Intendente saliente, designó 174 empleados en planta permanente, quienes revistaban como personal contratado; la falta de concurso público y el incumplimiento del Pacto de Saneamiento Fiscal.

El actor había sido contratado por la Administración Pública Municipal para realizar tareas de planta permanente, por más de seis años sucesivos e ininterrumpidos, en los mismos horarios y con las mismas obligaciones que los empleados de carrera.

La doctrina que sienta este fallo, está referida a las designaciones llamadas de “última hora” por parte del Intendente saliente, revocada por el Intendente electo y en funciones.

⁵ TSJ, sala cont. adm., sent. 83/2009 “Constantini, Carlos Enrique...”; sent. 90/2002, “Díaz, Mirta Mabel...”; sent. 6/2014 “Ochoa...”.

En este pronunciamiento se establece que sin la intervención previa del Tribunal de Cuentas, el acto de designación en planta permanente no nace a la vida jurídica, por lo que no puede ejecutarse al carecer de eficacia. Aun en el supuesto de que el administrado se hubiere notificado antes de la visación, de igual modo no nace a la vida jurídica, pues esa notificación no es válida. El acto no visado es insusceptible de generar derechos subjetivos⁶. La Procuración del Tesoro de la Nación ha señalado que “...*las decisiones observadas y no insistidas no acuerdan titularidad a derecho subjetivo o interés legítimo alguno, toda vez que las mismas han carecido de vigencia*”⁷.

En ese mismo sentido, el art. 84 inc. 2 de la ley 8102 Orgánica de las Municipalidades, sienta el principio del control preventivo de los actos administrativos que comprometan gastos, razón por la cual, el requisito de la visación previa por el Tribunal de Cuentas Municipal, es un elemento condicionante de la eficacia y validez de los actos administrativos, es un elemento esencial del acto de designación o nombramiento⁸.

La actividad administrativa debe subordinarse al orden jurídico y, por consiguiente, el acto administrativo debe respetar los requisitos de validez impuestos por las normas en vigor.

Por ello, el requisito de la “visación” de esta categoría de actos no sólo comporta un requisito de “eficacia” sino también de “validez”, es decir, condicionante de su legitimidad⁹ y su inobservancia habilita la revocación de oficio del acto de designación en sede administrativa, al no configurarse la cosa juzgada administrativa¹⁰.

El TSJ sentó la doctrina que el carácter absoluto del derecho a la estabilidad en el empleo público¹¹, no confiere vigencia a un acto de nombramiento nulo de nulidad absoluta.

En cuanto al requisito de idoneidad, selección por concurso e igualdad de oportunidades, el art. 174 de la Constitución de Córdoba, referido a la Administración Pública Provincial y Municipal, consagra el principio según el cual “...*El ingreso a la Administración Pública se hace por idoneidad, con criterio objetivo en*

⁶ CSJN, Fallos: 187:483; 655:191; 229:320; Ley de Contabilidad y Régimen de Contrataciones del Estado, Ed. Ciencias de la Administración, 1981, p. 188.

⁷ Procuración del Tesoro de la Nación, T. 89:241.

⁸ TSJ, sent. 120, 24/8/2000, “Ferreira, Marisa del Carmen y otros c. Municipalidad de Las Varillas - Contencioso Administrativo - Recurso de Casación”, publicado en Foro de Córdoba, Suplemento de Derecho Administrativo y Constitucional, Año I, Nro. 3, 2000, pp. 89 a 103.

⁹ TSJ, sala cont. adm., sent. 116/98, “Cuevas, Marcelo Fabián y O. c. Municipalidad de Villa Carlos Paz...”

¹⁰ En idéntico sentido ver CSJN: “...*Si bien las observaciones legales formuladas por el Tribunal de Cuentas en los términos de los arts. 85 y 87 de la Ley de Contabilidad afectan la ejecutoriedad de los actos administrativos observados, de ello no puede inferirse lógicamente en modo alguno que, a contrario sensu, los actos observados hayan sido válidos. Antes bien, la comprobación de la existencia de los vicios denunciados por el órgano de control al observarlos justifica que dichos actos sean privados definitivamente de efectos por resultar contrarios al ordenamiento jurídico...*” LA LEY, 16/1/2008, “E. 118. XXXVII; RHE Eaca S.A. - Sideco Americana S.A. S.A.C.I.I.F.F. - Saiuge Argentina c. Dirección Nacional de Vialidad” del 12/6/2007, Fallos: 330:2711.

Un decreto del P.E. impugnado por la Contaduría General, no tiene carácter de firme o ejecutoria, como consecuencia de dicha observación, y puede válidamente ser dejado sin efecto por otro decreto posterior (CSJN, 15/07/1954, “Juan Waldorp c. Nación Argentina”, Fallos: 229:320).

¹¹ CSJN, 3/5/2007 “Madorrán, Marta Cristina c. Administración Nacional de Aduanas s/ reincorporación”, Fallos: 330:1989.

base a concurso público de los aspirantes, que asegure la igualdad de oportunidades. La ley establece las condiciones de dicho concurso, y los cargos en los que por la naturaleza de las funciones, deba prescindirse de aquél”.

El procedimiento de selección por concurso es un elemento de juridicidad que condiciona la validez del acto de nombramiento y la posibilidad de ingreso en calidad de personal de planta permanente. Es un elemento constitutivo del derecho a la estabilidad amparado por el art. 23 inc. 13 de la Constitución de Córdoba, en concordancia con los arts. 14 bis y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional.

El procedimiento de selección por concurso ha sido admitido expresamente por la Corte Suprema de Justicia de la Nación como constitutivo del derecho al cobro de una bonificación de carácter remuneratoria (14/12/2010, “Cerutti, Pablo c. EN M° de Economía s/ empleo público”). La selección por concurso también fue ponderado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los precedentes “Ramos” y “Sánchez”.

La condición del procedimiento de selección por concurso ha sido consagrada por la Constitución de Córdoba en resguardo de la comprobación de la idoneidad requerida para acceder a la función pública, pero también para salvaguardar la garantía de igualdad ante la ley y, en particular, la igualdad de oportunidades entre los postulantes.

El poder revocatorio de oficio por la Administración también se fundamentó en que la Administración Municipal no convocó ni instrumentó el procedimiento de concurso de manera previa a la designación en planta permanente.

La naturaleza precaria de una designación en planta permanente que no observó la legislación vigente, es inhábil para generar por sí derechos adquiridos, salvo en lo que se refiera a la retribución por los servicios efectivamente prestados e ingresados al patrimonio de cada agente, tal como así lo reconoció la propia administración municipal al declarar de legítimo abono las remuneraciones pagadas.

Como derivación lógica del principio de juridicidad (art. 174 Const. Córdoba), la Administración, como un poder jurídico sometido a la Constitución y al resto del ordenamiento, junto a los cometidos públicos de interés general que la justifican, posee la potestad y la capacidad de adaptarse a las exigencias de legalidad con la consiguiente posibilidad de poder revocar sus propios actos, bajo ciertas condiciones, cuando los mismos no resultan ajustados al ordenamiento jurídico¹².

El derecho subjetivo de carácter administrativo a la estabilidad en el empleo público, si bien tiene reconocimiento constitucional y legal expreso y de preferente tutela, recién se incorpora a la esfera jurídica de los particulares cuando adquiere validez y eficacia el acto de nombramiento o designación regular.

En el caso “Turinetti” el TSJ juzgó que el acto de nombramiento, sus modificatorios y rectificatorios, carecían de motivación legítima y suficiente al no haber considerado la vigencia de las ordenanzas 4772/2000 y 5107/2002, que al

¹² TSJ, Córdoba, sala cont. adm., sent. 116/1998, “Cuevas, Marcelo Fabián y O. ...” y CASTILLO BLANCO, FEDERICO A., “La protección de confianza en el Derecho Administrativo”, Marcial Pons, Madrid, 1998, p. 100.

aprobar el Pacto de Saneamiento suscrito entre la Municipalidad de San Francisco y el Gobierno Provincial y ratificar el Convenio Marco de Refinanciación y Compensación de Obligaciones Recíprocas entre la Provincia, Municipios y Comunas (apart. VIII del Anexo I), establecieron la obligación legal de congelar todo nombramiento de personal en la planta permanente y que toda designación para cubrir vacantes, sólo podría efectuarse mediante decisión fundada en razones de estricta necesidad de funcionamiento.

Este requisito no se cumplimentó en el acto de designación del personal contratado en la planta de personal permanente, en razón que no determinó objetiva y razonablemente la necesidad del servicio, que imponía o justificaba legalmente la incorporación de ciento setenta y cuatro agentes en un solo acto y sin cumplir con los elementos esenciales de juridicidad: visación previa por el H. Tribunal de Cuentas y procedimiento de selección por concurso.

En orden al estatus jurídico de personal contratado para la Administración, el TSJ consideró la situación del demandante quien era personal contratado para la Administración, mediante una sucesión de renovaciones.

Si bien el accionante no puede invocar a su favor la protección que le confiere el derecho a la estabilidad en el empleo público, como personal contratado tiene asimismo tutela jurídica.

Por lo tanto la designación del actor en planta permanente es irregular y fue legítimamente revocada de oficio por la Administración municipal, no puede soslayarse la consideración de su condición de personal contratado, que se encontraba vigente al tiempo de la designación en planta permanente.

El actor carece de un derecho a ser reincorporado a la administración pública. La Corte Suprema en el Considerando 8°) de “Ramos, José Luis c. Estado Nacional (Min. de Defensa - A.R.A.) s/ indemnización por despido” (Fallos: 333:311) declaró que el mero transcurso del tiempo no modifica la situación irregular del actor, que tiene derecho a la reparación de los perjuicios derivados del obrar ilícito de la demandada, pero no podría solicitar su reincorporación al empleo ni a la aplicación de un régimen laboral específico para el cálculo de la indemnización que le corresponde.

El accionante no tiene derecho a la reincorporación en el cargo ya que de lo contrario se vulneraría el régimen legal de la función pública, y el principio constitucional que prevé que corresponde al Congreso autorizar anualmente el presupuesto general de gastos de la Administración Nacional, y que toda erogación que se aparte de estos límites resulta ilegítima (arts. 75, inc. 8° de la C.N. y 29, ley 24.156).

Al respecto, cabe recordar que la Ley Marco de Regulación de Empleo Público Nacional 25.164 establece un régimen diferenciado para empleados que ingresen como planta permanente y para aquellas personas contratadas o designadas como transitorias. Sólo tienen derecho a la estabilidad quienes ingresen a cargos pertenecientes al régimen de carrera, y cuya financiación esté prevista en la Ley de Presupuesto.

En el marco de la doctrina vigente, la Corte Suprema de Justicia ha sustentado que *...las sucesivas y continuas renovaciones del contrato que vinculaba a las partes, pudieron tener como objetivo del empleador encubrir una designación permanente bajo la apariencia de un contrato por tiempo determinado, y generar en el actor una legítima expectativa de permanencia laboral que merece la protec-*

ción que el art. 14 bis de la Constitución Nacional otorga al trabajador contra el “despido arbitrario”...¹³.

En el precedente “G.1470.XLII “González Dego, María Laura c. Ministerio de Trabajo, Empleo y Formación de Recursos Humanos y otro s/ despido”¹⁴, la Corte declaró aplicable, para determinar la indemnización correspondiente por la ruptura de la relación jurídica, el art. 11, párrafo tercero, de la Ley Marco de Regulación del Empleo Público Nacional, aprobada por la ley 25.164.

En el ordenamiento jurídico de la Provincia de Córdoba, el art. 40 de la ley 7233, Estatuto del Personal de la Administración Pública, modificado por la ley 10.173¹⁵ establece que el personal contratado y transitorio, en los términos del art. 4º incs. c) y d) de la presente ley, que haya prestado servicios en dicho carácter durante más de un año continuo o discontinuo, tendrá derecho a una indemnización cuando la Administración dé por finalizada su relación laboral, la que será equivalente a un mes de la mejor remuneración percibida durante el último año, por cada año de servicio o fracción superior a tres meses en virtud del contrato en cuestión.

El TSJ dijo que si bien en el orden municipal, su régimen jurídico vigente no ha previsto una indemnización como la contenida en el precepto transcrito, en virtud del art. 16 del Código Civil y del principio general de la analogía, aplicó el art. 40 de la ley 7233, por resultar una medida equitativa para reparar los perjuicios irrogados al actor por la extinción del vínculo jurídico con la Municipalidad demandada como personal contratado. Esta indemnización fue reconocida a favor de los causahabientes del actor quien había fallecido con posterioridad a la iniciación de la demanda.

En definitiva, en este pronunciamiento, los vicios graves en los elementos de legitimidad del acto de nombramiento en planta permanente, eran determinantes de su nulidad absoluta, la que fue declarada de oficio por la propia Administración.

En virtud del carácter de personal contratado que investía el actor antes de ese nombramiento irregular, y por la consideración que las funciones que prestaba como contratado eran propias de personal de planta permanente, se reconoció a su favor el derecho a ser indemnizado por el carácter irregular de su contratación a término.

El caso “Aladín”: potestad discrecional para regularizar la situación jurídica del personal contratado

El TSJ en la sentencia N° 4 del 6/3/2014, “Aladín, Gerardo Omar c. Municipalidad de San Francisco - Demanda Contencioso Administrativa - Plena Jurisdicción - Recurso de Casación”, hizo lugar al recurso de casación, dejó sin efecto la sentencia de primera instancia que hizo lugar a la demanda y ordenó a la Municipalidad que reincorpore al actor a la planta permanente y pague los salarios caídos desde que se dispuso su baja.

¹³ CSJN, Fallos: 333:311, “Ramos, José Luis c. Estado Nacional (Min. de Defensa - A.R.A.)” y la reciente doctrina reiterada en la causa del 8/10/2013, “G.617.XLVI. Recurso de hecho González, Lorenzo Ramón c. Banco de la Provincia de Buenos Aires s/ demanda contencioso administrativa”.

¹⁴ Fallo del 5/4/2011 y su aclaratoria del 26/4/2011.

¹⁵ Boletín Oficial 4/12/2013.

En su lugar, tomando como antecedente lo resuelto en “Turinetti”, el TSJ en su pronunciamiento hizo lugar parcialmente a la demanda y le dio la opción a la Municipalidad que instrumentara el procedimiento de selección por concurso para nombrar regularmente a los agentes de la administración pública municipal que eran contratados a término, o bien, que dispusiera la extinción del contrato por tiempo determinado pero que hiciera efectiva la indemnización del art. 40 de la ley 7233.

Las circunstancias fácticas que sirven de antecedente a este caso, son idénticas a las del precedente “Turinetti”. Es decir que la Municipalidad de San Francisco se agravó de los siguientes aspectos: a) Falta de visación expresa del acto de designación del actor quien era personal contratado, en planta permanente; b) Inobservancia del principio de ingreso a la Administración Pública Municipal mediante el procedimiento de selección por concurso, y c) Violación del Pacto de Saneamiento suscripto con la Provincia.

En “Aladín” el TSJ destacó que las prácticas administrativas antijurídicas —por infringir la Constitución o la ley— tal lo comprobado con relación a la situación precaria del actor quien primero fue contratado y después designado en planta permanente sin que medie la visación previa del Tribunal de Cuentas Municipal, ni el procedimiento de selección por concurso, constituyen un fenómeno que afecta la efectiva vigencia del orden jurídico.

El TSJ sentó la doctrina consistente en que la naturaleza precaria de una designación en planta permanente que no observó la legislación vigente, es inhábil para generar por sí derechos adquiridos, salvo en lo que se refiera a la retribución por los servicios efectivamente prestados e ingresados al patrimonio de cada agente, tal como así lo reconoció la propia administración municipal al declarar de legítimo abono las remuneraciones pagadas.

Entre otros fundamentos señaló que *“...cuando la incoherencia de la actuación administrativa obedece al intento de corregir o desconocer una anterior violación legal, la doctrina de los propios actos no es oponible, ya que ella necesita basarse en una conducta inicial válida...”*, desde que más allá de las excepciones que pudiera haber *“...la invalidez de la conducta inicial de la Administración impedirá la aplicación de la doctrina de los propios actos...”*¹⁶. Esta doctrina destaca que *“...son cosas distintas contradecir la propia conducta y rectificar lo que equivocadamente se ha hecho...”*¹⁷.

Se reconoce el ejercicio regular de una potestad de la Administración en aras a la *autogestión de la juridicidad* de su propia actuación, que es insusceptible de causar lesión a la esfera de interés de quien no puede invocar a su favor la existencia de un derecho subjetivo adquirido de modo legítimo.

El demandante adquirió la condición de personal contratado por la sucesión de contratos y, aun cuando ha cuestionado la legitimidad del decreto 442/2007 y su confirmatorio, que revocó el decreto 144/2007 que lo designó en la planta permanente, acto del que derivó su pretendido derecho a la estabilidad, también reclamó en autos su inmediata reincorporación al cargo y el pago de

¹⁶ MAIRAL, HÉCTOR A., *La Doctrina de los Propios Actos y la Administración Pública*, Depalma, Buenos Aires, 1988, pp. 59 y 81.

¹⁷ MAIRAL, ob. cit., pp. 27, 69-70 y 90 y doctrina del TSJ, sala contencioso administrativa, sentencia 50/2012 “Olcese, Francisco c. Provincia de Córdoba - Plena jurisdicción - Recurso de apelación”.

todos los salarios caídos desde su baja, con sus correspondientes intereses, pretensión que fue acogida favorablemente por la Cámara *a quo*.

El TSJ al hacer lugar al recurso de casación y dejar sin efecto la sentencia de la instancia anterior, resolvió que la pretensión de reincorporación a la planta permanente, del personal contratado para la administración no es procedente en virtud de los motivos determinantes de su baja como personal permanente (falta de visación previa, inobservancia del procedimiento de selección por concurso, violación del Pacto de Saneamiento Fiscal).

Sin embargo, declaró que atento las especiales circunstancias del caso, si por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, la propia Municipalidad podía decidir mantener al personal contratado hasta la extinción total del plazo del contrato regular, o hasta implementar el procedimiento de selección por concurso.

Si la Administración municipal no opta por alguna de esas alternativas, el TSJ ordenó el pago de la indemnización del art. 40 de la ley 7233, Estatuto del Personal de la Administración Pública Provincial, aplicable por analogía.

El pago de la indemnización reconocida a favor del accionante en los términos del art. 40 de la ley 7233 fue declarada procedente siempre que:

a) La Municipalidad demandada no haya designado al actor en planta permanente mediante un procedimiento de selección por concurso válido, que garantice la observancia de los requisitos previstos constitucional y legalmente para el ingreso a la carrera administrativa.

b) La Municipalidad, por razones de mérito y necesidades de servicio objetivamente acreditadas, no haya mantenido al actor como personal contratado de modo regular. En este segundo supuesto, la indemnización será procedente a partir de la extinción de ese vínculo jurídico, debiendo computarse la antigüedad considerando la totalidad de los servicios personales efectivamente prestados como contratado, en forma continua o discontinua.

El caso “Masuero”: acto irregular de nombramiento en planta permanente. Derecho a percibir la indemnización como personal contratado

El TSJ en la sentencia N° 16 del 15/4/2014 en los autos “Masuero, Paola Daniela c. Municipalidad de Malagueño - Plena jurisdicción - Recurso directo”, hizo lugar al recurso directo y al recurso de casación interpuesto por la actora en contra de la sentencia de primera instancia que había rechazado la demanda contencioso administrativa, con costas.

La actora impugnó el acto administrativo que dispuso su baja de la Administración Municipal, durante el período de prueba. La demandante había sido personal contratado y, posteriormente, designada en planta permanente.

El acto que dejó sin efecto su nombramiento en planta permanente invocó razones de legitimidad, consistentes en la falta de realización del procedimiento de selección por concurso. La demandante alegó que si el llamado a concurso para cubrir un cargo y la ejecución del procedimiento siguiente es actividad que compete al Municipio, la Administración no puede invocar la falta de concurso para anular el nombramiento que ella misma dictó.

El TSJ sostuvo que la doctrina del precedente “Madorrán”¹⁸ no es aplicable al caso de autos donde la actora no incorporó a su patrimonio el derecho a la estabilidad, ya que el acto de designación en planta permanente estaba condicionado en su validez, a la observancia del procedimiento previo y regular de selección por concurso, lo que ha quedado de manera incontrovertida que no se verificó respecto del nombramiento.

El art. 6° de la ordenanza 922/2007 —Estatuto del Personal de la Municipalidad de Malagueño— establece que el ingreso a la función pública se hará previa acreditación de la idoneidad a través del procedimiento de selección por concurso.

A pesar de que se confirmó el rechazo de la demanda con relación a la pretensión de la actora a ser reincorporada a la planta permanente, el TSJ valoró su condición jurídica de personal contratado para la Administración, en virtud de una sucesión de contratos.

Mediante el último de los contratos suscriptos entre la actora y la Municipalidad, se la contrató para que realice tareas de médica, cumpliendo turnos rotativos de treinta y cinco horas semanales, en el Hospital para la Comunidad de Malagueño, bajo la dependencia de la Municipalidad de Malagueño. Dicho convenio se suscribió por el plazo de seis meses. Por el término de duración del contrato se pactó una única retribución por sus servicios.

El TSJ también reconoció en este caso el derecho a ser indemnizada con fundamento en el art. 40 de la ley 7233, por aplicación analógica, con la finalidad de reparar los daños sufridos por la actora en virtud de una contratación a término irregular.

El caso “Lescano”: eximición del procedimiento de selección por concurso e inaplicabilidad del denominado período de prueba

El TSJ en la sentencia N° 38 del 19/6/2014 dictada en la causa “Lescano, Mauricio Rolando y Otras c. Municipalidad de Pilar - Plena jurisdicción - Recurso de Casación”, hizo lugar al recurso de casación interpuesto por los actores, y dejó sin efecto la sentencia de la primera instancia que había rechazado la demanda, mediante la cual los actores impugnaron los actos que dispusieron la extinción de su designación en planta permanente, por no haber transcurrido aún el plazo mínimo de seis meses que adjudica la permanencia definitiva en la planta permanente del personal. Los actores pretendían la nulidad de ese acto y su reincorporación a la administración pública.

La ordenanza municipal 1236/2007 dejó sin efecto, respecto de los actores, el régimen de concursos y el período de prueba establecidos en la ordenanza 1176/2006, por considerar que ellos satisfacían el recaudo de idoneidad y que este dispositivo era aplicable sólo para las designaciones futuras y no respecto de aquellas que ya se habían producido con antigüedad de varios años.

Los actores invocaron una legítima expectativa de no ser sometidos a ningún período de prueba, porque lo contrario importaría que la Administración viole la doctrina de los actos propios y el principio de confianza legítima. Consi-

¹⁸ CSJN, 3/5/2007, “Madorrán, Marta Cristina c. Administración Nacional de Aduanas s/ reincorporación”, Fallos: 330:1989.

deraron que por haber trabajado por más de diez años de manera ininterrumpida en la Municipalidad, la aplicación de un nuevo plazo de seis meses resultaba innecesaria y desvirtuaba la finalidad de la norma que establece el período de prueba, pues la idoneidad ya había sido acreditada, como así fue reconocido por el Concejo Deliberante y por el Poder Ejecutivo Municipal en los actos de designación en planta permanente.

La particularidad de este caso consiste en que mediante la ordenanza municipal 1226/2007 el H. Concejo Deliberante Municipal modificó el Presupuesto de Cálculo y Gastos de Recursos vigentes y las partidas presupuestarias a fin de que el Departamento Ejecutivo Municipal realizara las designaciones de personal de planta permanente, de aquellos agentes que revestían la condición de contratados desde hacía varios años y a la fecha desempeñaban sus funciones dentro del área administrativa municipal.

Por ordenanza municipal 1236/2007, promulgada por el decreto del Poder Ejecutivo 440/2007, se dejó sin efecto para los actores la aplicación del Régimen de Concursos establecido en la ordenanza 1176/2006, para el ingreso a la planta permanente municipal con sustento en que debía interpretarse que el régimen se ha establecido para las designaciones futuras como procedimiento de ingreso en cualquier condición a la planta municipal, pero no para aquellos agentes que ya venían ejerciendo la función y respecto de los cuales se habían analizado las condiciones necesarias para cumplir las tareas asignadas.

Las designaciones emanadas del Departamento Ejecutivo Municipal en planta permanente se motivaron en la existencia de las partidas presupuestarias aprobadas por la ordenanza 1226/2007 a partir de esa fecha y la eximición del sistema de ingreso por concurso dispuesto por la ordenanza 1236/2007. Esas designaciones fueron convalidadas por el H. Concejo Deliberante.

El decreto posterior que dejó sin efecto esas designaciones invocó razones organizativas de índole administrativa, económicas y financieras y de prestación de servicios públicos municipales que, a criterio del Departamento Ejecutivo Municipal, son prioritarios y en virtud de ello procederá la reorganización de ciertas áreas lo que conlleva en unos casos a la correspondiente reubicación de parte del personal municipal y a reasignar los servicios prestados por otros.

El TSJ señaló que el derecho a la estabilidad recién se incorpora al patrimonio de los particulares cuando se cumplen los requisitos constitucionales y reglamentarios —de carácter formal y sustancial— para la obtención de tal garantía, exigencias que deben ser acreditadas en cada caso con un título jurídico indubitable¹⁹.

El principio sostenido en el fallo, consiste en que para que sea procedente la pretensión procesal tendiente a la obtención o conservación de un empleo público de carácter estable, es imprescindible acreditar la posesión del derecho

¹⁹ TSJ, Sala Contencioso Administrativa, sents. 18/1999, "Rossi, Antonio Arturo c. Municipalidad de Villa María - Contencioso Administrativo - Plena Jurisdicción - Recurso directo - Hoy casación"; 53/2002 "Bravo, Leonilda Alicia c. Municipalidad de Villa del Totoral - Plena jurisdicción - Recurso de casación"; 90/2002 "Díaz, Mirta Mabel c. Municipalidad de Villa del Totoral - Plena jurisdicción - Recurso directo"; 114/2002 "Ferreyra, María Estela...", 7/2014 "Lujan, Walter Roberto c. Municipalidad de Arroyito - Demanda contencioso administrativa - Recurso directo".

mediante constancias de las que se desprenda la preexistencia de una relación de esa naturaleza²⁰.

El acto de designación en planta permanente de la Administración Pública para que otorgue el derecho a la estabilidad en el empleo público, amparado por los arts. 14 bis y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional y 23 inc. 13 de la Constitución Provincial, con los alcances definidos por la CSJN "Madorrán", debe revestir la condición jurídica de ser un acto administrativo regular.

La CSJN en los autos caratulados "Z. 4. XLVI. "Recurso de hecho deducido por la actora en la causa "Zapata, Nora del Carmen c. Provincia de Córdoba - Plena jurisdicción - Recurso de apelación" de fecha 12/3/2013, hizo lugar a la queja interpuesta por la actora, declaró procedente el recurso extraordinario y revocó la sentencia apelada ordenando la emisión de un nuevo pronunciamiento. En este caso la Corte juzgó que se habría aplicado la ley a un supuesto claramente ajeno a sus previsiones pues resulta absurdo entender que el período de evaluación de seis meses pueda aplicarse también a quienes vienen desempeñando la misma función durante varios años, de lo que se derivaba que en virtud de la particular situación de la actora, su vínculo laboral no resultaba alcanzado por las previsiones del art. 15 de la ley 7233 y, así fue resuelto por el TSJ con motivo del reenvío²¹

En "Lescano" el TSJ juzgó que los actos impugnados en la demanda, se encuentran viciados de nulidad relativa (art. 105 de la ley 6658), por violar la ley en cuanto al fondo del acto (arts. 93 y 105 ib.) al aplicarse erróneamente el art. 15 de la ordenanza 180/1986 y su reglamentación a un supuesto fáctico que por sus particularidades y el alcance asignado por la CSJN al período de prueba, resultaba ajeno a sus previsiones y el vicio no aparecía como manifiesto u ostensible.

Lo determinante de este caso para declarar inaplicable el denominado período de prueba, es que las funciones que cumplían los actores como contratados por más de quince años, eran iguales a las funciones que continuaron desempeñando luego de ser designados en planta permanente.

El TSJ hizo lugar a la demanda contencioso administrativa de plena jurisdicción y declaró la anulabilidad desde la fecha de su sentencia del decreto dictado por el Departamento Ejecutivo Municipal que había dejado sin efecto las designaciones en planta permanente de los actores y ordenó la reincorporación de los actores a la planta de personal permanente.

En efecto, a los fines de restablecer la situación jurídico-subjetiva lesionada (art. 38, ley 7182), reconoció el derecho de los accionantes a la reincorporación al cargo que poseían al momento de ser designados en planta permanente, u en otro cargo de equivalente nivel y especialidad, ordenando a la Administración el dictado del acto que así lo disponga.

Como consecuencia del vicio de anulabilidad de los actos enjuiciados, declaró improcedente el reconocimiento de la antigüedad en el cargo a todos los efectos, incluidos los previsionales, como así también rechazó el reclamo de

²⁰ TSJ, sala contencioso administrativa, A.I. 197/1984 "Fasano, Alberto..."; sent. 17/1995 "Montenegro, Pedro Augusto..."; sent. 57/2000 "Páez, Angélica Clorinda y Otro..."; sent. 49/2004 "Juárez, Juan..." y sent. 57/2005 "Ceballos, Gabriela Agueda...".

²¹ TSJ, sala cont. adm., sent. 5/2014 "Zapata, Nora del Carmen c. Provincia de Córdoba - Plena jurisdicción - Recurso de apelación".

daños y perjuicios por ausencia total de elementos de prueba que acrediten su existencia y cuantía.

Conclusiones

Luego de analizar los casos jurisprudenciales emanados de la CSJN en “Ramos”, “Sánchez” y “Cerigliano” podemos concluir que la doctrina que surge de ellos y la solución propiciada en cada uno en particular, está condicionada esencialmente por la naturaleza jurídica de la vinculación del agente con la demandada, y requiere el examen atento y detenido de la legislación que rige esa relación y de la conducta desarrollada por las partes durante el vínculo laboral.

Sostiene Ivanega²² que la precarización y laborización del empleo público mostraron una revisión de los criterios tradicionales. Y que en ese nuevo camino la Corte Suprema de Justicia de la Nación trajo una mirada compatible con ambos vínculos de empleo, fundada en los principios generales y derechos del hombre vinculados a su dignidad.

Del análisis de numerosos casos surge que hubo un exceso en el uso de facultades discrecionales referidas a nombramientos transitorios, aplicación de sanciones disciplinarias, traslados, etc.

En la causa “Schiavone”²³ la Sindicatura General de la Nación modificó las funciones de un empleado público. La CSJN sostuvo que la Administración debe especificar el motivo por el cual es imposible mantener a un agente en un cargo transitorio porque aun tratándose de atribuciones discrecionales, ello no exime al órgano administrativo de cumplir con los requisitos del acto administrativo conforme a la Ley de Procedimiento Administrativo Nacional 19.549.

Esta doctrina ya había sido aplicada por la CSJN en el caso “Schnaiderman”²⁴ al reconocer que el control judicial de los actos denominados tradicionalmente discrecionales o de pura administración encuentra su ámbito de actuación, por un lado, en los elementos reglados de la decisión —entre los que cabe encuadrar, esencialmente, a la competencia, a la forma, a la causa y a la finalidad del acto (Fallos: 315:1361)— y por otro, en el examen de su razonabilidad.

La juridicidad y la razonabilidad son principios jurídicos elementales, que vinculan positivamente el ejercicio de la función administrativa.

El sentido jurídico con el cual se creó la institución del contrato a plazo, o personal contratado, o personal transitorio, dentro de la Administración pública, fue por la fuerza de los hechos y de un irregular ejercicio de las potestades públicas, objeto de distorsiones y de frecuentes abusos, que tantas veces procuran enmascarar la clara intención de no “blanquear” el acentuado incremento del gasto público con relación a la planta de personal dependiente de la Administración.

De allí que el ordenamiento jurídico y los fallos de las más altas instancias judiciales han abordado y se han ocupado de la situación jurídica del personal

²² IVANEGA, MIRIAM M., “Mobbing, acoso y discriminación en empleo público”, LA LEY, 16/5/2012, p. 826.

²³ CSJN, 9/6/2009, “Schiavone, Diego Gerardo c. Estado Nacional (Administración Federal de Ingresos Públicos)”, S. 2228. XLI; RHE; Fallos: 332:1413.

²⁴ CSJN, 8/4/2008, “Schnaiderman, Ernesto Horacio c. Estado Nacional - Secretaría de Cultura y Comunicación de la Presidencia de la Nación”, S. 2488. XLI; ORI; Fallos: 331:735 y EDA, 2008-430.

contratado y han sentado reglas claras de juego, a partir de determinar el alcance de la garantía constitucional de la estabilidad absoluta del empleado público.

Estas reglas pueden resumirse en los siguientes puntos:

- La relación jurídica que se entabla entre el personal contratado y la Administración pública es de derecho público y, en particular, de derecho administrativo.

- La jurisdicción que tiene la competencia material para resolver los conflictos entre el personal contratado y la administración es la jurisdicción del fuero contencioso administrativo. De este modo se pone definitivamente fin al peregrinaje de jurisdicciones que recorrieron las demandas de tutela judicial del personal contratado.

- El derecho a la estabilidad absoluta en el empleo o función pública pertenece a quien ingresa a la Administración mediante el procedimiento de selección por concurso, que asegure la idoneidad de los postulantes y la igualdad de oportunidades.

- El acto de designación en planta permanente si no satisface los requisitos de legitimidad a los que cada régimen normativo condiciona su validez y eficacia, como por ejemplo la visación previa o control preventivo por el Tribunal de Cuentas, la existencia de partidas presupuestarias para afrontar el mayor gasto público, no es título jurídico hábil para invocar el derecho a la estabilidad absoluta en el empleo o función pública.

- El personal contratado por la Administración que ha cumplido idénticas funciones como contratado y como personal de planta permanente, no puede ser dado de baja o extinguir su designación invocando dogmáticamente el ejercicio de una potestad administrativa durante el denominado período de prueba.

- El acto que extinga una designación precaria durante el período de prueba debe satisfacer todos los elementos de juridicidad de los actos administrativo en general y, entre ellos, la motivación. Es deber de la Administración individualizar circunstanciadamente la causa y motivo de la extinción de la designación y la supuesta falta de idoneidad del postulante.

- El ejercicio irregular y el abuso de la institución del personal contratado, para cumplir funciones idénticas a las del personal de planta permanente, da lugar al reconocimiento a favor de ese agente del derecho a ser indemnizado por esa irregularidad, que tuvo la aptitud para crearle una razonable expectativa a acceder a un cargo de planta permanente con estabilidad absoluta.

- La CSJN declaró procedente la indemnización del art. 11 de la Ley Marco de Regulación de Empleo Público Nacional —ley 25.164— por resultar una medida equitativa para reparar los perjuicios. El TSJ Córdoba, en la misma directriz, aplicó la indemnización predeterminada expresamente para el personal contratado, en el art. 40 de la ley 7333.

- El transcurso del tiempo no es eficaz por sí solo para mutar la naturaleza irregular de un acto de designación, en uno de carácter legítimo.

- El funcionario público que exceda las facultades que el ordenamiento jurídico le asigna para designar personal para la Administración pública, que lo haga de manera irregular, se hace personalmente responsable administrativa, civil y penalmente por los daños derivados de ese proceder irregular.

Para finalizar, es atinente destacar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Baena, Ricardo y Otros c. Panamá, fondos, reparacio-

nes y costas”, Serie N° 72, párr. 126, de fecha 2 de febrero de 2001 sostuvo que *la discrecionalidad de la Administración tiene límites infranqueables, siendo uno de ellos el respeto de los derechos humanos.*

Esta directriz debe ser observada por toda autoridad pública que, en el ejercicio de sus competencias, tenga la disposición de los nombramientos o designaciones de los recursos humanos que la Administración Pública necesita para la gestión del bien común.

Los sistemas de gestión del capital humano dependiente de la Administración deben estar inspirados por la selección de los mejores talentos y su profesionalización.

El abuso de la institución del “personal contratado” debió ser un tema incorporado a la agenda de trabajo de las más altas instancias judiciales de nuestro país.

La interpretación sistemática e integrada de los pronunciamientos judiciales analizados en estas reflexiones, son demostrativos de que la jurisprudencia ha sentado las bases jurídicas que toda gestión de recursos humanos debe observar, en defecto de lo cual, deberá hacerse efectiva la responsabilidad personal del funcionario.

La Administración Pública es un vasto complejo organizativo que debe contar con las mejores herramientas de gestión, porque cada vez son más diversas las problemáticas que la sociedad le demanda y debe poder atender esas problemáticas en tiempo real.

Los Tratados de Derechos Humanos (art. 75 inc. 22, C.N.) han aproximado aún más los paradigmas de empleo privado y empleo público, en algunos aspectos comunes, lo que no debe hacer perder a la “función pública” su condición de tal, es decir, de prestar servicios públicos y promover el interés público en una Sociedad Democrática. De esa manera, los derechos y deberes de unos y otros no son iguales y, en consecuencia, es razonable la distinción de tratamiento constitucional y legal.

Por lo demás, las problemáticas en torno al empleo laboral en general, se proyectan también al empleo público, pues el acceso a un trabajo fijo y estable es una meta difícil de alcanzar cuando la oferta de empleo se convierte en un bien escaso.

En definitiva, debemos volver la mirada sobre los marcos jurídicos vigentes en materia de gestión del capital humano de la Administración Pública, y plantear una revisión integral que permita actualizar antiguos estatutos que no han sido objeto de modernizaciones durante varias décadas, a fin de encauzar, dentro de la juridicidad, los desvíos que los fallos aquí analizados nos han revelado, los que no pueden justificarse ni siquiera invocando el más noble propósito de dotar a la Administración de una mejor dinámica funcional.



DERECHO A LA SALUD DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD —A PROPÓSITO DE SU TUTELA JUDICIAL EFECTIVA EN LA VÍA DEL AMPARO, MEDIDAS AUTOSATISFACTIVAS Y TUTELAS ANTICIPADAS—*

Federico Justiniano Robledo**
Federico Robledo (h)***

Resumen: Nos enfocamos en la protección integral, constitucional y convencional de los Derechos Humanos de las personas con discapacidad, con especial referencia al derecho a la salud. En esta temática su eje central es el flamante otorgamiento de jerarquía constitucional de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad con la sanción de la Ley Nacional 27.044/2014. Ello nos permitió diferenciar a) una *etapa suprallegal* en la cual la Convención referencia fue aprobada por Ley Nacional 26.378/2008 y b) una *etapa de jerarquía constitucional* en la que por Ley 27.044/2014 se le otorgó jerarquía constitucional a la Convención sobre Derechos de las Personas con discapacidad a partir de diciembre de 2014, .

Consecuentemente, señalamos que nuestro estudio abarca el período 2011-2014, con el análisis del amparo, medidas autosatisfactivas y, tutela anticipada como herramientas que le contribuyen a las personas con discapacidad el acceso a la justicia y tutela judicial efectiva de sus derechos, particularmente, en su derecho a la salud. Para ello, presentamos el cuerpo de las fuentes convencionales y constitucionales y otros documentos internacionales de tutela de tutela judicial del derecho a la salud y discapacidad y con muestras de los fallos relevantes de la Corte IDDDHH, de la CSJN y de los Tribunales Federales y Provinciales de Córdoba. Asimismo, presentamos nuestro comentario acerca de la Ley Nacional 27.044/2014 y nuestras conclusiones.

Palabras clave: Protección Constitucional - Derechos de las personas con discapacidades - Derecho a la Salud - Acceso a la Justicia y Grupos Vulnerables - Amparo - Medidas autosatisfactivas - Tutela anticipada.

1. Introducción

Según la Comisión de Discapacidad de la Cámara de Diputados de la Nación, en nuestro país las personas con una discapacidad en forma permanente representan no menos de tres millones quinientas mil (3.500.000) y, una

* Recibido el 06/05/15. Aprobado el 01/09/15.

** Abogado, Doctor en Derecho y Cs. Sociales (UNC), Académico de Número de la Academia del Plata —Sección Córdoba—, Profesor de Derecho Público Provincial y Derecho Municipal y de Introducción a los Estudios de la Carrera de Abogacía (UNC), Profesor de Derecho Constitucional y de Derecho Público Provincial y Derecho Municipal (UCASAL), Docente Investigador (UNC) Categoría 3 - Director del Proyecto Ministerio de Ciencia y Tecnología de la Nación. Director del Proyecto de Investigación “*Tutela constitucional de las personas con discapacidad, con referencia al desafío actual de la necesidad de un amparo especial: El Bioamparo*”, acreditado con categoría “A” en SECYT - UNC período 2014-2015. Email: federicojrobledo@gmail.com.

*** Abogado (UNC), Magister en Bioética (UNC). Magister en Dirección de Negocios -MBA (UNC), Maestrando en Derecho Privado (UNR). Profesor en Derecho Constitucional y Derecho Público Provincial y Derecho Municipal (UNC). Docente Investigador (UNC) Categoría 4 - Co-Director del Proyecto “*Tutela constitucional de las personas con discapacidad, con referencia al desafío actual de la necesidad de un amparo especial: El Bioamparo*” acreditado con categoría “A” en SECYT - UNC período 2014-2015. Email: ab.federicorobledo@gmail.com.

cantidad igual de personas, detentan una discapacidad en forma transitoria. Si a esto agregamos que cada una de estas personas compone un núcleo familiar promedio de 3,4 personas, se puede inferir que la discapacidad estaría afectando en forma directa a más de un 50% de la población¹. Estos datos, nos sirven como un ponderador objetivo para dimensionar el tamaño y alcance de la población que abarca el tema objeto de este trabajo.

Debemos destacar, que este numeroso grupo, ha sido calificado por nuestra Constitución Nacional (CN) como una “grupo desventajado”, que debe ser tutelado mediante políticas diferenciadas (art. 75 inc. 23)². Es decir, que nuestra norma suprema nos coloca frente al imperativo de tratar de modo (razonablemente) diferente a las personas con discapacidad para lograr su “*igualdad real*” tanto en el reconocimiento de derechos como en las garantías y vías judiciales para reclamar su efectividad. El deber “*adoptar acciones que propendan a balancear*”³ la situación de desequilibrio y vulnerabilidad de las personas con discapacidad, comprende tanto al Estado —a través de sus distintos órganos de gobierno— como así también a la sociedad.

Sin soslayar las múltiples problemáticas y desafíos que giran en torno a la discapacidad; nos concentramos en este trabajo en el análisis del derecho a la salud que titularizan, desde la perspectiva de su tutela judicial y en el marco de un fenómeno de creciente judicialización de reclamos. Reparamos en la falta de una acción especial de (bio)amparo, como así también en la particularidad de este tipo casos por cuanto demandan del Estado una respuesta tempestiva —muchas veces urgente— que el amparo clásico (art. 43 CN)⁴, en muchas ocasiones de su praxis diaria, no puede garantizar, alejándose de su carácter de vía expedita y rápida tendiente a realizar en forma efectiva y eficaz la tutela judicial efectiva.

De ahí, que también actualmente las personas con discapacidades utilizan, a modo de una alternativa válida, otras vías judiciales como son las medidas autosatisfactivas y la tutela anticipada.

En esta temática en estudio, su eje central es el flamante otorgamiento de jerarquía constitucional de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) con la sanción de la Ley Nacional 27.044⁵. Ello nos permitió diferenciar: a) una *etapa supralegal* en la cual la Convención referenciada fue aprobada por Ley Nacional Ley 26.378⁶ de fecha 21/05/2008. Y, b) una *etapa de jerarquía constitucional* en la que se le invistió de *jerarquía constitucional* a la CDPI a partir de finales de 2014, mediante la Ley Nacional 27.044/2014, de conformidad al art. 75, inc. 22, C.N.

¹ Cfr. Comisión de Discapacidad de la Cámara de Diputados de la Nación, “La discapacidad en la República Argentina ¿Un problema ético, moral, económico, social, jurídico o político?”, en <http://www1.hcdn.gov.ar/dependencias/cdiscap/integracion.html> (30/01/14).

² Cfr. BARRERA BUTELER, GUILLERMO E., “La Igualdad” en *Lecciones de Derecho Constitucional*, Ciencia, Derecho y Sociedad - Serie: Textos de Estudio, publicación de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la U.N.C., Córdoba, 2014, p. 212.

³ Dictamen del Procurador General de la CSJN en autos “Rojo Rouviere, Rogelio Enrique c. Caja de Previsión y Seguridad Social de Abogados y Procuradores de la Provincia y otro s/amparo”, S.C. R. 735; L. XLII, 21/05/2008.

⁴ Art. 43 C.N., arts. 8 y 25 del C.A.D.H., art. 48 C.Cba y legislación reglamentaria nacional y provincial.

⁵ Ley Nacional 27.044, Sancionada: 19-11-2014 y promulgada el 11-12-2014 publicada en el B.O. el 22-12-2014.

⁶ Publicada en el Boletín Oficial del 09-06-2008 a través de la cual se aprueban la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo, aprobados mediante Res. de Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas del 13-12-2006.

Asimismo brevemente, tratamos la protección integral, constitucional y convencional de los Derechos Humanos de las personas con discapacidad, con especial referencia al derecho a la salud. Luego, desarrollamos la **etapa supra-legal** por el período 2011-2014, respecto del amparo, medidas autosatisfactivas y tutela anticipada como herramientas que les brindan a las personas con discapacidad el acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva de sus derechos, y puntualmente, en su derecho a la salud. Esto, lo efectuamos, principalmente, desde la jurisprudencia con muestras con los fallos relevantes de la Corte IDH, de la CSJN y de los Tribunales Federales y Provinciales de Córdoba. Como también la actual **etapa de jerarquía constitucional** a partir de diciembre de 2014, en base a la citada Ley Nacional 27.044. Finalmente, con todo este valioso sustento, damos nuestras conclusiones finales.

2. Derecho convencional y constitucional de las personas con discapacidad

En los últimos años evidenciamos en el horizonte jurídico internacional y local un proceso de actualización y (re)definición del “*Derecho a la Salud*”, en términos de calidad vida, así como también una dinámica y progresiva tutela constitucional, sustantiva y adjetiva. Hablar de salud, no implica necesariamente enfocarnos en el dilema vida o muerte, “*ni se vincula únicamente con el tiempo o con la cantidad, sino fundamentalmente con la calidad de lo vivido y de la expectativa por vivir*”⁷. Comprende “*las necesidades fisiológicas básicas, necesidades sociales y necesidades de seguridad, estima y autorrealización, así como sus necesidades espirituales, y a percibir que la satisfacción de las mismas, se alcanza de modo valioso, mediante su interacción con la sociedad y el hábitat en que vive y de acuerdo a su proyecto de vida*”⁸.

En este sentido, definimos al “Derecho a la Salud” como un derecho humano fundamental con anclaje expreso en el “*Bloque de Constitucionalidad Federal*”⁹ y en el “*Derecho Internacional de la Bioética y Derechos Humanos*”¹⁰, que detenta todo individuo o grupo de individuos, y lo/s habilita para reclamar por ante el sistema de protección de la salud, Estado y/o sociedad —según el caso— una respuesta sanitaria —consistente en un dar, hacer o no hacer— para la protección, promoción y prevención integral de la salud —en cualquiera de sus dimensiones— así como también para acceder a los presupuestos y bienes jurídicos necesarios para garantizar la calidad vida.

Cuando nos referimos a las personas con discapacidad, este concepto de salud se proyecta en forma poliédrica e interdependiente con los distintos derechos que los protegen, en términos de calidad de vida e integración social.

⁷ ROSSETTI, ANDRÉS, “Introducción” en *Derecho a la Vida. Un análisis desde el método de casos*, ROSSETTI, ANDRÉS y ÁLVAREZ, MAGDALENA I. (comps.), Advocatus, Cba., 2005, p. 47.

⁸ NICOLAU, NOEMÍ L., “Significación de la metodología dialéctica aplicada a la construcción de las nociones jurídicas (Un ejemplo: el derecho a la calidad de vida) en *Dos filosofías del derecho argentinas anticipatorias. Homenaje a Werner Goldschmidt y Carlos Cossio*, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, 2007, p. 151.

⁹ C.N. —arts. 14, 16, 18, 19, 28, 29, 33, 41, 42, 43, 75 inc. 2, 19, 22 y 23—; DADyDH —arts. VII y XI—; DUDH —arts. 3, 8 y 25—; PIDESC —art. 12—; PIDCP —arts. 6, 7 y 24—; CADH —arts. 4 inc. 1. 5 incs. 1 y 2, 19 y 25— y PSS; CDN —arts. 3, 6, 23, 24 y 25—. En el D. Públ. Pcial. las Constituciones locales fortalecen, actualizan y amplían aún más dicha protección.

¹⁰ Se integra con las Declaraciones de UNESCO y normas internac. cc. y comp., que receptan normativamente la vinculación simbiótica y dialógica entre la “*Bioética y los Derechos Humanos*”.

Resulta de especial importancia la aplicación de la **Observación General N° 14 sobre el Derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales** (puntos 1, 9, 32 y 33) con el propósito de tutelar: a) por un lado, el derecho a la salud y, b) correlativamente, imponiéndole tres tipos o niveles de obligaciones a los Estados Partes: la obligación de respetar, proteger y cumplir. A su vez, la obligación de cumplir comprende la obligación de facilitar, proporcionar y promover. La obligación de respetar exige que los Estados se abstengan de injerirse directa o indirectamente en el disfrute del derecho a la salud. La obligación de proteger requiere que los Estados adopten medidas para impedir que terceros interfirieran en la aplicación de las garantías prevista en el artículo 12. Por último, la obligación de cumplir requiere que los Estados adopten medidas apropiadas de carácter legislativo, administrativo, presupuestario, judicial o de otra índole para dar plena efectividad al derecho a la salud” (punto 33).

3. Acceso a la Justicia y tutela judicial efectiva. Desafíos o garantías

La noción de acceso a la justicia, entendida en un sentido amplio “reconoce la relación entre los aspectos económicos, sociales y legales asociados con la administración de justicia y su impacto en el ejercicio efectivo de los derechos de los individuos. Podría decirse que *la noción misma de acceso a la justicia supone como contrapartida el reconocimiento implícito de ciertos impedimentos, barreras, distorsiones o discrecionalidades, que posicionan a determinados individuos o sectores de la población de manera desigual en lo que refiere a la tutela efectiva de sus derechos*, situación que atenta, o al menos relativiza, el principio de igualdad ante la ley, pilar fundamental del Estado de derecho”, además, en sentido estricto, comprende al “derecho de toda persona de acceder a los órganos jurisdiccionales, contando con el debido proceso legal, para reclamar o garantizar el respeto de sus intereses legítimos y derechos tutelados por el ordenamiento jurídico”¹¹. **La importancia, de este derecho, en relación al tema que abordamos, se pone en evidencia cuando observamos que esta es la llave para el acceso, concretamente el ejercicio pleno de los derechos y garantías que nuestra Constitución Nacional reconoce a las personas con discapacidad**¹².

La Corte Suprema de Justicia de la Nación a través de la **Acordada 05/2009—24-02-2009—**, ha adherido a las **“Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad”**, realizadas en el marco de la Asamblea Plenaria de la XIV Edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana realizada en el año 2008 en la ciudad de Brasilia, República Federativa de Brasil. En dicha instancia, se acordó la necesidad de elaborar **“Reglas Básicas relativas al acceso a la justicia de las personas que se encuentran en condición de vulnerabilidad”**. De esta manera, se procuró desarrollar los principios recogidos en la **“Carta de Derechos de las Personas ante la Justicia en el Espacio Judicial Iberoamericana-**

¹¹ ALAK, JULIO *et al.*, *El Acceso a la Justicia como Política Pública de alcance Universal*, Dirección Nacional de Promoción y Fortalecimiento para el Acceso a la Justicia. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Editorial: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Id Infojus: LD00014 accedido a través del sitio de Infojus: <http://www.infojus.gob.ar/docs-f/ediciones/libros/acceso-justicia.pdf> (18-09-2014) (el resaltado nos pertenece).

¹² Ello, también implica accesibilizar estructuras edilicias y urbanas del ámbito público.

no" (Cancún 2002), más específicamente, los que se incluyen en la parte titulada "*Una justicia que protege a los más débiles*" (apartados 23 a 34).

Es así, que en la Sección 2ª, titulado "*Beneficiarios de las Reglas*", se define a las *personas en situación de vulnerabilidad* como "*aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para Reglas Básicas de Acceso a la Justicia de las Personas Vulnerables ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico*" (el destacado nos pertenece). Asimismo, establece que "[p]odrán constituir causas de vulnerabilidad, entre otras, las siguientes: **la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad**", dependiendo la concreta determinación de las personas en condición de vulnerabilidad las características específicas, o incluso de nivel de desarrollo social y económico de cada país.

Paralelamente, "Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad", a las que adhirió nuestra CSJN mediante Acordada 05/2009, observamos que esta adhesión se enmarca en una visión de identificar a la Justicia como Servicio Público, lo que desborda lo que sucede dentro y durante el proceso judicial, sino que también abarca lo anterior y lo posterior —pedir justicia y que se haga justicia—, lo que va de la mano de políticas públicas integrales como se impulsa desde el Programa Iberoamericano de Acceso a la Justicia¹³. Todo ello, nos colocan frente al desafío de promover una mejor y más adecuada tutela judicial efectiva de las personas con discapacidades.

En este nuevo horizonte, Víctor Trionfetti se permite calificar a la justicia para los vulnerables, como "*una justicia que acaricie a los débiles*" teniendo en cuenta que "[e]l campo más fértil de la actividad jurisdiccional no es el de los significantes sino el de los significados. En y por los significados emerge la lucha de los eternos derrotados de la historia. La lucha de los dominados, los olvidados, los postergados. Ahora, aquí, hay textos constitucionales y convencionales que intentan revertir o equilibrar los resultados de la lucha por los significados, pero también existe el riesgo de que las nuevas herramientas destinadas a ese logro terminen vacías de sentido o de efectividad. La forma en que vemos el mundo es la forma en que sentimos, en que atribuimos sentido a lo que pasa ante nosotros, marca el grado de nuestros compromisos o de nuestra indiferencia. Ensanchar los límites de lo que consideramos humanamente próximo (prójimo) es un desafío diario"¹⁴.

Por nuestra parte, nos sumamos puesto que la vulnerabilidad de las personas con discapacidad se agiganta porque se sustenta en las necesidades vitales, tanto físicas como espirituales, familiares, laborables, sociales, económicas y políticas y cada de ellas y todas en su conjunto requieren ser satisfechas, en la diaria construcción del bien común, a través de una tutela judicial efectiva para

¹³ ALAK, JULIO *et al.*, ob. cit., p. 18.

¹⁴ TRIONFETTI, VÍCTOR, "Jurisdicción. Proceso y tutela de los vulnerables", *Derecho Privado. El proceso civil en tiempos de cambio*, Gustavo Caramelo-Sebastian Picasso (directores), Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Presidencia de la Nación, Infojus, Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Buenos Aires, noviembre de 2013, Año II, N°7, p. 181. ISSN 2250-7582.

evitar que sus derechos se conviertan en papeles y estructuras carentes de toda vida.

4. Las personas con discapacidades en el Derecho Público Provincial Argentino

Asimismo, y desde el ángulo de nuestro derecho público provincial, debemos reseñar que se anticipó a la recepción del paradigma de la protección integral en el ciclo de reformas de la década del 80¹⁵.

En efecto, señalamos que en la actualidad en las constituciones de las provincias de Buenos Aires¹⁶ (arts. 36 y 212), Córdoba (art. 27), Corrientes (art. 44), Chaco (art. 35), Entre Ríos (arts. 21 y 240, inc. 15), se incluyen cláusulas protectoras de las personas con discapacidades que obligan al estado provincial a brindar una tutela diferenciada y protección integral¹⁷.

En cambio, existen aún provincias que no incorporaron ninguna normativa protectora de esta categoría de personas con discapacidades, representando un atraso incomprensible en un aspecto tan particular y especial de las dimensiones en la vida del hombre¹⁸.

5. Derecho a la salud de las personas con discapacidad

El derecho convencional y constitucional a la salud asume una mayor dimensión cuando su titularidad recae en un sujeto en condiciones de vulnerabilidad, como ocurre con las personas con discapacidad. Esta protección especial de las personas con discapacidad no es una facultad discrecional de los poderes constituidos, sino que es un deber impuesto expresamente por el poder constituyente.

En esta línea, el art. 75, inc. 23, CN establece que se debe legislar y promover medidas de acción positiva para la efectividad y tutela efectiva de los derechos de las personas con discapacidad. En esta línea, la Convención Americana

¹⁵ ROBLEDO, FEDERICO JUSTINIANO y ROBLEDO, FEDERICO, "Hacia una protección integral y constitucional de los derechos humanos de las niñas, niños y adolescentes con discapacidades", *Anuario XIV (2012)*, Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, La Ley, Buenos Aires 2ª quincena de julio de 2014, en p. 166.

¹⁶ Además, la Provincia de Buenos Aires por Ley N° 14509 se "fija principios relativos a la actuación oficiosa del juez ante casos de violencia familiar, en especial ante situaciones de violencia de género, o contra niños, ancianos o personas discapacitadas —arts. 4 y 4 bis—; la obligación de controlar la eficacia de la medida adoptada —art. 14—. A su vez el artículo 8 bis dispone que "La Jueza o Juez tendrá amplias facultades para ordenar e impulsar el proceso pudiendo disponer las medidas que fueren necesarias para indagar los sucesos, ubicar el paradero del presunto agresor, y proteger a quienes corran el riesgo de padecer nuevos actos de violencia, rigiendo el principio de obtención de la verdad material". RAFFO, PABLO ERNESTO, "El rol del juez de familia a la luz de los cambios legislativos" en Marisa Graham y Marisa Herrera, *Derecho de las Familias, Infancia y Adolescencia, una mirada crítica y contemporánea*, Ed. Infojus, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Buenos Aires, 2014, p. 61.

¹⁷ Utilizamos el término categoría en el sentido establecido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "Hooft, Pedro C. F. c. Provincia de Buenos Aires", 16/11/2004, publicado en Suplemento Constitucional La Ley N° 71, julio, 2005, con la diferencia que para las personas con discapacidad el test de razonabilidad para la discriminación inversa fue realizado por el constituyente y se encuentra inscripto en la Constitución Nacional (art. 75, inc. 23).

¹⁸ Cfr. ROBLEDO, FEDERICO JUSTINIANO, "Hacia una mejor tutela constitucional de los discapacitados" en *Cuaderno de Federalismo*, Academia Nacional de Derecho y Cs. Ss. de Córdoba, XIX, Editorial Advocatus, Córdoba, 2006, p. 109.

de Derechos Humanos, en el Capítulo II sobre los derechos económicos, sociales y culturales, dispone en el art. 26 que su tutela debe atender a “lograr progresivamente la plena efectividad” y ello resulta directamente aplicable al sector vulnerable de las personas con discapacidad.

6. La tutela judicial de las personas con discapacidades en la jurisprudencia de la Corte IDH, de la CSJN y de los Tribunales Ordinarios y Federales de Córdoba (período 2011-2014)

Nos adentramos a tratar la **etapa supralegal* sólo por el período 2011-2014 para recoger los principales estándares que se vienen aplicando judicialmente, porque ello es muy útil para esta actual **etapa de jerarquía constitucional* en la cual las personas con discapacidad tienen incorporado al ordenamiento argentino un *corpus iuris* de derechos humanos con jerarquía constitucional.

6.1. La tutela judicial de la salud y discapacidad en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Así como la Corte Suprema de Justicia de la Nación se denomina el “*intérprete último de la Constitución Nacional*”, el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos se erige como “*el intérprete último de la Convención Americana de los Derechos Humanos*”. Va de suyo, que resulte necesario integrar la “*res iudicata*” en materia de salud y discapacidad, tanto de nuestro máximo tribunal —y tribunales locales— como de aquel que surge del Pacto de San José de Costa Rica, ya que ambos son “*tribunal supremo*” en distintas partes del Bloque de Constitucionalidad Federal.

El caso “*Ximenes Lopes*” (2006)¹⁹, constituye primer fallo de la Corte Interamericana que se refiere específicamente a la “*salud mental y discapacidad*” —en sus aspectos relacionados con el acceso a una atención médica de calidad y trato digno— y a los “*derechos de los pacientes*”. Resulta de interés para este trabajo en virtud de las obligaciones que coloca en cabeza del Estado para garantizar los derechos referenciados. Éste no sólo ejerce la rectoría, regulación y fiscalización de todo el sistema de protección de la salud, sino que además se encuentra obligado a la adopción de todas las medidas disponibles y necesarias para el cuidado del paciente y optimizar la salud.

Recientemente, la Corte se expidió en el caso “*Furlan y familiares v. Argentina*” (2012)²⁰, cuya importancia es aún mayor por cuanto refiere específicamente a la República Argentina. En esta sentencia, sostuvo, en relación a las personas con discapacidad, en cuanto constituyen un grupo especialmente vulnerable, son “*titular[es] de una protección especial, en razón de los deberes espe-*

¹⁹ Corte IDH, Caso “Ximenes Lopes vs. Brasil”, Sentencia del 04 de Julio de 2006. Motiva el pronunciamiento de la Corte, la demanda impetrada por la Comisión IDH por las condiciones inhumanas y degradantes de la hospitalización del señor Damião Ximenes Lopes, una persona con discapacidad mental.

²⁰ Corte IDH, Sentencia de 31 de agosto de 2012 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Este caso es conexo a uno de salud, por se condenó al Estado Argentino por violación en perjuicio de Sebastián Furlán, entre otros de: plazo razonable en un proceso civil por daños; los derechos a la protección judicial y a la propiedad privada, incumpliendo la obligación de garantizar, sin discriminación, el derecho de acceso a la justicia y el derecho a la integridad personal. Inclusive, se hizo extensivo a los familiares de Sebastián Furlán, concretamente, su padre, madre, hermano y hermana.

ciales cuyo cumplimiento por parte del Estado es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos (...) [N]o basta con que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre, como la discapacidad. En este sentido, es obligación de los Estados propender por la inclusión de las personas con discapacidad por medio de la igualdad de condiciones, oportunidades y participación en todas las esferas de la sociedad, con el fin de garantizar que las limitaciones anteriormente descritas sean desmanteladas. Por tanto, es necesario que los Estados promuevan prácticas de inclusión social y adopten medidas de diferenciación positiva para remover dichas barreras” (párr. 134). Asimismo, considera que la ausencia de recurso rápido, oportuno y efectivo vulnera “las garantías del debido proceso y el derecho a una tutela judicial efectiva” de las personas con discapacidad (párr. 141).

6.2. La tutela judicial efectiva de las personas con discapacidades y la vía de amparo en Argentina

El amparo, de acuerdo al art. 43 CN con la reforma de 1994, es una vía expedita y rápida, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo. No obstante, como el amparo es un proceso de conocimiento abrevadísimo, en su trámite puede provocar una demora que por si misma provocará daños en el derecho a la salud de las personas con discapacidad, porque en esta clase de causas judiciales el factor tiempo y la urgencia son determinantes. Es por ello, que en los amparos de salud se flexibilizan las formas procesales, se los apuntala con las cautelares, también se propicia la reconducción del amparo a otra vía ordinaria o también a las denominadas medidas autosatisfactivas porque, en definitiva, el derecho humano de carácter fundamental que se tutela es el derecho a la vida, del cual derivan los demás.

En este horizonte, Víctor Trionfetti señala que “El proceso debe subordinarse a su función tuitiva y no a la inversa. Esto debe ocurrir sin que se pierda la principal cualidad del proceso, es decir, de oportunidad de intervención útil que, aunque se olvida con mucha frecuencia, es oportunidad bilateral. Prestar atención a asegurar estas dimensiones no es banal, pues el debido proceso es un hito de la civilización y no una simple forma deóntica. En el ámbito de ofrecer una tutela efectiva a los vulnerables, debe procurarse un criterio móvil que no intente ubicar a la pretensión en tal o cual nicho procesal sino, en todo caso, ofrecer la posibilidad de que el reclamo fluya por la vía más apta sin que las facultades del juez lo conviertan en un centinela amurallado, donde importa más el rito que la solución del conflicto; las facultades del juez están para ordenar u orientar la vía más adecuada para el debate y para la tutela. Ordenar y orientar; no impedir o frustrar”²¹.

Por su parte, con gran agudeza, Víctor Bazán denomina a este instituto como “el proceso constitucional de amparo, tanto en su modelo individual o clásico, como en su vertiente colectiva, constituye la vía más importante y explorada para la protección del derecho a la salud”. Además, hace hincapié “(...) lo de pro-

²¹ TRIONFETTI, VÍCTOR, “Jurisdicción, proceso...”, cit., p. 183.

ceso constitucional pues es lo que consideramos que el amparo es en esencia. Al respecto, vale traer a colación lo manifestado en 'Rivero, Gladys E,' concretamente en el ap. VI, párr. 9º, del dictamen de la procuradora fiscal, que la mayoría de la Corte hizo suyo: 'La aproximación al complejo proceso constitucional que es el amparo-instrumento y, a la vez garantía-, tiene que llevarse a cabo en una línea de equilibrado balance que no desvirtúe su especificidad, pero que tampoco coarte con rigorismos antifuncionales el acceso a una pronta intervención jurisdiccional'²². Por nuestra parte, compartimos y adherimos esta postura constitucional.

Pasando a otro plano, advertimos que el principal obstáculo radica en que los tribunales rechazan el amparo por objetar la idoneidad de la vía de amparo elegida y, por ende, imponer irrazonablemente al afectado y a su familia a tener que acudir a un proceso ordinario, dejando de lado la urgencia que se encuentra insita en las cuestiones de salud. Todo lo cual les acarrea un estado de inseguridad jurídica.

Asimismo, no se ha incorporado de manera clara y formal la intervención de los Comités de Bioética, que resulta gravitante en la resolución de "casos difíciles"²³.

La duración del amparo general tampoco condice muchas veces con la urgencia del justiciable, para el cual el "tiempo" para resolver esta controversia es un factor decisivo, ya que su paso puede afectar gravemente su salud puede con carácter irreparable y hasta incluso producir su muerte²⁴.

A continuación, desarrollamos y exponemos un análisis de los casos más importantes y los principales estándares judiciales que sentaron.

6.3. La tutela judicial de la salud y discapacidad en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación período 2011-2014

Nuestro tribunal cimero cuenta con una vasta cantidad de sentencias en materia de salud y discapacidad, las que, en su mayoría, han sido dictadas en los últimos treinta años y de ahí que se ha desarrollado el precitado fenómeno de judicialización.

Lo interesante es que la CSJN viene realizando valiosos aportes puesto que —en forma pretoriana— viene construyendo las bases del derecho a la salud e, inclusive como un servicio útil viene informatizando su jurisprudencia para lo cual ha instituido un Boletín de Derecho a la Salud²⁵, que tiene continuidad, y que contiene los fallos relevantes del Máximo Cuerpo, con sus respectivas actualizaciones.

Por nuestra parte, sólo vamos abarcar el período 2011-2014 en base a una muestra jurisprudencial con un caso de amparo y con dos casos de tutela anticipada.

²² BAZAN, VÍCTOR, *Derecho a la salud y justicia constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1ª quincena de mayo de 2013, p. 163.

²³ Ver Juzgado 1ª Instancia y 15 Nom. Civ. y Com. de Córdoba, "Sánchez, Sofía Soledad c. Administración Provincia del Seguro de Salud (APROSS EX IPAM) - Amparo" (Expte. N° 2231074/36).

²⁴ Vgr. "Bello, Fernando Sebastián y otra c. OSECAC y otros - Amparo" (Expte. N° 844/2011). Sala A de la Cámara Federal de Apelaciones, de la ciudad de Córdoba.

²⁵ Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Derecho a la Salud*, 1ª ed., Buenos Aires: Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2010, 256 p.; ISBN 978-987-1625-07-9. 1. Derecho a la Salud. 2. Jurisprudencia. CDD 348, se puede consultar en el sitio: <http://www.csjn.gov.ar/data/dsalud.pdf>.

A) Caso “Pardos”

Destacamos el caso “*Pardos*”²⁶, que se origina a raíz del grave accidente sufrido por una niña, embestida por un automóvil mientras andaba en su bicicleta, quedando en estado vegetativo y con una cuadriplejía de carácter irreversible. Sus padres, en su representación, iniciaron un *juicio por daños y perjuicios* contra el conductor y su compañía aseguradora y peticionaron, como incidente de *tutela anticipatoria*, el pago de diversos elementos ortopédicos con más un monto mensual de \$6.300 para solventar los gastos de atención médica que la niña requería. Cabe poner de resalto, que la actora acreditó que la demora en el inicio del proceso asistencial, terapéutico y de equipamiento ortopédico, no sólo agravaba su estado de salud sino que ponía en claro riesgo su vida. El juez de primera instancia hizo lugar a la tutela anticipada, la que luego fue revocada por la Sala A de Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil. La Corte Suprema de Justicia, finalmente, revocó el pronunciamiento de la alzada e hizo lugar a la pretensión de la actora.

Lo interesante es que nuestro Máximo Tribunal reitera la recepción jurisprudencial de la tutela anticipada, que actualmente no se encuentra legislada en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación²⁷.

Coincidentemente, Roland Arazi señala que: “[d]ebe preverse la posibilidad de que el juez pueda anticipar, por razones de urgencia o de evidencia, el contenido de la sentencia. Ello puede lograrse legislando expresamente la medida cautelar innovativa o bien como una institución autónoma”²⁸. Es más, agrega que: “No constituye una característica esencial de las medidas cautelares que éstas se orden *inaudita pars*. En todos los casos, el juez deberá valorar si el conocimiento previo del afectado puede afectar la eficacia de la cautela, y adoptará el trámite que mejor se adapte a las circunstancias del proceso”²⁹. Finalmente concluye diciendo que: “[l]a medida innovativa puede consistir en retrotraer las cosas a la situación anterior o modificar incluso ésta. Por ello, es posible anticipar total o parcialmente el contenido de la sentencia definitiva”³⁰. El *holding* del caso “Pardos” consiste en que es admisible *la tutela anticipada para la protección de la salud de las personas con discapacidad como instituto procesal diferente a las medidas precautorias normales*, a pesar que no se encuentre receptada de manera expresa en la legislación nacional, en la medida que requiera de una tutela urgente a los efectos de evitar la producción de un daño grave e irreparable a la vida y a la salud y se acredite un grado de verosimilitud del derecho superior a las medidas precautorias normales, como mandato del debido proceso. *Obiter dictum, exige que el derecho procesal moderno ponga el acento en el valor eficacia “de la función jurisdiccional” y en el carácter instrumental de las normas*

²⁶ CSJN, “Pardo, Héctor Paulino y otro c. DiCésare, Luis Alberto y otro s/art. 250 del C.P.C.,” 06/12/11, La Ley on line, AR/JUR/76491/2011.

²⁷ La CSJN. recepta —por primera vez— la tutela anticipada con fundamento en el art. 230 del CPCCN en el *leading case* “Camacho Acosta, M. c. Grafi Graf SRL” el 7 de agosto de 1997.

²⁸ ARAZI, ROLAND, “Instituciones que necesariamente deben contemplar una reforma procesal”, Gustavo Caramelo-Sebastian Picasso (directores), *El proceso civil en tiempos de cambio*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Presidencia de la Nación, INFOJUS, Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Buenos Aires, noviembre de 2013, Año II, N °7, pp. 8-10. ISSN 2250-7582.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ *Ibidem*, p. 10.

*procesales, con la finalidad de hacer efectivos los derechos sustanciales, cuya protección se requiere*³¹.

B) Caso “Duich Dussan”

Recientemente, cabe mencionar el caso “*Duich Dussan*”³² del año 2014, en el cual la CSJN. dejó sin efecto la sentencia que desestimó la acción de amparo deducida, a fin de obtener la cobertura para una cirugía con endoprótesis en base a que no se hallaba incluida en la PMO, argumentando que el enfoque restrictivo que subyace en la decisión, al vedar el acceso a una terapéutica más moderna y segura, y el someter a una persona a una mecánica que entraña un mayor peligro de muerte, desnaturaliza el régimen propio de la salud, uno de cuyos estándares es proporcionar el mejor nivel de calidad disponibles.

El *holding* que sienta nuestro Máximo Tribunal de Justicia, es que *el derecho a obtener una conveniente y oportuna asistencia sanitaria, se vería frustrado si se aceptara que la falta de exclusión de un tratamiento no importa su lógica inclusión en la cobertura, siendo inadmisibles la referencia histórica al estado del conocimiento médico al tiempo de fijarse los términos de dicha cobertura.*

C) Caso Defensor del Pueblo de la Nación c. Trenes de Buenos Aires (TBA) y otro s/ amparo ley 16.986

Finalmente, cabe destacar un valioso pronunciamiento³³ de la Corte el día 24/06/2014. El Defensor del Pueblo de la Nación había interpuesto una acción de amparo para que se condene a Trenes de Buenos Aires S.A. —concesionaria de los ramales de las Estaciones “Once - Moreno y Retiro - José León Suárez” — a brindar a los usuarios un servicio digno y eficiente garante del desplazamiento de personas discapacitadas de acuerdo con lo previsto por el art. 75, inc. 23 de la Constitución Nacional y lo dispuesto en la ley 24.314. El amparo fue rechazado por el juez de primera instancia, y dicho criterio fue mantenido por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (Sala III). Las razones por las que se rechaza la acción de amparo se señalan en el fallo de nuestra CSJN, al decir que “los magistrados entendieron que la acción de amparo no era la vía adecuada para efectuar un análisis integral sobre la forma en que se cumple la prestación del servicio que brinda TBA, en la medida en que el actor pretende que se mejore su calidad, la del material rodante y de las estaciones, en razón de encontrarse acreditado —según el Defensor del Pueblo— el desprecio de la empresa para con los usuarios. Por otro lado, indicaron que la cuestión se enmarcaba en un contexto de emergencia pública de los servicios ferroviarios —entre ellos el que se encuentra a cargo de TBA— declarada por el decreto 2075/2002 y que afectó tanto el cumplimiento de los planes de

³¹ Recientemente, el 10/12/2013, la CSJN en el caso “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa L., S.R. y otra c. Instituto de seguridad Social de la Provincia - subsidio de salud s/ amparo”, ratificó su tesis en relación a la protección de la salud y discapacidad y establece como el “rol” de los jueces en este tipo de casos, “la búsqueda de soluciones congruentes con la urgencia ínsita en los temas de asistencia integral de la discapacidad, para lo cual deben encauzar los trámites por carriles expeditivos y evitar que el rigor de las formas conduzca a la frustración de derechos que cuentan con tutela constitucional”.

³² CSJN, “Duich Dussan c. CEMICs/ Amparo”, 29-04-2014.

³³ CSJN, “Defensor del Pueblo de la Nación c. Trenes de Buenos Aires (TBA) y otro s/ amparo ley 16.986” 24/06/2014, publicado en: SJA 17/09/2014, 51 SJA 2014/09/17-51, JA 2014-III, RDA 2014-96, 1435, RDA 2014-96-1435, Abeledo Perrot N°: AR/JUR/27341/2014.

inversión en obras oportunamente acordados como la explotación del servicio sujeto a determinados subsidios o aportes del Estado Nacional. (...Además,) por ser de competencia del Poder Ejecutivo regular todo lo referente al servicio de transportes, no correspondía a la justicia sustituir —en principio— los criterios empleados por aquél en ejercicio de facultades que le son propias, sin que se advirtiera, por lo demás, que habían sido ejercidas con arbitrariedad o ilegitimidad manifiesta. [En conclusión,] no se daban los presupuestos sustanciales que condicionan la viabilidad de la acción de amparo, al haberse excedido el ámbito de debate y prueba propio de dicha vía y al no advertirse la existencia de una manifiesta arbitrariedad o ilegalidad”³⁴. Ante ello, el Ombudsman planteó un recurso extraordinario federal que la CSJN hizo unánimemente lugar resolviendo que *“los jueces no han tenido en cuenta la abundante actividad probatoria producida por las partes, que resulta claramente conducente para la decisión del fondo del asunto. Por otra parte, pues no resulta razonable concluir que la cuestión en examen requería de mayor debate y prueba, luego de haber dispuesto la suspensión de los plazos procesales por el transcurso de dos años, con sustento en que existía un expediente análogo, en el que se habían ordenado medidas probatorias para mejor proveer (fs. 861). Por ello, y oída la señora Procuradora Fiscal, se hace lugar al recurso extraordinario y se revoca la sentencia apelada”*.

Del voto del Dr. Fayt, en el considerando 5º) observa: “Que la Constitución Nacional, reformada en 1994, explícitamente reconoció en el Capítulo II de la Primera parte (“Nuevos derechos y garantías”) a los derechos de los usuarios de servicios la protección de su salud, seguridad e intereses económicos... y a condiciones de trato equitativo y digno”. Como correlato de ese reconocimiento dispuso que *“las autoridades proveerán a la protección de esos derechos... al control de los monopolios naturales y legales, al (control) de la calidad y eficiencia de los servicios públicos...” (artículo 42). Es claro que cuando el referido texto constitucional, al encomendarles esas funciones, habla de ‘autoridades’ (al igual que lo hace el encabezamiento de la Segunda parte de la Constitución ‘Autoridades de la Nación’), no sólo alude al Poder Legislativo y al Poder Ejecutivo, en sus respectivas competencias, sino que también, en idénticas condiciones, incluye a los jueces”*.

6.4. La tutela judicial efectiva de las personas con discapacidades y las medidas autosatisfactivas en los Tribunales Federales de Córdoba

A) Caso de “Tomás Bello”

Se destaca, a su vez, el fallo recaído en el caso *“Tomás Bello”*³⁵. El mismo se origina, a raíz una acción de “amparo” y “medida cautelar” promovida en contra de la Obra Social de los Empleados de Comercio y Actividades Civiles (OSECAC), del Estado Nacional y del Superior Gobierno de la Provincia de Córdoba con el objeto que *“...se reconozca cobertura integral del cien por ciento (100%) respecto del TRASPLANTE DE MÉDULA ÓSEA CON DONANTE HISTOCOMPATIBLE (RELACIONADO O NO) indicado a [su] hijo T.Y.B.C. [que padecía de adre-*

³⁴ MONTI, LAURA, Dictamen de la Fiscalía General de la Nación, S.C., D. 275, L. XLVI. 29-06-2011, considerando I.

³⁵ “Bello, Fernando Sebastián y otra c. OSECAC y otros - Amparo” (Expte. N° 844/2011). Sala A de la Cámara Federal de Apelaciones, de la ciudad de Córdoba.

noleucodistrofia] *en virtud de que padece ADRENOLEUCODISTROFIA (ADL-X), a llevarse a cabo en el HOSPITAL DE NIÑOS AMPLATZ de la UNIVERSIDAD DE MINNESOTA (E.E.U.U.)...*”.

El Tribunal diferencia tres mecanismos cautelares: a) medidas cautelares, b) tutela autosatisfactiva y c) tutela anticipatoria o anticipada, encuadrando la pretensión de los amparistas dentro de ésta última. La define como *“aquella que apunta a la satisfacción inmediata total o parcial de la pretensión contenida en la demanda, cuando de la insatisfacción pueda derivar un perjuicio irreparable”*. Agrega que *“las medidas urgentes devienen imprescindibles en el típico proceso de urgencia amparista [,] [n]o solo por la habitual dilatación del resultado final sino en esencia por la necesidad casi siempre imperiosa, de anticipar, siquiera a título interino y provisional, el bien de la vida tutelado por un derecho fundamental, que se exhibe flagrantemente vulnerado cuando de aquella situación de insatisfacción del derecho se deriva inevitablemente un daño irreparable para su titular, por el peligro inminente de que la providencia de mérito llegue tardíamente, y con ello se torne inútil el resultado de la jurisdicción”*. En el caso advierte que el objeto de la cautelar se identifica con el de la pretensión principal, por lo que en definitiva, lo que se pretende es una *“tutela anticipada de la sentencia de fondo en función de las especiales y excepcionales circunstancias de urgencia por la enfermedad del menor para su eficaz tratamiento médico, como los significativos costos económicos y situaciones de hecho detalladas”*. El juzgador concluye que debe expedirse atento la *“situación excepcionalísima y poco común”* y la *“urgencia perentoria que presenta el caso”*; y que *“el fin exclusivo y excluyente es satisfacer en forma inmediata y provisoria, total o parcialmente, la pretensión contenida en la demanda de amparo judicial”*.

Cabe agregar, que en el **holding** precisa, que *para su procedencia deberán verificarse cumplimentados la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora, con un grado superior y más exigente que la medida cautelar común. Concluye, que la “tutela judicial anticipada” constituye una vía para garantizar la “tutela judicial efectiva” en los casos en que peligra la vida y salud de un niño con discapacidad.*

B) Caso de “F. S. C. c. PAMI”

Es dable citar, el fallo dictado por la Sala J de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil en los autos *“F. S. c. PAMI”*³⁶, por el cual se hace lugar a una *“medida cautelar innovativa”* en favor de un anciano con discapacidad motriz y visual con el objeto que se le brinde la cobertura integral de la prestación de acompañante terapéutico, como mínimo, por tres horas semanales, en el instituto geriátrico, donde actualmente se encuentra residiendo. Nótese que en este caso, no existe peligro de vida, con en el *ut supra* analizado. El interesante análisis del Tribunal, pondera la urgencia y tempestividad de la respuesta requerida, en función de la *“salud entendida en términos de calidad de vida”*. En concreto, afirma *“este tipo de medida cautelar (...) posee perfiles propios y dados sus particulares efectos, su despacho requiere, la concurrencia de un recaudo propio, el perjuicio irreparable o de difícil reparación. Dicho requisito involucra un plus diferenciado del recaudo peligro en la demora exigido en relación a cualquier*

³⁶ *“Vía cautelar ordenan a PAMI otorgar acompañante terapéutico a residente de geriátrico” en Diario Jurídico de Córdoba - Publicación digital para abogados y magistrados, 03/07/14, Año 12 - N° 2789.*

providencia cautelar. Es decir, además de los tres recaudos clásicos —“*fumus boni juris*”, “*periculum in mora*” y *contracautela*—, la cautelar requerida exige un cuarto presupuesto que le es propio y característico: la irreparabilidad de la situación de hecho o de derecho que se pretende innovar (conf. esta Sala, “J., O., M. S. c. I., A. D.”, 17/07/1997, LL 1998-A, 157) (...) “Cabe interrogarse, entonces, si puede haber alguna afección a la salud cuyo tratamiento adecuado no conlleve peligro en la demora, tanto más cuando de personas discapacitadas se trata. En tal sentido y más allá de la gravedad del menoscabo que presente cada caso, si se atiende al carácter efímero de la vida humana se impone concluir que prácticamente cualquier desequilibrio en la salud impide el goce integral de la vida, y en tanto ésta transcurre sin solución de continuidad, cada día, cada momento que se vive en la enfermedad, con una lesión, o no debidamente atendido, resulta ser un tiempo irrecuperable para la plenitud y la calidad de vida”. Seguidamente, reflexiona “[d]e tal suerte, entonces, que también este requisito debe ser visto de muy particular modo. Por consiguiente, cuando constituye una alternativa válida, un paliativo ante sus afecciones motrices y visuales, que podría llegar a generar una mejor calidad de vida del causante, en el entendimiento de que ello también se corresponde con la tutela de la garantía del derecho a la salud, concluimos aconsejable disponer la prestación de los servicios médico asistencial requerido hasta tanto se decida definitivamente la materia sometida a conocimiento del órgano jurisdiccional, pues a través del dictado de la medida cautelar se intenta evitar las consecuencias perjudiciales que tendría su satisfacción sólo al cabo del desarrollo del proceso de fondo; circunstancia ésta que permite concluir en que concurre el requisito del peligro en la demora. Máxime, de tenerse en cuenta que la situación creada por el despacho cautelar habrá de ser provisional y por tanto reversible en caso de que la demanda resulte a la postre rechazada, o bien antes por el cambio de circunstancias relevantes”.

El *holding* que deducimos de este fallo, consiste en *que podrán proveerse medidas cautelares innovativas en los casos en los que una persona con discapacidad interponga un reclamo judicial para resguardar su salud y calidad de vida, a los efectos de evitar el daño que podría ocasionarle una respuesta tardía. No es necesario que se encuentre en riesgo su vida, sino su salud entendida en términos de calidad de vida.*

6.5. La tutela judicial de la salud y discapacidad en la justicia provincial de Córdoba

A) Caso de “Sofía Soledad Sánchez”

Destacamos como uno de los fallos más novedosos en nuestra provincia, el recaído en el caso “*Sofía Soledad Sánchez*”³⁷. Sofía, de catorce años de edad, ostentaba una discapacidad certificada a raíz que padecía de “*fibrosis quística*”³⁸, patología avanzada con un riesgo de vida cierto e inminente. Promovió un amparo contra la Administración Provincial del Seguro de Salud (APROSS), el Esta-

³⁷ Juzgado 1ª Instancia y 15 Nom. Civ. y Com. de Córdoba “Sánchez, Sofía Soledad c. Administración Provincia del Seguro de Salud (APROSS EX IPAM) – Amparo” (Expte. N° 2231074/36).

³⁸ La Fibrosis quística es una enfermedad genética, hereditaria, autosómica recesiva con afectación multiorgánica y de curso crónico y evolutivo, en la que el gen de la enfermedad se localiza en el brazo largo del cromosoma 7 y codifica una proteína denominada CFTR, la cual regula el transporte electrolítico a través de la membrana celular.

do Nacional y de la Provincia de Córdoba a los fines de que se autorice judicialmente y se brinde cobertura integral, del cien por ciento (100%), del trasplante bilateral de pulmón de donante vivo relacionado en el Hospital Casa Santa de Misericordia de Porto Alegre, Brasil.

El tribunal, evaluando la urgencia del pedido que se efectúa y la negativa de la demandada a prestar la cobertura para la intervención solicitada, no obstante haberse interpuesto acción de amparo, “iura novit curia” y atento lo normado por el art. 484 del C. de P.C., reencuadra la cuestión planteada como “medida autosatisfactiva”, en virtud de la “urgencia y gravedad del caso”, entendiendo que los amparistas cuentan con el derecho a obtener una respuesta expedita y rápida por parte del órgano jurisdiccional, que acreditados de la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora podrá ser favorable. A estos fines, perfila la medida cautelar autosatisfactiva como una “solución jurisdiccional urgente, autónoma, despachable inaudita et altera pars y mediando una fuerte probabilidad de que los planteos formulados sean atendibles (...) constituye ‘un proceso autónomo’ que agota su finalidad en el cumplimiento de la misma sin necesidad de que exista otro juicio principal ya que está sujeta a caducidad cual acontece con las cautelares en general”. En tanto que la motiva en su recepción jurisprudencial y doctrinaria y en los principios constitucionales de acceso a la jurisdicción, acceso a la justicia y justicia rápida.

Asimismo, a tenor de la complejidad del caso, requiere al Comité Consultivo y Operativo en Prácticas Médicas Sanitarias y Bioéticas del Poder Judicial de la Provincia a se expida sobre la conveniencia de que la adolescente se le realice un trasplante de pulmón de donante vivo relacionado. Finalmente, la sentencia hace lugar a la pretensión —autosatisfactiva— de la demandada en su totalidad³⁹.

El *holding* que se aplicó en este fallo consiste aceptar que “El derecho constitucional a la vida y a la salud, comprenden la cobertura integral de tratamientos no experimentales —trasplante pulmonar de donante vivo— en centros reconocidos del extranjero siempre estuviera en grave riesgo la salud y la vida de un paciente niño, niña o adolescente a raíz de una patología terminal e irreversible y no existan centros especializados que realicen dicha práctica en Argentina”. En tanto, que el *Obiter dictum* abarca estos aspectos: a) La cobertura de intervenciones médicas en el extranjero tiene que darla el Estado provincial, nacional y la obra social del paciente. b) En los casos “graves y urgentes” por el estado de salud del paciente, éste, también, tiene el derecho a obtener una respuesta expedita y rápida por parte del órgano jurisdiccional que justifica la reconversión del amparo en una medida autosatisfactiva. c) El

³⁹ El punto I de la parte resolutive de la sentencia establece: “Hacer lugar a la medida autosatisfactiva y en consecuencia, y bajo la responsabilidad de la fianza de diez letrados, los que deberán ratificarse en forma, ordenar a la parte demandada, Obra Social de la Provincia APROSS, Estado Provincial y Estado Nacional, brindar cobertura integral del cien por ciento (100%), de los gastos de traslado, estadía, honorarios y demás gastos hospitalarios, pre y post operatorios, que demande la realización del trasplante de pulmón bilateral con donante vivo relacionado, a realizarse en el Hospital de Casa Santa de Misericordia de Porto Alegre, Brasil, con el Dr. José de Jesús Peixoto Camargo, coordinador del programa de trasplante de pulmón en dicho centro de salud especializado, arbitrando en el término de cinco días hábiles, y bajo apercibimiento de ley, las medidas necesarias para que se logre concretar el procedimiento de trasplante que requiere el estado de salud de Sofía, cumpliendo de tal forma las obligaciones que le son impuestas”.

dictamen de los Comités de Bioética en el proceso revisten importancia científica respecto a la procedencia y cobertura de una práctica médica.

7. El reciente otorgamiento de jerarquía constitucional de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad con sus actuales alcances

El Estado argentino adoptó la “Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad”⁴⁰, mediante la sanción de la Ley 26.378, el 21 de mayo de 2008, ingresando a nuestro mundo jurídico con jerarquía *supralegal* (art. 75 inc. 22 1° párrafo de la C.N.).

Paralelamente se ha sancionado una profusa cantidad de normas —nacionales, provinciales y municipales—; no obstante, la concientización sobre la importancia superlativa de la temática, impulsó al Congreso de la Nación Argentina, para que, haciendo uso —por tercera vez desde la reforma de 1994— de la facultad constituyente que la ley fundamental le otorga (art. 75, inc. 22, 3er. párrafo), otorgue jerarquía constitucional a la precitada “*Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*”, mediante la sanción de la ley 27.044 (B.O. el 22/12/14).

Pablo Oscar Rosales señalaba que esta Convención “es el producto jurídico de discusiones y debates entre Estados y organizaciones de la sociedad civil conformadas por personas con discapacidad, en el marco ideológico de lo que se denomina el ‘modelo social de la discapacidad’. Este modelo reconoce a las personas con discapacidad como personas jurídicas pero, a diferencia de los Códigos Civiles derivados del Código napoleónico, garantiza la capacidad amplia y plena de ejercicio de los derechos en todos los casos, con apoyos y salvaguardias cuando sea necesario. Se trata de un modelo indudablemente distinto del de representación o subrogación, ejemplificado principalmente por la institución de la curatela o interdicción, ejercido por el curador”⁴¹.

En nuestra opinión, la incorporación de este nuevo tratado a nuestro “bloque de constitucionalidad federal” trae consigo un profundo cambio, no sólo en el orden constitucional y convencional, sino en todo el ordenamiento jurídico sustantivo y procesal, en lo que refiere a la tutela de las personas con discapacidad.

Este cambio, desde el *punto de vista cuantitativo*, implica una ampliación de fuentes, con articulado que ensancha el catálogo de derechos y garantías de rango supremo con los que se protege a este grupo de personas, que en Argentina. Sin dejar de mencionar con ello, la permanente actualización del mismo, por la actividad del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad —creado bajo la órbita de las Naciones Unidas— y los tribunales. Asimismo, la jerarquía de esta Convención, nos impone a todos los operadores jurídicos el deber de reinterpretar el derecho en base a nuestra realidad y a la Constitución

⁴⁰ Aprobada por Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas A/ RES/ 61/ 106, el día 13 de diciembre de 2006.

⁴¹ ROSALES, PABLO OSCAR, “Palabras Preliminares”, en *Discapacidad, Justicia y Estado. Acceso a la Justicia de Personas con discapacidad*, Ed. Infojus, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, 2012, p. VI.

Nacional para que el derecho a la salud tenga la cobertura eficaz de la tutela judicial efectiva.

Pero, también lo es, desde el *punto de vista cualitativo*, en tanto se reafuerza el plexo de principios y valores medulares que definen la matriz axiológica de la Constitución, en orden a “*promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente*” (CDPC, art. 1º, “Propósitos). Asimismo, pone en evidencia al reunir en una convención el carácter transversal y multidimensional en los que tiene incidencia en sus ámbitos de aplicación y por los órganos y operadores de aplicación.

En cuanto a la protección judicial, debido proceso y acceso a la justicia, la CDPC establece expresamente que “*1. Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluso mediante ajustes de procedimiento y adecuados a la edad, para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de esas personas como participantes directos e indirectos, incluida la declaración como testigos, en todos los procedimientos judiciales, con inclusión de la etapa de investigación y otras etapas preliminares. 2. A fin de asegurar que las personas con discapacidad tengan acceso efectivo a la justicia, los Estados Partes promoverán la capacitación adecuada de los que trabajan en la administración de justicia, incluido el personal policial y penitenciario*” (art. 13).

En la hora actual existe una vasta cantidad de reclamos —actuales y futuros— por parte de las personas con discapacidad para la protección de sus derechos —en general— y —en particular— de su derecho a la salud y calidad de vida, dirigidos fundamentalmente contra el Estado —en sus niveles nacional, provincial y municipal— y componentes de los Sistemas de Protección de la Salud —Obras Sociales, Mutuales, Empresas de Medicina Prepaga, etc.—. Si bien son múltiples las problemáticas insatisfechas, la “salud” ocupa un lugar central.

La “judicialización” de la salud de las personas con discapacidad, es un fenómeno que se caracteriza por la utilización de la acción de “amparo” como el principal andarivel procesal para canalizar las pretensiones de los afectados por ante los tribunales. Su tasa de uso es alta y creciente. En algunas provincias, durante el año 2013, se han presentado, en promedio, un amparo en salud cada dos días. Según ACAMI en el año 2010, las demandas y amparos judiciales contra el sistema sanitario argentino crecen a un ritmo del 10% anual y le cuestan unos \$4.800 millones de pesos por año a hospitales, obras sociales y prepagas; por lo que cada ciudadano debe destinar, en promedio, unos \$120 anuales en impuestos y otras erogaciones para afrontar la judicialización de la salud. El costo de la judicialización de la salud equivale aproximadamente el 4% del gasto total anual en salud⁴².

Asimismo, debemos señalar que las personas con discapacidad para tutelar su derecho a la salud, a través, de una tutela judicial efectiva ocurren a los tribunales promoviendo, como anticipamos, acciones de amparo, pero también

⁴² Cfr. ROBLEDO, FEDERICO J. y ROBLEDO, FEDERICO, “Desafío de la tutela constitucional del Derecho a la Salud a través del Bioamparo” en *Liber Amicorum. Germán J. Bidart Campos. Homenaje a 10 años de su desaparición física*, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Debates de Actualidad, Año XXVIII, N° 208-209, Santa Fe, 2014, p. 187.

utilizan otras vías procesales –algunas reguladas y otras de creación pretoriana– como son las medidas autosatisfactivas y las tutelas anticipadas.

En función de todo lo expresado, consideramos que la tutela con jerarquía constitucional de las personas con discapacidad, se viene ampliando para la protección progresiva y expansiva de sus derechos, muy particularmente, de su derecho a la salud.

8. Conclusiones finales

Concluimos sosteniendo que:

1) La garantía de la tutela judicial efectiva del derecho a la salud de las personas con discapacidades tuvo, en principio, eficacia en el Amparo (art. 43 CN) en esta etapa *supra legal*; no obstante, atento la particular urgencia que revisten los reclamos en materia de salud y discapacidad —cuya respuesta tardía puede afectar irreversiblemente o conculcar de manera definitiva la salud, calidad de vida y/o la vida misma—, se advierte la utilización de “medidas autosatisfactivas” y “tutela anticipatoria”.

- Cabe poner de resalto, que éstas han sido definidas a nivel nacional y en la provincia de Córdoba, por la acción pretoriana de los jueces, y adquieren especial gravitación en el campo de la salud, por cuanto coadyuvan a obtener soluciones tempestivas y eficaces, que el amparo común a veces no lo da.
- En las causas de salud y discapacidad, resulta necesario que en la regulación del amparo se prescriba la reconducción de esta vía a otra que brinde una tutela judicial al derecho a la salud, con especial referencia a las personas con discapacidad.
- En casos complejos de “derecho a la vida” y “derecho a la salud” en todos sus alcances —aun cuando se sustancien por el trámite sumarísimo— se promueve la intervención de Comités de Bioética.

2) El derecho de las personas con discapacidad tiene a partir del 2014 un tratado internacional de Derechos Humanos con reconocida jerarquía constitucional aprobado por el Congreso Nacional a través de la Ley 27.044. Ello abre una nueva etapa *constitucional*, lo que significa la recategorización de los derechos de las personas con discapacidad. Nuestros parlamentarios, representantes del pueblo argentino, han readjudicado los derechos de un grupo vulnerable. Ello, coadyuva a la tutela procesal diferenciada y realización las garantías judiciales para la protección de la discapacidad y salud, contenidas en las *100 Reglas de Brasilia* y nuestro *Bloque de Constitucionalidad Federal*, con especial mención a la C.D.P.D. (Ley Nacional 26.378/2008).

3) Todo esto, significa una nueva tutela jurídica con jerarquía constitucional que se patentiza en que cada vez más se protegen de manera progresiva y expansiva a las personas con discapacidad en el ejercicio de derechos —principalmente en el del derecho a la salud—.



CUESTIONES FEDERALES QUE SUSCITA LA SENTENCIA DICTADA EN LOS AUTOS “PORTAL DE BELÉN ASOCIACIÓN CIVIL C. SUPERIOR GOBIERNO DE LA PROVINCIA DE CÓRDOBA – AMPARO, RECURSO DE APELACIÓN”*

*Juan Pablo Rodas Peluc***

Resumen: El 21 de mayo de 2013, la Cámara Tercera de Apelaciones en lo Civil y Comercial de esta ciudad de Córdoba, resolvió hacer lugar al amparo que oportunamente había interpuesto la Asociación Civil Portal de Belén, contra la amenaza inminente de muerte de todas las personas por nacer de la Provincia de Córdoba, como consecuencia de la entrada en vigencia de la Resolución del Ministerio de Salud provincial, 93/2012. Esta resolución, que se dictó en cumplimiento de lo exhortado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso F.A.L., aprobaba una Guía de procedimiento para atención de pacientes que soliciten prácticas de aborto no punible, según lo establecido en el art. 86 incs. 1º y 2º del Código Penal. La Cámara ordenó a la demandada, el Gobierno de Córdoba, que se abstuviera de aplicar dicha resolución, a la que declaró inconstitucional por contradecir el bloque de constitucionalidad local, Constitución de Córdoba (Const. Cba.), arts. 4º, 19 inc. 1º y 59, y ley provincial 6222 arts. 5º inc. b y 7º inc. d. 2º).

Si dicha sentencia fuera definitiva (no lo es porque está pendiente la resolución del recurso de casación en el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba), sería susceptible de recurso extraordinario federal ya que se vislumbran las siguientes cuestiones federales: 1) cuestión federal compleja directa conforme el art. 14 inc. 2º de la ley 48, pues la resolución recurrida ha otorgado validez constitucional a normativa de la provincia de Córdoba (Const. Cba. arts. 4º, 19 y 59, y ley provincial 6222, arts. 5º inc. “b” y 7º inc. “d”) a costa de vulnerar derechos federales tales como la privacidad (CN art. 19), la igualdad (CN art. 16) y la dignidad (arts. 11.1 Convención Americana de Derechos Humanos —CADH— y 1º Declaración Universal de Derechos Humanos —DUDH—). 2) Cuestión federal compleja indirecta a tenor del art. 14 inc. 2º de la ley 48, por cuanto ha otorgado primacía constitucional a la normativa provincial citada, por sobre legislación nacional común (CP, art. 86 incs. 1º y 2º), violando así el principio de supremacía constitucional (CN art. 31). 3) Cuestión federal por arbitrariedad, al tener fundamentación contradictoria y haberse apartado de precedentes de la CSJN, en particular el caso F.A.L.

Palabras claves: Control de constitucionalidad y de convencionalidad - Arbitrariedad de la sentencia - Doctrina del sometimiento condicionado - Aborto no punible - Principios de dignidad y de lesividad.

Introducción

La idea del presente trabajo es efectuar un análisis crítico de una sentencia constitucional, referida al aborto no punible en el caso de mujeres cuyo embarazo fue producto de una violación. Para ello se encuadrarán lo que a nuestro

* Recibido el 18/12/14. Aprobado el 26/08/15.

** Abogado y Escribano. Magister en Argumentación Jurídica, Facultad de Derecho y Cs. Ss. UNC (2012). Cursando la Maestría en Derecho Procesal Constitucional (UNLZ). Profesor Ayudante en Derecho Procesal Constitucional y adscripción cumplida en Filosofía del Derecho, Facultad de Derecho y Cs. Ss. UNC. Escribiente-Relator de la sala 2 de la Cámara 3ª en lo Criminal de Córdoba. E-mail: rodasjuanp@gmail.com.

criterio constituyen los agravios para la parte que resultó perjudicada en dicho pleito, teniendo en mente la interposición que ésta efectuaría de un recurso extraordinario federal en contra de la sentencia definitiva, a cuyo fin, se analizarán con detalle cuáles son las cuestiones federales involucradas, y además, otras cuestiones más profundas como: la justificación de las sentencias exhortativas, la interpretación de los principios *pro homine*, de lesividad, dignidad, supremacía constitucional; la redefinición del “bien común” en la doctrina de la CSJN; el valor de las sentencias de los tribunales internacionales de derechos humanos para los tribunales nacionales.

Los hechos y los agravios de los apelantes según la sentencia objeto de análisis

El 21 de mayo de 2013, la Cámara Tercera de Apelaciones en lo Civil y Comercial de esta ciudad de Córdoba, dictó sentencia¹ con motivo de los recursos de apelación interpuestos tanto por la parte actora, como por la parte demandada y por una asociación que intervino en carácter de tercero coadyuvante, en contra de la sentencia n° 259 del Juzgado de 1ª Instancia y 30ª Nominación en lo Civil y Comercial. La accionante era la Asociación Civil Portal de Belén, la demandada el Gobierno de la Provincia de Córdoba, y el tercero coadyuvante, la Asociación Civil por el Derecho a Decidir.

Conforme surge de la relación de causa de la sentencia de Cámara, la asociación actora había promovido una acción de amparo contra la amenaza inminente de muerte de todas las personas por nacer de la Provincia de Córdoba, como consecuencia de la entrada en vigencia de la Resolución del Ministerio de Salud provincial, 93/2012. Esta resolución, aprobaba una Guía de procedimiento para atención de pacientes que soliciten prácticas de aborto no punible, según lo establecido en el art. 86 incs. 1º y 2º del Código Penal (CP). La accionante solicitó que se ordenara a la demandada abstenerse de aplicar dicha guía, cuya declaración de inconstitucionalidad reclamaban, a la vez que también reclamaban la inconstitucionalidad del art. 86 incs. 1º y 2º del CP.

La sentencia de primera instancia había acogido parcialmente la demanda, circunscribiendo la declaración de inconstitucionalidad y la orden de no aplicación requeridas por la asociación amparista, únicamente al art. 3.2.a) de la guía en cuestión, en cuanto prevé como único requisito para acceder al aborto en caso de violación, la declaración jurada de la peticionante de dicha práctica. Asimismo, esta sentencia formuló una exhortación a las autoridades provinciales para que establecieran un nuevo procedimiento tendiente a verificar adecuadamente, con intervención de un equipo interdisciplinario, que el niño que se pretende abortar ha sido efectivamente concebido como consecuencia de una violación.

Conforme continúa relatando el vocal del primer voto, la asociación amparista —Portal de Belén— se agravio por el rechazo de la acción de amparo, en lo que se refiere a: *a)* la inconstitucionalidad de los dos incisos del art. 86 del CP, *b)* la inconstitucionalidad de la interpretación que hizo la Corte Suprema de Jus-

¹ CApel. Civ. y Com. de 3ª Nominación de Córdoba, 21/5/2013, sent. 38, “Portal de Belén Asociación Civil c. Superior Gobierno de la Provincia de Córdoba – Amparo, recurso de apelación”.

ticia de la Nación (en adelante CSJN) de los alcances del inc. 2º de dicho artículo; c) la parte de la resolución ministerial que el *a quo* consideró válida.

El Gobierno de Córdoba —demandado— por su parte se agravió sosteniendo que: a) el *a quo* había desestimado su defensa de falta de legitimación activa, b) la sentencia vulneraba el principio de congruencia, especialmente en su parte resolutive en cuanto exhorta a las autoridades provinciales; c) la sentencia se apartaba de la jurisprudencia sentada por la CSJN en F.A.L., violando el art. 19 de la Constitución Nacional (CN).

Finalmente, la tercera coadyuvante —Asociación Civil por el Derecho a Decidir— se agravió diciendo que la sentencia apelada era contradictoria y arbitraria.

Lo que resolvió la sentencia de Cámara

La parte resolutive de la sentencia de Cámara estableció: 1) Hacer lugar parcialmente a la apelación de la parte actora y admitir, también parcialmente, el amparo planteado en autos, ordenando a la demanda (v.gr. el Gobierno de Córdoba) se abstenga de aplicar la Resolución del Ministerio de Salud 93/2012 la que se declara inconstitucional por contradecir el bloque de constitucionalidad local, Constitución de Córdoba (Const. Cba.), arts. 4º, 19 inc. 1º y 59, y ley provincial 6222 arts. 5º inc. b y 7º inc. d. 2) Rechazar las apelaciones de la demandada y tercera coadyuvante.

Esquema de trabajo

Aun cuando dicha sentencia no es sentencia definitiva en los términos de la jurisprudencia de nuestra CSJN, lo cierto es que consideramos que la tercera coadyuvante en el pleito —Asociación Civil por el Derecho a Decidir— resulta agraviada y de hecho ha recurrido la sentencia ante el Tribunal Superior de Justicia (TSJ) estando pendiente de resolución al momento de elaborar el presente trabajo. Por hipótesis, supondremos que estamos ante una sentencia definitiva dictada por el tribunal superior de la causa, es decir, por el TSJ de Córdoba, que confirma la sentencia de Cámara en todos sus términos. Aunque, para no confundir, hablaremos durante el trabajo de la sentencia de Cámara suponiendo por hipótesis que es una sentencia del tribunal superior de la causa y por tanto definitiva.

Suponiendo entonces por hipótesis que estamos ante una sentencia definitiva susceptible de recurso extraordinario federal (en adelante REF), en dicho recurso se deberían plantear las siguientes cuestiones federales: 1) cuestión federal compleja directa conforme el art. 14 inc. 2º de la ley 48, pues la resolución recurrida ha otorgado validez constitucional a normativa de la provincia de Córdoba (Const. Cba. arts. 4º, 19 y 59, y ley provincial 6222, arts. 5º, inc. “b” y 7º, inc. “d”) a costa de vulnerar derechos federales tales como la privacidad (art. 19 CN), la igualdad (art. 16 CN) y la dignidad (arts. 11.1 Convención Americana de Derechos Humanos —CADH— y 1º Declaración Universal de Derechos Humanos —DUDH—). 2) Cuestión federal compleja indirecta a tenor del art. 14 inc. 2º de la ley 48, por cuanto ha otorgado primacía constitucional a la normativa provincial citada, por sobre legislación nacional común (CP, art. 86 incs. 1º y

2º), violando así el principio de supremacía constitucional (art. 31 CN). 3) Cuestión federal por arbitrariedad, al tener fundamentación contradictoria y haberse apartado de precedentes de la CSJN, en particular el caso “FAL”².

La decisión que se pretendería de la CSJN es que: 1) Declare admisible el REF; 2) Haga lugar al REF; 3) Revoque la sentencia del TSJ de Córdoba declarando la: constitucionalidad de la resolución del Ministerio de Salud de Córdoba 93/2012, y la inconstitucionalidad de la interpretación efectuada por el *a quo* de la normativa provincial citada.

Legitimación activa de la tercera coadyuvante en el pleito. Asociación Civil por el Derecho a Decidir

Entendemos que la Asociación Civil por el Derecho a Decidir está legitimada activamente para interponer el REF, por cuanto en su calidad de tercero coadyuvante, ha obtenido en el proceso la debida participación en la medida de su interés, lo que se adecua a la doctrina sostenida por la CSJN³.

El interés legítimo de esta asociación está dado por obtener la debida protección de los derechos constitucionales vulnerados, tanto de sus asociadas, como asimismo de todas las mujeres que pudieran llegar a quedar embarazadas como consecuencia de una violación, o que de hecho ya se encuentren en dicha situación, y que habiten en la provincia de Córdoba que es el ámbito en el que dejó de regir —como consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad efectuada por la Cámara 3ª de Apelaciones Civil y convalidada por el TSJ— la resolución 93/2012 del Ministerio de Salud provincial que las habilitaba a acceder a prácticas abortivas en dichos supuestos, con el único requisito de una declaración jurada.

La asociación recurrente, en consecuencia, podrá dirigir el REF contra la amenaza de lesión a un conjunto de derechos individuales homogéneos, que resultan afectados por una causa fáctica común de conformidad a la doctrina sustentada por la CSJN *in re* “Halabi”⁴. Los requisitos tipificantes sentados en “Halabi” se dan en el caso, puesto que:

1. Existe homogeneidad entre los derechos que se pretende proteger, ya que se trata de la tutela del derecho a la dignidad, privacidad e igualdad de las mujeres que pudieran llegar a quedar embarazadas como consecuencia de una violación, o que de hecho ya se encuentren en dicha situación, y que habiten en la provincia de Córdoba. La afectación es homogénea porque se vulnera de igual modo el mismo derecho a decidir, que hace a la dignidad de las mujeres y es una elección que integra el ámbito del art. 19 CN.

2. Esa pluralidad de derechos individuales homogéneos, se encuentra afectada por una causa fáctica común, ya que todos esos derechos tienen frente a sí la amenaza de ser cercenados si no se aplica la resolución ministerial en cuestión, impidiéndose que se proceda a la interrupción del embarazo a petición de la madre, con la sola condición de que declare bajo juramento que ha sido violada y el embrión ha sido concebido como consecuencia de ese atentado a

² CSJN, 13/3/2012, “F.A.L. s/ medida autosatisfactiva”, Fallos: 335:197.

³ CSJN, 8/10/1981, “Peusso, Gloria Inés c. Víctor Alberto Ferreyra y otra”, Fallos: 303:1521.

⁴ CSJN, 24/2/2009, “Halabi”, Fallos: 332:111.

la integridad sexual, o bien que se determine que existe riesgo para la vida o la salud de la madre.

3. Los derechos afectados exceden el interés de cada parte, es que no aparece como viable ejercer en tiempo oportuno de manera individual y aislada, las acciones por parte de las titulares del derecho, dada la premura en proceder a la interrupción del embarazo; y, por tanto, podría resultar afectado el acceso a la justicia.

4. La trascendencia social del derecho amenazado genera un fuerte interés estatal en su protección, para así dar acabado cumplimiento a los mandatos constitucionales y convencionales, en especial, a la Convención contra toda forma de discriminación contra la Mujer, y a las observaciones formuladas por los Comités de DDHH y de Derechos del Niño de Naciones Unidas, que se mostraron especialmente preocupados por las restricciones que padecen las mujeres violadas para acceder al aborto en nuestro país.

Sentencia definitiva

La sentencia que dicte el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba (en adelante TSJ) —o también por hipótesis podemos suponer que esta sentencia la dictó el tribunal superior de la causa—, será definitiva en los términos de los arts. 14 de la ley 48, 6 de la ley 4055, 298 del CPCCN y 3º inc. “a” de la Acordada 4/2007, dado que, si bien al poner fin al pleito no genera cosa juzgada material ni impide su reexamen posterior en una instancia ordinaria⁵; no obstante causa un gravamen irreparable y por lo tanto se equipara a las sentencias dictadas en juicios ordinarios⁶.

Es que, tal como reseña calificada doctrina, “...el fundamento de la equiparación a sentencia definitiva de las resoluciones dictadas en los procesos de amparo, reside en la particular naturaleza de las cuestiones allí debatidas, en la posibilidad de que aquéllas sean aptas para causar un agravio irreparable⁷”. La misma autora cita diversos fallos⁸ de la CSJN que refieren a esta cuestión. Igualmente Sagüés cita diversos fallos⁹ en los que la CSJN admitió REF interpuestos contra sentencias de amparo, reputando a éstas “...sentencia definitiva para el recurso, si lo decidido podía causar agravio de dificultosa o insusceptible reparación ulterior...”¹⁰.

La sentencia del TSJ, si convalida los argumentos de la sentencia de Cámara, causará un gravamen que, en algunos casos será de imposible reparación ulterior (v.gr. mujeres que actualmente se encuentran cursando un embarazo fruto de una violación, y que habitan la provincia de Córdoba), y en otros de dificultosa reparación ulterior (v.gr. mujeres que el día de mañana pueden cursar un embarazo fruto de una violación, y que habiten la provincia de Córdoba).

⁵ Estaríamos ante el sentido estricto del concepto de sentencia definitiva en términos de BIANCHI, ALBERTO, “El recurso extraordinario ha perdido los límites de su actuación”, JA, 2003-I.

⁶ Estaríamos ante el sentido amplio del concepto de sentencia definitiva en términos de BIANCHI, ob. cit.

⁷ PALACIO DE CAEIRO, SILVIA, *Recurso Extraordinario Federal*, 2ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2012, pp. 499/500.

⁸ Entre ellos: CSJN, 20/3/2007, “Pezzutti, Miguel Ángel s/ amparo”, Fallos: 330:1076.

⁹ CSJN, Fallos: 254:379, 301:1116, 310:324 y 312:1367.

¹⁰ SAGÜÉS, NÉSTOR PEDRO, *Compendio de derecho procesal constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 2009, pp. 565/566.

Gravamen o lesión concreta y real

El gravamen o lesión será concreto y real en los términos exigidos por la Acordada 4/2007, art. 3º inc. “c”, y conforme a la doctrina de la CSJN, pues igualmente ven vulnerados sus derechos las mujeres que, aunque en la actualidad no estén embarazadas, saben que al haberse declarado la inconstitucionalidad de la resolución ministerial 93/2012, si el día de mañana quedaran embarazadas como consecuencia de una violación, no podrán acceder al derecho al aborto garantizado por la CN de conformidad a la doctrina sentada por la CSJN *in re* “F.A.L.” No se trata de un agravio conjetural ni presunto puesto que la resolución ya ha sido declarada inconstitucional, y el *a quo* además exhortó a las autoridades hospitalarias provinciales a no aplicar la resolución en cuestión.

Cuestión federal compleja directa

El REF que —por hipótesis— se interponga, contendrá en su núcleo una cuestión federal compleja directa en los términos del art. 14 inc. 2º de la ley 48, puesto que la sentencia del tribunal superior de la causa, habrá declarado la inconstitucionalidad local de la resolución 93/2012 por contradecir el bloque de constitucionalidad local, Const. Cba. arts. 4º (que declara “inviolable” a la “vida desde su concepción” e impone como deber especial de los poderes públicos “su respeto y protección”) 19 inc. 1º (que reconoce a todas las personas por nacer el derecho “a la vida desde la concepción”) y 59 (que al fijar las bases constitucionales de las políticas especiales en materia de salud, dispone que “el sistema de salud... incluye el control de los riesgos biológicos, sociales y ambientales de todas las personas, desde su concepción”); y ley provincial de Salud Pública 6222, arts. 5º inc. “b” (le impone a todas “las personas que ejercen las profesiones y actividades afines a la salud” la obligación de “respetar el derecho del paciente a la vida física y espiritual desde la concepción”) y 7º inc. “d” (les prohíbe “practicar, colaborar, propiciar o inducir la interrupción de la gestación por cualquier procedimiento”).

Al hacerlo, además, argumentó que la Constitución cordobesa y la ley provincial 6222 eran compatibles con el bloque de constitucionalidad federal, puesto que protegían de mejor modo a las personas por nacer. Esta trama argumental implica en definitiva “...un juicio de constitucionalidad, relacionado con la validez de una constitución provincial, ley, decreto, norma o acto proveniente de una autoridad provincial o local de la Ciudad de Buenos Aires”¹¹. Y la resolución, a criterio del recurrente, sería contraria a la CN y Tratados internacionales, ya interpretados por la CSJN en el caso “FAL”, puesto que ahora las mujeres violadas no podrán acceder al derecho al aborto, vulnerándose así sus derechos a la dignidad, privacidad e igualdad.

En la sentencia de Cámara, se sostienen dos argumentos importantes que seguidamente serán objeto de análisis (p. 18 de la sentencia): *a*) que la parte exhortativa de la sentencia de la CSJN en el caso “FAL”, no tiene carácter jurisdiccional; *b*) que dicha parte exhortativa vulnera el derecho público local (normativa constitucional y legal) que la CSJN no pudo tener en cuenta en su exhortación genérica.

¹¹ PALACIO DE CAEIRO, SILVIA, ob. cit., p. 106.

La parte exhortativa de una sentencia sí tiene carácter jurisdiccional

En lo que atañe a la negación del carácter jurisdiccional de la parte exhortativa de la sentencia dictada en “FAL”, cierta doctrina, en la que a título de ejemplo cito a Benítez¹², sostiene que, si bien es cierto que la norma penal carece de reglas específicas para determinar mediante qué procedimiento cabe tener por abastecido o verificado el supuesto de hecho —violación—, pero no menos cierto es que no es la CSJN quien debe establecer dichas reglas, ya que ello es competencia del legislador. Esta afirmación nos lleva al álgido problema de la legitimación de los jueces para efectuar un control de constitucionalidad, creo que este argumento contra mayoritario es el que está detrás de todo.

Pero si adherimos a la idea de que la CSJN es el tribunal garante supremo de los DDHH, inevitablemente debemos adherir entonces a la idea de que si los DDHH son vulnerados continua e históricamente sin obtener respuesta satisfactoria desde los otros dos poderes del Estado, como es el caso de las barreras a las que se enfrentaron y se siguen enfrentando las mujeres violadas para acceder a las prácticas abortivas, es la CSJN la que debe brindar una solución. Esta idea no es novedosa y ya fue puesta de relieve en nuestro país en el célebre caso “Siri” resuelto por la CSJN en 1957.

Sagüés reseña que si el legislador no dicta la ley reglamentaria de una cláusula constitucional programática (siempre que ese encargo sea obligatorio para el legislador), está violando la CN de manera análoga a cuando dicta una ley inconstitucional. “Constatada la inconstitucionalidad por omisión, el Poder Judicial debe hacer prevalecer a la Constitución, tornándola operativa en todo lo que pueda y, de ser necesario, intimando al órgano moroso a que cumpla con su deber constitucional. De fracasar en esa tentativa, le corresponde al juez cubrir dentro de lo razonable y posible el vacío lagunoso, para el caso a resolver”¹³.

En los casos de abortos con motivo de embarazos forzados, estimamos que ha habido pues una mora legislativa de casi un siglo en reglamentar el modo en que se podía acceder a dicha práctica, lo que ha vulnerado de un modo inconstitucional los derechos fundamentales de las mujeres violadas, por lo que efectivamente ha existido y existe una situación de inconstitucionalidad por omisión, que ameritaba el dictado de una sentencia del tribunal máximo del país que precise los lineamientos generales para proceder a las prácticas abortivas en estos supuestos, entre los cuales está justificada por las razones antes expuestas la exigencia de una declaración jurada (DDJJ) por parte de la víctima o su representante legal.

En el considerando 25º del caso “FAL”, sostuvo la Corte que cuando el legislador ha despenalizado el aborto, es el Estado como garante de la administración de la salud pública, el que tiene la obligación, siempre que concurren las circunstancias que habilitan un aborto no punible, de poner a disposición de quien solicita la práctica, las condiciones médicas e higiénicas necesarias para llevarlo a cabo de manera rápida, accesible y segura. En fundamento de su tesitura acude el tribunal a lo dicho en la Sesión Especial de la Asamblea General de

¹² BENÍTEZ, JUAN JOSÉ, “¿Puede una eximente de responsabilidad dar derechos?”, Suplemento Penal, 2012 (agosto), 57, LA LEY, 2012-E.

¹³ SAGÜÉS, NÉSTOR PEDRO, *Interpretación judicial de la Constitución*, 2ª edición, LexisNexis, Buenos Aires, 2006, p. 137.

Naciones Unidas en junio de 1999 y por el Comité de DDHH en las observaciones que formuló el 29/3/2011, como las que formuló el Comité de los Derechos del Niño el 21/6/2010, quienes censuraron al Estado argentino por no garantizar el acceso oportuno a la práctica de los abortos no punibles como una cuestión de salud pública y sin injerencia del Poder Judicial.

Por todo ello, es que la Corte exhortó a las autoridades nacionales y provinciales y de la CABA competentes, a implementar y hacer operativos mediante normas del más alto nivel, en los términos fijados en la sentencia, protocolos hospitalarios para la concreta atención de los abortos no punibles y para la asistencia integral de toda víctima de violencia sexual. A la vez que exhortó al Poder Judicial nacional, provinciales y de la CABA a abstenerse de judicializar el acceso a los abortos no punibles. Asimismo garantizó el derecho a la objeción de conciencia.

Esta parte exhortativa de la sentencia está plenamente justificada de acuerdo a la jurisprudencia —casos “Siri”, “Kot”, “Halabi” entre otros— y doctrina —Sagüés entre otros— de la inconstitucionalidad por omisión. En este sentido cabe tener presente que la CADH en el art. 2º obliga a los Estados partes a adoptar disposiciones legislativas o de otro carácter que sean necesarias para efectivizar los derechos de la Convención, sin discriminación alguna. Entre las medidas de otro carácter quedan comprendidas las sentencias del poder judicial, que como en este caso exhortan a la creación de protocolos hospitalarios.

Por otra parte, estimamos que una correcta interpretación de la doctrina sentada por la Corte IDH en el caso *Almonacid Arellano*¹⁴, lleva a concluir que nuestra CSJN falló correctamente al exhortar a las autoridades del modo en que lo hizo. En efecto, del considerando 124 del citado fallo, se puede extraer la primacía que tiene la CADH sobre las leyes internas, en el caso “FAL” no se trataba de una ley inconstitucional sino de una interpretación inconstitucional del Código Penal, interpretación que por ser contraria al objeto y fin de la Convención, carecía de efectos jurídicos *ab initio*. También es correcto que el control de convencionalidad lo haya hecho de oficio pues así lo exige la Corte IDH en *Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú*¹⁵.

Las normas de derecho público local, el principio *pro homine* y la arbitrariedad de la sentencia. Cuestión federal por arbitrariedad de la sentencia

En lo que refiere a la afirmación efectuada por la Cámara, en torno a que la parte exhortativa de la sentencia dictada por la CSJN en “FAL”, vulnera normas de derecho público local que la CSJN no pudo tener en cuenta, es una afirmación desacertada por las siguientes razones.

¹⁴ Corte IDH, 26/9/2006, “Almonacid Arellano y otros vs. Chile”. En el párrafo 124 la Corte IDH estableció que el Poder Judicial debe ejercer una especie de control de convencionalidad entre las normas internas que aplican a los casos concretos y la CADH, teniendo en cuenta la interpretación que de ella efectúa la propia Corte IDH que se rotula como su intérprete final.

¹⁵ En el caso “Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú” directamente utilizó la expresión control de convencionalidad a la vez que dijo que el mismo debía ejercerse de oficio (sentencia de fecha 24/11/2006 consid. 128). Sobre la doctrina del control de convencionalidad puede consultarse el profundo análisis que sobre este fallo efectuó SAGÜÉS, NÉSTOR PEDRO, en “Obligaciones internacionales y control de convencionalidad”, en *Estudios Constitucionales* N° 8, Año 1, 2010, disponible en <http://www.estudioschick.com.ar/p.pdf>, consultada por última vez el 13/9/2012.

En primer lugar, eso implicaría que la Corte es ingenua y tiene total desconocimiento del derecho público local. Lo más racional es suponer que la Corte no quiso tener en cuenta ninguna normativa pública local que contrariara el derecho de acceder al aborto por parte de las mujeres violadas, que habiten nuestro país. En su rol de tribunal garante de derechos fundamentales, y en el marco de su competencia, exhortó (no legisló ni obligó) al dictado de protocolos hospitalarios, de lo que inmediatamente se hizo eco nuestra provincia dictando la resolución 93/2012.

En la página 29 de la sentencia se sostiene que, si bien las provincias no pueden desconocer ni limitar de ninguna manera los derechos y garantías de la CN, en cambio sí pueden ampliar el ámbito de protección, por lo que la cuestión se resuelve mediante la aplicación del principio *pro homine*, por lo que prevalece el derecho público local al proteger más eficazmente a la persona por nacer.

Al efectuar esta afirmación, el *a quo* se contradice con lo sostenido en la pp. 15 y ss. de su sentencia, pues allí dijo que se había “omitido abrir juicio sobre aquellas cuestiones respecto de las cuales se ha pronunciado en esa resolución (se refiere a “FAL”) la Corte Suprema y que resultan ajenas a la materia propia de esta acción de amparo. Es decir, específicamente sobre la compatibilidad entre el art. 86 del Código Penal y las disposiciones de la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales de jerarquía constitucional que tutelan el derecho a la vida desde la concepción, y sobre cuál es la interpretación correcta del inc. 2º de ese artículo”.

En efecto, el tribunal sostiene que la Constitución cordobesa y la ley 6222 protegen de mejor modo los derechos del por nacer, y que, en consecuencia, se adecuan al bloque federal constitucional y convencional. Esto es, ni más ni menos, exactamente realizar un juicio de constitucionalidad —encubierto por cierto— de la normativa penal que permite acceder al aborto en determinados supuestos, y que la CSJN como intérprete final de la CN, dijo que eran constitucionales y que cualquier mujer violada podía acceder al derecho al aborto.

Ahora el *a quo* tira por tierra esa interpretación y efectúa su propio *balancín test*, sólo que, a diferencia del que hizo la Corte, se resuelve a favor del *nasciturus* y por tanto, torna inaplicable la doctrina de la CSJN en “FAL”.

Esta contradicción es evidente y vicia a la sentencia de arbitrariedad, y por tanto suscita igualmente cuestión federal suficiente de conformidad a la doctrina de la CSJN sentada en sus diversos precedentes. En efecto, la sentencia es doblemente arbitraria: *a) Por incorrecta motivación*: desde antiguo viene sosteniendo la Corte la necesidad de que las sentencias judiciales presenten fundamentos serios y que resulten una derivación razonada del derecho vigente, con aplicación de los hechos comprobados en la causa. Ha dicho que esa exigencia deriva directamente del art. 18 CN (Fallos: 322:444; 319:1215). En el caso que nos ocupa la sentencia ha utilizado, como quedó demostrado, argumentos contradictorios, lo que determina su invalidación por ser arbitraria, en efecto, la Corte ha dicho que corresponde “...invalidar lo resuelto cuando la sentencia apelada ha utilizado argumentos contradictorios...”¹⁶. *b) Igualmente ha dicho la Corte que*

¹⁶ Fallos: 312:1635 y 1953; 313:751, entre otros citados por PALACIO DE CAEIRO, SILVIA, *Recurso extraordinario federal*, cit., p. 232.

“La autocontradicción entre los fundamentos vertidos en una sentencia es una de las causales de invalidación”¹⁷.

La negación del derecho al aborto en los supuestos no punibles y la arbitrariedad de la sentencia. Cuestión federal por arbitrariedad de la sentencia

Siguiendo el vocal del primer voto a una serie de juristas, y esgrimiendo además sus propios argumentos, ha sostenido (pp. 32 y ss. de su sentencia) que los supuestos de aborto no punible contemplados por los incs. 1º y 2º del art. 86 del Código Penal, son casos de eximición de pena, mas no convierten a la conducta abortiva en una conducta lícita, por cuanto el legislador federal siempre le reconoció personalidad jurídica a la persona por nacer (arts. 63 y 70 Cód. Civil).

Claramente el *a quo* se aparta de la doctrina sentada por la CSJN en “FAL” y al hacerlo no aporta nuevos argumentos, puesto que los argumentos relativos al derecho público local no son más que un disfraz, ya que su argumentación fundamental (cfr. p. 36 de la sentencia en cuanto sostiene “Esas son las razones...”) tiene que ver con un nuevo *balancín test* que retruca el formulado anteriormente por la Corte, reinterpreta el art. 86 del CP, algo que el mismo *a quo* dijo en la sentencia que no iba a realizar.

En definitiva, no brinda nuevos argumentos, lo cual convierte a su sentencia en arbitraria, al no cumplimentar con los requisitos establecidos por la CSJN en su doctrina del seguimiento condicionado. En efecto, desde el caso “Cerámica San Lorenzo”, la CSJN estableció que “No obstante que la Corte Suprema sólo decide en los procesos concretos que le son sometidos, y su fallo no resulta obligatorio para casos análogos, los jueces inferiores tienen el deber de conformar sus decisiones con aquéllas... Carecen de fundamento las sentencias de los tribunales inferiores que se apartan de los precedentes de la Corte sin aportar nuevos argumentos que justifiquen modificar la posición sentada por el Tribunal, en su carácter de intérprete supremo de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia, especialmente en supuestos en los que dicha posición ha sido expresamente invocada por el apelante”¹⁸.

En este sentido, seguimos a Silvia Palacio de Caeiro, quien sostiene que: “El deber que tienen las instancias ordinarias de conformar sus decisiones a las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictadas en casos similares, tiene sustento tanto en su carácter de intérprete supremo de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia, como en razones de celeridad y economía procesal que hace conveniente evitar todo dispendio de actividad jurisdiccional”¹⁹.

Igualmente vale traer a colación el caso *Romero*²⁰ en el que nuevamente se planteó ante la CSJN la inconstitucionalidad del art. 58 de la Const. Cba. por vulnerar el reparto de competencias previsto por el art. 75 inc. 12 CN, cuestión

¹⁷ PALACIO DE CAEIRO, SILVIA, *Recurso extraordinario federal*, ob. cit., p. 247. Cita de Fallos: 322:2949, 3235.

¹⁸ CSJN, 4/7/1986, “Cerámica San Lorenzo S.A. s/ incidente de prescripción”. Fallos: 311:2453.

¹⁹ PALACIO DE CAEIRO, SILVIA, *Constitución Nacional en la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, La Ley, Buenos Aires, 2011, p. 1159.

²⁰ CSJN, 23/6/2009, “Romero, Carlos Ernesto c. Andrés Fabián Lema s/ desalojo”, Fallos: 332:1488.

ya resuelta por la Corte en “Banco Suquía c. Tomassini”²¹. Siguiendo a Palacio de Caeiro, “El desconocimiento del criterio aplicado en dicho precedente, llevó a la CSJN sostener en el indicado “Romero c. Lema”, el clásico pensamiento: “No obstante que las decisiones de la Corte se circunscriben a los procesos concretos que le son sometidos a su conocimiento, no cabe desentenderse de la fuerza moral que emana de su carácter supremo, sin verter argumentaciones que la contradigan, pues dada la autoridad institucional de los fallos del Alto Tribunal en su carácter de supremo intérprete de la Constitución Nacional y las leyes, de ello se deriva el consecuente deber de someterse a sus precedentes”²².

El derecho a abortar en los supuestos no punibles y el principio de lesividad

La sentencia recurrida ha efectuado como se dijo, un nuevo *balancín test* que resulta contrapuesto con el que hizo la CSJN en el caso “FAL”. Allí, claramente dijo que las mujeres violadas tenían derecho a abortar, y no sólo lo dijo sino que lo justificó, principalmente en el principio de lesividad (art. 19 CN). La Corte en los considerandos 19 y 20 dijo que la judicialización de estos casos de abortos, constituía una práctica *contra legem* intolerable, constitucional y convencionalmente, fomentada por los profesionales de la salud y convalidada por distintos operadores judiciales, exigiendo allí donde la ley nada dice, requisitos tales como la solicitud de autorización para abortar.

Precisó que el art. 19 in fine establece el principio de reserva que complementa al principio de legalidad penal, con lo cual ningún habitante será obligado a hacer lo que la ley no manda, ni privado de lo que ella no prohíbe.

En el considerando 21º dijo expresamente que la mujer violada tiene un derecho a abortar. Esto ha sido crítica de muchos, entre ellos tomo una crítica que me resultó muy interesante efectuada por Juan José Benítez²³. Este autor parte de la premisa de que el inc. 2º del art. 86 CP no contempla una causa de justificación, sino una excusa absolutoria, tesis seguida por calificada doctrina como Carlos Creus²⁴. Esto significa, como reseña Benítez, que el legislador renunció a la pena sin justificar el hecho cometido, el que sigue siendo un hecho típico, antijurídico y culpable pero no punible por razones de política criminal. En consecuencia, para el autor resulta desacertada la afirmación de la CSJN de que la mujer violada tiene un derecho a abortar.

Creemos que la premisa de la que parte es errada o más bien ha quedado desactualizada. Su premisa es coherente con la interpretación restrictiva del supuesto de aborto a los casos de mujeres violadas dementes, pues allí la idea de dejar sin pena a la mujer que aborta no obedece como en el supuesto del primer inciso, al resultado de un *balancín test*, no es que se considera que hay dos bienes jurídicos protegidos en juego o dos derechos en juego de los cuales sólo uno puede triunfar a costa del otro, porque en el supuesto de aborto de la mujer demente violada el fundamento era eugenésico, proteger la raza, evitar la propagación de

²¹ CSJN, 19/3/2003, “Banco del Suquía c. Tomassini”, Fallos: 325:428.

²² PALACIO DE CAEIRO, SILVIA, *Recurso extraordinario federal*, ob. cit., p. 275.

²³ BENÍTEZ, JUAN JOSÉ, “¿Puede una eximente de responsabilidad dar derechos?”, *Suplemento Penal*, 2012 (agosto), 57, LA LEY, 2012-E.

²⁴ CREUS, CARLOS, *Derecho Penal Parte Especial*, Tomo I, 7ª edición, Astrea, Buenos Aires, 2007, pp. 68/69.

generaciones de seres humanos con taras hereditarias. Ese era el fin, no proteger a la pobre mujer demente violada.

Pero a partir de la interpretación de la Corte, interpretación que Benítez en su publicación dice compartir, el artículo es reinterpretado y el fundamento del aborto deja de ser el eugenésico para pasar a ser la dignidad de la mujer, ahora sí tenemos dos bienes jurídicos protegidos diferentes de los cuales sólo uno puede triunfar y sólo a costa del otro, privilegiándose por las razones expuestas en el fallo “FAL”, la dignidad de la mujer. En consecuencia sí hay un derecho al aborto, se trata de un hecho típico pero no antijurídico porque el CP contempla una causa de justificación específica.

El argumento de las cuestiones de políticas de salud vs. los derechos individuales. Cuestión federal compleja indirecta

En la página 36 y ss. de la sentencia, cita el vocal del primer voto al jurista Pedro J. Frías, para quien “...siendo la desincriminación del aborto competencia del Congreso Nacional, en caso de que así lo hiciera total o parcialmente, la prohibición provincial sólo tendría validez dentro de sus políticas de salud”²⁵.

Argumenta el vocal que “Si la decisión del Congreso Nacional, al eximir de pena al aborto en determinadas circunstancias, o aún la de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al interpretar de cierta manera el Código Penal, prevalecieron sobre el mandato expreso de la Constitución Provincial de proteger la vida de los niños por nacer y sobre las leyes locales que lo reglamentan, ningún sentido tendría la forma federal de Estado (art. 1° CN) y la consecuente autonomía institucional de la provincia (arts. 5°, 121, 122 y 123 CN), máxime tratándose —como ocurre en el caso de autos— de una cuestión que hace a las políticas de salud, materia respecto de la cual la Constitución Provincial ha reafirmado de manera explícita que conserva el poder de policía en materia de legislación y administración” (p. 36 de la sentencia).

Aquí claramente el *a quo* deja a la vista una cuestión federal compleja indirecta del inc. 2° del art. 14 de la ley 48, al confrontar normativa provincial con normativa nacional. En este sentido, Silvia Palacio de Caeiro sostiene que “El inciso segundo del art. 14 de la ley 48 también consiste en una cuestión federal basada en un juicio de constitucionalidad, relacionado con la validez de una constitución provincial, ley,... En razón de exigir un análisis de compatibilidad entre normas inferiores provinciales y disposiciones constitucionales también es denominada cuestión federal compleja, por iguales consideraciones que las señaladas, y ella puede ser directa o indirecta, según los pasos o grados que el examen constitucional requiera”²⁶.

En efecto, por un lado tenemos los supuestos de aborto no punible del Código Penal (legislación nacional o común), y por otro lado legislación provincial. Creo que el tribunal *a quo* plantea un falso dilema, pues la normativa provincial bien podría haberse interpretado de un modo sistemático y no aislado, es decir, teniendo en cuenta la normativa ya prevista por el Código Penal desde 1921 —téngase presente que la reforma constitucional cordobesa data de 1987—, y de ese modo alcanzar un resultado armónico (sistemático).

²⁵ FRÍAS, PEDRO J., *La nueva Constitución de Córdoba*, Marcos Lerner, Córdoba, 1988, p. 14.

²⁶ PALACIO DE CAEIRO, SILVIA, *Recurso extraordinario federal*, cit., p. 106.

La interpretación sistemática es “aquella que atiende a la totalidad de los preceptos de una norma (en particular, de la Constitución, que posee unidad sistemática: CSJN, “Chadid”, Fallos: 320:74), así como su enlace con todas las del ordenamiento jurídico (en particular con las que disciplinan la misma materia), y de modo que mejor se adecuen al espíritu y a las garantías de la Constitución Nacional (CSJN, Fallos: 314:445, 321:730, 324:4349)... La interpretación orgánica o sistemática es particularmente destacada por la Corte Suprema respecto de la Constitución. Ninguna de sus cláusulas puede ser interpretada solitariamente, desconectándola del todo que compone, sino que cabe entenderlas integrando las normas dentro de la unidad sistemática de la Constitución, comparándolas, coordinándolas y armonizándolas de tal forma que haya congruencia y relación entre ellas”²⁷.

En el caso, podría haberse interpretado que la Constitución cordobesa y la ley 6222 protegen la vida de la persona por nacer, pero que no obstante, esa protección encuentra un límite infranqueable frente al derecho a acceder a prácticas abortivas por parte de la mujer violada, conforme surge de normativa nacional (Código Penal) que en virtud del principio de supremacía constitucional (art. 31 CN) prevalece sobre la normativa provincial.

Igualmente, no debe olvidarse que de conformidad a lo previsto en el art. 5° de la CN “Cada provincia dictará para sí una Constitución bajo el sistema representativo republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional...”

Vale decir, que si la CN en su parte dogmática recepta principios constitucionales tales como el de privacidad (art. 19) y el de igualdad (art. 16), como asimismo y debido a la incorporación de tratados internacionales, el de dignidad (arts. 11.1 CADH y 1° DUDH), es posible concluir lógicamente que las constituciones locales argentinas no pueden vulnerar esos derechos. Desde luego y como vimos, el *a quo* sostiene que no los vulnera sino que supera el piso porque protege de mejor modo el derecho del por nacer (cfr. p. 29 de la sentencia), pero esa argumentación implica efectuar un nuevo balancín test en virtud del cual el derecho del por nacer está por encima del derecho de la mujer violada, lo que no es posible de conformidad a los argumentos que correctamente expuso la CSJN en el caso “FAL”, y que, compartibles o no, es ella la intérprete final de la CN.

El argumento del bien común vs. los derechos individuales

Sostiene el *a quo* en la p. 39 de su sentencia que: “...la Provincia de Córdoba, no sólo tiene atribuciones para fijar sus propias políticas en materia de salud conforme a su propia Constitución, con sus principios y valores, sino que —además— claramente lo ha hecho con un criterio que compatibiliza razonablemente los derechos e intereses de ambos extremos del conflicto, con miras al logro del Bien Común”.

Nuevamente insiste el vocal del primer voto en que la normativa provincial se ajusta al reparto de competencias establecido constitucionalmente, lo que, ya fue objeto de análisis en el ítem anterior. También insiste en que al hacer-

²⁷ SAGÜÉS, NÉSTOR PEDRO, *La interpretación judicial de la Constitución*, cit., pp. 147/148.

lo compatibilizó *razonablemente* los derechos de ambos extremos del conflicto, lo que también ya fue objeto de análisis.

Lo novedoso de la argumentación es la alusión al bien común. Esa alusión no es casual sino que, por el contrario, es la clave de toda la argumentación. Para el *a quo* no prevalece el derecho a la dignidad de las mujeres, pero no porque prevalezca el derecho del por nacer, sino porque el bien común aconsejaría que así sea. Sin embargo, el bien común aquí es interpretado como lo que una moral mayoritaria y circunstancial considera adecuado (una moral convencional en términos de Carlos Santiago Nino, un populismo moral²⁸). Sin embargo, la forma constitucional de interpretar el bien común es hacerlo desde la óptica de una moral racional como la sostenida por Nino, y que es en la que decididamente se ha enrolado la CSJN en diversos fallos como más abajo veremos.

En “FAL”, en el considerando 16º, la CSJN sostuvo que de la dignidad de las personas, reconocida en varias normas convencionales (art. 11²⁹ CADH, art. 1º DUDH³⁰ y preámbulos del PIDCP y de la DADH) se desprende el principio de inviolabilidad de las personas que las consagra como un fin en sí mismas y proscribire que sean tratadas utilitariamente; para luego concluir que este principio de inviolabilidad impone rechazar la exégesis interpretativa restrictiva del supuesto de aborto impune por embarazo forzoso.

Citando a Carlos Santiago Nino, consideró la CS que la pretensión de exigir a toda víctima de un delito sexual llevar a término un embarazo, que es la consecuencia de un ataque a sus derechos más fundamentales, resulta desproporcionada y contraria al postulado, derivado de tal principio, que impide exigirle a las personas que realicen, en beneficio de otras o de un bien colectivo, sacrificios de envergadura imposible de conmensurar.

Efectuó entonces la Corte un control de constitucionalidad-razonabilidad de la interpretación restrictiva del art. 86 inc. 2º CP para concluir que es inconstitucional por ser desproporcionada al vulnerar la dignidad de la mujer, al exigirle que realice (procrea) en beneficio de otras personas (v.gr. el por nacer) o de un bien colectivo (v.gr. la idea de que la procreación es un valor compartido).

La redefinición del bien común en la doctrina de la actual CSJN

La CSJN ha dado un claro vuelco en orden a lo que la Corte anterior había sostenido en Portal de Belén³¹ a la hora de prohibir la venta del fármaco Inmediat con efectos —a su criterio— abortivos con sustento en el derecho a la vida desde la concepción, en particular dijo: “Esta Corte ha declarado que el derecho a la vida es el primer derecho natural de la persona humana preexistente a toda legislación positiva que resulta garantizado por la Constitución (...) En la causa T.S. antes citada este Tribunal ha reafirmado el *pleno* derecho a la vida desde la concepción” (la cursiva me pertenece). En realidad el derecho a la vida desde la

²⁸ NINO, CARLOS S., *Ética y Derechos Humanos*, Buenos Aires, Astrea, 2007, pp. 92/93.

²⁹ Art. 11.1 CADH: “Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad”.

³⁰ Art. 1º DUDH: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”.

³¹ CSJN, 5/3/2002, “Portal de Belén - Asociación civil sin fines de lucro c. Ministerio de Salud y acción social de la Nación s/ amparo”, Fallos: 325:292.

concepción, en la Argentina nunca fue pleno, o al menos desde que el Código Penal de 1921 permite dos supuestos de aborto.

Al haberse apartado de ese criterio puede sostenerse que la Corte actual le ha dado prioridad al valor pragmatismo por sobre el valor coherencia. El primero se preocupa por la equidad, mientras que el segundo por la seguridad jurídica. Pero tal como reseña Sagüés "...la seguridad jurídica no es el único valor, ni el supremo de la Constitución, aunque sí cuenta con mucha relevancia. Se lo debe reestudiar en función de los cambios en las cosas y en la sociedad, y con las modalidades singulares de los distintos procesos judiciales, así como con las particularidades de cada momento. Las interpretaciones que tengan en cuenta estos factores bien pueden apartarse de una doctrina aceptada o establecida de la Constitución, o sentar correcciones y excepciones a ella. Esos apartamientos o distinciones cuando son serios, responsables y rectamente inspirados, no atentan contra la seguridad jurídica, sino que la especifican y refuerzan sociológicamente la fuerza normativa de la Constitución"³².

Este apartamiento de criterios seguidos por la anterior Corte, ya se mostró en anteriores casos tales como Arriola³³ en el que la Corte actual reinterpreta el derecho a la intimidad y cambia la jurisprudencia de Montalvo³⁴ declarando impune la tenencia de estupefacientes para consumo personal; en ALITT³⁵ reinterpreta el concepto de bien común y cambia la jurisprudencia de CHA³⁶ revocando la decisión de la Inspección General de Justicia, y autorizando la inscripción de la asociación a los fines de obtener su personería jurídica plena.

Es claro entonces que la CSJN actual está dando un vuelco rotundo a la doctrina que en torno a los derechos individuales —no vinculados a cuestiones económicas— fijó la Corte de la década de los '90, enrolándose en la propuesta filosófica seguida por Nino en virtud de la cual los derechos humanos deben entenderse en función de tres principios: autonomía, inviolabilidad y dignidad de la persona, entendidos como cartas de triunfo al estilo de dworkiniano, y no entendidos en función de lo que la moral convencional (la moral media o de la mayoría de la sociedad) considera apropiado. El bien común es entonces redefinido de este modo.

El valor de la jurisprudencia internacional para el tribunal inferior

En el ítem 4.6 de la sentencia, no sólo queda en claro que el sentenciante efectúa su propio juicio de constitucionalidad —citando en apoyo de su juicio de ponderación un fallo de 2011 de la Corte Suprema de Justicia de México, soslayando totalmente lo resuelto por nuestra CSJN en el caso "FAL"—, sino que además ingresa en el polémico tema del valor de las recomendaciones efectuadas por los Comités de DDHH, y de Derechos del Niño.

En su análisis sostiene que está al tanto que, conforme la doctrina de la Corte IDH (v.gr. casos "Almonacid Arellano y Trabajadores Cesados del Con-

³² SAGÜÉS, NÉSTOR PEDRO, *La interpretación judicial de la Constitución*, ob. cit., p. 118.

³³ CSJN, 25/8/2009, "Arriola, Sebastián y otros s/ causa n° 9080", Fallos: 332:1963.

³⁴ CSJN, 11/12/1990, "Montalvo, Ernesto Alfredo p.s.a. inf. ley 20.771". Fallos: 313:1333.

³⁵ CSJN, 21/11/2006, "Asociación Lucha por la Identidad Travesti - Transexual c. Inspección General de Justicia". Fallos 329:5266.

³⁶ CSJN, 22/11/1991, "Comunidad Homosexual Argentina c. Resolución Inspección General de Justicia", Fallos: 314:1531.

greso”) y de nuestra CSJN (v.gr. caso “Mazzeo”), los tribunales están obligados a efectuar en el marco de sus respectivas competencias, un control de convencionalidad de oficio, y que al hacerlo deben tener en cuenta lo que haya resuelto la Corte IDH, cuya doctrina constituye una insoslayable pauta de interpretación. A renglón seguido alega que ello no convierte a la jurisprudencia de la Corte ni a las recomendaciones de los organismos de DDHH, en decisiones con carácter vinculante al estilo del *stare decisis* anglosajón.

Luego, siguiendo a Walter Carnota, sostiene que los tratados internacionales se encuentran condicionados por el entramado constitucional del Estado Parte, y que “En esta inteligencia el art. 27 de la Constitución Nacional consagra —con claridad meridiana— la exigencia de que los tratados internacionales “estén en *conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución*”. Y sabido es que un principio de Derecho Público por excelencia, como consecuencia del Estado Federativo que implementa el art. 1º de la Ley Fundamental interna es el de *subsidiariedad federal* en la medida que trasunta el reconocimiento de la autonomía institucional y política de las Provincias (arts. 5º, 122, 123 y conc. CN) como el deslinde de poderes que formula el art. 121 de la CN. En consecuencia, en el caso de autos no puede marginarse —como puse de resalto en los puntos 4.4 y 4.5— el impacto de los arts. 4º, 19 inc. 1º y 59 de la Constitución de Córdoba, como tampoco que, vinculado el *tema decidendum* a políticas de salud, la Constitución Provincial ha reafirmado —de manera explícita— que conserva el poder de policía en materia de legislación y administración a la luz del propio campo de acción delimitado por el art. 121 de la CN”. Ese dato no es de entidad menor porque, como dice Carnota: (...) *esta regla constitucional argentina* (art. 27 CN), *frecuentemente olvidada en nuestro medio a favor del art. 31 y luego de 1994, del art. 75.22, realmente no tiene desperdicio... Existen ‘principios de derecho público’ (muchos antes que Alexy, por cierto) que constituyen el núcleo duro que hace el orden público constitucional interno y que lo hacen prevalecer sobre disposiciones convencionales internacionales...* (Carnota, Walter F., ob. cit., p. 5)”.

La argumentación es compleja y polémica. La analogía con Alexy sugiere que, por principios de derecho público, se entienden los relativos a los DDHH, no a normas constitucionales relativas al reparto de competencias, de otro modo no se entiende esa analogía con el llamado núcleo duro. Por eso, parece desacertado que el vocal sugiera que el deslinde de competencias en virtud del cual las provincias se reservan lo relativo al poder de policía, incluido la salud pública, integre el núcleo duro de DDHH. No parece ajustado a derecho confundir normas de competencias con normas relativas al reconocimiento de los derechos humanos. En todo caso, el poder de policía provincial se encuentra limitado por los DDHH y no éstos por aquél.

De otro costado, la argumentación del vocal, siguiendo a Walter Carnota, es una vuelta a la postura doctrinaria dualista ya abandonada por la mayoría de la CSJN en una serie de casos relacionados a la vulneración de derechos fundamentales tales como “Arancibia Clavel”³⁷, “Simón”³⁸, y “Mazzeo”³⁹. En este último, Fayt votó en disidencia y dejó planteado muy claramente su postura dualista.

³⁷ CSJN, 24/8/2004, “Arancibia Clavel”. Fallos: 327:3312.

³⁸ CSJN, 14/6/2005, “Simón”. Fallos: 328:2056.

³⁹ CSJN, 13/7/2007, “Mazzeo, Julio Lilo y otros”. Fallos: 330:3248.

Sin embargo, el dualismo a la luz de la reforma constitucional de 1994, padece de una contradicción, pues, decir que los principios de derecho público del art. 27 CN conforman un núcleo duro que hace al orden público constitucional interno, y que prevalece sobre las normas del derecho convencional internacional, se contradice con lo dispuesto por el art. 75 inc. 22° CN.

Es decir, las convenciones internacionales, entre ellas justamente las que están en juego en el caso que nos ocupa —Convención de los Derechos del Niño, Convención contra la discriminación de la Mujer, entre otras— gozan de jerarquía constitucional, y conforme a la doctrina sentada por la CSJN no contradicen a ningún artículo de la CN sino que se deben interpretar en forma armónica. En igual sentido refiere Palacio de Caero: “En diversos precedentes la CSJN ha afirmado, que la interpretación de las cláusulas constitucionales y las de los tratados tienen la misma jerarquía, son complementarias y, por lo tanto, no pueden desplazarse o destruirse recíprocamente. Pensamiento éste, que deriva de la operatividad directa y plena reconocida a los tratados internacionales de derechos humanos”⁴⁰.

Para que quede claro, el dualismo plantea un falso dilema puesto que las convenciones internacionales que gozan de jerarquía constitucional, integran la CN e integran en consecuencia los principios de derecho público a los que alude el art. 27 CN. Este art. 27 debe interpretarse en forma sistemática e histórica, puesto que sin duda en la época de su redacción (1853) no se tuvo en cuenta que con el tiempo surgirían tratados internacionales de DDHH, que, como tales, sabido es que tienen una naturaleza bastante diferente a la de un simple tratado internacional entre Estados que verse sobre cualquier otra temática.

Ahora que existen estos tratados internacionales de DDHH y que gozan de jerarquía constitucional, debe interpretarse el art. 27 CN del modo que aquí se propugna, de lo contrario se estaría interpretando la CN de un modo no autorizado por la doctrina de la CSJN, es decir, de un modo a-sistemático y a-teleológico.

Conclusiones

El trabajo ha sido extenso y se han analizado cuestiones de derecho procesal constitucional, de filosofía del derecho y de derecho internacional de los derechos humanos. La idea fue mostrar básicamente que la sentencia dictada por la Cámara Civil de Apelaciones en cuestión, suponiendo por hipótesis que fuera el tribunal superior de la causa y por ende sentencia definitiva, está plagada de cuestiones federales que habilitarían la interposición de un recurso extraordinario federal por parte de la Asociación civil por el derecho a decidir. Dichas cuestiones federales además tienen una *relación directa e inmediata con la cuestión debatida* en los términos del art. 15 de la ley 48. Sobre este requisito ha dicho la doctrina que: “...la exigencia de relación directa e inmediata de la cuestión federal, implica que su resolución debe resultar decisiva para la admisión o rechazo, de todos o de parte, de los rubros o cuestiones pretendidas en la acción... no basta la mera invocación de cláusulas constitucionales o normas federales que pudieren estar comprometidas; sino que la decisión del caso dependa específicamente de la interpretación que se les dé a dichas normas federales”⁴¹.

⁴⁰ PALACIO DE CAERO, SILVIA, *Constitución de la Nación argentina...*, cit., p. 94.

⁴¹ BARONE, LORENZO, *Recurso extraordinario federal*, 2ª edición, Alveroni, 2009, p. 74.

En el caso que nos ocupa aparece con nitidez la relación directa e inmediata, puesto que la cuestión debatida en autos, que no es otra que la aplicación o no en el territorio de la provincia de Córdoba, de la resolución del Ministerio de Salud 93/2012; sólo puede resolverse a la luz de la interpretación de las normas constitucionales que se verían directamente vulneradas de no aplicarse dicha resolución. Dichas normas constitucionales ya fueron reseñadas y argumentadas, y no son otras que el derecho de las mujeres embarazadas como consecuencia de una violación, a la privacidad (art. 19 CN), a la dignidad (arts. 11.1 CADH y 1º DUDH) y a la igualdad de trato (art. 16 CN).

Igualmente y en relación a la cuestión federal compleja indirecta, es imprescindible para la resolución del caso, otorgarle primacía constitucional al Código Penal art. 86 incs. 1º y 2º, por sobre la normativa provincial ya citada, para de ese modo salvaguardar la supremacía de la CN. La resolución ministerial en cuestión contiene un anexo I denominado Guía de procedimiento para la atención de pacientes que soliciten prácticas de aborto no punible, según lo establecido en el art. 86 incs. 1º y 2º del CP. La actora ha alegado y logrado en las anteriores instancias la inaplicabilidad de dicha guía, merced a la declaración de su inconstitucionalidad, declaración que nuevamente se controvierte en esta instancia siendo indispensable su resolución.

Igualmente como se argumentó antes, existe cuestión federal por arbitrariedad de la sentencia del *a quo*, por cuanto en la página 29 de la sentencia se sostiene que, si bien las provincias no pueden desconocer ni limitar de ninguna manera los derechos y garantías de la CN, en cambio sí pueden ampliar el ámbito de protección, por lo que la cuestión se resuelve mediante la aplicación del principio *pro homine*, por lo que prevalece el derecho público local al proteger más eficazmente a la persona por nacer. Al efectuar esta afirmación, el *a quo* se contradice con lo sostenido en la pp. 15 y ss. de su sentencia, pues allí dijo que se había “omitido abrir juicio sobre aquellas cuestiones respecto de las cuales se ha pronunciado en esa resolución (se refiere a “FAL”) la Corte Suprema y que resultan ajenas a la materia propia de esta acción de amparo. Es decir, específicamente sobre la compatibilidad entre el art. 86 del Código Penal y las disposiciones de la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales de jerarquía constitucional que tutelan el derecho a la vida desde la concepción, y sobre cuál es la interpretación correcta del inc. 2º de ese artículo”.

También se advirtió antes sobre otra arbitrariedad cuando sostuvo el tribunal (pp. 32 y ss. de su sentencia) que los supuestos de aborto no punible contemplados por los incs. 1º y 2º del art. 86 del CP, son casos de eximición de pena, mas no convierten a la conducta abortiva en una conducta lícita, por cuanto el legislador federal siempre le reconoció personalidad jurídica a la persona por nacer (arts. 63 y 70 Cód. Civil). Claramente el *a quo* se aparta de la doctrina sentada por la CSJN en “FAL” y al hacerlo no aporta nuevos argumentos, puesto que los argumentos relativos al derecho público local no son más que un disfraz, ya que su argumentación fundamental (cfr. p. 36 de la sentencia en cuanto sostiene “Esas son las razones...”) tiene que ver con un nuevo *balancín test* que retruca el formulado anteriormente por la Corte, reinterpreta el art. 86 del CP, algo que el mismo *a quo* dijo en la sentencia que no iba a realizar. En definitiva, no brinda nuevos argumentos lo cual convierte a su sentencia en arbitraria al no cumplimentar con los requisitos establecidos por la CSJN en su doctrina del seguimiento condicionado.

Estas arbitrariedades palmarias de la sentencia, tienen relación directa e inmediata con lo resuelto, pues es lo que le permitió declarar la inconstitucionalidad de la resolución ministerial.

También ha sido una *resolución contraria al derecho federal invocado*, requisito que surge del art. 14 inc. 2º de la ley 48, al establecer que la procedencia del recurso extraordinario requiere que “la decisión haya sido a favor de la ley o autoridad de provincia”. En efecto, en el caso, como se argumentó antes, quedó a la luz una cuestión federal compleja directa en los términos del art. 14 inc. 2º de la ley 48, ya que el tribunal recurrido argumentó, por un lado, que la Constitución cordobesa y la ley provincial 6222, convertían a la resolución ministerial 93/2012 en inconstitucional; y por otra parte, sostuvo que tanto la Constitución cordobesa (arts. 4º, 19 inc. 1º y 59) como la ley 6222 (arts. 5º “b” y 7º “d”), eran acordes a la CN. Sin embargo ello no es así, sino que la sentencia ha sido contraria a los derechos federales invocados (privacidad, art. 19 CN, dignidad, arts. 11.1 CADH y 1º DUDH, igualdad, art. 16 CN), dándole primacía a la Constitución cordobesa y a su ley reglamentaria 6222, pues al hacerlo ha privado a las mujeres embarazadas como consecuencia de una violación, o que en el futuro pudieran estar en dicha situación, del acceso al derecho a abortar. Es que, como se argumentó antes, quedó claro en el caso “FAL” que los supuestos de los incs. 1º y 2º del art. 86 del CP, son casos en los que las mujeres gozan del derecho constitucional a abortar (16 y 19 CN), es una permisión en sentido fuerte, no simplemente un eximente de pena.

Así también, y en relación a la cuestión federal compleja indirecta ya esgrimida, resulta que la resolución recurrida ha sido contraria al derecho federal al infringir el principio de supremacía constitucional (art. 31 CN), pues se ha otorgado primacía a normativa provincial por sobre legislación nacional común.

Igualmente debe tenerse presente que la sentencia del *a quo* al ser arbitraria por los motivos esgrimidos, suscita una cuestión federal por arbitrariedad que se encuentra inescindiblemente vinculada con los temas federales discutidos, lo que amerita su tratamiento en forma conjunta según doctrina del máximo tribunal (Fallos: 321:703; 323:2519; 324:7307, entre otros, citados por Palacio de Caero⁴²). Siguiendo los argumentos de la misma autora, “...si se admite que la sentencia arbitraria constituye una cuestión federal por vulnerar disposiciones constitucionales, dicha sentencia cumple *per se* el requisito de ser una resolución contraria al derecho federal que parte de la Ley Fundamental⁴³”.

Bibliografía

Doctrina

BARONE, LORENZO, *Recurso extraordinario federal*, 2ª edición, Alveroni, 2009.

BENÍTEZ, JUAN JOSÉ, “¿Puede una eximente de responsabilidad dar derechos?”, Suplemento Penal, 2012 (agosto), 57, LA LEY, 2012-E.

BIANCHI, ALBERTO, “El recurso extraordinario ha perdido los límites de su actuación”, JA, 2003-I.

BIDART CAMPOS, GERMÁN, *Manual de la Constitución reformada*, T. 3, Ediar, Buenos Aires, 1997.

⁴² PALACIO DE CAEIRO, SILVIA, *Recurso extraordinario federal*, cit., p. 468.

⁴³ PALACIO DE CAEIRO, SILVIA, *Recurso extraordinario federal*, cit., p. 468.

- CREUS, CARLOS, *Derecho Penal Parte Especial*, T. I, 7ª edición, Astrea, Buenos Aires, 2007.
- FRÍAS, PEDRO J., *La nueva Constitución de Córdoba*, Marcos Lerner, Córdoba, 1988.
- GOZAÍNI, OSVALDO ALFREDO, "La fundamentación del recurso extraordinario", LA LEY, 1997-B, 292.
- NINO, CARLOS S., *Ética y Derechos Humanos*, Astrea, Buenos Aires, 2007.
- PALACIO DE CAEIRO, SILVIA, *Constitución Nacional en la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, La Ley, Buenos Aires, 2011.
- *Recurso Extraordinario Federal*, 2ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2012.
- SAGÜÉS, NÉSTOR PEDRO, *Interpretación judicial de la Constitución*, 2ª edición, LexisNexis, Buenos Aires, 2006.
- *Compendio de derecho procesal constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 2009.
- "Obligaciones internacionales y control de convencionalidad", en *Estudios Constitucionales* N° 8, Año 1, 2010, disponible en <http://www.estudioschick.com.ar/p.pdf>. Página web consultada por última vez el 13/9/2012.

Fallos

- Corte IDH, 26/9/2006, "Almonacid Arellano y otros vs. Chile".
- Corte IDH, 24/11/2006 "Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú".
- CSJN, 8/10/1981, "Peusso, Gloria Inés c. Víctor Alberto Ferreyra y otra". Fallos: 303:1521.
- CSJN, 4/7/1986, "Cerámica San Lorenzo S.A. s/ incidente de prescripción". Fallos: 311:2453.
- CSJN, 4/8/1986, "Strada, Juan Luis c. Ocupantes del perímetro ubicado entre las calles Deán Funes, Saavedra, Barra y Cullen". Fallos: 308:490.
- CSJN, 1/12/1988, "Di Mascio, Juan Roque". Fallos: 311:2478.
- CSJN, 11/12/1990, "Montalvo, Ernesto Alfredo p.s.a. Inf. ley 20.771". Fallos: 313:1333.
- CSJN, 22/11/1991, "Comunidad Homosexual Argentina c. Resolución Inspección General de Justicia". Fallos: 314:1531.
- CSJN, 5/3/2002, "Portal de Belén - Asociación civil sin fines de lucro c. Ministerio de Salud y acción social de la Nación s/ amparo". Fallos: 325:292.
- CSJN, 19/3/2003, "Banco del Suquía c. Tomassini". Fallos: 325:428.
- CSJN, 24/8/2004. "Arancibia Clavel". Fallos 327:3312.
- CSJN, 14/6/2005, "Simón". Fallos: 328:2056.
- CSJN, 21/11/2006, "Asociación Lucha por la Identidad Travesti - Transexual c. Inspección General de Justicia". Fallos: 329:5266.
- CSJN, 20/3/2007. "Pezzutti, Miguel Ángel s/ amparo". Fallos: 330:1076.
- CSJN, 13/7/2007, "Mazzeo, Julio Lilo y otros". Fallos: 330:3248.
- CSJN, 24/2/2009. "Halabi". Fallos: 332:111.
- CSJN, 23/6/2009, "Romero, Carlos Ernesto c. Andrés Fabián Lema s/ desalojo". Fallos: 332:1488.

CSJN, 25/8/2009, "Arriola". Fallos: 332:1963.

CSJN, 13/3/2012, "F.A.L. s/ medida autosatisfactiva". Fallos: 335:197.

CApel. Civ. y Com. de 3ª Nominación de Córdoba, 21/5/2013, "Portal de Belén Asociación Civil c. Superior Gobierno de la Provincia de Córdoba - Amparo, recurso de apelación". Sentencia nº 38.



LOS RECLAMOS SOCIALES, LA PARTICIPACIÓN POPULAR Y LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994 EN ARGENTINA*

Andrés Rossetti**

Resumen: El artículo se concentra en analizar si los cambios operados en el texto de la Constitución Nacional Argentina realizada en 1994 en relación con la introducción de nuevas formas de participación ciudadana posibilitaron nuevos canales para los reclamos sociales de parte de la población, o bien si el avance de estos en algunos campos no tiene relación con los cambios normativos introducidos.

Palabras clave: Reclamos sociales - Participación popular - Reforma constitucional argentina.

I. Introducción

Suele afirmarse que la reforma constitucional de 1994 ha favorecido la democracia participativa a través de normas e institutos incorporados en ella, y que gracias al diseño institucional forjado se logra un aumento en la participación popular¹ y con ello la posibilidad que existan mayor cantidad de reclamos sociales (y, en algunos casos, hasta puede darse, por ello, una mayor deliberación) de parte de los diferentes actores en nuestro país. En este breve texto me propongo reflexionar sobre este punto. Creo que si bien puede haberse regulado normativamente la creación de algunos mecanismos que se supone que dan una mayor participación al pueblo en las decisiones de gobierno o bien que posibilitan a éste efectuar más reclamos sociales, esto no se condice con el “real” diseño surgido de la reforma y sus efectos concretos. Por tanto, el eventual aumento producido en los reclamos sociales y en la participación popular, pareciera deberse, fundamentalmente, a factores ajenos a lo dispuesto por la normativa constitucional, salvo en lo que se refiere a reclamos que se realizan frente al Poder Judicial con los problemas que esto último comporta.

En efecto, lo que se ha reformado en 1994 en relación con la llamada doctrinariamente “constitución formal” —que, como es sabido, no siempre se cumple y respeta y que se concentra en lo regulado en la normativa escrita del texto constitucional— en materia de democracia participativa es poco, pero incluso cuando se ha hecho no parece que la intención haya sido impulsar el camino hacia ella.

* Recibido el 01/07/15. Aprobado el 25/09/15.

** 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 Titular en Derecho Constitucional*, *Profesor Adjunto en Derecho Procesal Constitucional* e Investigador del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales en todos los casos en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Correo electrónico: andresarg@hotmail.com.

¹ A título de ejemplo ver SABSAY, DANIEL, *Manual de Derecho Constitucional*, La Ley, Buenos Aires, 2011, p. 116.

Al respecto, cabe tener presente que la reforma realizada fue impulsada, fundamentalmente, en virtud de la necesidad del entonces presidente Menem para que se habilitara la posibilidad de su reelección, que a la postre luego logró. De todos modos, la reforma fue producto, en la mayoría del texto reformado, de un acuerdo político entre los dos partidos mayoritarios de entonces, el Peronista (o Justicialista) y el Radical, en el conocido como Pacto de Olivos, en el que se hicieron concesiones mutuas y se concordó, logrando amplias mayorías, en la redacción del articulado finalmente aprobado en la Convención Constituyente y luego transcripto en el texto constitucional reformado. Por tanto, en razón de dicho Pacto la reforma “formal” de la Constitución no se ciñó, exclusivamente a posibilitar la mencionada reelección² y trató una importante cantidad de otros temas —algunos de ellos incluidos en la aprobación conectada con el Pacto, pero otros no³— y para todos ellos se tuvo en cuenta los diferentes aportes teóricos realizados previos a la reforma constitucional⁴.

Es claro que en los períodos de gobiernos democráticos hay mayor participación popular en comparación con los períodos militares vividos en la Argentina, ya que la represión en estos fue altísima. La reforma constitucional se realizó en un momento en el que nuestra democracia ya gozaba de una estabilidad de más de diez años. Por tanto, la pregunta que pretendo responder es: ¿Hay mayor participación desde lo ideal, desde un concepto “serio” de democracia, gracias a lo regulado en la reforma constitucional de 1994? O bien: ¿La reforma del 94 tuvo alguna incidencia en que haya una mayor cantidad de mecanismos, vías y estrategias de reclamo social? Por último: ¿la mayor participación, si existe, se debe a lo que dijo y reguló la Constitución o a otros factores? Creo lo segundo. A continuación las razones.

II. ¿Mayor participación popular?

En este punto vuelvo sobre los interrogantes formulados sobre la mayor participación obtenida en distintas esferas y reflexiono sobre la influencia de la reforma constitucional de 1994 en tal sentido en relación con distintos temas.

a) *Los institutos de democracia semi-directa*. La mayor participación se suponía que llegaría, fundamentalmente, con los nuevos institutos de la llamada democracia “semi-directa” formalmente consagrados, en particular en los arts. 39 y 40 CN. En realidad desde el comienzo era claro, por la redacción de ellos, que se trataba de dos institutos mediante los cuales no se pretendía seriamente reforzar el poder de la ciudadanía. En efecto, la introducción a nivel cons-

² He trabajado sobre estos temas principalmente en ROSSETTI, ANDRÉS, *Argentina. La riforma costituzionale di 1994: il processo storico in Quaderni Costituzionali*, Año XVI, Nro. 3, Diciembre 1996, Bolonia, Il Mulino, pp. 507-515; ROSSETTI, ANDRÉS, *Argentina. Il contenuto della riforma costituzionale di 1994 in Quaderni Costituzionali*, Año XVII Nro. 1 Abril 1997, Bolonia, Il Mulino, pp. 166-183 y en ROSSETTI, ANDRÉS, *A veinte años de la reforma constitucional de 1994 en Argentina*, en MARCELO BERNAL, CALÓGERO PIZZOLO y ROSSETTI, ANDRÉS (coords.) *¿Que veinte años no es nada! Un análisis crítico a veinte años de la reforma constitucional de 1994 en Argentina*, Eudeba, Buenos Aires, 2015, pp. 15-29.

³ Art. 2º (conectado con el 5º) en el primer caso y art. 3º en el segundo, de la Ley Declarativa de la Necesidad de la Reforma 24.309.

⁴ A más de los aportes doctrinarios, existían, por ejemplo, trabajos como el del Consejo de Consolidación para la Democracia creado durante el gobierno de Alfonsín, que había emitido distintos informes sobre el tema de la reforma (dos informes publicados por Eudeba, en 1986 y 1987 respectivamente).

titucional de la iniciativa legislativa popular y la consulta popular vinculante y no vinculante no han aumentado en nada el peso de la ciudadanía en las decisiones de gobierno, sino casi podría decirse que han actuado como “tomaduras de pelo” de parte de los constituyentes al pueblo (o bien podía existir, como en otros casos, la intención de poder informar a organismos universales o regionales sobre los —supuestos— “avances” en ciertos campos). El primero de los institutos, la iniciativa legislativa popular, bien regulado puede ser un mecanismo fundamental que sirve para forzar a los representantes a tomar decisiones y contribuir de esa forma a una mayor participación del pueblo en las decisiones de gobierno. Pero en la Argentina, con su regulación constitucional —y su posterior ley⁵ que muy poco podía hacer para paliar los defectos constitucionales— el instituto está destinado al fracaso, ya que los requisitos para poder presentar la iniciativa son engorrosos y lo peor es que, en realidad, no existe obligatoriedad (más allá del plazo formal) de pronunciamiento de parte de los legisladores que genere un efecto, es decir que los obligue a pronunciarse sobre el tema que ha sido presentado. Como si esto fuese poco para vaciar el instituto más aún, se encuentran prohibidos los temas de mayor trascendencia —los que podrían justificar que un grupo de ciudadanos tomase, pese a lo dicho, la iniciativa de presentar una iniciativa legislativa popular— y no pueden presentarse iniciativas sobre reforma constitucional, tratados internacionales, tributos, presupuesto y materia penal. En definitiva, tan poca confianza le han tenido los convencionales al pueblo, que ni siquiera han dejado que los ciudadanos puedan proponer los únicos temas interesantes para que el Congreso deba pronunciarse. El otro instituto, la consulta popular, tiene características distintas y es más problemático aún, ya que se maneja de “arriba hacia abajo” (y no al revés, como el anteriormente visto) y por tanto les sirve más a los gobernantes que convocan a la consulta popular porque no saben cómo resolver una cuestión o bien porque necesitan tener el aval del pueblo en temas —a veces presentados en forma confusa— como sucedió, incluso, en el mismo proceso de reforma que aquí se comenta donde el Presidente de turno, Menem, convocó a una consulta popular no vinculante simplemente para presionar, con un resultado positivo en las urnas, a los diputados y senadores en el Congreso ya que debía llegar a la cifra de los dos tercios de votos requeridos para la aprobación de la ley declarativa de la necesidad de la reforma, lo que no lograba. Finalmente la consulta no se realizó por el Pacto de Olivos, pero muestra —antes de la reforma— como se puede utilizar este instituto, luego incorporado a la CN y regulado en la ley respectiva⁶, la que nada puede hacer para revertir lo dicho en el texto constitucional.

b) *Congreso y Poder Judicial*. El Congreso ha recuperado en buena medida en los últimos tiempos algo de protagonismo, y por tratarse de representantes elegidos directamente por el pueblo, al menos en forma indirecta puede decirse que esto comporta, al menos en un sentido amplio, mayor participación. Las razones de lo dicho son fundamentalmente políticas, más que de lo normado por la reforma de 1994: el Congreso ha vuelto a ocuparse de legislar pese a que el Ejecutivo tiene en razón de la reforma del 94 normativamente —antes lo tenía “fácticamente” con el aval de los jueces— una buena dosis de “potestad” legislativa

⁵ Ley 24.747 del año 1996.

⁶ Ley 25.432 del año 2001.

(fundamentalmente en razón que la reforma le permite —más allá del lenguaje y de algunos límites— dictar los llamados decretos de necesidad y urgencia, los decretos delegados y promulgar parcialmente las leyes). Por su parte cuando es el Congreso quien debe legislar el hecho de haberse simplificado los pasos para sancionar las leyes si bien se gana en eficiencia —hay más posibilidades que se aprueben leyes más velozmente— pero se pierde en control y calidad en la deliberación y en la búsqueda de consensos que requiere debate, participación y deliberación, para lograr la mejor legislación, por lo que el cambio resulta cuestionable. El Poder Judicial, a su vez, ha intentado, tibiamente, poner algún límite —en su variada jurisprudencia— a lo que fue un incesante uso de la función legislativa por el Ejecutivo —previsto sólo para situaciones excepcionales— y el Jefe de Gabinete de Ministros y el acuerdo general de ministros no logran (en este punto y en muchos otros) de ninguna manera ser un mecanismo serio de control al poder presidencial.

c) *El régimen democrático*. Desde 1983 estamos en “democracia” o “régimen democrático”, si a esto se lo entiende como la posibilidad de votar periódicamente eligiendo a sus gobernantes. La reforma constitucional del 94 normativamente contribuyó a afianzarlo (fundamentalmente con el art. 36) pero no está de más recordar que no tenemos aún una democracia que pueda calificarse como plena⁷. Y si por régimen democrático se piensa en la real posibilidad de participación en la vida política de la mayor cantidad posible de personas y algún otro adjetivo más, como dice ahora el citado artículo que relaciona la democracia con la “no corrupción”, el avance normativo es importante, pero dichas normas no se han traducido en aspectos concretos que hayan posibilitado una mayor participación del pueblo en las cuestiones de gobierno, en forma directa.

d) *¿Más derechos, más participación?* La reforma consagró derechos civiles y políticos, y derechos sociales (derechos económicos, sociales y culturales), en buena medida gracias a la incorporación de los instrumentos de derechos humanos según lo regulado en el art. 75 inc. 22. También se regularon derechos llamados de “tercera generación”⁸. Los “derechos ambientales”, por ejemplo, han sido reconocidos en el art. 41, pero la realidad en este campo, con un extractivismo en minería cada vez más intenso y con pocos controles, con agrotóxicos cada vez más fuertes y desechos contaminantes que abundan, con desboquizaciones que no se frenan, nos muestra algo sabido: con la norma sola no alcanza, y a veces sirve, en cambio, para hacer creer que algo está cambiando, cuando no sólo no es así, sino lo contrario. En efecto, este contraste entre norma y realidad ha sido uno de los temas que mayores reclamos y protestas ha generado en los últimos tiempos, con escaso acatamiento a los reclamos sociales para privilegiar los intereses de los grupos económicos involucrados.

El art. 42 CN, que consagra los derechos de usuarios y consumidores, que otorgan a quien se encuentra en esta situación una protección y participación —ya regulada con anterioridad a la reforma por vía legal— especial. Hay un

⁷ Por cierto, hay tantos criterios para considerar la democracia. Sobre el particular ver, por ejemplo, HELD, DAVID, *Modelos de democracia* (Alianza, Madrid 2002, traducción de su original en inglés, *Models of democracy* del 1996, de Teresa Albero).

⁸ He realizado un análisis y una crítica a las generaciones de derechos en ROSSETTI, ANDRÉS, “¿Los derechos sociales como derechos ‘de segunda’? Sobre las generaciones de derechos y las diferencias con los derechos ‘de primera’”, en ESPINOZA DE LOS MONTEROS, JAVIER y ORDOÑEZ, JORGE, *Los derechos sociales en el Estado Constitucional*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2013, pp. 309-328).

reconocimiento de mayor participación y reclamo, pero cabe observar que estos derechos se encuentran vinculados con el mercado y sus lógicas, y en buena medida hacen pasar el eje de los derechos de los ciudadanos —ya con problemas por la limitación que comporta en relación con la titularidad de derechos— a los consumidores, en un mundo en el que éstos empiezan a ser protagonistas determinantes, mientras que para el derecho debieran serlo todos, consuman mucho o poco. Los pobres e indigentes no tuvieron, lamentablemente, una consagración de un derecho a no ser pobre que aparece como fundamental si se toman los derechos humanos en serio. Es verdad, la igualdad real de oportunidades a la que se refiere el inc. 23 del art. 75 puede comportar un cambio de paradigma en este sentido, pero no parece haber sido leído plenamente por quienes cuentan en la toma de decisiones⁹.

Hay reconocimiento de derechos para las poblaciones indígenas, en un inciso —el 75 inc. 17 que también normativamente es un avance ya que antes de la reforma se exigía la conversión de “*los indígenas al catolicismo*”— que trata aspectos de importancia en relación con los descendientes de los habitantes que poseían las tierras que actualmente ocupamos en nuestro país, pese a que aquí también lo normativo constitucional no logra hacerse plenamente realidad y la mayor participación se da en sólo algunas pocas ocasiones, visto que los intereses en juego se vinculan con problemas de tipo económico como los ya señalados en relación con el derecho ambiental.

El art. 43 CN consagra las principales “garantías” en sentido estricto en materia procesal que posibilitan que se pueda accionar ante la justicia frente a la violación de derechos constitucionales, consagrados también en tratados o leyes. Este artículo —que constitucionalizó el amparo y el hábeas corpus ya regulados por ley y la jurisprudencia, y el hábeas data que contaba con algunos pocos precedentes jurisprudenciales— efectivamente fomenta la participación, pero lo hace para instar al Poder Judicial y no al campo netamente político, que es donde también se necesitaría que se profundizase ella. Es decir, si bien puede afirmarse que hay, apoyado desde la norma constitucional, la posibilidad de una mayor participación a través de institutos como el amparo, el hábeas corpus y otros mecanismos de reclamo ante el Poder Judicial, esto puede ser visto también como un problema, ya que los reclamos sociales se desvían de la esfera netamente política para pasar a ser tratados por el poder con menos legitimidad democrática y que adolece de la crítica de ser “contramayoritario”. El pueblo, o los sujetos individuales afectados por violación de derechos fundamentalmente por vía individual, pese a que hay formas de reclamo de este tipo que son colectivos, puede dirigirse a este poder frente a las violaciones de derechos, pero esto no necesariamente comporta una mayor democracia participativa, porque al órgano que deben ir a reclamar no tiene una buena dosis de “democraticidad” y lleva a la “judicialización de la política” con los problemas que esto implica. Por cierto, algunas ventajas —posible freno frente a las violaciones de derechos— son bienvenidas pero a su vez cabe tener presente que en nuestro país, máxime cuando cada juez tiene en sus manos el control de constitucionalidad, los efectos negativos pueden ser importantes, como por ejemplo que algunas “conquistas”

⁹ Remito a lo dicho en ROSSETTI, ANDRÉS, “La igualdad y la reforma constitucional de 1994 en Argentina: ¿cambios?”, en MARCELO ALEGRE - ROBERTO GARGARELLA, *El derecho a la igualdad*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, pp. 121-136).

sociales fruto de decisiones mayoritarias tomadas por caminos institucionales democráticos puedan ser paralizadas o postergadas por reclamos frente a la justicia de sectores privilegiados y, eventualmente, antipopulares que usan los siempre posibles artilugios legales para lograr frenarlas. A esto se suma el avance en acciones de tipo colectivas ante el Poder Judicial que no ha estado a la altura de los tiempos para resolver ese tipo de causas y los reclamos aun cuando han sido acogidos no han tenido siempre un cabal cumplimiento o bien se han dictado decisiones que han generado la sensación de cambios que no han sido tales¹⁰.

A lo dicho, cabe acotar que puede discutirse el sentido de agregar muchos derechos, sin la certeza de si los mismos podrán (o se querrá que puedan) ser cumplidos y cubiertos. Existe una fuerte discusión vinculada con la conveniencia (o no) de consagrar muchos derechos, o bien si es mejor que ellos sean pocos y que su cumplimiento se vea efectivamente cubierto. Esta posición *minimalista* suele estar vinculada con posturas conservadoras que privilegian —y dan por sentado que los pocos que deben estar son sólo esos— los llamados derechos de primera generación¹¹. Creo, sin embargo y pese a que no puede dejar de soslayarse que la consagración de derechos sin un debido reforzamiento para que los mismos se cumplan en relación con la llamada parte “orgánica” de la Constitución es objetable¹², que puede igualmente considerarse positivo que se consagren nuevos derechos porque hay más y mejores argumentos para exigir su cumplimiento y porque ayuda a que se conozca que se los tiene¹³ y esto genera la posibilidad de más reclamo y participación. Por cierto, la consagración de derechos en la norma puede también servir como “cortina de humo” —y este fue el caso en la reforma del '94 en algunos campos— para hacer creer que la realidad está cambiando mientras que no es así. La mayor cantidad de derechos posibilita mayor cantidad de reclamos, pero también aquí depende quien realiza el reclamo, cómo lo hace y ante quién, para que los mismos tengan éxito.

f) *El “derecho” a la protesta social.* En relación con lo dicho en el punto anterior, la protesta social creció fuertemente en la Argentina, fundamentalmente luego de la reforma de 1994, y en particular a partir de 1997 debido al cierre de fábricas y otros problemas de tipo económico social. Ello se debió, principalmente y al menos en el comienzo de formas intensas de protesta como lo son los cortes de calles y rutas o los escraches, a las políticas de fuerte ajuste de contenido “neoliberal” que recortaron una buena cantidad de derechos laborales, sociales y otros, aplicadas por el mismo gobierno que apoyó, juntamente con otras fuerzas

¹⁰ Me refiero en particular a las llamadas *sentencias exhortativas* que ha dictado nuestra CSJN.

¹¹ Sobre el tema, ver por ejemplo, el interesante artículo de TECLA MAZZARESE, *Minimalismo dei diritti: pragmatismo antiretorico o liberalismo individualista*, en *Ragion Pratica* 26, junio 2006, pp. 179-208.

¹² Dice Roberto Gargarella en *Pensando sobre la reforma constitucional en América Latina* (p. 99) “A esta altura, me interesa especialmente referirme al modo en que interactúan las secciones “orgánica” y “dogmática” de la Constitución para resaltar lo siguiente: resulta curioso que el progresismo haya defendido, como principal iniciativa constitucional, la ampliación de la sección “dogmática” o de derechos dentro de la Constitución sin advertir los riesgos que conlleva no extender de modo consecuente la lógica de esa clase de propuestas al resto del texto constitucional” en RODRÍGUEZ GARAVITO, CÉSAR, *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2011, pp. 87-108.

¹³ Hay varias razones más, por ejemplo que el hecho de tenerlos en virtud del art. 75 inc. 22, no pueden ser “denunciados” si no es con mayorías agravadas difíciles de conseguir y también existen mecanismos “objetivos” de control a través de organismos regionales o universales de monitoreo en el cumplimiento de los tratados.

políticas, la reforma constitucional. La protesta social, que tomó variadas formas luego, no siempre fue “criminalizada” y castigada, pero en numerosos casos así fue, y por cierto, si se la “restringe” y limita la posibilidad de reclamo se ve muy disminuida. De todos modos, estos reclamos por vías “no institucionales” no se debieron, ni se deben, a la reforma constitucional, sino a factores distintos a ella pero los postulados introducidos en la reforma no ayudan a zanjar los reclamos y conflictos sociales ni a su canalización¹⁴.

III. Reflexiones finales

La reforma constitucional, intensa y legítima finalmente en la Argentina en 1994, tuvo no obstante una buena dosis de “hipocresía” y “gatopardismo”, ya que se regularon cuestiones que todo hace suponer que no se tenía la real intención de cumplir. Esto pasó en algunos casos, y la cláusula de igualdad de oportunidades es un buen ejemplo (art. 75 inc. 23) y no obsta que algunos puedan considerarlo igualmente positivo ya que las “normas buenas” igualmente quedan y siempre, en algún momento, pueden ser interpretadas y aplicadas en su debido sentido. Las constituciones —como toda obra humana— no son perfectas y son fruto de los máximos acuerdos políticos posibles a los que se llega en un momento determinado. A veces las ambigüedades en la redacción son deseadas porque señalan el límite del máximo consenso posible en relación con una norma cuyo contenido concreto no logra terminar de acordarse y por tanto se deja abierto.

Sin embargo, en el caso de la pregonada mayor participación y la facilitación de los reclamos sociales no se ha regulado bien, ya que ni las normas —no su actuación— parecen perseguir el objetivo que se declama. En efecto, el contenido de la reforma, su diseño, no parece “facilitar” la mayor participación y posibilidad de reclamos sociales.

No obstante lo dicho, debe reconocerse que se ha logrado finalmente una Constitución que surge de los distintos sectores sociales que componían la sociedad argentina del momento. En efecto, en el seno de la Convención Constituyente estuvieron representadas las principales fuerzas políticas de entonces. Pese a ello, si bien la reforma introdujo la idea de democracia que no estaba en el texto en forma expresa (art. 36 CN) la desconfianza de la clase política hacia el pueblo puede advertirse. La prueba más cabal es cómo se reguló el instituto de la iniciativa legislativa popular. A ello se suma que nuestra realidad nos muestra que tenemos un país con pobres e indigentes por un lado, y con ricos y opulentos por el otro y esto es, en un sentido más profundo de democracia y de respeto de derechos, intolerable porque comporta una violación de derechos humanos y por tanto es inconstitucional a más que cercena o menoscaba la idea de participación que toda democracia debe fomentar, para incluir a todos los miembros de la sociedad. El poder económico, el poder industrial, el poder concentrado y del capital no parece priorizar mayormente los derechos y la democracia, y pueden intentar desestabilizar —y a veces lo hacen— en poco tiempo situaciones relativamente consolidadas poniendo en riesgo el estado de derecho con tal de

¹⁴ He trabajado este tema en los capítulos 10, *El derecho frente a la protesta social* (pp. 351 - 366) y 13 *La protesta social y los derechos: los fallos “Argañaraz”* (2010) y “D’Elia” (pp. 455-498) en el libro ANDRÉS ROSSETTI y MAGDALENA I. ÁLVAREZ (coords.) *Derecho de Huelga y Derecho a la Protesta Social. Un análisis desde el método de casos* (Cijis, UNC - Advocatus, Córdoba 2013).

defender sus intereses económicos y de privilegios. El ya citado art. 36 CN aparece como un vallado importante y señero para el futuro desde el punto de vista normativo, pese a sus problemas lógicos y difícilmente puede disuadir a quien pueda llegar a estar decidido a violarlo. La “globalización” del derecho, impulsada desde antes de la reforma de 1994 pero acrecentada con ella (incs. 22 y 24 del art. 75 CN) en materia de integración y de protección de derechos humanos, colabora en profundizar un panorama que inicialmente parecía muy auspicioso y parece efectivamente serlo, aunque sin embargo, cuando se visualiza que jurídicamente hemos aceptado plenamente que muchas decisiones trascendentales en materia de derechos, de políticas públicas y demás, sean tomadas por protagonistas que se encuentran lejos del control democrático, es decir por organismos sin una clara “legitimidad” democrática, esto exige estar atentos y evaluar —según como evolucionen los procesos— la conveniencia o no de permanecer en ellos¹⁵.

También deben buscarse los mecanismos para afianzar plenamente la democracia, la igualdad, los derechos humanos de todos, entre muchos otros objetivos que se aspira que nuestro país pueda ir poco a poco consolidando. La visión y el balance con relación a estos años de democracia que han pasado después de la reforma constitucional de 1994 permite, en buena medida, ser optimistas, ya que lo que se vivió en el precedente pasado difícilmente pueda ser peor, y hoy —con sus defectos— los mecanismos democráticos e institucionales funcionan. Esto no quiere decir, sin embargo, que desde la reforma constitucional se haya impulsado una real democracia participativa porque no ha sido así. Es claro, por cierto, que ella depende, en realidad, no de las normas sino del actuar de cada uno de nosotros. Las normas jurídicas pueden contribuir pero las decisiones pasan por carriles en buena medida ajenos a lo jurídico. La posibilidad de reclamos sociales y de participación es fundamental para intentar seguir construyendo un país mejor. En definitiva, nuestra norma suprema (formal) modificada en 1994, pese a no haber “realmente” fomentado una mayor participación igualmente comportó un avance, desde lo jurídico, visto como nos encontrábamos en ese campo antes de ella. Es de esperar que —con la ayuda de las normas o incluso sin ella— podamos seguir construyendo una sociedad cada vez más participativa, en la que se incluya a todos sus integrantes para juntos poder compartir, en igualdad y libertad, una vida plena con el máximo respeto de los derechos humanos para todos, lo que volvería innecesarios, superfluos o redundantes los reclamos sociales.



¹⁵ Remito a ROSSETTI, ANDRÉS, *Globalización, derechos humanos y control de convencionalidad: efectos en el sistema jurídico argentino*, en *Tratados de derechos humanos y su influencia en el derecho argentino*, Tomo 1, PALACIO DE CAEIRO, SILVIA B. (dir.), La Ley, Buenos Aires 2015, pp. 195-211.

LA CORTE SUPREMA Y EL PRINCIPIO *PRO HOMINE*^{*}

María Isabel Urquiza^{**}

Resumen^{*}:** Desde hace doce años, la Corte viene receptando en sus fallos, el principio *pro homine*. Sin embargo, ¿el sentido y alcance de este principio es el mismo en los casos en los que ha sido aplicado por el Alto Tribunal? A través de sentencias clave y mediante análisis de discurso, se procurará mostrar la diversidad de matices del principio *pro homine* en la Corte Suprema.

Palabras clave: Corte Suprema - Principios - *Pro homine* - Sentencias clave.

1. Introducción

En las últimas décadas, cada vez se menciona más a los principios en la literatura jurídica procedente de tradiciones epistémicas y metodológicas de diverso signo. En este sentido, los distintos modelos jurídicos, tienen una comprensión diversa de la abarcabilidad, del papel que juegan en la cultura jurídica y aun del sentido que poseen los principios para el hombre en el mundo jurídico.

Procuraré acercarme al papel, sentido y abarcabilidad de los principios en el modelo jurídico multidimensional formulado por Fernando Martínez Paz. En particular, el principio *pro homine*, será abordado a través de decisiones clave de la Corte, interdisciplinariamente y atendiendo a su complejidad en los tiempos presentes. En este sentido, para ofrecer una mayor comprensión de las diversas respuestas de la Corte Suprema en relación a este principio, se recurrirá a un análisis del discurso compatible con esta cosmovisión jurídica.

2. Los principios, ayer y hoy

La tradición jurídica de los principios se remonta a los primeros interrogantes que se formulara el hombre acerca del bien y del mal, de lo justo y de lo injusto. Sin embargo, la síntesis ético-jurídica que implica el poder afirmar estas ideas por medio de formulaciones sencillas y claras, asequibles no sólo a juristas, sino a todos los hombres; requirió cierta racionalización que fue favorecida cuando comenzó a dejarse de lado la explicación mítica por una explicación basada en la causalidad primero, y posteriormente en el libre albedrío.

Max Weber, sostiene que el paso de lo irracional a lo racional, tanto material como formalmente, no se desarrolló de modo uniforme, sino que estas

^{*} Recibido el 29/12/14. Aprobado el 28/07/15.

^{**} Doctora en Derecho y Ciencias Sociales, UNC. Tesis doctoral calificada con 10 Sobresaliente y mención de publicación. Profesora adjunta de Introducción al Derecho "A" con extensión a Sociología Jurídica "A", a Seminario sobre Modelos Jurídicos y Corte Suprema y a Seminario Interdisciplinario sobre Minorías y Corte Suprema, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UNC. Mail de contacto: marisaurquiza@gmail.com.

^{***} A mi Maestro, el Profesor Emérito Fernando Martínez Paz (*in memoriam*). Agradezco profundamente la colaboración de los abogados Sebastián Díaz Bialet y Juan Pablo Díaz.

dimensiones se fueron complejizando y manifestando en distinto grado de profundidad en diversas sociedades a lo largo del tiempo. Así, en la antigua Roma, el jurisconsulto Ulpiano (170-228) recogió y sintetizó lo que inicialmente se denominara preceptos del derecho y que, más tarde recibiera el nombre de principios generales del derecho. Éstos son: vivir honestamente (*honeste vivere*), no dañar a nadie (*alterum non laedere*) y dar a cada uno lo suyo (*suum cuique tribuere*). Compartía una idea común de justicia que fuera formulada siglos atrás por Platón (429-348 a.C.) y Aristóteles (384-322 a.C.), y que mil años después recogiera Santo Tomás de Aquino (1225-1274).

Este tipo de pensamiento se caracterizó por partir del hombre y no de la sociedad y fue construyendo lentamente la doctrina ético-jurídica que hoy denominamos genéricamente como jusnaturalismo. Como señalara Norberto Bobbio (1909-2004), puede considerarse como *secularización de la ética cristiana*¹. Consideraba que las nociones del bien y de lo justo estaban grabadas: en la razón, según los pensadores y juristas griegos y romanos; en el corazón del hombre, según la tradición judeo-cristiana. Asimismo, contribuyó a la racionalización sustancial o material del derecho en forma directa y a la formal, indirectamente.

En la modernidad, primero teólogos-juristas y posteriormente juristas, continuaron profundizando las elaboraciones teóricas y reflexiones de esta línea de pensamiento de tremenda fuerza moral universal, pero de débil certeza que sí brindaban las normas de derecho positivo. A pesar de esta limitación, sus aportes fueron clave en la conformación del derecho internacional moderno, en el desarrollo y expansión de los principios del constitucionalismo clásico. Así, las constituciones modernas recogieron principios de derecho natural, convirtiéndolos, entre otras formas jurídicas, en libertades, en derechos y aun en garantías. Le dieron validez y vigencia formales, eficacia social y por ende, certeza a dichos principios, sólo dentro de las fronteras de cada Estado que los reconocía, positivizándolos.

Cuando en 1948, la Declaración Universal de los Derechos Humanos receptó los principios ético-jurídicos en su texto; al mismo tiempo, éstos tuvieron tanto fuerza y valor universal, como eticidad y positividad conjuntamente. Este proceso que llevó miles de años, se condensa en lo que Jürgen Habermas (n. 1929) denomina *emigración de la moral al contenido interno del derecho*². Esta imagen alude también a la racionalización jurídica que suponen las democracias actuales, constitucionales, abiertas y pluralistas.

3. Los principios ético-jurídicos y el núcleo no negociable

El modelo jurídico multidimensional considera que una de las dimensiones de los fenómenos jurídicos y del mundo jurídico, es la del derecho como legalidad y legitimidad en permanente comunicación. Los principios ético-jurídicos junto a la conciencia jurídica, son los ejes de la sub-dimensión de la eticidad.

La conciencia jurídica es el centro moral y órgano de sentido de la persona. Puede desarrollarse en sucesivas etapas y niveles. Según las investigaciones de uno de los discípulos de Jean Piaget (1896-1980), Lawrence Kohlberg (1927-

¹ BOBBIO, NORBERTO, *El tercero ausente*, Cátedra, Madrid, 1997, p. 166.

² HABERMAS, JÜRGEN, "¿Cómo es posible la legitimidad por vía de legalidad?", en *Doxa* 5, 1988, pp. 21-45.

1987); sólo el 25% de las personas adultas alcanza madurez moral, y de este 25%, sólo el 5% logra la plenitud moral. Dicha plenitud se consigue en el tercer nivel de desarrollo, denominado postconvencional y dentro de este nivel, en la última etapa llamada de los principios éticos universales. Advierte que se puede razonar con criterios moralmente elevados, pero no siempre resulta sencillo vivir de acuerdo a ellos, por factores muy diversos. Asimismo, al alcanzar esta etapa es posible objetar las normas jurídicas que se opongan a los principios ético-jurídicos que la propia conciencia reconozca y valore.

Así como la conciencia jurídica es el centro moral de la persona, los principios ético-jurídicos son el centro moral de los fenómenos jurídicos y del mundo jurídico multidimensional. Ambos, conciencia y principios están interrelacionados. Los hombres, de acuerdo a su desarrollo moral, descubren y construyen los diversos principios en su vida cotidiana. Descubren, a través de sus conciencias, los principios inmediatos, *“que expresan de un modo directo los fundamentos y los valores esenciales y connaturales a toda forma de convivencia ordenada al bien común y a satisfacer los fines existenciales de los hombres en sociedad”*³. Se caracterizan por un mayor grado de generalidad o abarcabilidad y de permanencia. Fundan ordenamientos jurídicos concretos o aun la misma Declaración Universal de Derechos Humanos a la que me referí brevemente *ut supra*. Se proyectan en constituciones, sentencias judiciales de máximos tribunales. No es posible elaborar con estos principios, un código detallado, como lo intentara Hugo Grotius (1583-1645), quien recogiendo el *consensus gentium* de su tiempo, pretendió construirlo, basado en las ideales racionalistas. Dichos principios configuran además, el núcleo no negociable que cada sociedad va construyendo, nutriéndose de sus tradiciones, experiencias, marchas y contramarchas. Asimismo, definen los límites de apertura del ordenamiento jurídico y de la sociedad misma. Este núcleo o al menos, algunos aspectos del mismo, suele recogerse en los Preámbulos de las Constituciones.

Los hombres y los pueblos construyen y elaboran los principios mediatos, en armonía y como consecuencia de los inmediatos. *Se concretan y objetivan históricamente en una determinada civilización o en la experiencia jurídica de las distintas comunidades*⁴. Al estar subordinados a los anteriores, su grado de generalidad es menor, pero mayor su especificidad. Fundan instituciones concretas y complejos normativos diversos, dentro de un determinado ordenamiento jurídico. Se proyectan en códigos, leyes, contratos y en diversas sentencias judiciales; también en declaraciones, pactos específicos de derechos humanos. Si bien se apoyan en los principios inmediatos, poseen un mayor grado de variabilidad tanto espacial como temporalmente.

4. La incertidumbre y el principio *pro homine*

En los últimos tiempos, como decía mi Maestro, el derecho dejó de ser considerado, enseñado y vivenciado como *“un dispensador de certezas impregnado de certidumbres (...) Hoy el derecho duda de sí mismo y el hombre común duda*

³ MARTÍNEZ PAZ, FERNANDO, *Introducción al derecho*, segunda edición actualizada, reestructurada y revisada, Ábaco, Buenos Aires, 2004, p. 352.

⁴ MARTÍNEZ PAZ, FERNANDO, *ob. cit.*, p. 352.

del derecho, lo mismo que el legislador, los jueces, los abogados, los profesores”⁵. La incertidumbre y la duda pasaron a ser características de la cultura jurídica actual; afectando también a los principios, sobre todo a los mediatos, los que como las leyes que informan, ya no tienen el mismo sentido y significado que se les atribuía. Asimismo, la incertidumbre y la duda, unidas a la anomia, acarrearán confusión respecto de la gradación, abarcabilidad, especificidad, alcance y permanencia de casi todos los principios y esto se ve reflejado en la literatura jurídica, en las decisiones de tribunales de diversa índole y en escenarios del mundo jurídico actual. Uno de los principios afectados es el *pro homine*.

Este principio en particular, pertenece a los mediatos, está profundamente anclado en una protección amplia de los fines existenciales, que pueden resumirse en *la conservación y generación de la vida; el perfeccionamiento físico, espiritual y religioso; y la participación en el bien común general*⁶. El sentido de este principio es proteger con la mayor abarcabilidad posible al ser humano. Opera como criterio hermenéutico en casos de incerteza, como todos los principios “pro”, para dar un alcance amplio a los derechos y asegurar la protección necesaria a la persona. Sin embargo, a diferencia de otros principios “pro”, no se refiere a una única materia jurídica especializada o a un único complejo normativo en particular, sino al ordenamiento jurídico todo.

5. La Corte y el principio *pro homine*: tres respuestas relevantes

Con la reforma constitucional de 1994, nuestra Constitución aumentó en grado considerable la apertura que ya tenía con el art. 33. La Corte Suprema, en numerosos casos relevantes interpretó y ponderó esta apertura e incluso se adelantó a dicha reforma reflejando dicha apertura⁷. En este contexto, aplicó el principio *pro homine* en diversos casos en los últimos años. Me referiré a tres de ellos: “Portal de Belén” (2002), “Arriola” (2009) y “F.A.L.” (2012). Para ello, el análisis de discurso basado, fundamentalmente en los aportes de Teun Van Dijk (n. 1947), acerca del uso del poder a través del lenguaje; se integrará a las líneas de análisis procedentes de la complejidad y apertura del modelo jurídico multidimensional, procurando una comprensión mayor y más humanizada de la problemática.

5.1. “Portal de Belén”

El 5 de marzo de 2002, la Corte dicta sentencia en “Portal de Belén - Asociación Civil sin fines de lucro c. Ministerio de salud y Acción Social de la Nación s/ amparo”⁸. El fallo es de decisión heterogénea. Los Ministros Julio S. Nazareno,

⁵ MARTÍNEZ PAZ, FERNANDO, “Cuestiones que plantea la enseñanza del derecho, hoy”, en *La educación, política de Estado*, 2000, Academia Nacional de Educación, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Academia Nacional de Ciencias, Córdoba, 2000, p. 57.

⁶ MARTÍNEZ PAZ, FERNANDO, ob. cit., p. 274.

⁷ Entre los casos relevantes en los que la Corte se adelantó a la reforma constitucional de 1994, pueden mencionarse a “Ekmekdjian c. Sofovich”, del año 1992 (Fallos: 315:1492). En esta oportunidad, se receptaron con doce años de antelación a la reforma constitucional, mediante Tratados de Derechos Humanos, los derechos colectivos. El Alto tribunal jerarquizó y operativizó el contenido de dichos Tratados, que luego, mediante dicha reforma, tendrán jerarquía constitucional. Pueden mencionarse también, los casos “Fibraca”, de 1993 (Fallos: 316:1669); y “Cafés La Virginia”, de 1994 (Fallos: 317:1282). En estas oportunidades, asimismo, los tratados internacionales, su jerarquía y obligatoriedad, fueron objeto de tratamiento en las sentencias.

⁸ Fallos: 325:292.

entonces Presidente del Alto Tribunal; Eduardo Moliné O'Connor; Antonio Boggiano, Guillermo A. F. López y Adolfo Roberto Vázquez, votaron por la mayoría⁹. El resto votó en disidencia, conformando dos grupos de minorías nómicas: Carlos S. Fayt y Gustavo Bossert, por un lado; y Augusto César Belluscio y Enrique Santiago Petracchi, por otro lado. Las minorías rechazan el amparo por cuestiones procesales, por lo cual no se pronuncian sobre el fondo del asunto, cosa que únicamente hará la mayoría.

La asociación civil sin fines de lucro "Portal de Belén" presenta una acción de amparo contra el Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación a fin de que se le ordene revocar la autorización y se prohíba la fabricación, distribución y comercialización de un fármaco, cuyo nombre de fantasía era "Imediat", por considerar que éste tiene efectos abortivos.

La mayoría presenta su voto ordenado en quince considerandos y en particular, en el considerando N° 11 se refiere explícitamente al *principio pro homine*:

"11) Que esta solución condice con el principio 'pro homine' que informa todo el derecho de los derechos humanos. En tal sentido cabe recordar que las garantías emanadas de los tratados sobre derechos humanos deben entenderse en función de la protección de los derechos esenciales del ser humano. Sobre el particular la Corte Interamericana, cuya jurisprudencia debe seguir como guía para la interpretación del Pacto de San José de Costa Rica, en la medida en que el Estado Argentino reconoció la competencia de dicho tribunal para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de los preceptos convencionales (conf. arts. 41, 62 y 64 de la Convención y 2° de la ley 23.054), dispuso: 'Los Estados... asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados sino hacia los individuos bajo su jurisdicción' (O.C. - 2/82, 24 de septiembre de 10982, párrafo 29, Fallos: 320:2145)."

Cuando los Ministros se refieren a "que esta solución condice con el principio pro homine", al comienzo del considerando transcrito *ut supra*, alude a lo ya expresado en el considerando N° 10, respecto a la afirmación: "...ante el carácter plausible de la opinión científica (...) la vida comienza con la fecundación". Y más adelante agrega: "...todo método que impida el anidamiento debería ser considerado como abortivo". Se advierte la necesidad de fortalecer, preparando el argumento del considerando N° 11, justificar el porqué se recurre a este principio. Además, en los textos transcritos del considerando 10 se muestra la utilización de estrategias discursivas de inmunización y legitimación por medio de adjetivación reforzadora además de la apelación a "la opinión científica", ya citada. Todo ello para fortalecer la afirmación de que "la vida comienza con la concepción". Lo cual implica, en principio, una abierta defensa al derecho a la vida, el cual es manifestación de uno de los fines existenciales en los que se basa este principio.

Asimismo, en el considerando N° 11, transcrito *ut supra*, se observa el subrayado en la expresión "pro homine", como forma gráfica de fortalecer, desde sus inicios, la argumentación vertida en este considerando. Cabe agregar que inmediatamente aclara que este principio "informa todo el derecho de los derechos humanos". Con ello, explicita el grado de abarcabilidad y el amplísimo grado de alcance atribuido. Inmediatamente, recuerda la Corte que "las garantías ema-

⁹ La mayoría compuesta por estos integrantes, fue denominada, en la literatura jurídico-política, como mayoría automática, debido a que era muy difícil romper el consenso de estos Ministros para lograr decisiones diferentes.

nadas de los tratados sobre derechos humanos deben entenderse en función de la protección de los derechos esenciales del ser humano”.

Continúan los argumentos reforzadores a lo largo de todo el voto mayoritario. A modo de ejemplo, el considerando N° 12 comienza: *“Que esta Corte ha declarado que el derecho a la vida es el primer derecho natural de la persona humana preexistente a toda legislación positiva que resulta garantizado por la Constitución Nacional (Fallos: 302:1284; 310:112; 323:1339)”*. Más adelante, en el mismo párrafo agrega: *“También ha dicho que el hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo —más allá de su naturaleza trascendente— su persona es inviolable y constituye un valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental (Fallos: 316:479, votos concurrentes)”*. Cuando se refiere a *“esta Corte”*, no necesariamente es la Corte Suprema conformada como el 5 de marzo de 2002, sino que abarca desde que empezó a funcionar este Tribunal, en 1864. En otras palabras, eternaliza a este Tribunal y a sus sentencias, ubicándose más allá del tiempo. Asimismo, cuando afirma del hombre que *“su persona es inviolable y constituye un valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental”*; quiere establecer un orden de prioridades en el que la persona es no negociable, no instrumentable.

En el considerando N° 14 reafirma todavía más estas ideas y se apoya en la Convención sobre los Derechos del Niño, de rango constitucional: *“(…) todo ser humano a partir de la concepción es considerado niño y tiene el derecho intrínseco a la vida (arts. 6.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, 2 de la ley 23.849 y 75, inc. 22 de la Constitución Nacional)”*.

En el segundo párrafo del considerando N° 15, último de su voto, hace lugar al amparo; y entre otros aspectos, *“(…) ordena al estado nacional —Ministerio Nacional de Salud y Acción Social, Administración Nacional de Medicamentos y técnica Médica—, que deje sin efecto la autorización, prohibiendo la fabricación, distribución y comercialización del fármaco ‘Imediat’ (...)”*. Imediat es el nombre de fantasía, no la designación farmacológica de la droga que compone ese medicamento. Sorprende que después de toda una galería de argumentos como la defensa de la vida humana desde la concepción, que desde entonces es considerado niño, que la persona es inviolable y valor fundamental, entre otros; la prohibición se realice aludiendo sólo al nombre de fantasía. En este sentido, cabe recordar que en marzo de 2002, el país estaba en plena crisis económica y la imagen que la Corte de entonces proyectaba, era de fuerte deslegitimación. El fallo significaba un triunfo simbólico a favor de la vida humana, porque los argumentos esgrimidos pueden ser invocados en el futuro como de *“esta Corte”*, aunque no se prohibiera la droga farmacológica que componía el medicamento en cuestión.

5.2. “Arriola”

Años más tarde, el principio *pro homine* es invocado en una cuestión diferente: el 25 de agosto de 2009, en el caso “Recurso de hecho deducido por el defensor oficial de Gustavo Alberto Fares, Marcelo Ezequiel Acedo, Mario Alberto Villarreal, Gabriel Alejandro Medina y Leandro Andrés Cortejarena en la causa Arriola, Sebastián y otros s/ causa n° 9080”¹⁰.

¹⁰ Fallos: 332:196.

La Corte presentaba otra composición. Sólo continuaban los Ministros Carlos Santiago Fayt y Enrique Santiago Petracchi, quienes se habían incorporado en 1983, con el advenimiento de la democracia. Ya no integraban el Alto Tribunal los restantes jueces que votaran en 2002, en el fallo “Portal de Belén”. El Presidente es, en 2009, Ricardo Lorenzetti. El número de integrantes ya no es de nueve, sino de siete miembros.

El voto es unánime. Sin embargo, sólo dos Ministros redactaron el voto: Elena I. Highton de Nolasco y Juan Carlos Maqueda, quienes se habían incorporado a la Corte en 2004 y 2002, respectivamente. El resto de quienes suscribieron el voto, presentaron sus fundamentos por separado, esto es “según su voto”: Ricardo Luis Lorenzetti, quien había ingresado en 2004 y desde 2007 era Presidente del Máximo Tribunal; Carmen M. Argibay, que componía la Corte; Eugenio Raúl Zaffaroni, quien era Ministro desde 2003; Carlos Santiago Fayt y Enrique Santiago Petracchi.

Cabe señalar que una de las características de la presidencia Lorenzetti, que continúa hasta el presente, es la búsqueda permanente de consenso entre los Ministros. Por lo que las disidencias explícitas son escasas, pero se ha generalizado esta homogeneidad aparente, al aparecer los votos como unánimes. Sin embargo, las diferencias en los fundamentos de los votos individuales o de pequeñas minorías votando conjuntamente (“según su voto”), en determinadas oportunidades constituyen disidencias implícitas o veladas. Asimismo, este estilo de votación ya había comenzado en 1983, pero se ha venido generalizando en los últimos años.

El voto suscripto por todos los Ministros, pero redactado sólo por Highton de Nolasco y Maqueda, está ordenado en 36 considerandos. En relación al principio *pro homine*, la argumentación que prepara su inclusión es extensa. En particular, en el segundo párrafo del considerando N° 16, se expresa: *“Cabe tener presente que una de las pautas básicas sobre la que se construyó todo el andamiaje institucional que impulsó a la Convención Constituyente de 1994 fue el de incorporar a los tratados internacionales sobre derechos humanos como un orden equiparado a la Constitución Nacional misma (art. 75, inc. 22). Así la reforma constitucional de 1994 reconoció la importancia del sistema internacional de protección de los derechos humanos y no se atuvo al principio de soberanía ilimitada de las naciones (considerandos 19 y 19 in re “Mazzeo”, Fallos: 330:3248)”*. El tropos del *andamiaje* alude a una obra en construcción y la expresión final de que la reforma constitucional de 1994 *no se atuvo a la soberanía ilimitada de las naciones*, se refiere a que la Constitución ahora es abierta, esta última idea está reforzada por la cita de Fallos correspondiente al caso “Mazzeo” de 2006.

En el mismo considerando N° 16, en su cuarto párrafo la Corte se autolegitima e inmuniza, autorreferenciándose en estos términos: *“Estos parámetros internacionales han sido especialmente tenidos en cuenta por esta Corte al dictar diferentes pronunciamientos, así en cuestiones tales como las condiciones carcelarias mínima aceptables (“Verbitsky”, Fallos: 328:1146); a la revisión del fallo condenatorio en causas penales (“Casal”, Fallos: 328:3399); derecho de los menores en conflicto con la ley penal (“Maldonado”, Fallos: 328:4343); el debido proceso en internaciones psiquiátricas involuntarias (“Tufano”, Fallos: 328:4832); alcance de la garantía de imparcialidad (“Quiroga”, Fallos: 327:5663, “Llerena” y “Dieser”, Fallos: 328:1491 y 329:3034, respectivamente); defensa en juicio (“Benítez” y “No-*

riega”, Fallos: 329:5556 y 330:3526, respectivamente), derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (“Barra”, Fallos: 327:327); precisiones sobre el concepto de peligrasidad (“Gramajo”, Fallos: 329:3680); derecho de las víctimas (“Santillán”, Fallos: 321:3021); y fundamentalmente, todo lo vinculado a la investigación y sanción de graves violaciones a los derechos humanos (“Arancibia Clavel”, Fallos: 327:3312; “Simón”, Fallos: 328:2056 y “Mazzeo”, Fallos: 330: 3248) entre otras cuestiones”. A excepción del caso “Santillán”, que fuera decidido por la Corte con la conformación anterior, los demás fallos citados corresponden al período 2005-2008 de la Corte actual. Se observa asimismo, que vuelve a referirse al caso “Mazzeo”, pero contextualizándolo en la materia específica de *investigación y sanción de graves violaciones a los derechos humanos*. Asimismo, la enumeración exhaustiva de diez fallos, ordenándolos por temas concretos, así como la expresión final *entre otras cuestiones*, muestra la vastedad de casos relevantes de la presente Corte en unos pocos años y el compromiso de convertir el texto ampliado de la Constitución con los tratados de derechos humanos, en una realidad viva.

En el considerando N° 21 continúa con la argumentación preparatoria a la aplicación del principio *pro homine*, en estos términos: “Que, cabe señalar que la jerarquización de los tratados internacionales ha tenido la virtualidad, en algunos casos, de ratificar la protección de derechos y garantías ya previstos en nuestra Carta Magna de 1853, en otros, le ha dado más vigor; y en otros casos realiza nuevas proclamaciones o describe alcances de los mismos con más detalle y precisión. Pero, además, dichas convenciones internacionales también aluden a los valores que permiten establecer limitaciones al ejercicio de esos derechos para preservar otros bienes jurídicos colectivos, tales como ‘bien común’, ‘orden público’, ‘utilidad pública’, ‘salubridad pública’ e ‘intereses nacionales’ (art. 22 inc. 3º, del Pacto de san José de Costa Rica; arts. 12 inc. 3º, 14, 19 inc. 3º b, 21 y 22 inc. 2º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 29 inc. 2º de la Declaración Universal de Derechos Humanos)”. El tropos *vigor*, referido a la jerarquización de los tratados internacionales a través de la reforma constitucional de 1994 respecto de la protección de derechos y garantías constitucionales, alude a que dichos tratados han fortalecido, revitalizado la Constitución.

El considerando N° 23 invoca y aplica el principio *pro homine*:

“Que a nivel internacional también se ha consagrado el principio ‘pro homine’. De acuerdo con el art. 5º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el 29 de la Convención Americana, siempre habrá de preferirse la interpretación que resulte menos restrictiva de los derechos establecidos en ellos. Así cuando unas normas ofrezcan mayor protección, éstas habrán de primar, de la misma manera que siempre habrá de preferirse en la interpretación la hermenéutica que resulte menos restrictiva para la aplicación del derecho fundamental comprometido (CIDH OC 5-85). No hay dudas que tal principio ‘pro homine’ resulta más compatible con la posición de la Corte en ‘Bazterrica’ que en ‘Montalvo’, pues aquél amplía la zona de libertad individual y este último opta por una interpretación restrictiva”.

Cabe señalar que la expresión “*pro homine*”, no sólo aparece entrecomillada, sino subrayada en dos oportunidades. El doble refuerzo visual fortalece, jerarquiza y legitima la aplicación de este principio. Asimismo, la Corte especifica la regla de utilización de dicho principio; e inmediatamente lo explica a través de un ejemplo, facilitando la comprensión y resolviendo la posible incerteza res-

pecto al criterio de aplicación del mismo. Al final del párrafo, la expresión auto-inmunizante “no hay dudas” procura cerrar la diferencia de criterios al resolver casos semejantes años atrás. El caso “Bazterrica” fue resuelto el 29 de agosto de 1986¹¹, destacándose en él, el voto del Ministro Petracchi. Años más tarde, con otra conformación de la Corte, el 11 de diciembre de 1990, el Máximo Tribunal adopta una decisión opuesta a la anterior en el caso “Montalvo”¹², destacándose la disidencia del Ministro Petracchi. La Corte termina inclinándose por los argumentos vertidos en 1986 y Petracchi logra imponer su argumentación.

5.3. “F.A.L.”

El 13 de marzo de 2012, la Corte falla en “F.A.L. s/ medida autosatisfactiva”¹³. Como en el caso al que me acabo de referir de 2009, el voto aquí es unánime, mas no en los fundamentos. Redactan el voto en 31 considerandos: Ricardo Luis Lorenzetti, Elena I. Highton de Nolasco, Carlos S. Fayt, Juan Carlos Maqueda y E. Raúl Zaffaroni. Los Ministros Enrique Santiago Petracchi y Carmen M. Argibay presentan sus fundamentos por separado bajo la forma “según su voto”. Persiste la preferencia por el consenso al votar, pero se mantienen las minorías implícitas, veladas.

En el considerando 1º), se afirma: “*Que A.F., en representación de A.G., su hija de 15 años de edad, el 14 de enero de 2010, solicitó a la justicia penal de la Provincia de Chubut —ante cuyos estrados se instruía una causa contra O.C., esposo de aquélla, por la violación de A.G.— que se dispusiera la interrupción del embarazo de la niña adolescente mencionada, con base en lo previsto en el art. 86, incs. 1º y 2º, del Código Penal. En esa oportunidad, señaló que el 3 de diciembre de 2009 había denunciado la violación ante el Ministerio Fiscal de la Provincia de Chubut y que, el 23 del mismo mes y año, un certificado médico dio cuenta de que A.G. cursaba la octava semana de gestación (fs. 17/18 y constancias a fs. 1/1 vta. y 11)*”. El fallo comienza, mediante narrativización, a explicitar los sucesos que dan lugar a la decisión.

El consid. 2º *in fine* explicita el desenlace de lo señalado en el considerando anterior: “*La intervención médica abortiva así habilitada se produjo finalmente el 11 de marzo de 2010 en el Centro Materno Infantil del Hospital Zonal de Trelew (fs.648)*”. La forma adverbial “finalmente” junto con el recurso de poder de la narrativización que continúa aquí, procuran expresar el difícil camino que transitó la menor embarazada hasta que se le practicara el aborto.

En el considerando N° 4 *in fine* la Corte agrega que “*(...) se peticionó que este Tribunal declarara la admisibilidad del recurso bajo examen, como así lo hicieron los diversos amicus curiae que se presentaron solicitando la confirmación o la revocación de la sentencia. Oportunamente, se dispuso remitir la causa al señor Procurador Fiscal, quien sostuvo que la cuestión debía declararse abstracta (fs. 1021/1022)*”. Se destaca la presencia de los *amicus curiae* que estaban a favor de la vida de la persona por nacer o a favor de la menor violada, es decir se advierte la presión nosotros/ellos en medio de la oposición de posiciones divergentes en relación al caso. Asimismo, llama la atención lo expresado al final res-

¹¹ Fallos: 308:1412.

¹² Fallos: 313:1332.

¹³ Fallos: 335:197.

pecto a que el señor Procurador Fiscal “*sostuvo que la cuestión debía declararse abstracta*”.

Entonces: ¿por qué la Corte falló? Lo explicita en el considerando N° 18, segundo párrafo: “*En esta inteligencia, este Tribunal quiere dejar expresamente aclarado que su intervención lo es a los efectos de esclarecer la confusión reinante en lo que respecta los abortos no punibles y a fin de evitar frustraciones de derecho por parte de quienes peticionen acceder a ellos, de modo tal que se configuren supuestos de responsabilidad internacional*”. El argumento comienza con las expresiones “*esta inteligencia*”. Delimita mediante la forma adjetiva “*esta*” seguida de “*inteligencia*”, que jerarquiza y legitima al Tribunal y su posición frente a la posición que no comparte. Fortalece la oposición nosotros/ellos calificándose favorablemente; a la vez que “*ésta*” destaca lo propio frente a lo otro como extraño. “*Quiere dejar expresamente aclarado*” muestra la actitud terminante reforzada por la forma adverbial. “*Esclarecer la confusión reinante*”: este tropos procura subrayar los recursos argumentativos anteriores a la vez que muestra su papel como favorable. La luz se opone a la oscuridad (“*esclarecer*”) que es propia de la confusión y “*reinante*” muestra que el gobierno de la oscuridad es vencido por la claridad. Las razones de por qué falla son dos: “*esclarecer la confusión reinante en lo que respecta a los abortos no punibles*” y “*evitar frustraciones de derecho por parte de quienes peticionen acceder a ellos, de modo tal que se configuren supuestos de responsabilidad internacional*”. En este caso, el término “*frustraciones*” relacionada con el verbo “*evitar*”, nos muestra la función preventiva de este fallo. En otras palabras, la decisión está dirigida a un público presente y futuro.

El principio *pro homine* se aplica en el considerando N° 17:

“(…) *los principios de estricta legalidad y pro homine obligan a adoptar la interpretación amplia de este supuesto normativo que establece la no punibilidad del aborto practicado respecto de un embarazo que sea la consecuencia de una violación. Ello así, por cuanto la decisión relativa al alcance de este precepto se encuentra limitada de antemano por estos principios que obligan, respectivamente, a ‘priorizar una exégesis (que esté)... en consonancia con el principio político criminal que caracteriza al derecho penal como la última ratio del ordenamiento jurídico y... (a) privilegiar la interpretación legal que más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal (Fallos: 331:858, considerando 6° y 329:2265). Por ello, debe adoptarse la interpretación según la cual no resulte punible la interrupción del embarazo proveniente de toda clase de violación porque una exégesis en sentido contrario —que reduzca la no punibilidad de esta práctica al caso de una incapaz mental— amplía sustancialmente el alcance del castigo penal y niega, a toda otra víctima de una violación que se encuentre en esa situación, el derecho a acceder a esa práctica*”.

A diferencia de los casos “Portal de Belén” y “Arriola” en los que la Corte se valió de reforzadores gráficos como el subrayado en el primer caso y el subrayado acompañado de entrecomillado, en el segundo como se mostrara *ut supra*; aquí la Corte no recurre a ellos. Recurre a la relación y aplicación conjunta con el principio de legalidad, al que presenta con el tonificador adjetivo “*estricta*”. Se redefine, ampliándose, el alcance de los destinatarios de la decisión, presentándose esto como “*alcance... (del) principio*”. Al final, precedido por el conector *por ello*, se utiliza el verbo “deber”, como forma de tomar distancia frente a la problemática.

6. Algunas conclusiones

En los tres fallos analizados se advierte una fuerte actitud de compromiso con los derechos de las personas que la Corte, independientemente de su conformación, quiere mostrar. Asimismo, el Alto Tribunal se ha configurado auténticamente como un *“foro de principios”* como expresara Ronald Dworkin (1931-2013)¹⁴. Al mismo tiempo, se advierte una actitud de mayor cercanía con los problemas a tratar y con las personas concretas que los sufren y no solamente desde una actitud democrática, sino que procura recoger los resultados de las investigaciones, escuchar posturas contrapuestas en el caso de los *amicus curiae*, aun cuando su posición se encontrare ya definida frente a un determinado conflicto. Asimismo, la recurrencia a una gran cantidad de recursos argumentativos de todo tipo, especialmente los reforzadores de poder, muestra que los acuerdos consensuales fueron difíciles de lograr.

Quizás el primer interrogante es el de por qué cambió el criterio de la Corte al operativizar el principio *pro homine* en “Portal de Belén” y en “F.A.L.”. ¿Fue acaso la diferente conformación del Alto Tribunal? ¿Cómo fue posible este cambio?

Considero que la conformación es un factor importante en toda decisión del Máximo Tribunal. Respecto del criterio al operativizar el principio *pro homine*, no debe olvidarse que en “Portal de Belén” el triunfo de la argumentación en favor de la vida y en particular, del comienzo de la vida humana de las personas, tuvo un carácter simbólico; ya que no se prohibió la droga farmacológica que componía el medicamento, sino que sólo se aludió al nombre de fantasía en dicha prohibición.

Asimismo, fue clave una decisión precedente a F.A.L. y que permitió el cambio en el alcance del principio referido. En el caso “Sánchez”¹⁵, la decisión fue unánime pero no en los fundamentos¹⁶. Si bien es un fallo que significó un reconocimiento a las víctimas del terrorismo de Estado y por tanto una reparación con características históricas, lo cual es plausible y muestra una vez más el acercamiento de la Corte y la voluntad de construir un Tribunal democrático, en el voto mayoritario se advierte un cambio cualitativo. En el considerando N° 7, segundo párrafo, transcribe haciendo suyas, las palabras de Alfredo Orgaz de una obra de 1946: *“(…) el derecho positivo puede literalmente conferir la personalidad a diversos sustratos, de modo que éstos sean el término de imputación de un conjunto de derechos y deberes jurídicos”*¹⁷. Más adelante, afirma en el considerando

¹⁴ DWORKIN, RONALD, *Una cuestión de principios*, Siglo Veintiuno, Buenos Aires, 2012, pp. 100-102.

¹⁵ 22/5/2007, “Sánchez, Elvira Berta c. M° J y DDHH - art. 6° ley 24.411 (Resol. 409/01)”. Fallos: 330:2304.

¹⁶ Redactaron el voto, los Ministros: Ricardo Luis Lorenzetti, Carlos S. Fayt, Enrique Santiago Petracchi, Juan Carlos Maqueda y Carmen M. Argibay. Votaron con fundamentos diversos (“según su voto”) en forma conjunta: Elena I. Highton de Nolasco y E. Raúl Zaffaroni. Cabe destacar que en el Dictamen que precede al fallo, el Procurador General, en el punto V, 8° párrafo, afirma: *“(…) el derecho a la vida es el primer derecho natural de la persona humana, preexistente a toda legislación positiva, y que resulta garantizado por la Constitución Nacional (doctrina de Fallos: 323:1339, entre muchos), derecho presente desde el momento de la concepción, reafirmado con la incorporación de tratados internacionales con jerarquía constitucional.”*

¹⁷ A comienzos de la década del cuarenta, Carlos Cossio (1903-1987) había empezado a difundir la obra de Hans Kelsen (1181-1973). De modo que, en 1946 hacer alusión a las ideas del jurista europeo, era muy novedoso entonces.

Nº 10, primer párrafo *in fine*: “La personalidad, por consiguiente, no es una cualidad ‘natural,’ algo que exista o pueda existir antes de todo ordenamiento jurídico y con independencia de éste: es una cualidad puramente jurídica, repetimos, algo que el derecho construye para sus fines particulares...” (ob. cit. p. 7):”

Como podemos advertir, si la personalidad es “una cualidad puramente jurídica, (...) algo que el derecho construye para sus fines particulares”, se ha roto el anclaje en la naturaleza humana, en la condición humana. Por lo tanto, los principios sólo son construcciones jurídicas. La Corte rompe el lazo que une a los principios ético-jurídicos inmediatos con los mediatos. Principios son considerados como tales, sólo los mediatos, son considerados como puras construcciones sociales. Estándares que pueden variar de un tiempo a otro y de una cultura a otra, predominando en ellos su carácter instrumental.

El fallo “F.A.L.” refleja esta última concepción de los principios, característicos de los modelos jurídicos unidimensionales y comparte la concepción de la personalidad expresada en “Sánchez”.

Como expresara la Corte en “F.A.L.”, se quería “(...) evitar frustraciones de derecho por parte de quienes petitionen acceder a ellos, de modo tal que se configuren supuestos de responsabilidad internacional”. De ahí que, el principio *pro homine* unido al de “estricta” legalidad se aplicaran para extender “(...) a toda otra víctima de una violación que se encuentre en esa situación, el derecho a acceder a esa práctica”.¹⁸ El resto, en lo que respecto a este caso, queda a cargo de las provincias y los protocolos de aborto.

Quisiera señalar, finalmente respecto a “F.A.L.”, que el 6 de marzo de 2014, la Corte dictó sentencia en “Asociación por los Derechos Civiles (ADC) y otros s/ solicitan audiencia pública en los autos ‘F.A.L. s/ medida autosatisfactiva, expediente F-259/2010-SEX’ Diversas organizaciones que habían participado como *amicus curiae* en 2012 en el caso “F.A.L.”, solicitaron al Alto Tribunal que convocare a una audiencia pública para supervisar el estado de cumplimiento de las exhortaciones, consideradas por dichas organizaciones como órdenes generales con fuerza vinculante. En relación con ello, el Máximo Tribunal afirma en el tercer párrafo del voto unánime que “(...) la competencia apelada del Tribunal quedó íntegramente agotada con el fallo que confirmó el pronunciamiento impugnado, por lo que no hay caso judicial actual en trámite ante este estrado constitucional que permita abrir juicio sobre la índole y los alcances de las exhortaciones formuladas en la sentencia que se invoca”¹⁹.

El principio *pro homine* es símbolo de condensación de valores, instituciones y experiencias jurídicas de miles de años de racionalización de la humanidad. Su construcción presente responde a diversas cosmovisiones jurídicas, como hemos podido apreciar. En la medida que predomine el aspecto sustancial o material, su formulación, ponderación y aplicación será más afín a los modelos jurídicos multidimensionales; anclados en una noción de persona y sus derechos provenientes de la naturaleza humana y a la construcción de un núcleo no negociable. En cambio, si predomina el aspecto instrumental, su formulación,

¹⁸ “F.A.L.”, considerandos Nº 18 y 17 respectivamente, transcriptos *ut supra*.

¹⁹ Si bien el voto está suscripto por los Ministros: Lorenzetti, Highton de Nolasco, Maqueda, Fayt y Argibay. Los dos últimos, presentan los fundamentos de sus votos por separado y en forma conjunta (“según su voto”).

ponderación y aplicación será más afín a los tradicionales modelos jurídicos unidimensionales.

Bibliografía

AA.VV., *Defendiendo el derecho humano a la vida en Latinoamérica*, Americans United for Life, Washington, 2012.

BARRERA BUTELER, GUILLERMO (dir.), *Lecciones de Derecho Constitucional*, Tomo I, Ciencia, Derecho y Sociedad. Serie: textos de estudio, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, Advocatus, Córdoba, 2014.

BOBBIO, NORBERTO, *El tercero ausente*, Cátedra, Madrid, 1997.

DOMS, MACHTELD y MOSCOVICI, SERGE, "Innovación e influencia de las minorías", en MOSCOVICI, SERGE (dir.), *Psicología social I. Influencia y cambio de actitudes. Individuos y grupos*, Paidós, Barcelona, 1985, pp. 71-116.

DWORKIN, RONALD, *Los derechos en serio*, Planeta-Agostini, Buenos Aires, 1993.

— *Una cuestión de principios*, Siglo Veintiuno, Buenos Aires, 2012.

HABERMAS, JÜRGEN, "¿Cómo es posible la legitimidad por vía de legalidad?", en *Doxa* 5, 1988, pp. 21-45.

— *La ética del discurso y la cuestión de la verdad*, Paidós, Buenos Aires, 2006.

KELSEN, HANS, (edición originaria en alemán, 1960). *Teoría pura del derecho*. Traducción del original en alemán por Roberto J. Vernengo, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1979.

KOHLBERG, LAWRENCE, "Estadios morales y moralización. El enfoque cognitivo-evolutivo", en *Infancia y aprendizaje* 18, 1982, pp. 33-51.

KOHLBERG, LAWRENCE, POWER, F. CLARK y HIGGINS, ANN, *La educación moral según Lawrence Kohlberg*, Gedisa, Barcelona, 1997.

MARTÍNEZ PAZ, FERNANDO, "Cuestiones que plantea la enseñanza del derecho, hoy", en *La educación, política de Estado*, Academia Nacional de Educación, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Academia Nacional de Ciencias, Córdoba, 2000, pp. 55-68.

— *La construcción del mundo jurídico multidimensional*. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2003.

— *Introducción al derecho*, segunda edición actualizada, reestructurada y revisada, Ábaco, Buenos Aires, 2004.

MORIN, EDGAR, *El paradigma perdido. Ensayo de bioantropología*, Kairós, Barcelona, 2005.

— *El método, 5. La humanidad de la humanidad. La identidad humana*, Cátedra, Teorema, Madrid, 2006.

— *El método, 6. Ética*. Cátedra, Teorema, Madrid, 2006.

URQUIZA, MARÍA ISABEL, *Conciencia jurídica. Su formación como función social del derecho*, Advocatus, Córdoba, 2001.

— "Justicia procesal. La vivencia de ser jurado y el proceso de legitimación", en AA.VV., *Subiendo al estrado. La experiencia cordobesa del juicio por jurado*. María Inés Bergoglio editora, Córdoba, 2010, pp. 153-171.

— *Constitucionalismo, cambio social y función judicial*. (Tesis doctoral inédita), Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 2014.

VAN DIJK, TEUN (comp.), *El discurso como estructura y proceso*, Gedisa, Barcelona, 2006.

VAN DIJK, TEUN, *Ideología y discurso. Una introducción multidisciplinaria*, Ariel, Barcelona, 2003.

— *Ideología. Una aproximación multidisciplinaria*, Gedisa, Barcelona, 2006.

WEBER, MAX, *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*, edición original en alemán: 1922, F.C.E., México, 1992.

Documentos

Colección *Fallos*. Corte Suprema de Justicia de la Nación. Disponible en: www.csjn.gov.ar/

Constitución Nacional y Tratados de Derechos Humanos con jerarquía constitucional.



REGALÍAS MINERAS EN CATAMARCA: SU DISTRIBUCIÓN Y LAS CONTRADICCIONES DE USO (2004-2013)*

*Yésica Elizabeth Yornet***

Resumen: La actividad minera genera en la Provincia de Catamarca, importantes ingresos económicos a través de las regalías mineras. Una parte de estos recursos son utilizados por todos los municipios de la Provincia, conforme lo establecido por la legislación provincial, otro porcentaje ingresa al Tesoro Provincial.

En el afán de regular su uso por parte de los municipios y con el objetivo de lograr el desarrollo económico y social de las jurisdicciones más postergadas, el gobierno provincial, ha reglamentado lo concerniente a las regalías, estipulando de forma clara de qué manera se van a distribuir estos fondos y cuáles son los usos permitidos por la ley y qué hechos les están vedados a los municipios. El presente trabajo tiene por objeto analizar el régimen de regalías mineras, su distribución, administración y posterior control de gastos por parte del Tribunal de Cuentas que es el órgano facultado al efecto.

Palabras Claves: Regalías mineras - Distribución - Desarrollo económico - Municipios.

1. Introducción

La Provincia de Catamarca posee una larga tradición minera que se remonta a la época precolombina y a la conquista, que se acentúa en el siglo pasado y principios del actual.

Si pensamos a la minería como una industria extractiva finita en el tiempo, que agota sus recursos con su explotación y no es renovable en la medida del tiempo humano, es lógico y razonable que el Estado —en este caso la provincia— dicte reglas que tengan como finalidad no solamente crear condiciones para la radicación de inversiones, sino también que sea un medio para el desarrollo y avance de las poblaciones más postergadas en las cuales por las condiciones geográficas no es factible la realización de otra actividad productiva.

La actividad minera, como fuente genuina de recursos, es uno de los principales ingresos económicos con los que cuenta la provincia, como parte de los fondos de su tesoro, tal como señala la Constitución de la Provincia de Catamarca en su art. 171¹.

* Recibido el 19/12/14. Aprobado el 21/05/15.

** Abogada. Becaria CONICET "Área de Vacancia Geográfica" (Doctoranda en Derecho y Ciencias Sociales, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales UNC). Adscripta en la materia Derecho de los Recursos Naturales y Ambiental en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales UNC. Ayudante diplomada, dedicación simple, en la Cátedra Derecho Agrario y Minería Facultad de Derecho UNCa. Maestrando en la maestría Gestión del Negocio Minero dictada por la Facultad de Derecho UNCCuyo, San Juan. Correo: yesticayornet@gmail.com.

¹ Art. 171: "El gobierno de la Provincia provee a los gastos de su administración con los fondos del tesoro provincial, formado por el producto de la venta y locación de propiedades fiscales, las regalías mineras, la venta de los productos de las industrias explotadas por la misma, los impuestos que se

Se busca que esta actividad tenga un rol económico gravitante en pos del desarrollo provincial y para ello se disponen normativas.

Con ese objetivo, en diciembre de 1986 se sancionó la primera Ley de Regalías Mineras 4422 que fue posteriormente modificada en 1988 por la ley 4512 luego ambas fueron derogadas.

En la década del '90, con la sanción de la Ley Nacional de Inversiones Mineras, la provincia reformó sus normas. Es a partir de 1993, con el auge de la megaminería y la aprobación de la ley 4757 que comienza a contarse una nueva historia que va a tocar no solamente al gobierno provincial sino también a los municipios tanto a aquellos en los cuales se han asentados los emprendimientos mineros, como aquellos en los que no se realiza esta actividad extractiva y que reciben fondos de regalías mineras.

Desde la fecha antes mencionada, hasta la actualidad se han sancionado normas y dictado decretos que tratan: la distribución secundaria de regalías mineras y el uso o la finalidad con la que deben utilizarse.

Mucho se ha discutido² con relación al reparto de los fondos entre la provincia y los departamentos y éstos con sus respectivos municipios, morigerada desde la creación de la ley de distribución secundaria en octubre de 2004.

Sin embargo, el tema que suscita más problemas es el destino de los fondos establecidos taxativamente en la ley. En un principio se pensó que esta ley sería de ayuda y solución para los problemas económicos, habitacionales, de salud y de infraestructura básicos de los departamentos, pero esto no fue así.

establezcan en forma permanente, aunque susceptibles de ser actualizados anualmente y de los empréstitos y operaciones de crédito autorizados por la Legislatura para empresas de utilidad pública y bienestar social?

² Esta discusión política se ve reflejada en el siguiente extracto "...esta Ley de Distribución Secundaria que defendemos nació de Andalgalá... todos fuimos a firmar para que se sancione la Ley de Distribución Secundarias de Regalías Mineras. Luego se fueron a la Capital y así empezaron a movilizar a los Legisladores. Lo sancionó al Proyecto el Bloque del Frente Cívico con el acompañamiento del entonces Diputado, Rubén Manzi del entonces FREGEN, el Peronismo se negó..." el CD defiende la autonomía municipal y de los recursos de regalías mineras de Andalgalá. Concejo deliberante de Andalgalá, martes 5 de marzo de 2013. Recuperado en: <http://cdandalgala.blogspot.com.ar/> página oficial del Concejo de Deliberante de Andalgalá.

También puede observarse en las palabras de la Sra. Diputada Torres de Mansilla que expresa: "estamos en el día de hoy, creo que asumiendo la responsabilidad de una decisión histórica, por cuanto este Cuerpo tendrá la oportunidad de dar sanción definitiva de Ley a este Proyecto de Distribución producido por Regalías Mineras que constituye en verdad un sistema de inversión en infraestructura para el desarrollo sustentable y en promoción de emprendimientos productivos que aseguren a la Provincia en forma equitativa y equilibrada la posibilidad de un desarrollo a futuro independiente y más allá del agotamiento del potencial minero que nuestra Provincia tiene". Versión taquigráfica: décima octava sesión ordinaria, 6 de octubre de 2004, p. 9, Debate sobre ley n° 5128.

El debate llevado al interior provincial tuvo la siguiente manifestación: "Sr. Presidente, Sres. Legisladores. Soy una Legisladora del interior y en este caso en particular integrante de una comunidad que vive muy de cerca la problemática minera y además —como paradoja— comparte las difíciles circunstancias por las que atraviesa mi pueblo de Belén como tantos otros del interior para poder crecer y desarrollarse.

Hace nueve años que los departamentos mineros de Catamarca ven cifradas sus esperanzas y sus expectativas en el fuerte impulso que se podría haber obtenido si hubiéramos contado a tiempo con lo que, natural y constitucionalmente nos corresponde..." Versión taquigráfica: décima octava sesión ordinaria, 6 de octubre de 2004, p. 15, Debate sobre ley n° 5128.

Los municipios han utilizado y utilizan los fondos recibidos en concepto de regalías mineras para cubrir distintas necesidades que no siempre son las que están determinadas en la normativa vigente de la provincia y que ha sido creada para este caso en particular, es decir, que es una ley especial, que los municipios cumplir, y no hacer caso omiso.

El presente trabajo, estará orientado a relevar datos de la realidad, observar cómo se distribuyen e invierten los fondos provenientes de regalías mineras y a responder las siguientes preguntas: ¿Cuáles son los usos que dan los municipios a los fondos recibidos en concepto de regalías mineras? ¿Administran y disponen de estos importes conforme a la normativa vigente?

2. Breve historia de la legislación de regalías mineras en Catamarca: Década del '80

La ley 4422 sancionada en 1986 —reglamentada por decreto 616/1988— estableció que el cálculo de las regalías, se haría teniendo en cuenta el volumen físico de sustancias minerales extraídas de cada yacimiento o cantera de boca-mina.

El valor de la regalía minera se estableció de acuerdo a la alícuota que el Poder Ejecutivo fijaba anualmente en función del volumen físico extraído y categoría del mineral. Esta alícuota no podía ser superior a un diez por ciento (10%) del total extraído.

Puede observarse que el porcentaje a cobrar en concepto de regalías mineras, era superior al que está establecido actualmente. Contaba además con un aditamento especial, la facultad de que el Poder Ejecutivo fijara todos los años un importe a percibir distinto, que no podía ser superior al 10% del total de mineral extraído.

En relación a la distribución de los fondos, preveía que el 90% de lo recaudado correspondía a la provincia y el 10% al departamento donde se encontrara situado el yacimiento minero.

En la primera ley de regalías, solamente recibían fondos el departamento donde se llevaba a cabo la actividad extractiva y Rentas Generales, dejando de lado a los demás departamentos que estuvieran cerca del yacimiento y aquellos que se veían tocados por la actividad por ejemplo a través del uso del agua.

Esta ley permitía hacer deducciones, un porcentaje (fijado anualmente por el Poder Ejecutivo) en el monto a pagar de la regalía minera en función de: a) las inversiones en equipos, maquinarias y elementos de uso específico minero destinado exclusivamente al proceso de extracción; b) del activo no corriente de la Empresa, c) del grado de adecuación del abastecimiento del mercado de las sustancias minerales, conforme a su importancia económica. El porcentaje que se disminuía no podía exceder el 35%.

Además del beneficio antes mencionado, el Poder Ejecutivo estaba facultado para otorgar un diferimiento en el pago de regalías mineras por el término de 5 años, en aquellos casos en que lo pidieran empresas industriales-mineras que se estuvieran asentando en la provincia.

Posteriormente, en 1988 se sancionó la ley 4512, modificatoria de la ley 4422. La principal reforma giró en torno a los fondos a repartir: la distribución sería 90% para Rentas Generales de la Provincia y el 10% restante para el Fondo Especial de Fomento Minero.

3. Régimen Legal de Inversiones Mineras

Con la finalidad de incentivar la inversión en el país, de capitales nacionales y extranjeros, a nivel nacional se dictó la ley 24.196 conocida como “Régimen Nacional de Inversiones Mineras”, que establece una serie de beneficios a los que podrán acogerse los emprendimientos mineros, tales como: la estabilidad fiscal, cambiaria y arancelaria, la devolución anticipada del IVA, un tope para el cobro de las regalías en un 3% de valor boca mina, entre otras cosas; pero todo esto sujeto a la adhesión de las provincias mediante ley, con invitación a realizar lo mismo por parte de los municipios que quieran contar con esta normativa.

Dicho de otro modo, para que las empresas mineras pudieran obtener las ventajas que establecía la ley, era necesaria la adhesión formal de las provincias, de otra forma no iban a poder sujetarse, ni gozar de los beneficios antes mencionados.

Posteriormente con la sanción de la ley 25.161, se incorporó el art. 22 bis que contemplaba deducciones a realizar en el cobro de regalías mineras. Siguiendo este hilo conductor, tiempo después de la sanción de la ley nacional, la provincia procede de la misma forma y aprueba la ley 4757 —y siguientes 4759 de adhesión a la ley 24.196 y 5031 con la cual adhieren a la ley 25.161— derogando las leyes de la década del '80 y dejando sin efecto todo lo regulado sobre distribución secundaria de Regalías en este territorio y un consecuente vacío legal que es subsanado recién en 2004.

3.1. Distribución y administración de regalías mineras

El vacío legal creado por la sanción de la ley provincial 4757, con la consecuente derogación de las leyes 4422 y 4512, significó dejar sin efecto el régimen de distribución secundaria establecido y la falta de acuerdo y sustento legal para realizar dicho reparto y uso por el término de 11 años.

Esta nueva norma fijó una asignación de los fondos con un porcentaje superior al de la década del '80 para los departamentos, mermando el importe a recibir Rentas Generales de la provincia. Es indudable que lo que se pretende es beneficiar a las comunidades de los departamentos que sufren impactos positivos o negativos de esta actividad, por el asentamiento de un proyecto en una zona postergada, con mayores índices de necesidades básicas insatisfechas y con menores posibilidades de otro tipo de desarrollo que no sea la minería.

Se trata de convertir esta actividad extractiva, de un recurso no renovable, en una actividad que además de generar un ingreso, sirva de base para la creación de nuevas actividades económicas alternativas a la minería, para que el día de mañana, cuando el mineral se agote, la empresa minera deje de explotar y el municipio en consecuencia de percibir estos fondos tenga con que sostenerse y no sea sólo un pueblo con sus tierras empobrecidas, sin mejores en la calidad de vida de sus habitantes.

En paralelo, también se busca ayudar a otros departamentos en los cuales no hay explotación minera. Se persigue el crecimiento económico de la Provincia toda y el cumplimiento del eufemismo de la “función compensatoria-sustitutiva” que tiene la regalía.

3.2. Distribución secundaria de regalías mineras

Esta ley 5128 establece de qué manera va a realizarse el reparto de las regalías mineras teniendo en cuenta las siguientes pautas: donde se encuentra ubicado el yacimiento minero, aportes extraordinarios por parte de un departamento y estipula la creación de un Fondo de Reparación.

El art. 1º dispone: del monto recaudado en concepto de regalías mineras se asignará una participación del treinta y cinco por ciento (35%) para él o los departamentos donde se encuentre situado el yacimiento de la siguiente manera:

a) Si estuviese ubicado en un solo departamento, la participación será del veinticinco por ciento (25%) para el mismo y del diez por ciento (10%) restante se distribuirá en partes iguales para el resto de los departamentos que componen la región correspondiente: Oeste, Centro y Este.

b) Si el yacimiento estuviese situado en dos o más departamentos, dicha participación del treinta y cinco por ciento (35%) se distribuirá entre ellos en partes iguales.

Aquí encontramos la primera diferencia con el régimen anterior, ya que se benefician todos los departamentos de la provincia y sus respectivos municipios y el monto a recibir dependerá de lo descripto en los párrafos precedentes.

Posteriormente, delimita —conforme al art. 171 de la Constitución Provincial³— que el sesenta y cinco por ciento (65%) restante integrará el tesoro de la provincial y de este monto se asignará:

a) un 5% a un Fondo de Promoción de Desarrollo Minero integrado por:

* Canon minero,

* Derechos de explotación,

* Aportes no reintegrables del Gobierno Federal,

* Reintegros de los préstamos de fomento y sus intereses;

* El importe de multa, donaciones y legados, y

* Cualquier otro recurso específico proveniente de la actividad minera.

Todo esto en conjunto con la obligación del Estado Provincial de fomentar la industria minera que la encontramos en el art. 67 de la Constitución Provincial⁴.

b) el 25%, al conjunto de los departamentos en los que no se encuentre situado el yacimiento. Esta asignación se distribuirá entre partes iguales entre los departamentos. Quedan sujetos al lugar en donde esté el yacimiento ubicado como será la participación de los departamentos. Excluye en este reparto a los departamentos Belén, Andalgalá y Santa María con relación a la explotación del yacimiento Bajo La Alumbrera y al departamento Antofagasta de la Sierra con relación al proyecto Salar del Hombre Muerto.

c) los fondos restantes deberán asignarse anualmente en la Ley de Presupuestos de Gastos y Cálculo de Recursos priorizando el desarrollo económico de las poblaciones con mayor índice de necesidades básicas insatisfechas (NBI) y de desempleo, según las estadísticas oficiales del INDEC.

³ Art. 171: "El Gobierno de la Provincia provee a los gastos de su administración con los fondos del tesoro provincial, formado por el producto de la venta y locación de propiedades fiscales, las regalías mineras, la venta de los productos de las industrias explotadas por la misma..."

⁴ Art. 67: "El Gobierno propenderá obligatoriamente a la extracción de los minerales y al establecimiento de plantas de concentración e industrialización mineral en las zonas estratégicas y económicas convenientes".

Además, constituye un Fondo de Reparación que beneficiará a los departamentos Belén, Andalgalá y Santa María con fondos provenientes del yacimiento Bajo La Alumbraera y al departamento Antofagasta de la Sierra con dinero del proyecto Salar del Hombre Muerto⁵.

Una disposición transitoria asigna al departamento Santa María, una participación extraordinaria del 7% de las regalías que forman parte del tesoro provincial, mientras el yacimiento Bajo La Alumbraera extraiga agua de dicho departamento, durante la etapa de operación o finalización de la misma. Esta asignación tiene su fundamento en el uso del recurso hídrico del departamento Santa María por parte de minera "La Alumbraera" en la realización de los procesos propios de la actividad minera con la consecuente reducción de causal de agua para el uso de otras actividades productivas que se realizan en el departamento y del consumo por parte de la población que habita esa jurisdicción.

Con relación a la finalidad que debe darse al importe percibido en concepto de regalías mineras, la ley en su art. 5º, establece claramente en qué deben usarse estos fondos y que está prohibido hacer con ellos.

Fija que "se aplicarán única y exclusivamente a financiar obras de infraestructura para el desarrollo económico y capacitación para actividades productivas. *Se prohíbe a los municipios financiar con ellos gastos corrientes, otorgar créditos, garantizar los mismos...*" prevé que en caso de incumplimiento comprobado, el Poder Ejecutivo suspenderá de inmediato el depósito de los fondos, derivándolos a una cuenta especial hasta que el municipio respectivo restituya e invierta las sumas correspondientes en el destino determinado por el primer párrafo del art. 5º.

Hasta acá, es lo que la normativa provincial estipula sobre las regalías mineras con relación a la asignación de los montos y la forma en que debe ser usada por los municipios.

A los fines de responder las preguntas realizadas al inicio del trabajo, se analizarán los informes realizados por el órgano de control, Tribunal de Cuentas a fin de constatar si los municipios cumplen o no con la normativa provincial vigente.

4. Órgano de Control

El Control es un componente del proceso administrativo que tiende a asegurar el cumplimiento de los objetivos propuestos. Para que este ejercicio sea efectivo se necesita toda la información pertinente y un ejercicio real de poder para tomar decisiones.

⁵ Art. 4º: "Constitúyese un Fondo de Reparación equivalente al quince por ciento (15%) de los ingresos efectivamente percibidos por la provincia en concepto de regalías mineras, desde el primer devengamiento hasta el último del año 2002, por la explotación del yacimiento de Bajo de La Alumbraera, dividido en un siete y medio por ciento (7,5%) para cada uno de los departamentos Belén y Andalgalá; y Salar del Hombre Muerto, para el departamento Antofagasta de la Sierra, de acuerdo al artículo 68, primer párrafo, de la Constitución Provincial.

Del ochenta y cinco por ciento (85%) correspondiente al tesoro provincial conforme el art. 171, primer párrafo, de la Constitución Provincial, se constituye un Fondo de Reparación especial para el departamento Santa María, equivalente al cinco por ciento (5%) del ochenta y cinco por ciento (85%) de las regalías percibidas por la explotación del yacimiento Bajo La Alumbraera...".

En la provincia de Catamarca, el control —externo— está a cargo del Tribunal de Cuentas, que es un Organismo Autárquico, creado por la Constitución Provincial y que funciona de acuerdo a lo que manda la Ley Orgánica 4621 y su modificatoria 4637. Es quien tiene competencia y jurisdicción para controlar los fondos, asignada en la misma ley de distribución secundaria 5128.

El Tribunal de Cuentas realiza auditorías anuales específicas en los municipios que reciben regalías mineras, es decir, en forma particularizada y lo eleva al Jefe del Área Revisión de Cuentas “A” encargada de controlar los proyectos que se presentan. Además redacta informes en el que incluye el resultado de las auditorías obtenidas en todos los municipios que receptan estas sumas de dinero y los dirige al Gobernador de la Provincia.

Este Organismo Autárquico también está facultado para establecer pautas o fijar posición a través de Acordadas.

A continuación se hará mención a las Acordadas que refieren al tema en cuestión focalizándonos en los principales aspectos.

Acordadas 5551/2005 y modificatoria 8505/2012:

- Establecen un régimen de información destinada a conformar una base de datos de Administración de los fondos de Regalías Mineras, disponiendo el Tribunal de Cuentas de un esquema de control especial.

- Las distintas Municipalidades deberán remitir al Tribunal de Cuentas copias aprobadas de los Proyectos de Inversión, con las modificaciones que se hayan realizado que garanticen su legalidad, transparencia y auditabilidad y que tengan previsto ejecutar en su presupuesto Anual de Gastos, cuya fuente de financiamiento tenga su origen en la distribución secundaria de Regalías Mineras dispuesta por ley 5128. Esta modificación importa para los municipios no tener que presentar el proyecto para ser analizado antes de su ejecución como estaba previsto en la Acordada 5551, hay una flexibilización del sistema.

- Esta información relativa a la percepción de fondos provenientes del régimen de participación de regalías mineras y su aplicación en proyectos de inversión se presenta por periodos trimestrales calendario (recién a partir del ejercicio 2013) con los siguientes requisitos: i) Carátula con la siguiente leyenda “INFORMACIÓN SOBRE PERCEPCIÓN Y ADMINISTRACIÓN DE FONDOS DE REGALÍAS MINERAS”; ii) fondos percibidos, iii) fondos invertidos.

- Hay auditoría integral, esto significa que se evalúa la gestión administrativa y financiera de los fondos aludidos en sus aspectos legales, técnicos, contables y financieros.

- Control en forma continua y periódica en proyectos de envergadura, seguimiento en el cumplimiento del plan de trabajo trazado.

- Los desvíos que se identifiquen serán notificados al Poder Ejecutivo por intermedio de la Secretaría de Minería para que se tome la medida que se estime conveniente.

- Toda la información obtenida será incluida en un Balance Semestral.

Un tema de gran relevancia es la investigación judicial, que pesa sobre Minera Alumbreira, por supuesta evasión impositiva, que tramita en el Juzgado Federal de Tucumán. El hecho que motiva la investigación, es el supuesto de omisión de declarar las exportaciones de los siguientes minerales: cromo, titán, cerio, cobalto, cesio, hafnio, tantano, lutecio, columbio, níquel, escandio, tantalio, terbio, torio, uranio, tungsteno, también obtenidos en la explotación del ya-

cimiento. Cabe recordar que la empresa minera sólo declara en sus documentos exportar oro, cobre y molibdeno. Esta omisión representa sumas millonarias que la provincia ha dejado de percibir durante años, no solamente en lo que a las regalías mineras respecta, sino también en el reparto de ganancias a los socios —Gobierno de Catamarca—.

Este hecho dio lugar a que se solicitara al Tribunal de Cuentas el inicio de una Investigación Sumarial, en el Ámbito de los Directores (Representantes de la Provincia de Catamarca) en la Empresa Yacimientos Minerales Agua de Dionisio —Y.M.A.D.—; en la Secretaría de Minería de Catamarca y en la Dirección de Minería de la Provincia.

Por la importancia y la extensión del tema, en esta oportunidad no va a ser tratado, pero si es necesario el relato breve por la trascendencia que tiene y la relación directa con las regalías mineras: tema central que se está tratando.

4.1. Informes del Tribunal de Cuentas⁶

a) Distribución

Tal como lo anticipamos, la distribución secundaria de las regalías está prevista desde 2004 en la normativa vigente, sin perjuicio de ello, trimestralmen-

⁶ Los informes de auditoría del Tribunal de Cuenta —que pueden ser realizados específicamente a un municipio en un periodo de tiempo o de forma anual a la totalidad de municipios de la provincia— exponen cuáles son las falencias, incumplimientos o desfasajes encontrados. A modo de ejemplo:

*Informe de Auditoría de Municipios de la Provincia de Catamarca correspondiente al Ejercicio 2005. Nota TC N° 2139, año 2007 explicita: "Municipalidad de Londes: los auditores advierten en su informe la falta de respaldo documental de fondos por una suma de \$91.000 extraídos de la Cta. Cte. habilitada al efecto, que fueron ingresando a Caja para su administración en afectivo, registro este que permite determinar de su comparación con el saldo al 31/12/2005 de \$39.561, 70 un faltante de recursos financieros provenientes de Regalías Mineras por la suma de \$51.438, 30". no obstante al final del trabajo en la bibliografía han sido incorporados".

"Municipalidad Pozo de Piedra: se admite una falta de control interno tendiente a resguardar los activos del ente, toda vez que al 18/12/2005 los auditores determinaron el desvío de los fondos de Regalías Mineras por \$159. 651, 59 que surge de la comprobación entre el Libro de Caja y el Acta de Arqueo de Fondos..."

*Informe de Auditoría de Municipios de la Provincia de Catamarca. Periodo analizado Complementario Ejercicio 2007 y Ejercicio 2008. Nota TC N° 509/09. Año 2009. "Municipalidad de Ancasti: el Equipo de auditores, mediante informe Área Revisión de Cuentas "A" (A.R.M) N° 13/09 en el Apartado B. Egresos. A) Proyecto, Punto 1) Expte MA 002/ 06 " Capacitación Técnica en Obras y Acciones de Desarrollo Económico", observa que: No se subsanaron las observaciones formuladas al proyecto, que fuera devuelto por Providencia TC N° 488/06 de fecha 19/05/2006. En el citado instrumento el Tribunal de Cuentas ha opinado que el objeto del Proyecto no resulta ajustado a la especificidad que la Ley N° 5128 establece, para el destino de los fondos provenientes de la distribución de Regalías Mineras..."

"Municipalidad de la Puerta de Corral Quemado - Belén: el Equipo de auditores, mediante informe Área Revisión de Cuentas "A" (A.R.M) N° 15/09, pone a conocimiento que no se pudo concretar la ejecución de la Auditoría dispuesta, atento a que los representantes del Municipio no pusieron a disposición la documentación requerida (Acta de Apertura de fecha de 16/06/09, con pedido reiterado por el Requerimiento N° 01/09 de fecha 18/06/09) que la misma no se encuentra en el Municipio (Acta de Cierre de fecha de 19/06/06)... la Municipalidad no ha cursado respuesta alguna respecto a la documentación solicitada mediante Acta y Rquerimiento anteriormente referidos. (...) cabe destacar que la situación precitada dio lugar a que este Tribunal dictara la Resolución T.C. N° 887/08 por la que se dispusiera en el Artículo 1° " Remitir comunicación a la

te se publican resoluciones del Ministerio de Gobierno y Justicia autorizando al Servicio Administrativo Financiero (dependiente de la Secretaría de Estado de Minería) a emitir orden de pago de las regalías conforme a lo establecido por la misma Secretaría de Minería⁷.

El Servicio Administrativo Financiero informa los montos a distribuir en concepto de Regalías Mineras, Tesorería General de la Provincia y Fondo de Promoción de Desarrollo Minero, conforme a los arts. 1º, 2º y 7º de la ley 5128, adjuntando planillas de cálculos realizados con los montos de los ingresos, distribución por departamentos y municipios de los recursos que provienen de los emprendimientos mineros de los yacimientos Bajo La Alumbra y Salar del Hombre Muerto. Cabe señalar que el reparto conforme al art. 1º se realiza de la siguiente forma:

* Bajo La Alumbra, se divide en partes iguales entre los departamentos Belén y Andalgalá ya que no se pudo determinar fehacientemente en que departamentos se encuentra ubicado el yacimiento.

* Salar del Hombre Muerto, el mayor porcentaje lo recibe el departamento Antofagasta de la Sierras, el importe restante se divide en partes iguales entre los departamentos Andalgalá, Belén, Tinogasta, Santa María y Pomán al ser partes integrantes del oeste catamarqueño.

En suma, los municipios reciben fondos de regalías de manera periódica, dividiéndose los trimestres de la siguiente forma: I Trimestre: enero, febrero, marzo; II Trimestre: abril, mayo, junio; III Trimestre: julio, agosto y septiembre; IV Trimestre: octubre, noviembre y diciembre.

b) Destino de los fondos

Para conocer como administran los municipios los fondos que reciben en concepto de regalías mineras, es oportuno analizar los informes de auditorías anuales realizados por el TC.

Del estudio de los informes puede apreciarse lo siguiente:

- Algunos municipios ejecutan proyectos sin la debida presentación ante el TC para la evaluación y correspondencia con el art. 5º de ley 5128. Por ejemplo: Proyecto de resignificación turística por fiesta popular semana de Andalgalá; iluminación de avenidas, construcción de cordones cunetas, cloacas, veredas.
- Ante la requisitoria del TC de información para realizar las auditorías, los municipios presentan la documental de forma extemporánea o no lo hacen, dificultando de esta forma el control.
- La realización de obras se da sin un proyecto o sin que cumplan con los requisitos que establece el TC en sus Acordadas —arts. 4º y 5º—. Ejemplo: Plaza el Puesto, Construcción de Campo Experimental Agrícola, etc.

Fiscalía de Instrucción de la Tercera Circunscripción Judicial, con asiento en el Departamento de Belén, solicitando su intervención en los hechos descriptos en los considerandos precedentes, acompañando los antecedentes del caso, por los fundamentos expuestos”. Cursándose en consecuencia Nota T.C. N° 815/08 al Señor Fiscal de Instrucción de la 3RA Circunscripción Judicial del Departamento Belén”.

Al final del trabajo han sido incorporados todos los informes del TC con los que se ha trabajado.

⁷ En virtud de cumplir con la extensión del trabajo y de ilustrar como se realiza la distribución de regalías mineras al final del mismo, en la bibliografía consultada se encuentran las resoluciones de la Secretaría de Estado de Minería. Se tomó la distribución de los años 2005, 2006, 2012 y 2013.

- Hacen caso omiso a las sugerencias realizadas por el TC cuando se presentan los proyectos para la evaluación de los mismos.
- Se efectúan pagos en efectivo a proveedores con dinero de las regalías mineras.
 - Se constató el pago de sueldos a personal municipal, de aguinaldo, como así también el pago de erogaciones propias del funcionamiento normal de un municipio, “gastos corrientes” a través del traspaso a otra cuenta, en contraposición con la normativa vigente que prevé su administración en una cuenta especial constituida oportunamente para tal efecto. Se define a los gastos corrientes como aquellas erogaciones no recuperables.
 - Pases a una cuenta distinta —la de regalías— para el pago de mano de obra, becas, subsidios, combustible, compra de materiales de construcción, entre otras cosas.
 - El desvío de fondos, la presentación de gastos sin el respaldo documental debido, lo que imposibilita saber el destino de los mismos.
 - Uso de forma transitoria de fondos provenientes de regalías, para cubrir distintas necesidades del municipio. En algunos casos se ha realizado la devolución de este dinero, —en un importe inferior de lo utilizado— a la cuenta especial, pero en la mayoría de los casos no se realiza devolución.
 - Diferencia de saldos entre lo abonado y la documental que se presenta en los expedientes.
 - Uso de fondos para cubrir desfasajes y afrontar deudas contraídas por gestión anterior.
 - Del examen de lo invertido-gastado y registrado, surge el faltante de dinero.

De lo expuesto puede observarse que los municipios incumplen la normativa vigente, disponiendo de los fondos que reciben en concepto de regalías mineras para todo aquello que la ley 5128 en su art. 5° ha prohibido expresamente.

Los proyectos que llevan a cabo no responden a lo que estipula la ley, es decir, que sean de infraestructura para el desarrollo económico y no realizan capacitaciones que tengan relación con actividades productivas.

El espíritu del artículo es mejorar la calidad de vida de los habitantes de los municipios que reciben estos fondos, y fomentar la generación de actividades productivas que sean alternativas a la minería, para que los municipios tengan con qué subsistir cuando el yacimiento se agote y dejen de percibir regalías, este podríamos decir que es el fundamento de la prohibición que contiene la letra de la ley.

Los municipios han argumentado su actuación a lo largo del tiempo en dos cosas: la autonomía municipal en la faz administrativa, económica y financiera reconocida por la Constitución Provincial y el uso de estos recursos de manera transitoria.

En este contexto, el Tribunal de Cuentas, en agosto de 2010 ve la necesidad de fijar una posición respecto al uso transitorio de los fondos provenientes de regalías mineras para afrontar gastos corrientes por parte de las municipalidades.

En el dictamen, los miembros de este órgano expresan, que “la norma es de tan claridad (art. 5° de ley 5128/2004) que no admite interpretaciones”. Fundan su postura en los argumentos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación:

“La primera fuente de interpretación de la ley es su letra, y cuando ésta no exige esfuerzo de interpretación debe ser aplicada directamente, con prescindencia de consideraciones que excedan las circunstancias del caso expresamente contempladas por la norma...” (CSJN, 12/12/2006, “Martínez, Alberto Manuel c. Universidad Nacional de Tucumán”, citado por RAP, Compendio de Jurisprudencia de la Corte Suprema, Año XXX, (sic) 357, p. 158).

Consideran que, en efecto, la ley ha fijado con toda claridad el destino y ha prohibido de manera expresa el uso, transitorio o no, para gastos corrientes. Que estamos en presencia de una ley especial que regula el instituto de las regalías mineras y que ella en tanto especial, prevalece sobre otra norma de carácter general.

Frente a la defensa que realizan los municipios, sobre la aplicación transitoria de los fondos provenientes de regalías mineras para el pago de gastos corrientes, basados en la Ley de Administración Financiera o algunas Ordenanzas de Contabilidad, el Tribunal de Cuentas afirma que estas normas de carácter financiero que autorizan el uso transitorio de fondos no debe ser tenidas en cuenta y no justifican el uso de los fondos de una forma distinta a la prevista en la normativa vigente por ser la ley 5128 tan comprensible.

El TC considera que si hubiera estado en el espíritu de los legisladores, éstos hubieran establecido el uso transitorio de los fondos como una excepción.

c) Actuación del Tribunal de Cuentas frente a incumplimientos

Frente a las infracciones, el Tribunal de Cuentas procede a comunicar cuál es la situación detectada al Poder Ejecutivo, para la evaluación de responsabilidades y sanciones que correspondan según establece la ley 5128.

Cuando se registra una situación de incumplimiento, el Tribunal de Cuentas inicia un Sumario Administrativo de Responsabilidad; si las observaciones son pocas y formales, susceptibles de analizarse en el marco de las rendiciones de cuentas, el sumario no prosigue.

Si por el contrario hay supuestos de incumplimiento, el TC solicita ampliar la investigación.

La ampliación del sumario tiene la finalidad de determinar y deslindar responsabilidades, evaluar todo antecedente acompañado o que se acompañare por los funcionarios del municipio, las medidas adoptadas para su resguardo y/o reconstrucción, y el daño ocasionado a la Hacienda Pública, si lo hubiere.

En la provincia se han registrado varios casos de “supuestos incumplimientos” por parte de quienes dirigen los municipios, que están siendo investigados, pero aún no han tenido una respuesta definitiva, con imposición de sanciones según lo normado.

c.1) Primer caso

Corresponde al municipio de San José, departamento Santa María. El Concejo Deliberante de San José a través de resolución 82/09 de fecha 20 de octubre de 2009, decidió suspender a la intendenta por detectar una “situación de grave desorden administrativo y económico”, la intendenta se negó a acatar dicha resolución, por lo que el intendente interino, instruyó en su contra una causa penal por usurpación de autoridad, por la continuación ilegal en el cargo y procedió al desalojo.

Con relación a la malversación de los fondos de regalías mineras, la causa fue elevada al fiscal quien la citó como autora penalmente responsable del delito de fraude en perjuicio de la administración pública.

El fiscal “tomó conocimiento por la remisión de actuaciones que llevó a cabo el Tribunal de Cuentas de la provincia, el que informaba por supuesta comisión de delito de incumplimiento de los deberes de funcionario público por cuanto se negaba a rendir cuentas”.

Se la investiga además por actuar en incumplimiento de las normas legales sobre contratación directa, consagradas en la Ordenanza Municipal de San José y haber omitido los controles oportunos del TC arts. 4º y 5º de Acordada 5551/05 y art. 26 de ley Orgánica del TC 4621.

La causa se encuentra en etapa de instrucción, no se tiene de ella más noticias o avances desde el año 2011.

c.2) Segundo caso

Tuvo como escenario al departamento Antofagasta de las Sierras. De la auditoría realizada por el TC surgieron, diferentes irregularidades en obras ejecutadas con fondos de regalías mineras en 2009, que tenían deficiencias desde el proyecto hasta la facturación de las mismas.

Las obras que presentaron anomalías son: Planta de tratamiento de afluentes cloacales; Red eléctrica y Potabilización de agua. Todas éstas realizadas con fondos de regalías mineras y sin seguir procedimientos administrativos configurados para tal fin.

El resultado fue, una resolución con fecha 25 de octubre de 2013, que también alcanzó a la Secretaría de Hacienda de Antofagasta de las Sierras que ordenó devolver \$239.478 a las arcas del municipio antofagasteño al intendente y a la secretaria de hacienda de forma solidaria. A ambos se les aplicó multas.

c.3) Tercer caso

El Tribunal de Cuentas ordenó al ex intendente de Pozo de Piedra devolver más de medio millón de pesos.

La decisión del organismo de contralor fue producto de un juicio de cuenta contra el ex intendente y el secretario de Hacienda de la comuna.

El juicio se realizó luego de una auditoría al municipio en el año 2008, cuando se descubrieron importantes irregularidades en el uso de diferentes fondos.

Este juicio cuenta se hizo en el TC, finalizó con una la Resolución que consta de seis puntos. El 1ero. indica falta de registro de ejecución presupuestaria de recursos y gastos. El 2do. expresa faltantes de constancias de recepción de bienes y servicios adquiridos. El 3ero. señala que se transfirieron fondos a Caja desde la cuenta corriente de regalías mineras. El 4to. punto manifiesta que se registraron gastos por 295.605 pesos sin respaldo documental. El 5to. punto formula errores en algunas registraciones. El 6to. expone que el municipio realizó contrataciones directas superiores a 5000 pesos.

Más allá de la condena al ex intendente y al ex secretario de Hacienda, el TC por mayoría termina aprobando la rendición de cuentas del municipio.

c.4) Cuarto caso

Sucedió en el departamento de Andalgalá, se investiga aun el “supuesto mal uso de 60 millones de pesos”. El departamento no presentó la documenta-

ción para que el TC realice el control correspondiente, el motivo era, la pérdida de documentación respaldatoria y registros contables que imposibilitó el examen de las rendiciones de cuentas del municipio correspondientes a los períodos 1° y 2° Semestres de 2008 y 1° semestre de 2009, originada en graves sucesos de convulsión social acaecidos en la noche del 15/2/2010, que terminaron en un incendio en el edificio de la Municipalidad de Andalgalá.

El órgano de contralor amplió un sumario administrativo de responsabilidad que llevaba adelante contra el ex intendente por la falta de rendición de cuentas en el uso de regalías durante el 2008 y el primer semestre de 2009. Con esta ampliación, el TC también investigará el segundo semestre del 2009 ya que el intendente de ese momento —actual senador de la provincia— solicitó una autorización para no presentar la rendición de cuentas del 2° semestre de 2009, manifestando que la documentación relativa a ese período se había siniestrado, perdiéndose totalmente, debido a los incidentes ocurridos en el edificio municipal el día 15 de febrero de 2010. Ante este pedido, Relatoría Legal del TC indicó que carecía de sustento legal.

Es por tal razón que el tribunal consideró procedente disponer la ampliación del Sumario Administrativo de Responsabilidad por la falta de presentación de la Rendición de Cuentas (vencida y pendiente de presentación) correspondiente al 2° semestre de 2009.

La investigación comienza en el año 2009 por parte de la fiscal a cargo de Andalgalá.

Posteriormente y por 24 hechos enmarcados en posibles incumplimientos en los deberes de funcionario público se elevó al Juzgado de Control de Garantías a cargo un pedido de desafuero al ya senador, sus abogados apelaron la medida y la causa pasó para ser definida por la Cámara de Apelaciones. Aún no se ha decidido al respecto, por lo que todavía no ha sido tratado el desafuero por los legisladores.

Estas son las únicas medidas tomadas ante el incumplimiento comprobado por parte de los funcionarios públicos, a nivel Poder Ejecutivo no se conoce sanción alguna.

Sin perjuicio de que el TC actúa muchas veces tarde y evidencia la malversación de los fondos, no se toma otra medida adicional para evitar que estas situaciones sigan aconteciendo, y se tendrá que hacer un seguimiento de las causas para ver si son cumplidas de manera efectiva por los funcionarios que han sido sancionados y “obligados a devolver” sumas de dinero.

5. Consideraciones finales

Las regalías mineras constituyen uno de los principales ingresos económicos con los que cuenta la provincia como parte del Tesoro provincial y es una fuente genuina de recursos que deja importantes sumas de dinero en este concepto.

Al comienzo del trabajo, a fin de guiar el tema realicé dos preguntas ¿Cuáles son los usos que dan los municipios a los fondos recibidos en concepto de regalías mineras? ¿Administran y disponen de estos importes conforme a la normativa vigente?

En virtud del análisis realizado podemos constatar que algunos municipios usan los fondos recibidos en concepto de regalías mineras haciendo caso

omiso o en incumplimiento de lo que la legislación provincial establece al respecto. Surge del análisis de los casos expuestos *ut supra* y de los resultados de los Informes de Auditoría del Tribunal de Cuentas la malversación de fondos, el poco cumplimiento con la ley y de algún modo, con el fin último que tienen las regalías: su función compensatoria-sustitutiva, ya que los municipios administran estos fondos sin tener como eje primordial el avance de los mismos, la mejora de la calidad de vida de sus habitantes, su educación y salud, todo esto, en pos de fomentar la realización de actividades alternativas a la minería para que el día que el yacimiento se agote y al ser el recurso mineral no renovable en la medida del tiempo humano, el pueblo tenga recursos económicos para subsistir. En otras palabras a lo que deben aspirar los municipios es a un desarrollo sustentable en el que tengan un crecimiento económico sostenido, priorizando la satisfacción de necesidades básicas como energía, agua, salubridad, empleo y alimentos, haciendo uso razonable de los recursos, tanto naturales como económicos, con los que cuenta. Éstos no administran y disponen de los bienes sujetándose a la legislación imperante, que al ser especial en la temática, debe ser tenida en cuenta sobre toda legislación general, motivo por el cual el Tribunal de Cuentas, como órgano de Control, ha establecido pautas y sentado su opinión con relación al uso transitorio que le dan los municipios a estos fondos.

En los informes de auditorías puede notarse que algunas municipalidades realizan pago de sueldos, gastos corrientes y erogaciones propias del funcionamiento normal de un municipio, ejecutan obras que no cumplen con los requisitos establecidos por la ley, o bien en incumplimiento de lo que establecen las ordenanzas del TC, entre otras cosas.

A pesar de que en algunos casos frente al “supuesto mal uso” de los fondos el TC ha tomado medidas al respecto, éstas no son suficientes para que este actuar al margen de la ley disminuya.

Tampoco ha habido una sanción “ejemplar” para aquellos intendentes que incumplen los deberes de funcionario público y que defraudan las arcas públicas de la ciudad que dirigen. Considero que además de la realización de los controles pertinentes en forma oportuna, se deberían tomar medidas concretas y específicas con el objetivo de que los funcionarios reflexionen en las consecuencias adversas que puede traer aparejada su actuación al margen de la ley y que estas se cumplan de forma efectiva.

El desafío es lograr que los municipios que están en falta comiencen a administrar y disponer de los fondos que reciben en concepto de regalías mineras según lo que la ley 5128 establece para que estas sean un medio para favorecer el desarrollo de los municipios y la creación de nuevas actividades productivas, no necesariamente vinculadas a la minería.

Bibliografía

HEZZE AGUIAR, MAURICIO B., *Generación, determinación y control de los ingresos directos provenientes de actividades mineras en la Provincia de Catamarca*. Facultad de Ciencias Económicas y de Administración. Universidad Nacional de Catamarca, 15 de octubre de 2003.

NAVARRO GARCÍA, LUIS, *Aporte a un proyecto de ley de distribución secundaria de las regalías mineras*, Catamarca.

— *Incidencia aproximada de los parámetros económicos y regalías en el proyecto minero de Bajo de La Alumbra*, Catamarca, 1998.

— *La Regalía y su incidencia en la minería*. Catamarca, mayo de 1997.

LEY 4422, *Establécese el pago de regalías mineras en jurisdicción provincial*, 10 de diciembre de 1986.

LEY 4512, *Modificatoria de la ley 4.422 Sobre Regalías Mineras*, 12 de abril de 1988.

LEY 4757, *Regalías Mineras*, 28 de octubre de 1993.

LEY 4759, *Adhesión provincial a la nacional ley 24.196 sobre régimen de inversiones para la actividad minera*, 5 de noviembre de 1993.

LEY 5031, *Adhesión provincial a la ley nacional 25.161 modificatoria de la ley 24.196 sobre régimen de inversiones mineras*, 14 de junio de 2001.

LEY 5218, DECRETO 1686, *Regalías mineras - Distribución y administración de los fondos recaudados por este concepto*, 6 de octubre de 2004.

DECRETO ACUERDO 2256, *Reglamentación de la ley 5128 de Regalías mineras*, 23 de diciembre de 2004.

TRIBUNAL DE CUENTAS DE CATAMARCA, Acordadas consultadas:

Acordada 5551/2005, 30 de junio de 2005.

Acordada 7710, 3 de agosto de 2010.

Acordada 8505/2012, 5 de octubre de 2012.

TRIBUNAL DE CUENTAS DE CATAMARCA: *Informe de Auditoría de Municipios de la Provincia de Catamarca. Distribución y Administración de los Fondos de Regalías Mineras en cumplimiento de las disposiciones contenidas en el artículo 5º de la ley 5128*. Período analizado, Ejercicio 2005. Nota TC N° 2139, Año 2007.

TRIBUNAL DE CUENTAS DE CATAMARCA: *Informe de Auditoría de Municipios de la Provincia de Catamarca. Distribución y Administración de los Fondos de Regalías Mineras en cumplimiento de las disposiciones contenidas en el artículo 5º de la ley 5128*. Período analizado, Ejercicio 2006. Nota TC N° 1965, Año 2008.

TRIBUNAL DE CUENTAS DE CATAMARCA: *Informe de Auditoría de Municipios de la Provincia de Catamarca. Distribución y Administración de los Fondos de Regalías Mineras en cumplimiento de las disposiciones contenidas en el artículo 5º de la ley 5128*. Período analizado, Ejercicio 2007. Nota TC N° 431/09, Año 2009.

TRIBUNAL DE CUENTAS DE CATAMARCA: *Informe de Auditoría de Municipios de la Provincia de Catamarca. Distribución y Administración de los Fondos de Regalías Mineras en cumplimiento de las disposiciones contenidas en el artículo 5º de la ley 5128*. Período analizado, Complementario Ejercicio 2007 y Ejercicio 2008. Nota TC N° 509/09, Año 2009.

TRIBUNAL DE CUENTAS DE CATAMARCA: *Informe de Auditoría Específica Municipalidad de Aconquija en cumplimiento de las disposiciones contenidas en el artículo 5º de la ley 5128*. Período analizado, Ejercicio 2008. Resolución TC N° 23/ 09, Año 2009.

TRIBUNAL DE CUENTAS DE CATAMARCA: *Informe de Auditoría Específica Municipalidad de Belén en cumplimiento de las disposiciones contenidas en el artículo 5º de la ley 5128*. Período analizado, Ejercicio 2008. Resolución TC N° 03/09, Año 2009.

TRIBUNAL DE CUENTAS DE CATAMARCA: *Informe de Auditoría de Municipios de la Provincia de Catamarca. Distribución y Administración de los Fondos de Regalías Mineras en cumplimiento de las disposiciones contenidas en el artículo 5º de la ley 5128*. Período analizado, Ejercicios 2009 y 2010. Nota TC N° 591/11, Año 2011.

TRIBUNAL DE CUENTAS DE CATAMARCA: *Informe de Auditoría de Municipios de la Provincia de Catamarca. Distribución y Administración de los Fondos de Regalías Mineras en cumplimiento de las*

disposiciones contenidas en el artículo 5º de la ley 5128. Período analizado, Ejercicio 2011. Nota TC Nº 016/13, Año 2013.

TRIBUNAL DE CUENTAS DE CATAMARCA: *Informe de Auditoría Específica Municipalidad de Andalgalá en cumplimiento de las disposiciones contenidas en el artículo 5º de la ley 5128.* Período analizado, Ejercicio 2008. Resolución TC Nº 166/09. Año 2009.

TRIBUNAL DE CUENTAS DE CATAMARCA: *Informe de Auditoría de Municipios de la Provincia de Catamarca. Distribución y Administración de los Fondos de Regalías Mineras en cumplimiento de las disposiciones contenidas en el artículo 5º de la ley 5128.* Período analizado, Ejercicio 2011. Nota TC Nº 325/13, Año 2013.

TRIBUNAL DE CUENTAS DE CATAMARCA: *Solicitud de Investigación Sumarial en el ámbito de los Directores en la Empresa Pública Yacimientos Mineros Agua de Dionisio —YMAD—; en la Secretaría de Minería de Catamarca y en la Dirección de Minería de Catamarca.* Nota A.S. Nº 03/ 2011.

BOLETÍN OFICIAL DE LA PROVINCIA DE CATAMARCA, RESOLUCIONES:

Boletín Oficial y Judicial. Oficial Nº LXXXI. Judicial Nº LXVIII. Nº 33, martes 25 de abril de 2006. Secretaría de Estado de Minería Nº 155/2005, 1er. trimestre de 2005, pp. 1272 a 1279.

Boletín Oficial y Judicial. Oficial Nº LXXXI. Judicial Nº LXVII. Nº 89, martes 7 de noviembre de 2006. Secretaría de Estado de Minería Nº 251/2005, 2do. trimestre de 2005, pp. 3591 a 3597.

Boletín Oficial y Judicial. Oficial Nº LXXXII. Judicial Nº LXIX. Nº 30, viernes 13 de abril de 2007. Secretaría de Estado de Minería Nº 16/2006, 3er. trimestre de 2005, pp. 1097 a 1102.

Boletín Oficial y Judicial. Oficial Nº LXXXII. Judicial Nº LXIX. Nº 30, viernes 13 de abril de 2007. Secretaría de Estado de Minería Nº 17/2006, 4to. trimestre de 2005, pp. 1102 a 1108.

Boletín Oficial y Judicial. Oficial Nº LXXXI. Judicial Nº LXVIII. Nº 59, martes 25 de julio de 2006. Secretaría de Estado de Minería Nº 082/2006, 1er. trimestre de 2006, pp. 2348 a 2352.

Boletín Oficial y Judicial. Oficial Nº LXXXI. Judicial Nº LXVIII. Nº 86, viernes 27 de octubre de 2006. Secretaría de Estado de Minería Nº 177/2006, 2do. trimestre de 2006, pp. 3454 a 3461.

Suplemento Especial del Boletín Oficial y Judicial. Secretaría de Estado de Minería Nº 341/2006, 3er. trimestre de 2006.

Suplemento Especial del Boletín Oficial y Judicial. Secretaría de Estado de Minería Nº 342/2006, 3er. trimestre de 2006.

Suplemento Especial del Boletín Oficial y Judicial. Secretaría de Estado de Minería Nº 033/2007, 4to. trimestre de 2006.

Boletín Oficial y Judicial. Oficial Nº LXXXVII. Judicial Nº LXXIV. Nº 87, martes 30 de octubre de 2012. Secretaría de Estado de Minería Nº 722/2012, 1er. trimestre de 2012, pp. 3446 a 3452.

Boletín Oficial y Judicial. Oficial Nº LXXXVIII. Judicial Nº LXXV. Nº 7, martes 22 de enero de 2013. Secretaría de Estado de Minería Nº 1241/2012. 2do. trimestre de 2012, pp. 203 a 208.

Boletín Oficial y Judicial. Oficial Nº LXXXVIII. Judicial Nº LXXV. Nº 41, martes 21 de mayo de 2013. Secretaría de Estado de Minería Nº 1543/2012. 3er. trimestre de 2012, pp. 1426 a 1431.

Boletín Oficial y Judicial. Oficial Nº LXXXVIII. Judicial Nº LXXV. Nº 56. Secretaría de Estado de Minería Nº 294/2013, 4to. trimestre de 2012, pp. 2011 a 2016.

Boletín Oficial y Judicial. Oficial Nº LXXXVIII. Judicial Nº LXXV. Nº 72, viernes 6 de septiembre de 2013. Secretaría de Estado de Minería Nº 696/2013, 1er. trimestre de 2013, pp. 2581 a 2586.

Boletín Oficial y Judicial. Oficial N° LXXXIX. Judicial N° LXXVI. N° 17, viernes 28 de febrero de 2014. Secretaría de Estado de Minería N° 1342/2013, 2do. trimestre de 2013, pp. 549 a 554.

Boletín Oficial y Judicial. Oficial N° LXXXIX. Judicial N° LXXVI. N° 21, viernes 14 de marzo de 2014. Secretaría de Estado de Minería N° 1477/2013, 3er. trimestre de 2013, pp. 674 a 679.

Boletín Oficial y Judicial. Oficial N° LXXXIX. Judicial N° LXXVI. N° 70, martes 2 de septiembre de 2014. Secretaría de Estado de Minería N° 489/2014, 1er. trimestre de 2014, pp. 2562 a 2567.



SECCIÓN II

DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO
RELACIONES INTERNACIONALES
E INTEGRACIÓN REGIONAL

DERECHO DE AUTODETERMINACIÓN DE LOS PUEBLOS ¿UN DERECHO HUMANO A LA DEMOCRACIA?*

Ercilia Irene Adén**

Resumen: En este trabajo se indagará —desde un punto de vista moral— si la existencia de un derecho de autodeterminación de los pueblos implica una obligación de sostener una forma democrática de gobierno por parte de los Estados que integran la Comunidad Internacional. El análisis se realizará a partir de la concepción liberal igualitaria de justicia propuesta por John Rawls y se entenderá a la democracia como un mecanismo de toma de decisiones colectivo.

Existen autores quienes afirman el nacimiento de un derecho humano a la democracia a partir del modo en que el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas actuó en ocasiones haciendo uso de la doctrina de la responsabilidad de proteger. Por tal motivo, luego de presentar la propuesta rawlsiana y a partir de ella, se evaluará moralmente el modo en que el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas actuó en un caso concreto aplicando la teoría de la responsabilidad de proteger.

Palabras clave: Derechos Humanos - Democracia - Autodeterminación de los pueblos.

Introducción

En los últimos años, numerosos autores se han pronunciado a favor de la existencia de un derecho humano a la democracia, ampliando así el concepto clásico de derechos humanos¹. Aunque el lenguaje de los derechos humanos suele ser atractivo, incluir a la democracia en tal concepto puede tener consecuencias negativas. Esta afirmación se vuelve más clara si se piensa en la doctrina de la responsabilidad de proteger, que ha tenido un desarrollo importante en las últimas décadas.

La mencionada doctrina tuvo su origen en el Informe del Milenio efectuado por la Comisión Internacional sobre Intervención y Soberanía de los Estados de Naciones Unidas. Allí se estableció que la soberanía no solamente otorgaba al Estado el derecho de “controlar” sus asuntos, sino que también confería al Estado la “responsabilidad” primaria de proteger a la población dentro de sus fronteras y se propuso que cuando un Estado no protegiera a su población, ya fuera por falta de capacidad o de voluntad, la responsabilidad incumbía a la comunidad internacional en su conjunto². Como consecuencia, la interpretación

* Recibido el 19/12/14. Aprobado el 02/10/15.

** Abogada (UNC). Becaria doctoral de CONICET. Doctoranda en Derecho y Cs. Sociales (UNC). Maestranda en Derecho y Argumentación (UNC). Adscripta en las cátedras de Ética y Derecho Internacional Público de la Facultad de Derecho (UNC). Miembro del Programa de Ética y Teoría Política radicado en el CIJS.

¹ FRANCK, T. M., “The emerging right to democratic governance”, en *The American Journal of International Law*, Vol. 86, N° 1, 1992, pp. 46-91.

² “Enseñanzas extraídas de Rwanda. Las Naciones Unidas y la prevención del genocidio. Responsabilidad de proteger”, September 22, 2013, disponible en <http://www.un.org/spanish/preventgenocide/rwanda/responsibility.shtml>.

del Capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas se vio extendida, autorizando al Consejo de Seguridad a realizar intervenciones humanitarias y establecer sanciones diplomáticas o económicas en situaciones que exceden las competencias que se derivan de una interpretación literal de la Carta. Esto es, ampliando su campo a situaciones de graves violaciones a nivel doméstico de un solo Estado y no sólo ante la existencia de “amenazas a la paz, quebrantamientos a la paz o acto de agresión” con la finalidad de “mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales” que requerirían exceder las fronteras de un Estado.

La tesis que propone el liberal igualitario John Rawls en su obra “The Law of Peoples” (El Derecho de los Pueblos)³ parece justificar una idea similar a la propuesta por la doctrina de la responsabilidad de proteger ante casos de violaciones de derechos humanos. Sin embargo, los intereses protegidos en el concepto de derechos humanos que propone el autor, difieren en gran medida de los que se encuentran receptados por los tratados internacionales.

La propuesta de John Rawls fue considerada por la mayoría de los autores que con posterioridad trataron cuestiones de justicia internacional, algunos posicionándose a su favor y muchos otros en contra. Una de las principales críticas tuvo que ver con la diferenciación que establece el autor respecto de las exigencias de justicia a nivel interno o doméstico de un Estado, de las que rigen en el ámbito internacional. En este trabajo se presentará el tratamiento del derecho de autodeterminación propuesto por Rawls para el ámbito internacional y luego será utilizado para evaluar el caso de la intervención a Libia.

Law of Peoples

En Law of Peoples, John Rawls establece los principios de justicia que deben regular las relaciones entre pueblos. La estrategia para determinarlos es similar a la que utiliza en el ámbito doméstico de un Estado para establecer los principios que se aplican a la estructura básica de la sociedad. Esto es: recurrir a una posición original en la que las partes se encuentran tras un velo de la ignorancia que les impide conocer características acerca de sí mismas que resultan irrelevantes o arbitrarias desde un punto de vista moral y que, de conocerse, podrían influir en la decisión acerca de cuáles son los principios que se deben escoger⁴.

Sin embargo, la situación original no es la misma en los dos niveles. La principal diferencia surge al determinarse los sujetos que se sitúan tras el velo de la ignorancia. Mientras que a nivel interno o doméstico los sujetos moralmente relevantes son personas, a nivel internacional son pueblos. Es por ello que en la denominada segunda posición original desde la que se busca establecer el contenido del Derecho de los Pueblos las partes desconocen características tales como el tamaño del territorio en el que se asientan, el tamaño de su población, su nivel de desarrollo económico o los recursos naturales de que disponen, entre otras cuestiones⁵.

Rawls considera que al acordarse los principios y normas contenidos en el Derecho de los Pueblos, las partes —al igual que a nivel interno— rechazarían

³ RAWLS, J., *The Law of Peoples*, Harvard University Press, Cambridge, 1999.

⁴ RAWLS, J., *A Theory of Justice*, MA: Harvard University Press, Cambridge, 1999, pp. 90, 118-123.

⁵ RAWLS, J., *The Law of Peoples*, Harvard University Press, Cambridge, 1999, p. 30.

una concepción utilitarista. Una concepción de este tipo podría exigir que un pueblo sacrifique su propia concepción del bien a favor de, por ejemplo, la que resulte aceptada por la mayoría si ello produce mayor felicidad al conjunto de pueblos. Rawls piensa que las partes no estarían dispuestas a correr el riesgo de que su concepción de bien sea la sacrificada. Por tal motivo, cree que tendrán un interés en aceptar los ocho principios que propone, que garantizan igualdad e independencia y que satisfacen un criterio de reciprocidad⁶. Aunque es cierto que las teorías que conciben a las personas como libres e iguales pueden ser objeto de controversias, a nivel internacional ello no es objeto de discusión. Por el contrario, el reconocimiento de la soberanía estatal y la idea de que los Estados son libres e iguales es de unánime aceptación⁷.

John Rawls distingue entre pueblos liberales, pueblos decentes y estados no decentes. Los pueblos liberales y los decentes forman parte de la Sociedad de los Pueblos y determinan el contenido del Derecho de los Pueblos. Los estados no decentes son los que no cumplen con uno o más de los requisitos para ser considerados decentes y sobre los que los pueblos decentes y liberales podrán influir de diferentes maneras para que sus prácticas se adecuen a las exigencias del Derecho de los Pueblos. Bajo este concepto se incluye a los estados fuera de la ley, los que se encuentran limitados por condiciones desfavorables y los absolutismos benevolentes⁸.

Una de las principales críticas que recibió la teoría de Rawls fue por parte de los denominados liberales cosmopolitas. Estos teóricos sostienen que para que la teoría sea coherente, las mismas normas y principios de justicia que rigen a nivel doméstico deben regir a nivel internacional. Algunos autores consideran que no existe justificación alguna para reducir las exigencias a nivel internacional y creen que la reducción efectuada por Rawls estuvo motivada por la complejidad de las relaciones en el ámbito internacional. De ser esto cierto, podría reconocerse utilidad práctica a la teoría aunque carecería de justificación válida en el plano moral.

La interpretación de la teoría rawlsiana que elabora el profesor Stephen Macedo parece más apropiada y es compatible con la teoría de la justicia que Rawls propone aplicar a nivel doméstico. Macedo sostiene que el motivo de hacer una distinción entre el nivel interno de un Estado y el internacional es la significancia moral de la autodeterminación colectiva, no un problema más bien práctico y sin relevancia moral como lo sería la mayor diversidad a nivel global. Macedo explica que la pertenencia a una comunidad política difiere mucho de la pertenencia a la sociedad internacional puesto que en esta última, las relaciones se encuentran mediadas por unidades políticas primarias que son los estados miembros de, por ejemplo, un cuerpo como las Naciones Unidas⁹. Por su parte, Hugo O. Seleme destaca que se deben dar tres elementos para poder extender la idea rawlsiana de justicia doméstica al ámbito internacional y que ello no sucede puesto que si bien las instituciones internacionales poseen efectos profundos en

⁶ *Ibid.*, pp. 41.

⁷ SELEME, H. O., "Democracia Internacional, Derecho Humano a la Democracia e intervención humanitaria", en *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, vol. 35 (Doxa, 2012), pp. 351.

⁸ RAWLS, J., *The Law of Peoples*, Harvard University Press, Cambridge, 1999.

⁹ MACEDO, S., "What Self-Governing Peoples owe to one another: universalism, diversity and The Law of Peoples", en *Fordham L. Rev* 72 (2004), pp. 103, <http://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol72/iss5/17>.

la vida de los individuos, no existe un poder político colectivo internacional y tampoco es a los individuos a quienes se ejerce la coerción internacional sino a los estados¹⁰.

Derecho de autodeterminación de los pueblos

El derecho de autodeterminación de los pueblos puede ser entendido como el derecho que poseen los pueblos a autogobernarse. Aunque es mayormente aceptado que debe ser protegido, no es unánime la opinión con respecto a quiénes son sus titulares. Por un lado están quienes afirman que se trata de un derecho que poseen los estados, y es por ello que lo equiparan a la “no interferencia”. Por el otro, están quienes afirman que se trata de un derecho que poseen los individuos que habitan los estados, en cuyo caso puede distinguirse entre quienes lo entienden como un derecho individual, que sería el caso de los liberales cosmopolitas, de quienes lo entienden como un derecho colectivo, como es el caso de John Rawls.

Es claro que en la teoría rawlsiana el derecho de autodeterminación de los pueblos se encuentra receptado. Para comenzar, en el primer principio a escoger tras el velo de la ignorancia reconoce a los pueblos como libres e independientes. Luego, en el cuarto lo refuerza con la obligación de no intervención. Aunque su contenido no se encuentra del todo desarrollado, el capítulo en que desarrollan las características que deben poseer o las condiciones que deben cumplir las sociedades jerárquicamente organizadas para ser consideradas decentes provee una aproximación a él.

Cuando Rawls desarrolla las características de las sociedades no liberales y decentes, admite que las decisiones efectuadas por las personas que las representan se lleven a cabo a través de procedimientos distintos a los que generalmente caracterizan un régimen democrático, sin por ello resultar inadmisibles moralmente. Allí, la exigencia se circunscribe a que tales sociedades cuenten con una concepción de justicia que incluya una idea de bien común, que los individuos que las integren tengan la posibilidad de ser escuchados y sus opiniones sean tenidas en cuenta por los representantes a la hora de tomar decisiones que les afecten. Sin embargo, de ello no se extrae las opiniones deban ser igualmente consideradas. Para ello, utiliza el ejemplo de una sociedad jerárquica decente a la que denomina Kazanistan. En Kazanistan existe un proceso de consulta mediante el cual todas las opiniones son tenidas en cuenta —aunque no cuentan de igual modo— y las decisiones responden a una concepción de bien común que es compartida quienes la integran¹¹.

Razones públicas y derecho humano a la democracia

La idea de razón pública que es exigida a nivel interno también es sostenida a nivel internacional y su contenido es el que determina los principios del Derecho de los Pueblos. El reconocimiento de la independencia e igualdad entre los distintos pueblos exige que las normas que regulen sus relaciones puedan ser

¹⁰ SELEME, H., “La consistencia del contextualismo institucional e internacional”, en *Enrahonar*, N° 43, 2009, pp. 224.

¹¹ RAWLS, J., *The Law of Peoples*, Harvard University Press, Cambridge, 1999, pp. 77.

reconocidas por ellos como justas y, por tanto, propias. Lo contrario, implicaría un ataque a su derecho al autogobierno. Además, Rawls considera positivo que se acepten las razones por suponerlas buenas o correctas debido a que de ese modo su cumplimiento y estabilidad se ven motivados¹².

A diferencia de lo que sucede a nivel interno, en esta segunda posición original los representantes de los pueblos no deben escoger los principios que regularán sus relaciones. Aquí ellos son tomados conforme al modo en que se utilizaron históricamente a través de la práctica internacional y su recepción en el derecho internacional, donde el reconocimiento a los pueblos como libres e iguales es ampliamente aceptado. Lo que las partes allí situadas deben hacer es decidir acerca del modo en que esos principios deben ser interpretados y valorados. El autor menciona sólo ocho, aunque aclara que la lista es meramente enunciativa y debe ser completada.

“1. Los pueblos son libres e independientes y su libertad e independencia debe ser respetada por otros pueblos.

2. Los pueblos tienen que cumplir los tratados y las obligaciones a las que se comprometen.

3. Los pueblos son iguales y tienen que ser partes de aquellos acuerdos que los comprometen.

4. Los pueblos tienen que respetar una obligación de no-intervención.

5. Los pueblos tienen un derecho a autodefensa, pero ningún derecho a iniciar guerras por otra razón que la autodefensa.

6. Los pueblos tienen que respetar los derechos humanos.

7. Los pueblos tienen que cumplir ciertas restricciones especificadas en la conducta de guerra.

8. Los pueblos tienen una obligación de asistir a otros pueblos que viven bajo condiciones desfavorables que les impiden tener un orden político y social justo o decente”¹³.

Estos principios se asemejan a los que en el derecho internacional conforman el derecho imperativo o normas de *ius cogens*. Conforme al art. 53 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados “...una norma imperativa del derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad de estados en su conjunto como una norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”¹⁴.

Los derechos humanos como límites al derecho de autodeterminación

La conjunción de los ocho principios propuestos por la concepción rawlsiana podría suponer una potencial colisión entre derecho de autodeterminación —y el deber de no intervención— y los derechos humanos, en donde uno de ellos deba ser sacrificado. En tal caso se podría decir, por ejemplo, que puesto que los derechos humanos protegen intereses reconocidos como urgentes, un pueblo que no los respete no podría hacer valer su derecho a no ser intervenido. Por

¹² *Ibíd.*, pp. 121.

¹³ *Ibíd.*, pp. 37.

¹⁴ *Convenio de Viena sobre El Derecho de Los Tratados*, 1969.

el contrario, su no cumplimiento debería ser condenado y justificaría la acción por parte de los pueblos decentes para garantizar su respeto aunque ello vuelva necesaria una intervención. Entre esas acciones se encontraría la posibilidad de establecer sanciones económicas e incluso realizar intervenciones militares.

Sin embargo, existe otro modo de interpretar la teoría que parece más acorde a la función que los principios mencionados parecen cumplir. Los derechos humanos, antes que límites capaces de menguar el derecho de autodeterminación, pueden ser entendidos como precondiciones para su existencia. Esto es, no existe autodeterminación en un pueblo si no se reconocen los derechos humanos de quienes lo integran¹⁵.

Cabe destacar que la inclusión del principio de respetar los derechos humanos dentro del contenido del Derecho de los Pueblos implica aceptar que todos los integrantes de la Sociedad de los Pueblos poseen razones compartidas para protegerlos con independencia de la concepción filosófica o religiosa que posean¹⁶. En la teoría de Rawls, ellos son necesarios para la satisfacción de cualquier idea de justicia que contenga una concepción de bien común y se circunscriben a: el derecho a la vida, a la libertad personal, a la propiedad personal y al trato igualitario ante la ley¹⁷.

Teoría de Rawls y la intervención a Libia

Analizar un caso de la realidad es útil para comprender qué nos compromete a aceptar la tesis de John Rawls. Una forma de llevar esta teoría a la práctica es utilizarla como estándar para evaluar el modo en que se encuentra regulado el derecho internacional, como así también la forma en que se desarrolla la práctica entre los estados que integran la Comunidad Internacional.

Los hechos suscitados en Libia a principios del 2011 muestran la complejidad de las cuestiones que giran en torno a la aceptación de la existencia de un derecho humano a la democracia. Luego de los levantamientos de civiles reclamando derechos democráticos en Túnez y Egipto, llegó el Turno de Libia. “Sistemáticas violaciones de derechos humanos, incluida la represión de manifestantes pacíficos” y “la incitación a la hostilidad y la violencia contra la población civil formulada desde el más alto nivel del gobierno” motivaron la sanción de la resolución 1970 por parte del Consejo de Seguridad del 26 de febrero de 2011 que establecía sanciones como el embargo de armas, el congelamiento de activos, y una prohibición de viajar a todo el clan de Gadafi¹⁸.

La noche del 17 de marzo de 2011 y por temor a que Gadafi atacase el último baluarte de la resistencia en Benghazi, el Primer Ministro Inglés David Cameron y el Presidente de Francia Nicolás Sarkozy convocaron a una reunión de emergencia bajo el Capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas sobre “Acción en caso de amenazas a la paz, quebrantamientos de la paz o actos de agresión”. Como resultado, la resolución 1973 fue adoptada con las abstenciones de China, Rusia, Brasil, India y Alemania, e inmediatamente las tropas anglo-francesas co-

¹⁵ “Democracia Internacional, Derecho Humano a la Democracia e intervención humanitaria”, en *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, vol. 35 (Doxa, 2012), pp. 344.

¹⁶ RAWLS, J., *The Law of Peoples*, Harvard University Press, 1999, p. 79.

¹⁷ BEITZ, CH. R., *La Idea de Derechos Humanos*, Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 129-135.

¹⁸ Resolución 1970 del Consejo de Seguridad, 2011, párrs. 9º, 15, 17.

menzaron los bombardeos a las tropas de Gadafi, seguidas luego de la participación de otras fuerzas de la Otán como EE.UU.¹⁹.

La intervención en Libia puede ser considerada desde distintos enfoques:

Enfoque jurídico

En opinión de algunos internacionalistas, del caso de Libia puede derivarse el reconocimiento de un derecho humano a la democracia. Está claro que según la concepción rawlsiana un caso de la realidad no sería suficiente para justificar el nacimiento de un derecho humano en un sentido moral. Sin embargo, el reconocimiento de un derecho jurídico sí podría ser evaluado desde este último plano para reflexionar acerca de si las normas que se nos aplican están moralmente justificadas.

Con respecto al plano jurídico, algunos aspectos destacados por el profesor Pierre Thielbörger son de gran ayuda. El profesor sostiene que aunque es difícil determinar cuál fue la razón fundamental de la resolución que autorizó la intervención, las alternativas conducen a negar que estuviera motivada por la protección de un derecho humano a la democracia:

- *Razón Humanitaria*: Consiste en sostener que el punto de partida de la resolución 1073 fue “la amenaza a la paz”. De aceptarse que ésta fue la motivación, es posible cuestionar acerca de la legalidad de la intervención puesto que implicaría excederse en las competencias del Consejo de Seguridad conforme a la Carta de Naciones Unidas. Mientras que el art. 39 de la Carta establece su competencia para casos de amenazas a la paz y seguridad internacionales, el caso en concreto parecía encuadrar en un conflicto interno y no internacional²⁰. Dicho de otro modo, se trataba de un caso para el cual el Consejo de Seguridad no tenía competencias para intervenir. Un caso en el que, por el contrario, tenía la obligación de abstenerse de actuar conforme al principio de no intervención. Como consecuencia, esta razón no serviría para afirmar el “nacimiento de un derecho humano” a la democracia a partir de la intervención, aunque sí para cuestionar las medidas adoptadas por el Consejo de Seguridad.

- *Cambio de régimen*: Esta motivación no puede ser hallada en el texto de la resolución, aunque sí en el modo en que fue ejecutada. La alternativa surge al considerar que si la razón era estrictamente humanitaria, la intervención debió haber terminado junto con el desastre humanitario, respetando así la soberanía del Estado Libio. Por el contrario, los gobiernos de la Otán intervinieron en una guerra civil brindando apoyo militar a los rebeldes e inclusive se pronunciaron acerca de la finalidad de establecer un régimen democrático y derrocar a un tirano²¹. Sin embargo, estos hechos no prueban el nacimiento de ningún derecho sino que pueden ser entendidos como una violación a la resolución y las normas del derecho internacional mientras se ejecutaba la medida. Además, el profesor objeta esta alternativa por considerar las abstenciones de los cinco países como una no aprobación y, por tanto, la insuficiencia de la medida para modificar una

¹⁹ THIELBÖRGER P., “The Status and Future of International Law After the Libya Intervention”, en *Goettingen Journal of International Law*, doi: 10.3249/1868-1581-4-1-thielboerger, 4 (2012), pp. 17-18.

²⁰ *Ibíd.*, pp. 19-22.

²¹ *Ibíd.*, pp. 22-23.

norma de *ius cogens* como es el principio de no intervención. Además, destaca que no es posible sostener que la justificación basada en proteger la democracia pueda observarse en la ejecución porque la intervención perdió apoyo en la medida en que ese cambio en la finalidad se hacía evidente²².

- *Responsabilidad de proteger*: para el profesor y teniendo en cuenta las declaraciones del Secretario General de Naciones Unidas Ban Ki-moon, la doctrina subyacente en la resolución para justificar la acción bajo el Capítulo VII de la Carta de UN fue la de la responsabilidad de proteger. Desde esta visión, la intervención —primero diplomática y como último recurso la militar— por parte de la Comunidad Internacional y en un Estado, está justificada cuando este último no puede o no quiere proteger a su población. El profesor objeta que no haya sido incluida como base legal —aunque pueda desprenderse del preámbulo de ambas resoluciones— como uno de los motivos que las guiaba.

El caso de la intervención a Libia puede ser considerado como un giro de la doctrina de la responsabilidad de proteger, cuyo campo de aplicación en sus orígenes se circunscribía a casos de “genocidio, crímenes de guerra, depuración étnica y crímenes de lesa humanidad”, incluyendo ahora casos de “graves y sistemáticas violaciones de derechos humanos”²³. Conforme a esta nueva interpretación, la doctrina de la responsabilidad de proteger reconocería en la práctica una aproximación a la teoría propuesta por John Rawls.

Enfoque rawlsiano

En la teoría de Rawls, las sociedades decentes deben ser respetadas. Puede que desde esta visión el estado de Libia no cumpla con los requisitos mínimos para ser considerado decente, pero la posesión o no de un régimen democrático no es una propiedad determinante de tal condición. Los países que integran la Sociedad de los Pueblos satisfacen, en mayor o menor grado, esos requisitos mínimos. En el plano de la realidad, las exigencias y prácticas que se desarrollan en el seno de las Naciones Unidas podrían ser evaluadas conforme a ellos.

Si se considera el aspecto moral desde una teoría rawlsiana de justicia internacional, la intervención no podría justificarse en la finalidad de establecer una democracia sino en la de garantizar el respeto al derecho de autodeterminación del pueblo Libio. Lo que debería probarse antes de tomar cualquier medida es que el Estado Libio no cumple con las condiciones mínimas exigibles para ser considerados una sociedad decente. Así, si sus afrentas a los derechos humanos fuesen ciertas, la toma de medidas estaría justificada. Sobre esto, cabe destacar que Rawls advierte de los riesgos que presentan las intervenciones humanitarias en la práctica, muchas veces generadas con la finalidad de alcanzar objetivos ocultos y contrarios al Derecho de los Pueblos. En el caso en concreto, hay quienes afirman que los levantamientos de grupos rebeldes fueron promovidos por las grandes potencias para obtener ventajas de carácter militar o económico. Esa alternativa también debería ser descartada antes de accionar.

En caso de que dadas las circunstancias una intervención humanitaria sea necesaria, ello no implica dar un paso directo al establecimiento de instituciones democráticas. La exigencia de poseer un gobierno democrático podría

²² *Ibíd.*, pp. 37.

²³ *Ibíd.*, pp. 23-26.

ser contraria al derecho de autodeterminación del pueblo libio si, por ejemplo, éste sostiene una concepción de justicia incompatible con concebir a las personas como seres libres e iguales. Cabe recordar que, para Rawls, los derechos humanos protegen valores que tanto sociedades liberales como sociedades no liberales pero decentes comparten. Si ése fuera el caso, una exigencia de establecer un régimen democrático sería inmoral y por tanto, contraria al Derecho de los Pueblos.

La necesidad de establecer un régimen democrático en Libia fue sostenida públicamente por algunos mandatarios de Estados Unidos, Gran Bretaña y Francia, entre otros. Esta motivación puede entenderse como una forma de consecuencialismo o instrumentalismo. Así, la democratización del régimen libio sería un medio para alcanzar dos posibles fines, ambos admisibles en la teoría de Rawls. Por un lado, podría tratarse de fines humanitarios. Por el otro, de la finalidad de garantizar al pueblo libio su derecho de autodeterminación.

La razón humanitaria consistiría sostener que establecer un régimen democrático en Libia se presentaba como la mejor salida para terminar con los actos de violencia y proteger a su población. Sobre este aspecto es difícil hallar una respuesta acertada ya que no es posible saber cómo se encontraría la población de no haberse llevado a cabo la intervención. Sin embargo, los sucesos posteriores a la intervención al menos ponen en duda tal justificación. Habiendo pasado más de tres años desde la intervención militar en Libia, allí continúan los actos de violencia que se agravaron en las pasadas elecciones llevando a que varios países retiren sus embajadas²⁴.

Los sucesos posteriores a la intervención no son una cuestión menor. Si la intervención no era la mejor alternativa, llevarla adelante implicó avanzar sobre el derecho de autodeterminación —ampliamente reconocido y aceptado— del pueblo libio. Es el pueblo libio quien debería decidir el tipo de régimen que quiere tener sin interferencia de pueblos extranjeros. Sobre esto, Rawls considera que tiene un especial valor que los pueblos lleguen por sí mismos a establecer regímenes democráticos y además confía en que ello suceda, puesto que es el que mayores ventajas presenta y el que mejor satisface las exigencias de justicia²⁵.

La otra razón instrumental consiste en afirmar que la intervención estaba dirigida a garantizar y proteger el derecho de autodeterminación del pueblo libio que no era respetado, y que la aparición de los rebeldes en el espacio público es una prueba de ello. Sobre este aspecto caben al menos dos interpretaciones: o bien que el único modo de auto determinarse es a través de un régimen democrático, o bien que hay otros modos pero que el pueblo libio pedía ayuda para poder hacerlo a través de un régimen democrático. Esto es, denuncian que su propio estado no respeta el ejercicio de su derecho de autodeterminación y a través de un las protestas solicitan tener un régimen democrático. Una justificación instrumental desde la teoría de Rawls podría hallarse conforme a la segunda interpretación. La democracia como una forma —e incluso la mejor— de auto determinarse, pero no la única. Como consecuencia, su carácter de derecho humano es negado y no puede ser exigido a la totalidad de pueblos.

²⁴ "Retira la Unión Europea a su personal diplomático en Libia", *El Mundo*, July 31, 2014, disponible en <http://www.du.de/retira-la-uni%C3%B3n-europea-a-su-personal-diplom%C3%A1tico-en-libia/a-17825037>.

²⁵ RAWLS, J., *The Law of Peoples*, Harvard University Press, Cambridge, 1999, pp. 127-128.

Conclusión

Desde la concepción liberal igualitaria de John Rawls, es posible distinguir entre el derecho de autodeterminación del que son titulares los pueblos, de un potencial derecho a tener instituciones democráticas por parte de los individuos que los integran. Sostener la existencia del primero, no implica un compromiso u obligación con una forma democrática de gobierno por parte de la totalidad de los pueblos decentes que, según el autor, suscribirían al Derecho de los Pueblos.

Aunque Rawls considera que la democracia es el modo más justo de regular las instituciones y que responde a una exigencia de justicia a nivel interno o doméstico de un estado, esa exigencia no se traslada al plano internacional en donde los sujetos moralmente relevantes no son personas sino pueblos. En el plano internacional, el autor considera que el derecho de autodeterminación tiene preeminencia y que si los pueblos cumplen con una serie de requisitos —entendidos como buenas razones por todos ellos—, la forma de gobierno que decidan adoptar debe ser respetada.

Considero que los intentos de usar el caso paradigmático de la intervención a Libia para afirmar el nacimiento de un Derecho Humano a la Democracia no son satisfactorios desde un punto de vista jurídico y que ello es positivo desde un punto de vista moral. Quizás sea adecuado que la doctrina de la responsabilidad de proteger sea utilizada ante violaciones de derechos humanos con una concepción más amplia que la de “genocidio, crímenes de guerra, depuración étnica y crímenes de lesa humanidad”. No obstante, sería importante que su uso sea presentado de manera clara, transparente, limitada y fundada en razones que puedan ser compartidas por todos los pueblos y no sólo por los miembros permanentes del Consejo de Seguridad.

No parece correcto hacer uso de la doctrina para imponer de manera coercitiva todos los intereses que se consideran importantes en las culturas liberales. Ello es así tanto por razones prácticas, como morales. En cuanto a lo práctico, aunque siempre quedará un margen de duda por la imposibilidad de mostrar contraejemplos, casos como el de Libia demuestran que las intervenciones no siempre sirven a las finalidades humanitarias que se buscan alcanzar —según se declara—. Con respecto al plano moral, el deber de tolerancia y la obligación de respetar el derecho a la autodeterminación colectiva imponen un límite a las acciones que se pueden justificar. Un respeto a la autodeterminación exige algo distinto a poseer instituciones democráticas. Aunque sea positivo que todos los pueblos las adquieran, los procedimientos para alcanzarlas poseen relevancia moral y requieren también —entre otras cosas— del respeto de su autonomía. Además, el sostenimiento por razones reconocidas y aceptadas como propias les otorgará mayor estabilidad a que si son impuestos por la fuerza y por razones no compartidas. Parece acertado pensar que si la democracia es el mejor modo de gobernarse, los distintos pueblos la alcanzarán a su tiempo.

Sostener que el derecho de autodeterminación ha sido vulnerado no implica admitir una intervención militar como primera medida. Las medidas podrían ser distintas, más acordes a la situación planteada. Sin embargo, el uso práctico de la doctrina de la responsabilidad de proteger demuestra que el riesgo advertido por Rawls es cierto y que aún no existen medidas que ayuden a preve-

nirlo o reducirlo. Delimitar las condiciones del derecho de autodeterminación permitirá clarificar en qué casos se debe actuar y el modo de hacerlo. Si la intervención es un medio para alcanzar otro fin, las medidas que se tomen deben ser proporcionales a tal fin. Un bombardeo masivo a la población civil, a modo de ejemplo, no es un medio proporcional ni admisible moralmente para garantizar el autogobierno.

Bibliografía

BEITZ, CH. R., *La Idea de Derechos Humanos*, Marcial Pons, Madrid, 2012.

Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 1969.

“Enseñanzas extraídas de Rwanda. Las Naciones Unidas y la prevención del genocidio. Responsabilidad de proteger”, september 22, 2013, disponible en <http://www.un.org/spanish/preventgenocide/rwanda/responsibility.shtml>.

FRANCK, T. M., “The emerging right to democratic governance”, en *The American Journal of International Law*, Vol. 86, N° 1, 1992, pp. 46-91.

MACEDO, S., “What Self-Governing Peoples owe to one another: universalism, diversity and The Law of Peoples” en *Fordham L. Rev* 72 (2004), pp. 101-117, <http://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol72/iss5/17>.

RAWLS, J.A *Theory of Justice*, MA: Harvard University Press, Cambridge, 1999.

— *The Law of Peoples*, Harvard University Press, Cambridge, 1999.

Resolución 1970 del Consejo de Seguridad, 2011.

“Retira la Unión Europea a su personal diplomático en Libia, *El Mundo*, July 31, 2014, disponible en <http://www.du.com/es/retira-la-uni%C3%B3n-europea-a-su-personal-diplom%C3%A1tico-en-libia/a-17825037>.

SELEME, H. O., “Democracia Internacional, Derecho Humano a la Democracia e intervención humanitaria”, en *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, vol. 35, Doxa, 2012.

— “La consistencia del contextualismo institucional e internacional” en *Enrahonar*, N° 43, 2009, pp. 206-228.

THIELBÖRGER P., “The Status and Future of International Law After the Libya Intervention”, en *Goettingen Journal of International Law*, doi: 10.3249/1868-1581-4-1-thielboerger, 4 (2012), pp. 11-48.



LOS TRIBUTOS AMBIENTALES Y EL PRINCIPIO DE LIBRE COMERCIO EN EL MERCOSUR*

*Julia Daniela Bach***

Resumen: El MERCOSUR tiene entre sus objetivos la libre circulación de bienes, servicios y factores productivos intrazona, el fortalecimiento del proceso de integración y la vigencia de condiciones adecuadas de competencia entre los estados. Las decisiones de política fiscal ambiental que se adopten por los países miembros, pueden alterar las condiciones de competencia y generar distorsiones que afecten el flujo del libre comercio. El objetivo principal de este trabajo es establecer si los tributos ambientales resultan compatibles con los principios del MERCOSUR, determinar el marco normativo aplicable y establecer principios orientadores, útiles para resolver los conflictos que puedan plantearse.

Palabras clave: Tributos ambientales - Libre comercio - Mercosur.

1. Introducción

En 1991 Argentina y Brasil, juntamente con Paraguay y Uruguay firmaron el Tratado de Asunción, por el cual conformaron un Mercado Común denominado Mercado Común del Sur (en adelante: MERCOSUR).

En los últimos años se han producido algunos cambios que han modificado su integración original ya que se ha incorporado la República Bolivariana de Venezuela¹ y se encuentra en proceso de adhesión el Estado Plurinacional de Bolivia². Asimismo cuenta con varios Estados Asociados: Chile (Decisión 12/97), Perú (Decisión 39/03), Ecuador (Decisión 43/04), Colombia (Decisión 44/04), y en proceso de ratificación Guyana (Decisión 12/13) y Surinam (Decisión 13/13).

Del Preámbulo del Tratado de Asunción (en adelante: TA), surge que el fin último del MERCOSUR es mejorar las condiciones de vida de sus habitantes. Dicho objetivo se pretende lograr mediante la constitución de un mercado común que permita la ampliación de las actuales dimensiones de sus mercados nacionales, a través de la integración. Tal integración constituye condición fundamental para acelerar sus procesos de desarrollo económico con justicia social.

Para la constitución del mercado común se establecen distintos objetivos de carácter instrumental, entre los que se destacan la libre circulación de bienes, servicios y factores productivos entre los países, la fijación de un aran-

* Recibido el 11/02/15. Aprobado el 19/08/15.

"El artículo se enmarca dentro del proyecto de investigación: La protección ambiental a través del sistema fiscal. Una mirada interdisciplinar de los tributos ambientales en el marco de la normativa argentina" (CUDAP: EXP-UNC: 37126/2014).

** Abogada, Especialista en Derecho Tributario, Adscripta de la Asignatura Derecho Tributario en la U. N. C., e-mail: juliabach@grupoalcazar.com.ar.

¹ Definitivamente incorporado al Mercosur el pasado 31 de julio de 2012 (Protocolo de Adhesión firmado en el año 2006).

² Protocolo de Adhesión firmado en el año 2012.

cel externo común, el fortalecimiento del proceso de integración y la vigencia de condiciones adecuadas de competencia entre los estados.³

En el marco de un proceso de integración regional existen múltiples factores que pueden incidir en el logro de los objetivos precedentemente mencionados. Entre ellos se destacan los impuestos internos de cada uno de los estados partes⁴.

En este contexto se inserta la problemática relativa a los tributos ecológicos, como instrumentos de protección ambiental. Las medidas que internamente adopte cada uno de los estados miembros del MERCOSUR pueden implicar un obstáculo al libre comercio. Este principio resulta uno de los ejes fundamentales sobre los que se apoya el proceso de integración económica. Por tal motivo el empleo de instrumentos de protección ambiental podría alterar el contenido de este principio.

En este trabajo estudiaremos los tributos ambientales y el principio del libre comercio, en el ámbito del Mercosur.

Para ello, dividiremos el artículo en tres partes. En primer lugar, analizaremos los aspectos centrales del TA a fin de conocer las características que adquiere el principio de libre comercio en el Mercosur. Esto reviste especial importancia, ya que este principio no es un fin en sí mismo, sino que es tan solo un fin instrumental, al servicio de objetivos superiores. En segundo lugar sintetizaremos los posibles efectos que pueden producir los tributos ambientales en el comercio entre los estados miembros. Esto es esencial a fin de comprender cómo la adopción de una medida interna de protección ambiental puede alterar el comercio internacional de mercaderías. De esta forma veremos concretamente el modo en que el principio de libre comercio puede entrar en conflicto con la protección ambiental. En tercer lugar analizaremos las normas suscriptas por los Estados del MERCOSUR, tanto de índole comercial como ambiental. Esto nos permitirá determinar la importancia que la protección del ambiente adquiere en la normativa del MERCOSUR.

En base a ello intentaremos establecer si los tributos ambientales resultan compatibles con los principios del MERCOSUR. En caso afirmativo determinaremos cuál es el marco normativo que les resulta aplicable y estableceremos ciertas reglas o principios orientadores, útiles para resolver los conflictos que puedan plantearse en esta materia.

2. Tratado de Asunción

De conformidad al texto fundacional del Mercosur, el mercado común al que se aspira, y que se funda en la reciprocidad de derechos y obligaciones entre los Estados⁵ Partes, se construye sobre tres pilares⁶:

³ BOUZAS, ROBERTO y FANELLI, JOSÉ MARÍA, *Mercosur: Integración y Crecimiento*, Altamira, Buenos Aires, 2002.

⁴ TORRES, AGUSTÍN, "Las relaciones entre el derecho internacional tributario y el derecho de la integración", en *Tratado De Derecho Internacional Tributario*, ASOREY, RUBÉN, GARCÍA, FERNANDO (dirs.), BILLARDI, CRISTIÁN (coord.), et al., Tomo I, Sección 2ª, pp. 398 y ss., La Ley, Buenos Aires, 2013.

⁵ Art. 2º del TA.

⁶ Art. 1º del TA.

Un pilar o eje interno, relativo al comercio intrazona⁷: “La libre circulación de bienes, servicios y factores productivos entre los países”. Para lograr este objetivo se reconoce la necesidad “de eliminar los derechos aduaneros y restricciones no arancelarias a la circulación de mercaderías y de cualquier otra medida equivalente entre los estados miembros”.

Un pilar o eje externo, con relación a terceros Estados o agrupaciones de Estados: que consiste en el “establecimiento de un arancel externo común, la adopción de una política comercial común y la coordinación de posiciones en foros económico comerciales regionales e internacionales”.

Un pilar o eje institucional: referido a la “coordinación de políticas macroeconómicas y sectoriales entre los Estados Partes”⁸ y el compromiso de los Estados Partes de “armonizar sus legislaciones en las áreas pertinentes”, para “lograr el fortalecimiento del proceso de integración”.

Analizaremos el primer aspecto mencionado, relativo al alcance del principio de libre comercio intrazona establecido en art. 1º del TA. Este principio guarda relación directa con el objetivo de nuestro estudio y por ello le dedicaremos especial atención.

El proceso de integración regional del MERCOSUR es gradual y progresivo y en los hechos ha resultado mucho más lento y arduo de lo previsto en los textos fundacionales⁹.

A fin de facilitar la constitución del Mercado Común el art. 3º del TA prevé un inicial período de transición¹⁰. En este período, los Estados Partes adoptan un Régimen General de Origen¹¹ para establecer cuáles son las mercaderías que se ven favorecidas por la eliminación de derechos aduaneros y de restricciones no arancelarias y una serie de cláusulas de salvaguardia.

El principal instrumento para alcanzar la constitución del mercado común, durante el período de transición, es la adopción de un Programa de Libera-

⁷ Comercio entre los Estados partes de la Región.

⁸ En materia de comercio exterior, agrícola, industrial, fiscal, monetaria, cambiaria y de capitales, de servicios, aduanera, de transportes y comunicaciones y otras que se acuerden, a fin de asegurar condiciones adecuadas de competencia entre los Estados Partes.

⁹ Actualmente el Mercosur se encuentra en la etapa de Unión tarifaria imperfecta. La Nomenclatura Común del Mercosur (en adelante NCM) se encuentra integrada por aproximadamente 9 mil ítems arancelarios, la cual incluye aranceles *ad valorem* que varían, en general, de 0% a 20%, de acuerdo con la categoría de productos y la existencia o no de producción regional. Además, el Código aduanero del Mercosur, aprobado por el Consejo del Mercado Común (en adelante: CMC) mediante la Decisión CMC 27/10 no se encuentra vigente, ya que está en proceso de internalización a los ordenamientos jurídicos de los Estados Partes. (Esta información se puede corroborar en <http://www.mercosur.int/>).

¹⁰ Que conforme a lo establecido debía culminar el 31 de diciembre de 1994.

¹¹ Debiera finalizar el 31 de diciembre de 2016. Las disposiciones vinculadas al Régimen de Origen Mercosur (en adelante ROM) están contenidas en la Decisión CMC 1/04 y diversas normas complementarias (la Decisión CMC 1/09 que sustituye a la Decisión CMC 1/04 se encuentra en proceso de incorporación a los ordenamientos jurídicos de los Estados Partes del Mercosur). El Régimen de Origen Mercosur prevé como regla general que serán considerados como “Productos originarios del Mercosur” (en adelante PO) los bienes elaborados íntegramente en el territorio de cualquiera de los Estados Partes del Mercosur utilizando materiales originarios. También serán considerados PO, aquellos cuya última transformación sustancial haya sido realizada en el territorio de cualquiera de los Estados Parte del Mercosur, en la medida en que el valor CIF de los insumos importados de terceros países no exceda el 40% del valor FOB del bien final (regla del valor agregado). Igualmente cuando al producto final le corresponda una clasificación arancelaria a nivel de partida arancelaria diferente de la de sus insumos (regla del salto de partida). El ROM es un régimen transitorio, cuya vigencia está prevista hasta el 31 de diciembre de año 2016 (Decisión CMC 44/2010). (Esta información se puede corroborar en <http://www.mercosur.int/>).

ción Comercial, consistente en la aplicación de rebajas arancelarias progresivas, lineales y automáticas, conjuntamente con la eliminación de restricciones no arancelarias o medidas de efectos equivalentes, así como de otras restricciones al comercio entre los Estados Partes.

El objetivo era llegar al 31 de diciembre de 1994 con arancel cero, sin restricciones no arancelarias sobre la totalidad del universo arancelario. Esto no se ha cumplido íntegramente¹².

En forma conjunta se prevé la coordinación gradual de políticas macroeconómicas, la fijación de un arancel externo común, a fin de incentivar la competitividad externa de los Estados Partes, y la adopción de acuerdos sectoriales, cuyo objetivo es optimizar la utilización y movilidad de los factores de producción y de alcanzar escalas operativas eficientes.

Además, el TA consagra el principio de no discriminación en su art. 7º al establecer que “en materia de impuestos, tasas y otros gravámenes internos, los productos originarios del territorio de un Estado Parte gozarán, en los otros Estados Partes, del mismo tratamiento que se aplique al producto nacional”.

En base a las normas mencionadas, el intercambio comercial entre los Estados Parte, de productos originarios del Mercosur no debe ser objeto de ningún tipo de restricciones y, una vez ingresados en el mercado interno de cada país, estos productos deben recibir idéntico trato que los de origen nacional.

3. Posibles efectos de los tributos ambientales en el comercio intrazona

Los tributos ambientales o ecológicos participan de la naturaleza de cualquier tributo, es decir que son prestaciones dinerarias, exigidas mediante una ley, en virtud del poder de imperio que posee el Estado, y están destinados a satisfacer las necesidades públicas¹³.

Pero tienen una finalidad especial, que va más allá de la mera captación de recursos económicos. Pueden ser definidos como aquellos gravámenes que, sin despojarse de su finalidad recaudatoria, tienen como principal objetivo direccionar la conducta de los administrados para desincentivar la realización de actividades perniciosas para el medio ambiente, sin perjuicio del destino de los fondos recaudados¹⁴.

Siguiendo a Salassa Boix (2013), podemos afirmar que esta clase de gravámenes, pueden ser clasificados como instrumentos permisivos de protección ambiental, ya que influyen en el comportamiento de los administrados mediante el incremento de los precios de bienes y servicios anti-ecológicos.

¹² Los Estados Partes del Mercosur podrán mantener una Lista de Excepciones al AEC (ver Decisiones CMC 68/00, 31/03, 38/05, 59/07, 28/09 y 58/10). La resolución GMC 69/00 permite a los Estados Partes, con carácter puntual y excepcional, aplicar a los productos que se encuentren en desabastecimiento reducciones temporarias al AEC, con plazos de vigencia definidos y limitados a dicha contingencia. Igualmente, con relación a los Bienes de Capital (BK) y Bienes de Informática y Telecomunicaciones (BIT), existe un régimen especial que permite a los Estados Partes aplicar alícuotas diferentes a las del AEC para estos bienes (ver Decisiones CMC 33/03, 39/05, 13/06, 27/06, 61/07, 58/08 y 57/10). (Esta información se puede corroborar en <http://www.mercosur.int/>)

¹³ BOCCHIARDI, JOSÉ CARLOS, “Derecho Tributario Sustantivo o Material”, en *Tratado de Tributación*, GARCÍA BELSUNCE, HORACIO A. (dir.) *et al.*, Tomo I, vol. 2, Parte III, pp. 127 y ss., Astrea, Buenos Aires, 2003.

¹⁴ SALASSA BOIX, RODOLFO, “La finalidad extrafiscal de los tributos. Algunas notas sobre los tributos medioambientales”, en *Estudios de Derecho Tributario*, ARROYO, EDUARDO (dir.) *et al.*, Cap. IV, pp. 158 y ss., Advocatus, Córdoba, 2013.

Es precisamente esta característica esencial de los tributos ambientales, de desincentivar el consumo de ciertos bienes o servicios mediante el incremento de sus costos relativos, la que puede entrar en conflicto con los principios fundamentales que rigen los procesos de integración regional.

Estas medidas pueden afectar las ventajas comparativas intrazona, creando barreras para el acceso a determinados países o que alterando su competitividad por el incremento de los costos de producción.

La libre circulación intrazona de bienes y servicios puede ser afectada por las disparidades existentes entre los impuestos indirectos internos vigentes en cada estado, pudiendo afectar incluso a los movimientos de capital y el flujo de inversiones.

Los impuestos directos podrían llegar a generar distorsiones en la circulación de capitales y en la localización de inversiones. Es por ello que, previo a implementar internamente un tributo ambiental, resulta fundamental determinar si es posible compatibilizar este tipo de medidas de protección ambiental con el principio de libre comercio.

4. La protección del ambiente en la Normativa del Mercosur¹⁵. ¿Regla general o excepción al principio de libre comercio?

4.1. Normativa del Mercosur en materia comercial

Para establecer si la implementación de un tributo ecológico por parte de uno de los Estados Mercosur resulta o no compatible con los principios que inspiran este proceso de integración regional, debemos tener en cuenta la totalidad de los acuerdos suscritos entre sus miembros.

No podemos pasar por alto que todos los países del Mercosur integran a su vez la Organización Mundial del Comercio (en adelante: OMC) y han suscrito el Acuerdo General sobre Comercio y Tarifas (en adelante: GATT)¹⁶. Este acuerdo establece como principios básicos el trato nacional y la no discriminación.

En el art. XX del GATT se establecen una serie de excepciones generales que permiten a las partes contratantes apartarse de los principios mencionados en el párrafo anterior. El inc. b) de este artículo contempla la posibilidad de los Estados de “adoptar las medidas necesarias para proteger la salud y la vida de las personas y los animales o para preservar los vegetales”. Estas medidas pueden adoptarse, en igualdad de condiciones, siempre que no sean discriminatorias, arbitrarias, o injustificables. Nunca pueden aceptarse si implican una restricción encubierta al comercio internacional¹⁷.

Es decir que mientras no exista un trato preferencial entre productos nacionales e importados resulta legítimo adoptar las medidas tendientes a proteger

¹⁵ El Mercosur es organización de carácter intergubernamental, por ello no existe en su ámbito legislación supranacional, no hay efecto directo ni supremacía de las normas emanadas de sus órganos. Éstas deben ser incorporadas al ordenamiento interno de sus miembros, de conformidad al procedimiento previsto en el Protocolo de Ouro Preto (art. 40).

¹⁶ GATT corresponde a las siglas en inglés de Acuerdo General sobre Tarifas y Comercio: *General Agreement on Trade and Tariffs*.

¹⁷ El texto completo de los acuerdos se puede consultar en el sitio de la OMC, o ingresando en https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S005.aspx.

el ambiente, aunque impliquen restricciones al libre comercio. Para ello no deben ser utilizadas como una medida de protección comercial indirecta.

Al estar la protección ambiental prevista como una excepción, su justificación debe ser probada científicamente. Es decir, que se debe acreditar por medios objetivamente comprobables, que existe una relación adecuada y proporcionada, entre el objetivo ambiental perseguido y la medida adoptada. El peso de la prueba recae sobre el Estado que defiende la aplicación de la medida y no sobre el Estado que la impugna, prevaleciendo el principio de libre comercio ante la falta de certeza científica¹⁸.

Corresponde en este punto de nuestro análisis contrastar esta normativa con la regulación específica del Mercosur, a fin de determinar si los principios aplicables son idénticos a los que rigen en el ámbito de la OMC.

La respuesta la encontramos en las disposiciones del Anexo I del TA, que establece en su art. 1 que los Estados Partes acuerdan eliminar a más tardar el 31 de diciembre de 1994 los gravámenes y demás restricciones aplicadas en su comercio recíproco. En el caso de Uruguay y Paraguay el plazo se extendió hasta el 31 de diciembre de 1995.

El artículo siguiente establece qué debe entenderse por gravámenes y restricciones. A saber:

“a) por *gravámenes*, los derechos aduaneros y cualesquiera otros recargos de efectos equivalentes, sean de carácter fiscal, monetario, cambiario o de cualquier otra naturaleza, que incidan sobre el comercio exterior.

No quedan comprendidos en dicho concepto las tasas y recargos análogos cuando respondan al costo aproximado de los servicios prestados; y

b) por *restricciones*, cualquier medida de carácter administrativo, financiero, cambiario o de cualquier naturaleza, mediante la cual un Estado Parte impida o dificulte, por decisión unilateral, el comercio recíproco. No quedan comprendidas en dicho concepto las medidas adoptadas en virtud de las situaciones previstas en el art. 50 del Tratado de Montevideo 1980¹⁹.

Por su parte, el art. 50 del Tratado de Montevideo de 1980 (en adelante: TM), receptado por el Anexo I del TA²⁰; establece lo siguiente:

“Ninguna disposición del presente Tratado será interpretada como impedimento para la adopción y el cumplimiento de medidas destinadas a la:

(...)

d) Protección de la vida y la salud de las personas, los animales y los vegetales;

(...)”.

Del análisis de las normas transcritas y siguiendo a Drnas de Clément (2009) surge que “expresamente, se excluye del concepto de ‘restricciones’ al comercio recíproco, a las medidas adoptadas en virtud de las situaciones previstas en el art. 50 del TM 80, con relación a las cuales dispone que ‘ninguna disposi-

¹⁸ DRNAS DE CLÉMENT, ZLATA, “La Cláusula Ambiental en el Mercosur”, p. 10, trabajo presentado en calidad de Ponencia en el XXI Congreso Argentino de Derecho Internacional “Dr. Enrique Ferrer Viera”, Córdoba 1 a 3 de octubre de 2009. Disponible en <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/la-clausula-ambiental-en-el-mercosur>.

¹⁹ Art. 2º, Anexo I del TA.

²⁰ Tratado de Montevideo (1980) estableció que la Asociación Latinoamericana de Integración del Mercosur es una zona de preferencia dentro de la ALADI, por tanto el art. 50 del Tratado de Montevideo también resulta aplicable en el Mercosur (art. 2º b) Anexo I Tratado de Asunción.

ción del presente Tratado será interpretada como impedimento para la adopción y cumplimiento de medidas destinadas a la: (...) d) protección de la vida y salud de las personas, los animales y los vegetales”²¹. Para esta autora, se trata de una facultad general, sometida a la única condición de que la medida esté destinada al alto objeto para la cual fue prevista y autorizada dentro del sistema²².

Esto implica que es el Estado que impugna la aplicación de una medida quien debe probar que aquélla no cumple la finalidad de protección ambiental para la cual fue creada, tornándose en una medida de protección comercial.

Esta interpretación, que lamentablemente no es la que ha prevalecido hasta el momento en los Laudos Arbitrales del Mercosur²³ es la que consideramos correcta²⁴. No sólo porque que la redacción el art. 50 del TM difiere claramente del art. XX del GATT, sino porque a diferencia de la OMC, donde la cuestión ambiental toma relevancia tardíamente, en el ámbito del Mercosur la protección del ambiente es una preocupación manifiesta expresamente desde sus inicios, como veremos a continuación.

4.2. Normativa del Mercosur en materia ambiental

Cabe destacar en primer término que los países del Mercosur suscribieron, con algunas diferencias²⁵, los principales acuerdos, convenciones y trata-

²¹ DRNAS DE CLÉMENT, ZLATA, “La Cláusula Ambiental en el Mercosur”, p. 10, trabajo presentado en calidad de Ponencia en el XXI Congreso Argentino de Derecho Internacional “Dr. Enrique Ferrer Vieyra”, Córdoba 1 a 3 de octubre de 2009. Disponible en <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/la-clausula-ambiental-en-el-mercosur>.

²² *Ibíd.*

²³ En cinco oportunidades los Tribunales del Mercosur han resuelto controversias en las cuales está involucrada la temática ambiental: 1) Laudo Arbitral del Tribunal Arbitral Ad Hoc del Mercosur constituido para entender en la controversia presentada por la República Argentina a la República Federativa del Brasil sobre obstáculos al ingreso de productos fitosanitarios argentinos en el Mercado Brasileño. No incorporación de las resoluciones GMC 48/96, 87/96, 149/96, 156/96 y 71/98 lo que impide su entrada en vigencia en el Mercosur (19/4/2002). 2) Laudo del Tribunal Arbitral Ad Hoc del Mercosur constituido para entender de la controversia presentada por la República Oriental del Uruguay a la República Federativa del Brasil sobre “Prohibición de importación de neumáticos remoldeados (remolded) procedentes de Uruguay” (9/1/2002). 3) Laudo del Tribunal Ad Hoc del Mercosur constituido para entender en la controversia presentada por la República Oriental del Uruguay a la República Argentina sobre “Prohibición de importación de neumáticos remoldeados” (revocado por el laudo del Tribunal Permanente de Revisión (25/10/2005). 4) Laudo 1/2005 del Tribunal Permanente de Revisión constituido para entender en el Recurso de Revisión presentado por la República Oriental del Uruguay contra el Laudo Arbitral del Tribunal Arbitral Ad Hoc de fecha 25 de octubre de 2005 en la Controversia “Prohibición de importación de neumáticos remoldeados procedentes del Uruguay” (20/12/2005). 5) Laudo 1/2008 del Tribunal Permanente de Revisión en el Asunto 1/2008 “Divergencia sobre el cumplimiento del Laudo 1/05, iniciada por la República Oriental del Uruguay (art. 30 Protocolo de Olivos)” (25/4/2008). Salvo en el laudo revocado de fecha 25/10/2005, que hace lugar a la cláusula ambiental, en los demás casos el art. 50 del Tratado de Montevideo ha sido considerado una excepción al principio de libre comercio, análogo al artículo XX del GATT. Esta información se puede consultar en http://www.mercosur.int/t_generic.jsp?contentid=375&site=1&channel=secretaria&seccion=4.

²⁴ Se pueden ampliar las críticas a los Laudos del Mercosur en: DREYZIN DE KLOR, A., “La normativa sobre medio ambiente en el derecho del Mercosur y su aplicación en los laudos arbitrales”, Anuario Argentino de Derecho Internacional, Lerner, Córdoba, 2009 y DRNAS DE CLEMENT, Z., *ibidem*.

²⁵ Entre los principales podemos mencionar los siguientes casos: Brasil ha ratificado y Uruguay ha adherido al Convenio Internacional de Conservación del Atún del Atlántico (1969); la Convención de Ramsar sobre humedales de importancia internacional especialmente como hábitat de aves acuáticas (1971); el Convenio sobre Prevención de la Contaminación del Mar por Vertimiento de Desechos y otras Materias (1972); el Convenio Internacional para Prevenir la Contaminación por los Buques (1973); la Convención sobre el comercio internacional de especies amenazadas de fauna y flora silvestre (CITES) (1973); la Convención sobre la Conservación de las Especies Migratorias de Animales

dos internacionales en materia ambiental, llamados Acuerdos Multilaterales en Medio Ambiente (en adelante: AMUMAs). Esto brinda a la región una serie de principios compartidos en materia ambiental, entre los que podemos mencionar: desarrollo sustentable, cautela; acción preventiva; corrección en la fuente; quien contamina paga; conservación y protección; cooperación internacional; prevención; responsabilidad; evaluación de impacto; participación ciudadana e internacionalización de costos²⁶.

A continuación mencionaremos algunas de las normas regionales específicas más importantes en materia ambiental que tienen especial relevancia para este trabajo, dejando aclarado que en modo alguno agotan la normativa ambiental del Mercosur.

4.2.1. *Preámbulo del Tratado de Asunción*

De conformidad con las Convenciones de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969 y 1986 “un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin”.

Por tal motivo, la finalidad máxima que inspira el proceso de integración del Mercosur debe ser la guía fundamental para interpretar el sentido, no sólo del texto fundacional, sino de toda la normativa emanada en su consecuencia.

El fin último al cual se aspira mediante la constitución del mercado común del sur es “mejorar las condiciones de vida de sus habitantes”.

El camino a seguir para alcanzar tal objetivo consiste en ampliar los mercados nacionales, como condición fundamental para acelerar sus procesos de desarrollo económico con justicia social. Esto debe lograrse mediante el más “...eficaz aprovechamiento de los recursos disponibles, la preservación del medio ambiente...”.

Por lo tanto, de conformidad a los principios que emanan del Preámbulo del TA, en el Mercosur, el desarrollo de los mercados es un instrumento para alcanzar el bienestar de los habitantes de la región. Bienestar imposible de lograr sin preservar el medioambiente.

Silvestres (1978); la Convención sobre la conservación de los recursos marinos vivos de la Antártida (1980); la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (1982); el Convenio de Viena para la protección de la Capa de Ozono (1985); el Protocolo de Montreal relativo a las sustancias agotadoras de la capa de ozono (1987) y sus enmiendas; el Convenio Internacional sobre Cooperación, Preparación y Lucha contra la Contaminación por hidrocarburos (1990); el Protocolo Antártico sobre Protección del Medio Ambiente (1991) reafirma y complementa Tratado Antártico de 1959); el Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales (UPOV) (1961), revisado en 1972, 1978 y 1991); la Convención sobre la Diversidad Biológica (1992), y su Protocolo de Cartagena sobre seguridad de la biotecnología; la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (1992), y su Protocolo de Kioto; el Convenio de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos y su eliminación (1992); la Convención sobre la Lucha contra la Desertificación (1996); el Convenio de Róterdam sobre el Procedimiento de Consentimiento Fundamentado Previo aplicado a ciertos Plaguicidas y Productos Químicos Peligrosos objeto de Comercio Internacional (2004); Convenio de Estocolmo sobre Contaminantes Orgánicos Persistentes (2004). Asimismo, los países del Mercosur también integran un conjunto de acuerdos sobre el comercio de materias primas, por lo cual está involucrada la extracción de recursos naturales. Información disponible en http://www.mercosur.int/innovaportal/file/145/1/medio_span_class=liushitambiente_span_en_el_mercosur.

²⁶ CAFFERATTA NÉSTOR A., *Introducción al Derecho Ambiental*, pp. 19 y ss., publicado por la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales, Instituto Nacional de Ecología, Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, México, 2004.

4.2.2. Declaración de Canela

Los Presidentes del Cono Sur, reunidos en Canela, Rio Grande do Sul, Brasil, los días 20 y 21 de febrero de 1992, con el propósito de examinar los temas de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (en adelante: CNUMAD), asumieron íntegramente la responsabilidad común en la protección del ambiente y reconocieron que “la crisis ambiental amenaza la sobrevivencia en la Tierra (...). La protección del ambiente y la conservación racional de los recursos naturales requiere el firme compromiso de todos los Estados del mundo en la realización de una tarea concertada, que asegure a las generaciones futuras la subsistencia de las condiciones que hacen posible la vida en nuestro planeta”.

Asimismo consideraron que “(...) las transacciones comerciales deben incluir los costos ambientales causados en las etapas productivas sin transferirlos a generaciones futuras (...)”.

4.2.3. Programa de Acción del Mercosur hasta el año 2000

La Decisión CMC N° 9/95 que aprueba el Programa de Acción del Mercosur hasta el año 2000, establece como objetivo formular y proponer estrategias y directrices que garanticen la protección del medio ambiente de los Estados Partes. La protección del ambiente debe llevarse a cabo en un contexto de libre comercio y consolidación de la Unión Aduanera. Asimismo se deben considerar las directrices básicas de política ambiental aprobadas por la Res. GMC 10/94. Se mantienen y reafirman los principios del desarrollo sostenido emanados de la CNUMAD llevada a cabo en Río de Janeiro en 1992²⁷.

4.2.4. Acuerdo Marco sobre Medio Ambiente en el Mercosur

Mediante Decisión 2/01 fue aprobado el Acuerdo Marco sobre Medio Ambiente en el Mercosur (AMMA)²⁸. En dicho Acuerdo los Estados Partes reafirmaron su compromiso con los principios enunciados en la Declaración de Río de Janeiro de Medio Ambiente y Desarrollo.

El objetivo del acuerdo es promover el desarrollo sustentable y la protección del medio ambiente mediante la articulación de las dimensiones económicas, sociales y ambientales, contribuyendo a una mejor calidad del ambiente y la vida de la población.

En este acuerdo se reconoce la necesidad de complementar las políticas comerciales y ambientales a fin de lograr un desarrollo sustentable. Asimismo se resalta la importancia de un marco jurídico que facilite la efectiva protección del medio ambiente y el uso sustentable de los recursos naturales de los Estados Partes²⁹.

Entre las acciones específicas que deben implementar los Estados para el logro de las metas propuestas se menciona específicamente en el artículo tercero el “fomento a la internalización de los costos ambientales mediante el uso de instrumentos económicos y regulatorios de gestión”.

²⁷ MERCOSUR/CMC/DEC. N° 9/95 - II Profundización del Proceso de Integración - 3. La dimensión global de la integración - 3.1. El Medio Ambiente.

²⁸ Incorporada al ordenamiento interno argentino por ley 25.841, sancionada el 26/11/2003 y promulgada de hecho el 9/1/2004.

²⁹ Preámbulo del AMMA.

Por su parte, el artículo sexto establece que los Estados Partes “profundizarán el análisis de los problemas ambientales de la subregión con la participación de los organismos nacionales competentes y de las organizaciones de la sociedad civil, debiendo implementar, entre otras, las siguientes acciones: (...) promover el uso de instrumentos económicos de apoyo a la ejecución de las políticas para la promoción del desarrollo sustentable y la protección del medio ambiente”.

Además, en el marco de este acuerdo, se aprobaron con posterioridad varias normas ambientales, entre las que podemos destacar: el Protocolo Adicional en Materia de Cooperación y Asistencia ante Emergencias Ambientales (2004) y la Política de Promoción y Cooperación en Producción y Consumo Sostenible (2011), y se han firmado varios documentos no vinculantes en temas relacionados con la lucha contra la desertificación, degradación de la tierra y los efectos de la sequía biodiversidad, promoción de energías renovables y la eficiencia energética.

4.2.5. Subgrupo de Trabajo N° 6 - Medio Ambiente

Este subgrupo de trabajo fue creado por resolución 20/95 del Grupo Mercado Común en 1995. Su mandato fue establecido por resolución GMC 38/95. Su objetivo general consiste en formular y proponer estrategias y directrices que garanticen la protección y la integridad del medio ambiente en los estados parte, en un contexto de libre comercio y consolidación de la unión aduanera.

Entre sus tareas prioritarias se encuentra la de analizar las restricciones y medidas no arancelarias que tengan relación con la temática ambiental. Una vez detectadas aquéllas, elaborar una propuesta que contemple el mantenimiento (cuando resulten justificadas para la protección del ambiente) la armonización o eliminación de tales medidas y restricciones.

Por una parte, este subgrupo realiza su trabajo sobre las restricciones ya identificadas en el Anexo de la Decisión 3/94 CMC y, por la otra, mantiene una acción permanente, conforme la dinámica del proceso de integración.

En materia de competitividad su labor está destinada a “contribuir para establecer en materia ambiental condiciones de adecuada competitividad entre los Estados Partes y entre éstos y terceros países y/o esquemas de integración regional” Como así también “promover estudios que atiendan la valoración e inclusión del costo ambiental en el costo total del proceso productivo, de modo que permita condiciones ecuanímes de protección ambiental y competitividad”³⁰.

Asimismo se encuentra a cargo de temas relacionados con Normas Internacionales - ISO 14.000, Proyecto de Instrumento Jurídico de Medio Ambiente en el Mercosur, Sistema Información Ambiental y Sello verde Mercosur.

5. Reflexiones finales

A diferencia de otros procesos de integración regional, el nacimiento del Mercosur se dio en un contexto internacional en el cual ya se encontraba presente la problemática ambiental. Sus orígenes son contemporáneos a la CNUMAD, de Río de Janeiro en 1992, y al surgimiento del debate sobre comercio y ambiente en el seno de la OMC.

³⁰ Resolución GMC 38/95 - SGT 6 Medio Ambiente. Tareas Prioritarias y Plazos.

Siguiendo al Laudo del Tribunal Ad Hoc del Mercosur constituido para entender en la controversia presentada por la República Oriental del Uruguay a la República Argentina sobre “Prohibición de importación de neumáticos remoldeados (2005)”: “La protección del medio ambiente es un principio básico para el Mercosur. (...) El Preámbulo del Tratado de Asunción y la aplicación del art. 2º, letra b) del Anexo I del Tratado, que incorpora el art. 50 del Tratado de Montevideo de 1980, son pruebas inequívocas de que el Mercosur nació y debe desarrollarse protegiendo la vida y la salud de las personas, de los animales y de los vegetales (...)”³¹.

Sin embargo, estos principios que surgen con palmaria claridad del estudio de la normativa del Mercosur no han sido igualmente receptados en la práctica. Lamentablemente no se ha logrado superar todavía la interpretación que considera a las medidas de protección del ambiente como barreras al comercio.

La grave crisis ambiental que atraviesa el Planeta impone un cambio de paradigma. El desarrollo sustentable, el principio precautorio y el respeto a la vida y el ecosistema, deben adquirir supremacía sobre consideraciones de índole netamente comercial, a la hora de resolver los conflictos que puedan plantearse.

En este contexto, los tributos ambientales adquieren relevancia como medidas estatales adecuadas para afrontar diversos problemas que afectan el medio ambiente, y resultan compatibles con la normativa del Mercosur.

Estos gravámenes encuentran su marco normativo general en lo dispuesto por el Anexo I del TA en cuanto determina la aplicabilidad del art. 50 del TM de 1980 y, específicamente, en el AMMA en cuanto establece entre los medios para lograr la protección ambiental el fomento a la internalización de los costos ambientales mediante el uso de instrumentos económicos y regulatorios de gestión.

Sin embargo, la falta de armonización de las legislaciones nacionales atenta contra el logro de los objetivos ambientales e impacta en el comercio y la competitividad. Además el Mercosur no se ha propuesto lograr una política ambiental común, sino que la finalidad del AMMA es la coordinación de las políticas nacionales en la materia.

En este marco de asimetrías el desafío consiste en crear tributos ecológicos que realmente den respuesta adecuada a problemáticas ambientales concretas y cuya finalidad no sea meramente recaudatoria, ya que en este caso podrían transformarse en obstáculos al libre comercio, dificultando aún más el arduo proceso de integración regional del Mercosur.

Bibliografía

BOCCHIARDO, JOSÉ CARLOS, “Derecho Tributario Sustantivo o Material”, en *Tratado de Tributación*, GARCÍA BELSUNCE, HORACIO A. (dir.), et al., Tomo I, vol. 2, Parte III, Astrea, Buenos Aires, 2003.

BOUZAS, ROBERTO y FANELLI, JOSÉ MARÍA, *Mercosur: Integración y Crecimiento*, Altamira, Buenos Aires, 2002.

CAFFERATTA NÉSTOR A., *Introducción al Derecho Ambiental*, publicado por la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales, Instituto Nacional de Ecología, Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, México, 2004.

³¹ Revocado por el Laudo del Tribunal Permanente de Revisión (20/12/2005).

DREYZIN DE KLOR, A., "La normativa sobre medio ambiente en el derecho del Mercosur y su aplicación en los laudos arbitrales", *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, Lerner, Córdoba, 2009.

DRNAS DE CLÉMENT, Z., "La Cláusula Ambiental en el Mercosur", Trabajo presentado en calidad de Ponencia en el XXI Congreso Argentino de Derecho Internacional "Dr. Enrique Ferrer Vieyra", Córdoba 1 a 3 de octubre de 2009. Disponible en <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/la-clausula-ambiental-en-el-mercosur>.

FONT, HORACIO MIGUEL, *Armonización Aduanera: Situación en el Mercosur*, Campus Virtual, Córdoba, 2001.

GONZÁLEZ CANO, HUGO, *Armonización Tributaria del Mercosur: Ensayos sobre los aspectos tributarios en el proceso de integración*, Ediciones Académicas, Buenos Aires, 1996.

SALASSA BOIX, RODOLFO, "La finalidad extrafiscal de los tributos. Algunas notas sobre los tributos medioambientales", Cap. IV, en *Estudios de Derecho Tributario*, ARROYO, EDUARDO (Dir.), et al., Advocatus, Córdoba, 2013.

TORRES, AGUSTÍN, "Las Relaciones entre el Derecho Internacional Tributario y el Derecho de la Integración", en *Tratado de Derecho Internacional Tributario*, ASOREY, RUBÉN, FERNANDO GARCÍA (dirs.), CRISTIÁN BILLARDI (coord.) et al., Tomo I, Sección 2ª, La Ley, Buenos Aires, 2013.

Los textos completos de los Tratados, Resoluciones y demás normas del Mercosur citados pueden ser consultados en: http://www.mercosur.int/t_generic.jsp?contentid=5793&site=1&channel=secretaria&seccion=3.



DERECHOS HUMANOS ¿REASEGURO PARA EL MERCOSUR?*

Graciela R. Salas** - María Alejandra Sticca***

Resumen: Desde sus inicios, la promoción y protección de los derechos humanos acompaña la puesta en funcionamiento del MERCOSUR. En este trabajo tratamos de dilucidar si esa promoción y protección constituye uno de los elementos esenciales no sólo para la incorporación de un nuevo Estado como parte del mismo, sino también para su permanencia, pero esencialmente para la existencia misma de este proceso de integración.

Palabras clave: Derechos humanos - Reaseguro - Mercosur.

Introducción

En nuestro trabajo anterior *Ampliación del Mercosur: El caso Venezuela*¹ de alguna forma dejamos abierto el análisis del tema que nos ocupa, aunque reservado a un caso puntual.

En esta oportunidad, pretendemos dilucidar el rol que reviste el respeto de los derechos humanos no sólo en la incorporación de nuevos estados al Mercosur o su permanencia en el mismo, sino esencialmente verificar si ese respeto a los derechos humanos constituye un elemento esencial para el funcionamiento del propio sistema de integración.

En este sentido, es ampliamente conocido que los procesos de integración en América Latina cumplieron etapas marcadamente económicas, acorde con el marco internacional general y con la concepción de la integración de varias décadas del siglo pasado. Sin embargo, esa concepción fue modificándose de la mano de las decisiones políticas que la fundamentaban y hacia la consecución de objetivos que podríamos calificar como metaeconómicos, entre ellos la promoción y protección de los derechos humanos.

Por otra parte es necesario fundamentar la utilización de la expresión *procesos de integración* en el sentido que “... se utiliza para significar la organización de un actuar conjunto de varios estados, bajo un concepto diferente de la simple cooperación bilateral, que se debe emprender a base de relaciones de igual-

* Recibido el 10/06/15. Aprobado el 08/10/15.

** Abogada. Doctora en Derecho y Ciencias Sociales. Universidad Nacional de Córdoba. Titular de Derecho Internacional Público, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad Nacional de Córdoba y Universidad Blas Pascal (modalidad presencial).

*** Abogada. Licenciada en Relaciones Internacionales. Doctora en Derecho y Ciencias Sociales (UNC). Mg. en Cooperación Internacional al Derecho. Prof. de Derecho Internacional Público en UNC y en UCES Sede San Francisco. Email: alesticca@gmail.com.

¹ “Ampliación del Mercosur: El caso Venezuela”, trabajo de investigación correspondiente al período 2010-2011, publicado en Anuario XIV (2012) del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad Nacional de Córdoba, pp. 571-586.

dad entre Países Miembros, presentando diferentes niveles conforme a los grados y clases de interdependencia que se acuerden"².

Ahora bien, en los procesos de integración llevados adelante en nuestro continente, es posible observar algunas características que les son propias: por un lado con objetivo en el desarrollo³, por otro, en un futuro incierto la conformación de un mercado común, sin lograr despegarse de la intergubernamentalidad.

Otra consideración que debemos hacer en este punto es que la conformación de nuestra organización subregional implica: la libre circulación de bienes, servicios y factores de la producción, el establecimiento de un arancel externo común, la coordinación de políticas macroeconómicas y sectoriales entre los Estados Parte, para lo cual éstos asumen el compromiso de armonizar sus legislaciones en las áreas pertinentes. Estos detalles van proporcionando las características de esta organización internacional intergubernamental de fines específicos, todo lo cual determina las características de su propio funcionamiento.

Partiendo entonces de uno de sus objetivos fundamentales como es la conformación de un mercado común, con una dimensión social⁴, sobre la base de la vigencia de sistemas democráticos y el respeto de los derechos humanos, vemos que éstos se transformaron en ejes fundamentales ya desde los primeros acuerdos firmados entre Argentina y Brasil durante la década de los años '80 y que fueron antecedente directo de la creación de Mercosur.

Recordemos que este proceso se desarrolló al mismo tiempo que los Jefes de Estado de los países miembros del Mecanismo Permanente de Consulta y Concertación Política (Argentina, Brasil, Colombia, México, Panamá, Perú, Uruguay, y Venezuela) firmaban el *Compromiso de Acapulco para la Paz, el Desarrollo y la Democracia* (1987). En dicha oportunidad, la consolidación de la democracia y el respeto a los derechos humanos era detectada como uno de los desafíos para los países de la región (punto 20). Es más, se la vinculó con la seguridad de la región y como una vía necesaria para el desarrollo (puntos 21 y ss.), entendiendo a la democracia como sistema de vida y de valores propios (punto 54), para lo cual se agrega en el punto 46 que la integración regional constituye "*...un compromiso político de capital importancia para nuestros países y un instrumento de cambio y modernización que debe comprometer la activa participación de todos los agentes económicos y sociales*".

² NAVARRETE BARRERO, OLGA INÉS, Citada por VELÁZQUEZ VELÁZQUEZ, SANTIAGO, en *Los derechos humanos y los tratados de integración*, Revista Jurídica, Facultad de Derecho, Universidad Católica de Guayaquil. Disponible en: http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=556&Itemid=116.

³ Así surge desde el preámbulo del Tratado de Montevideo de 1980, en el Tratado de la Cuenca del Plata, en el Acuerdo de Integración Subregional Andino "Acuerdo de Cartagena", ambos de 1969, pasando por el tratado de Asunción por el que se creó Mercosur (1991), y aún en el tratado constitutivo de la Unión de Naciones Suramericanas (2008).

⁴ Los procesos de integración latinoamericanos no habían incluido la dimensión política ni de derechos humanos, mucho menos como requisitos para la pertenencia a ellos. Éstas recién se aplicaron a partir de la década de los años '90. La dimensión política fue adquiriendo protagonismo en la integración latinoamericana a partir de la restauración de los procesos democráticos y se incorporó más recientemente. Sin embargo, es evidente que una ruptura a un proceso democrático acarrea serias consecuencias en un proceso regional. Un claro ejemplo lo proporcionan las dos situaciones planteadas por Paraguay. La primera de ellas en 1999 ante un intento de golpe de estado que resultó abortado por la presión de los restantes miembros de Mercosur y la más reciente de 2012 que llevó a la suspensión de Paraguay en el ejercicio de sus derechos en nuestra organización subregional.

Fue en este entorno que el Sistema Económico Latinoamericano y del Caribe (SELA) en un documento de 1991⁵ sostuvo que “*El retorno de formas democráticas de gobierno en los países de la región, ha permitido un nuevo despliegue de esfuerzos en pos de la integración económica... Esto está mostrando que la existencia de regímenes democráticos es una condición necesaria para avanzar en la interrelación de las economías y las sociedades*”... A partir entonces de la iniciación del proceso mercosureño, la relación entre éste y la democracia, se instrumentó a través de la diplomacia de las Cumbres Presidenciales del Mercosur. Así ocurrió con la Cumbre de Las Leñas (1992), la Declaración Presidencial de San Luis (1996), para culminar con el Protocolo de Ushuaia I (1998)⁶. A renglón seguido se evidencia que los derechos humanos están implícitos en la existencia de un régimen democrático. Esto fue puesto de manifiesto por la Carta Democrática Interamericana en sus arts. 17 a 21, agregando un tercer elemento a la relación: el desarrollo integral⁷.

Sin embargo, a pesar de los marcados avances señalados, aún la dimensión social se encuentra en un segundo plano. En efecto, no se encuentra contemplada en acuerdos de libre comercio como los que vincula a EE.UU. con estados latinoamericanos, sin embargo se filtra en acuerdos paralelos, introduciendo requisitos sociales y ambientales. En Mercosur se observa desde los considerandos del *Tratado de Asunción* y la posterior creación del Foro Consultivo Económico y Social⁸, el Subgrupo de Trabajo de Relaciones Laborales, Empleo y Seguridad Social, y de la Reunión de Ministros de Educación y Cultura.

Más allá de lo apuntado, se aprecian algunos avances, especialmente en la propuesta de Carta de Derechos fundamentales, impulsados más por las convenciones de la Organización Internacional del Trabajo, es decir por la vinculación entre derechos humanos y derechos laborales, de allí la apuntada vinculación con el desarrollo. Sin embargo, esta problemática fue adquiriendo un impulso propio en la práctica, a través de la sociedad civil y de la salvaguarda de los derechos que emanan del propio proceso.

De todos modos cabe reconocer que se aprecia que tanto la *Declaración Socio-Laboral* (1998)⁹ como el proyecto de Carta Social (1993) apuntan más a la vinculación del trabajo con el comercio.

En materia particular del rol de los derechos humanos en nuestro proceso subregional, el mismo se fue profundizando con el surgimiento de demandas sociales y la reivindicación de derechos particulares, como el derecho a la información, la transparencia y participación de la sociedad.

⁵ SELA (1991), *La dinámica y los dilemas de la integración en América Latina y el Caribe*, reproducido como documento de ALADI (ALADI/SEC/di 432).

⁶ A nivel continental ya había cumplido un rol importantísimo el Grupo de Río desde 1986 y posteriormente la Carta Democrática Interamericana (2001) reconoce la relación existente entre democracia y derechos humanos.

⁷ Este punto es objeto del proyecto de investigación que desarrollaremos durante el período 2014-2015.

⁸ Por el Protocolo de Ouro Preto del año 1994.

⁹ Entre los derechos individuales cita: la no discriminación, la igualdad, eliminación del trabajo forzado, regulación del trabajo de los menores conforme a las respectivas legislaciones nacionales. Entre los derechos colectivos indica: la libertad de asociación y libertad sindical; a negociaciones colectivas, a la huelga. Entre otros derechos puntualiza: el fomento del empleo, a la protección a los desempleados, a la formación profesional y desarrollo de recursos humanos, a la salud y seguridad en el trabajo, a la seguridad social. Disponible en: http://www.dhnet.org.br/direitos/deconu/a_pdf/dec_sociolaboral_mercosul.pdf.

Superando esas limitaciones aparecen en el Mercosur algunas acciones que van visibilizando problemas puntuales como las cuestiones de género¹⁰ o la necesidad de la regularización migratoria. En este punto es posiblemente donde se verifican grandes avances en la medida que se tiende a alcanzar el trato nacional en materia de derechos civiles, la libertad de movimiento, la igualdad en la aplicación de la legislación laboral y en materia de envío de dinero por parte de los trabajadores, la libertad de residencia, que alcanzan a su familia, siempre dentro de los límites establecidos por tratados específicos y de la legalidad emergente de los mismos.

En este derrotero podemos citar la creación de la Reunión de Altas Autoridades en el área de Derechos Humanos (RAADDHH) por Decisión CMC 40/04¹¹, aunque, como podrá observarse, la línea en la que se inscribe es la de la promoción y protección de los derechos humanos desde el ámbito nacional. De hecho es comprensible que así sea, atenta la responsabilidad internacional del Estado frente a sus propios habitantes. Sin embargo, el rol de los derechos humanos dentro de Mercosur, se filtra a través de los procesos democráticos, como veremos también más adelante.

A partir de las consideraciones precedentes, es importante también precisar que la idea de integración que se advierte *no es concreta ni específica, ni se concibe como contenida en una materia necesaria ni excluyente de otras, ni requiere una forma o una estructura jurídica o institucional determinada*¹². De allí que a lo largo de este trabajo no citemos mayormente otros procesos de integración, en el entendimiento que cada uno de ellos reviste características particulares, y centremos la atención prioritariamente en Mercosur.

Por otra parte, el abordaje de esta investigación planteó la necesidad de diferenciar las distintas perspectivas. En un primer momento aparece con cierta claridad la relación existente entre los respectivos órdenes jurídicos nacionales de los estados que conforman Mercosur, en relación con los instrumentos internacionales que se ocupan de la promoción y protección de los derechos humanos. Esta perspectiva nos hubiera permitido simplemente efectuar una investigación cuantitativa, que en manera alguna podría responder al planteamiento originario, por lo que, si bien constituye una etapa, no reviste suficientemente las características del tema que nos ocupa. Una segunda aproximación nos abre algunas posibilidades en cuanto agregaría a la visión anterior una suerte de evaluación del grado de cumplimiento de esos compromisos internacionales y cuál sería la influencia de *la regionalización de determinadas políticas y competencias que antes estaban en la órbita del Estado*¹³. Decíamos que agregaría una evaluación como estados integrantes de un esquema de integración. Muestra una dimensión social que constituye un verdadero avance en relación al objetivo es-

¹⁰ Evidenciada por la Reunión Especializada de la Mujer y el Foro de Mujeres del Mercosur.

¹¹ Disponible en: <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/105000-109999/105963/norma.htm>.

¹² GROS ESPIELL, H., *La democracia: reaseguro para la vigencia del Mercosur*". Conferencia magistral. Asunción. 14/7/2000. Disponible en: <http://www.justiciaeleitoral.jus.br/arquivos/tre-pr-revista-para-na-eleitoral-n037-2000-hector-gros-espiell>.

¹³ BIZZOZERO, LINCOLN, "Derechos humanos y dimensión social en los regionalismos del siglo XXI. Construcción y perspectivas desde el espacio regional del Mercosur", en *Observatorio de Políticas Públicas de Derechos Humanos en el Mercosur. Un compromiso regional*, 2004, p. 25. Disponible en: http://www.observatoriomercosur.org.uy/libro/pdfs/Políticas_Publicas_de_DD_HH.pdf.

trictamente económico originario que señalamos más arriba. Ahora bien, estos objetivos económicos implicaban la fijación de requisitos que debían cumplir los estados para formar parte del esquema y al mismo tiempo las *competencias adjudicadas a las instituciones*¹⁴. Sin embargo, si agregáramos los objetivos políticos que siempre se encuentran en la base de todo proceso de integración veríamos que se incorporan otros aspectos ineludibles como la participación y los derechos de los ciudadanos de la región.

Estas dos aproximaciones nos permitirían evaluar el grado de respeto de los derechos humanos tanto a nivel interno de los estados que conforman el esquema como de éstos dentro del proceso de integración de que se trate, lo que llevaría a analizar las políticas sociales o la participación de la sociedad civil en el proceso de integración de que se trate.

Sin embargo, existiría una tercera aproximación al tema que nos ocupa y que implica un análisis del rol que cumplen los derechos humanos como elemento esencial para la existencia del propio proceso de integración, en nuestro caso del Mercosur, o aun de su sustentabilidad y consolidación.

Esta es la dimensión que desarrollamos en las líneas siguientes.

Los derechos humanos y el Mercosur

A nadie escapa que el Tratado de Asunción (1991) omite hacer referencias a los derechos humanos. Pero a poco de iniciar cualquier reflexión surge con palmaria claridad que nuestra organización subregional surgió en un contexto internacional marcado por transformaciones políticas y sociales que traerían como consecuencia también grandes cambios en el ámbito económico, conocidos como globalización, internacionalización, políticas de pluralidad de bloques económicos, etc. Entre las primeras encontramos que el sistema internacional, particularmente en el ámbito americano, se orienta hacia el predominio de la existencia de regímenes democráticos y de un modelo de desarrollo directamente vinculado con el mercado.

En nuestra subregión los cambios políticos producidos en la década de los años '80 abrían la posibilidad de una nueva dinamización de los intentos integracionistas que habían comenzado veinte años antes. Una pregunta que surge a continuación es si a su vez estos procesos contribuyeron a afianzar la existencia de regímenes democráticos, respetuosos de los derechos humanos. En el primer caso es indiscutido que los procesos de integración nacen de decisiones políticas que fijan los medios, los objetivos, los mecanismos para alcanzarlos, en ocasiones casi exclusivamente económicos, y que esas decisiones políticas surgen con mayor precisión durante la vigencia de regímenes democráticos en los que se colocan en un segundo plano las hipótesis de conflicto.

La respuesta a la pregunta que surge a continuación ha venido dada por la práctica y más allá de los acuerdos fundacionales en la mayoría de las ocasiones. Así vemos que en las primeras etapas del actual sistema europeo los requisitos para la incorporación de nuevos integrantes surgieron de decisiones políticas más que de resoluciones de los propios instrumentos constitutivos y por vía de interpretación de éstos. Fue por ello que se vieron dificultadas las incorporacio-

¹⁴ *Ibíd.*, p. 26.

nes de España, Grecia y Portugal en razón de que el sistema europeo consideraba que no existían regímenes democráticos respetuosos de los derechos humanos en esos estados. Una situación similar se ha producido más recientemente en relación a Turquía.

En tal sentido es importante destacar que, previo a la conformación del esquema subregional los principales instrumentos internacionales de protección a los derechos humanos fueron ratificados en la década del ochenta por los Estados integrantes el Mercosur. Para mencionar el más importante, Argentina ratificó la Convención Americana de Derechos Humanos en 1984, Uruguay en 1985, Paraguay en 1989 y Brasil en 1992. La Argentina aceptó la competencia a la Corte Interamericana de Derechos Humanos en 1984, Uruguay en 1985, Paraguay en 1993 y Brasil en 1998. En el caso de Venezuela, nuevo Estado Parte de Mercosur, ratificó la Convención en 1977, reconoció la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en 1981 y denunció la Convención el 10 de septiembre de 2012¹⁵.

De este modo, los Estados Parte del Mercosur se incorporan al Derecho Internacional de los Derechos Humanos que aseguran un mínimo irreductible de protección de los derechos humanos, y no un techo, sino un máximo de protección.

En el ámbito de nuestro esquema de integración se da una interacción entre distintos niveles de protección de los derechos humanos, esto es, el nivel universal, el regional interamericano, el nivel subregional propio del Mercosur y el nivel local como principal y primer ámbito de protección de estos derechos. De esta forma se ha construido un diálogo e interactividad de las distintas esferas, más allá de sus diferencias sustanciales. La principal de ellas reside en que en el ámbito del Mercosur no existe un instrumento vinculante que consagre derechos humanos exigibles como así tampoco órganos ante los cuales presentar una reclamación, lo que sí se da tanto en el ámbito universal como interamericano. Pero la relación entre los órdenes se produce, prueba de ello es la solicitud de opinión consultiva presentada a instancia de la Reunión de Altas Autoridades de Derechos Humanos y Cancillerías (RAADDHH) del Mercosur y Estados Asociados por ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en relación con la temática de los derechos de niños, niñas y adolescentes migrantes¹⁶. Es importante señalar que el Tribunal ad hoc del Mercosur en su laudo del 6/9/2006 que se ocupó de la relación de los cortes de ruta y la afectación al principio de libertad de circulación de bienes y servicios en el Mercosur abordó la temática de los Derechos Humanos en el bloque¹⁷.

¹⁵ Sin embargo, continúa siendo parte de otros instrumentos internacionales relativos a derechos humanos.

¹⁶ La solicitud fue presentada por los Gobiernos de Argentina, Brasil, Uruguay y Paraguay el 7 de julio de 2011. Sobre este punto se puede consultar DRNAS, Z., "Derechos y Garantías de los niños en el contexto de Migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión consultiva OC-21/14 de la CIDH", en Revista de la Facultad, vol. VI, N°1, Nueva Serie II, 2015, pp. 233-356.

¹⁷ Léase párrafos 124 a 139, Laudo del Tribunal arbitral ad hoc del Mercosur constituido para entender en la controversia presentada por la República Oriental del Uruguay a la República Argentina sobre "Omisión del Estado Argentino en adoptar medidas apropiadas para prevenir y/o hacer cesar los impedimentos a la Libre circulación derivados de los cortes en Territorio Argentino de vías de acceso a los Puentes Internacionales Gral. San Martín y Gral. Artigas que unen la República Argentina con la República Oriental del Uruguay". Disponible en http://www.mercosur.int/t_generic.jsp?contentid=375&site=1&channel=secretaria&seccion=5.

Decíamos más arriba que el proceso de Mercosur, coincidiendo con la experiencia de la Unión Europea o de la Comunidad Andina, no incluyó explícitamente en sus instrumentos constitutivos el propósito de proteger los Derechos Humanos, si se destaca la finalidad económica de los textos fundacionales que establecen como objetivo la conformación de un mercado común, con una estructura institucional de carácter intergubernamental. No obstante ello, coincidimos con autores como Hummer que consideran que la protección de los Derechos fundamentales de la persona en el seno de Mercosur se expresa en forma programática en algunas fuentes comunitarias, tales como en el párrafo sexto del Preámbulo del Tratado de Asunción cuando se expresa “*convencidos... (hasta) con el fin de mejorar las condiciones de vida de sus habitantes*”; o en el art. 34 del Protocolo de Olivos que dispone que los tribunales arbitrales ad-hoc y el Tribunal Permanente de Revisión decidirán la controversia en base al Tratado de Asunción (...) así como a los principios y disposiciones de derecho internacional aplicables a la materia¹⁸.

En el mismo sentido el Protocolo Constitutivo del Parlamento del Mercosur¹⁹, dice: *Son principios del Parlamento: [...] El respeto a los derechos humanos en todas sus expresiones* (art. 3º, inc. 4º) y agrega: *El Parlamento tendrá las siguientes competencias: [...] Elaborar y publicar anualmente un informe sobre la situación de los derechos humanos en los Estados Parte, teniendo en cuenta los principios y las normas del MERCOSUR [...]* (art. 4º inc. 3º).

A estas referencias debemos completarlas con las declaraciones presidenciales.

En el año 2003, el Consejo del Mercado Común firmó la Decisión 26/03, mediante la cual se aprobaba el Programa de Trabajo del Mercosur para 2004/2006. En su ítem 2.7. (“Derechos Humanos”), se previó:

“...profundizar el intercambio de información y la promoción y el respeto a los derechos humanos en la región”, y de “avanzar en los trabajos tendientes a la institucionalización del Grupo Ad Hoc en materia de Derechos Humanos el cual ha sido identificado como un mecanismo eficaz para el intercambio de información, experiencias y la búsqueda de consensos en los Foros en que participan los países del bloque, y asimismo, promover la evaluación y discusión sobre la conveniencia de adoptar una Carta de Derechos Humanos del MERCOSUR”.

En tal sentido, el 8 de julio de 2004, la Reunión de Presidentes, en la ciudad de Puerto Iguazú (Misiones-Argentina), destacó la alta prioridad que los Estados Parte le asignan a la protección, promoción y garantía de los derechos humanos y las libertades fundamentales de todas las personas que habitan el Mercosur.

El 16 de diciembre de ese mismo año, durante la Cumbre Presidencial de Ouro Preto, el Consejo del Mercado Común firmó la Decisión CMC 40/04, mediante la cual creó la *Reunión de Altas Autoridades en el área de Derechos Humanos* (RAADDHH), conformada por los organismos gubernamentales competentes en la materia y las respectivas Cancillerías. De conformidad a su art. 1º:

¹⁸ Cfr. HUMMER; W., “La elaboración de una Carta de los Derechos Fundamentales del MERCOSUR desde una perspectiva europea”, en Anuario de derecho constitucional latinoamericano 15, Fundación Konrad Adenauer, Uruguay, 2009, pp. 689-722 y 690. Disponible en http://www.kas.de/wf/doc/kas_18560-1522-4-30.pdf?100106233814.

¹⁹ Disponible en: http://www.mercosur.int/innovaportal/file/1104/1/2005_protocoloparlamen-tomcs_es.pdf.

“La Reunión de Altas Autoridades sobre Derechos Humanos y Cancillerías del MERCOSUR y Estados Asociados (en adelante ‘RADDHH’), constituye una reunión especializada dependiente del Consejo del Mercado Común cuyo seguimiento es realizado por el Foro de Consulta y Concertación Política, en los términos del párrafo único del artículo 2 de la Decisión CMC N° 40/04”.

La RAADDHH tiene entre sus funciones: elaborar y promover estrategias, políticas y acciones comunes en materia de derechos humanos, actuar de manera conjunta en los foros multilaterales, a los fines de ampliar la visibilidad del bloque regional en su promoción y protección, realizar reuniones conjuntas con otros órganos institucionales del Mercosur que traten temas vinculados a los derechos humanos e invitar a organismos internacionales a participar de sus sesiones, formular recomendaciones al Consejo del Mercado Común en el área de su competencia, y colaborar con el Foro de Consulta y Concertación Política, coordinando actividades en la temática relacionada con las libertades fundamentales. Decisión CMC 40/04.

Este órgano subsidiario del Consejo del Mercado Común, cuyas actividades son coordinadas por el Foro de Consulta y Concertación Política (FCCP), durante la I RAADDHH, llevada a cabo el 4 de mayo de 2005 en Asunción (Paraguay), elaboró el proyecto de Protocolo sobre Compromiso en la Promoción y Protección de los Derechos Humanos del MERCOSUR, conocido como *cláusula de derechos humanos* y el proyecto de Declaración Presidencial de Asunción sobre Compromiso en la Promoción y Protección de los Derechos Humanos.

Desde el año 2004 el bloque ha desarrollado diversas actividades, programas y acciones en materia de Derechos Humanos, entre ellas como indicamos la creación de la *Reunión de Alta Autoridades en el área de Derechos Humanos* (RAADDHH), cuya inicial contribución fue la preparación del proyecto de Protocolo sobre Compromiso con la Promoción y Protección de los Derechos Humanos del Mercosur.

Las Reuniones fueron concebidas como un foro de discusión e intercambio de análisis, evaluación y monitoreo, propuesta y gestión de políticas de promoción de Derechos Humanos, incluyendo la interrelación con órganos de Mercosur.

Debe destacarse también, como ya señalamos en párrafo anterior, la labor del Parlamento del Mercosur, órgano unicameral que está integrado por representantes elegidos por los ciudadanos de los respectivos Estados Parte. Si bien las normas que de él emanan no son vinculantes, por no constituir un órgano legislativo, cuenta con competencias específicas en materia de Derechos Humanos, preservación del régimen democrático en los Estados Partes, cuestiones vinculadas al desarrollo del proceso de integración, procedimientos de adecuación e integración normativa y adhesión de nuevos Estados a la organización.

Con esto el Mercosur se manifiesta a favor de los Derechos Humanos como valores que deben ser promovidos por los órganos comunitarios.

El Consejo del Mercado Común mediante Decisión CMC 17/05 aprobó la suscripción del *Protocolo de Asunción sobre Compromiso con la Promoción y Protección de los Derechos Humanos del Mercosur* que fue firmado el 20 de junio de 2005²⁰.

²⁰ En vigor desde el 3/4/2010.

En su artículo primero, el protocolo destaca que “La plena vigencia de las instituciones democráticas y el respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales son condiciones esenciales para la vigencia y evolución del proceso de integración entre las Partes”. En este acuerdo los Estados Parte se comprometen a “*cooperar mutuamente por la promoción y protección defectiva de los derechos humanos y libertades fundamentales a través de los mecanismos institucionales establecidos en el Mercosur*” (art. 2º). El protocolo se aplicará en caso de registrarse graves y sistemáticas violaciones a los derechos humanos, en situaciones de crisis institucionales o estados de excepción en algún Estado Parte. En esas circunstancias prevé la activación de un mecanismo de consultas que, de ser infructuoso, habilita a los demás Estados a adoptar medidas que abarcarán desde la suspensión del derecho a participar en los distintos órganos del proceso de integración a la suspensión de los derechos y obligaciones emergentes del mismo (art. 4º, 2º párr.). De este modo, se establece que la observancia del Protocolo por los Estados Partes, es condición para la permanencia de un Estado en el acuerdo de integración.

En la XXVIII Reunión del CMC y en oportunidad de conmemorarse el 57º aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, los Presidentes de los Estados Parte del Mercosur y de los Estados Asociados suscribieron la *Declaración de Asunción sobre Compromiso con la Promoción y Protección de los Derechos Humanos en el Mercosur y Estados Asociados* (del 20 de junio de 2005). Los Estados Partes también se obligan a “*cooperar mutuamente por la promoción y protección defectiva de los derechos humanos y libertades fundamentales a través de los mecanismos institucionales establecidos en el Mercosur*” (art. 2º).

Esta Declaración ratifica la vigencia de los compromisos adoptados por los países firmantes en el ámbito internacional alentando un fortalecimiento institucional a nivel nacional y regional que garantice el respeto de los derechos humanos. Asimismo, compromete a los Estados signatarios con la consolidación del sistema interamericano de derechos humanos, vector de la región para intercambiar información, experiencias y responder a las peticiones y denuncias de los/as ciudadanos/as. En el año 2009 el Consejo del Mercado Común aprobó la creación del *Instituto de Políticas Públicas de Derechos Humanos*²¹²² con el objeto de contribuir al fortalecimiento del Estado de derecho en los países que integran el bloque, mediante el diseño y seguimiento de políticas públicas en derechos humanos, y de consolidar los derechos humanos como un eje fundamental de la identidad y desarrollo del Mercosur. Por Decisión CMC 32/09 se aprobó que su sede de encuentro en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (Rep. Argentina). El IPPDH constituye una instancia técnica de investigación y coordinación en el campo de las políticas públicas en materia de derechos humanos. Tiene, dentro de sus objetivos, el de cooperar, cuando sea expresamente solicitado por los Estados del Mercosur en el diseño de políticas públicas en la materia y su posterior consecución y en la implementación de los medios que permitan una más efec-

²¹ ABRAMOVICH, V., “Los derechos humanos en el marco del proceso de integración regional en el cono sur. Sobre la creación del Instituto de Políticas en Derechos Humanos del Mercosur”. <http://www.ippdh.mercosur.int/wp-content/uploads/2014/08/DDHH-en-Mercosur-2012.pdf>.

²² Véase NOVAK, V., “Los derechos humanos en la agenda del Mercosur: un análisis sobre la creación del Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos del Mercosur”, en *Densidades* N°10, set. 2012, pp. 97-108.

tiva y eficaz protección y promoción de los Derechos Humanos reconocidos en las respectivas Constituciones Nacionales y en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos.

Por último, la posibilidad de la redacción de una Carta de Derechos Fundamentales a nivel del Mercosur ha sido planteada por algunos autores e integra los temas de la Reunión de Alta Autoridades en el área de Derechos Humanos.

Los derechos humanos ¿reaseguro para el Mercosur?

El *Protocolo de Asunción sobre compromiso con la promoción y protección de los derechos humanos del Mercosur* establece que la plena vigencia de las instituciones democráticas y de los derechos humanos constituyen condiciones esenciales para la vigencia y evolución del proceso de integración entre las Partes. Este Protocolo avanza en la adopción de medidas concretas ante situaciones de graves y sistemáticas violaciones de los derechos humanos, aún durante la vigencia de estados de excepción. Estas medidas pueden llegar a la suspensión del derecho a participar en los diferentes órganos de este esquema de integración hasta la suspensión de los derechos y obligaciones que emanan del mismo. Como puede observarse, no existe la posibilidad de una expulsión del Estado que viole estas obligaciones.

Como decíamos más arriba, por la Decisión CMC 14/09 se crea el Instituto de Políticas Públicas de Derechos Humanos (IPPDDHH), dentro de las competencias de la Reunión de Altas Autoridades de Derechos Humanos (Decisión CMC 40/04), y conformada por las Secretarías y demás órganos de Derechos Humanos y Cancillerías de los Estados Partes y Asociados. Este Instituto fue creado con el fin de contribuir al fortalecimiento del Estado de Derecho en los Estados Partes, para lo cual se propone avanzar en el diseño y seguimiento de políticas públicas en Derechos Humanos, y en la consolidación de los Derechos Humanos como eje fundamental de la identidad y desarrollo del Mercosur.

Sobre la base del principio de cooperación que da fundamento a este proceso de integración, se fijaron determinadas funciones a cumplir por el IPPDDHH, en materia de políticas públicas sobre derechos humanos, con un acento particular en los respectivos sistemas jurídicos nacionales, para lo cual los Estados Parte cooperarán también en materia de armonización normativa. Asimismo, como organismo técnico podrá prestar asistencia técnica en actividades de capacitación, promoción y protección de los DDHH, realizar estudios e investigaciones, a solicitud de la Reunión de la Reunión de altas Autoridades en la materia y finalmente a su vez servir de espacio de encuentro entre el ámbito público y las organizaciones civiles en materia de DDHH²³.

Reflexiones finales

Se advierte que paulatinamente desde un comienzo el accionar del Mercosur se concentró en transformarse en un foro de intercambio de informaciones sobre la promoción del respeto de los derechos humanos y de fortalecimiento de

²³ Cartilla del ciudadano de Mercosur, edición 2010. <http://www.mercosur.int/show?contentid=464&channel=secretaria>.

los procesos democráticos en los estados miembros, es decir, en una suerte de foro de coordinación y de cooperación.

Para los Estados Parte del Mercosur, y especialmente para quienes habitamos este espacio integrado, el triple engranaje normativo del Derecho Constitucional, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho de la integración, constituye tanto un reaseguro para la plena vigencia de los derechos humanos como para la propia existencia del esquema subregional.

El Mercosur y su normativa deben ser interpretados y continuar elaborándose a la luz de una racionalidad que se base en los consensos de los Estados que lo conforman respecto a los Derechos Humanos, al Estado de Derecho y a la Democracia.

Para esta organización subregional los derechos humanos se han constituido en un auténtico reaseguro del propio proceso de integración, a partir de su propia normativa e institucionalidad, para avanzar sobre la necesidad de su respeto para la propia existencia del esquema subregional. La vinculación entre los derechos humanos y la democracia en este proceso de integración ha alcanzado un punto de no retorno y constituye uno de los requisitos para la pertenencia y la continuidad en el mismo.

Finalmente no debemos perder de vista que los Estados Parte de Mercosur forman parte del sistema interamericano, para el que la vigencia de los derechos humanos es vital a la hora también del mantenimiento de la paz.



“PARADIPLOMACIA Y RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL” BREVE ANÁLISIS DEL CASO ARGENTINO A LA LUZ DE SU DERECHO CONSTITUCIONAL Y DEL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO*

*Matías Horacio Siles***

Resumen: Las transformaciones operadas en la sociedad internacional desde el último cuarto del siglo pasado han estimulado una progresiva participación de estados subnacionales en las relaciones internacionales. La reforma constitucional de 1994 ha receptado esa nueva realidad internacional al reconocer a las provincias la posibilidad de gestionar sus propias relaciones internacionales. Pero la imprecisión del reconocimiento constitucional al momento de determinar la frontera potencial del accionar provincial resulta problemática ante una eventual responsabilidad internacional del Estado Argentino atento la regulación jurídica de la materia en el derecho internacional público.

Palabras clave: Paradiplomacia - Constitución Nacional - Convenios internacionales - Responsabilidad internacional.

1. Introducción

El presente trabajo forma parte de un proyecto de investigación más amplio desarrollado en el marco de los estudios de posgrado de la Maestría en Relaciones Internacionales que brinda el Centro de Estudios Avanzados, dependiente de la Universidad Nacional de Córdoba.

En tal sentido, se plasman los primeros avances y resultados de lo investigado respecto del fenómeno conocido en el ámbito de las relaciones internacionales como “paradiplomacia”, esto es, las relaciones internacionales que desarrollan entidades no centrales al margen o con prescindencia de los intereses de los Estados Centrales; razón por la cual la perspectiva del abordaje realizado resulta eminentemente exploratoria y de naturaleza teórico-conceptual.

Se emprende un estudio de superficie acerca de la paradiplomacia en cuanto a sus orígenes, los procesos que la promueven y las razones que impulsan a las unidades subnacionales o subestatales a participar en el ámbito internacional.

Restringiendo el enfoque al caso argentino, se realiza un repaso del esquema constitucional que enmarca la actividad externa de las provincias argentinas. En esa línea, se destaca la innovación operada en la estructura constitucional sobre la materia por la reforma de 1994 al reconocer la posibilidad de las provincias de participar en relaciones internacionales, analizando las diferentes aristas que presenta la nueva regulación constitucional y los problemas y debates interpretativos generados por la reforma al texto constitucional.

Finalmente, se emprende un análisis de las posibles implicancias que desde la perspectiva del derecho internacional público puede significar para los

* Recibido el 22/12/14. Aprobado el 03/07/15.

** Abogado. Maestrando en Relaciones Internacionales. Centro de Estudios Avanzados de la Universidad Nacional de Córdoba. Adscripto de la asignatura Derecho Constitucional. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad Nacional de Córdoba.

Estados federales el accionar de sus entidades territoriales en la esfera internacional, particularmente en lo referido a la responsabilidad internacional de los Estados; llamando la atención acerca de la necesidades de diseñar alternativas de regulación sobre la materia.

2. La paradiplomacia de actores subnacionales

Las transformaciones operadas en la sociedad internacional en el último cuarto del siglo pasado han dado lugar a una progresiva participación de nuevos actores en el ámbito de las relaciones internacionales.

Entre los nuevos actores que han reclamado participación en el ámbito internacional, destaca el creciente involucramiento de unidades subnacionales en materias que tradicionalmente eran llevadas adelante de manera excluyente por el Estado-Nación.

Esta participación de actores subnacionales como protagonistas de las relaciones internacionales ha recibido la denominación de “paradiplomacia”¹, a la que se caracteriza como la participación de gobiernos no centrales en las relaciones internacionales a través del establecimiento de contactos *ad hoc* con entidades privadas o públicas del extranjero, con el fin de promover asuntos socioeconómicos y culturales, así como cualquier otra dimensión externa de sus competencias constitucionales (Cornago, 2000:11).

El término paradiplomacia comienza a ser utilizado en los años ochenta por Ivo Ducachek y Panayotis Soldatos², en el análisis que cada uno de ellos realiza respecto a la conflictiva relación observada en los estados federales por la actividad desplegada en el ámbito internacional por sus estados integrantes y el impacto del despliegue de una actividad tal en relación al concepto de soberanía estatal, por tratarse de actividades tradicionalmente desempeñadas por el Estado federal.

Este nuevo enfoque se complementa con los aportes provenientes de los teóricos de la interdependencia compleja Robert Keohane y Joseph Nye³ quienes, si bien no refieren específicamente al papel desempeñado por los estados subnacionales, destacan la presencia en el escenario internacional de nuevos actores en ámbitos que usualmente se consideraba que sólo el Estado-Nación podía ocupar.

¹ En cuanto al empleo del término “paradiplomacia”, puede verse: ZUBELZÚ, G., “Los gobiernos subnacionales en el escenario internacional: conceptos, variantes y alcance. Un marco de análisis para las acciones de las provincias argentinas”, en IGLESIAS, E., *Las provincias argentinas en el escenario internacional. Desafíos y obstáculos de un sistema federal*, 1ª edición, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo – PNUD, Buenos Aires, 2008, p. 19. La autora realiza un detallado análisis teórico-conceptual donde, luego de señalar la existencia de diferentes conceptos para identificar realidades similares tales como Estado-Hueco, Glocalización, Estado-Región, Multi-level Governance o Paradiplomacia, destaca que a más de provenir de enfoques teóricos diversos, los diferentes términos sólo comparten una lejana referencia común, cual es el proceso de deterioro del Estado-Nación. Si bien reconoce que el término paradiplomacia es el más utilizado en la bibliografía especializada, prefiere el empleo de la expresión “gestión externa o internacional” para referirse específicamente al caso argentino.

² Se trata de los autores más referenciados en la materia. Al respecto puede verse: DUCACHEK, I., *The territorial dimension of politics: Within, among and across nations*, Greenwood Press, New York, 1986. SOLDATOS, P., *Federalism and International Relations: The role of subnational units*, Clarendon Press, Oxford, 1990.

³ Puede consultarse al respecto: KEOHANE, R. O. & NYE, J. S., *Poder e interdependencia: la política mundial en transición*, Grupo Editor Latinoamericano, Buenos Aires, 1988.

Si bien son múltiples las razones que motorizan esta actividad realizada por unidades subnacionales, Stéphane Paquin individualiza tres factores como circunstancias y procesos que impulsaron el desarrollo de la paradiplomacia en el ámbito internacional: a) la crisis del Estado-Nación y el proceso globalizador, b) el internacionalismo y la integración regional, y c) el nacionalismo (Paquin, 2003:621, citado por Zeraoui, 2013:30).

Asimismo, Zubelzú señala entre las razones que han posibilitado la intensificación de la acción externa de los actores subnacionales, la presencia de factores de alcance general o sistémico, como el fenómeno de la globalización y su influencia sobre la estructura y las relaciones del Estado-Nación. Otros factores serían los vinculados al contexto donde tiene lugar la actuación de los estados subnacionales, que pueden ser de orden regional, como los procesos de integración europeo y mercosureño; o de orden doméstico o interno, entre los que destaca los cambios constitucionales a nivel del Estado-Nación y la recepción en ese espacio de la realidad paradiplomática, la salida de regímenes autoritarios y los procesos de democratización y realidades locales más específicas asentadas en bases identitarias e históricas (Zubelzú, 2008:20).

Interesa destacar aquí el impacto de las transformaciones que ha producido sobre el sistema internacional la transnacionalización del comercio internacional, la creciente cooperación entre Estados y, por sobre todo, el fenómeno de la globalización acompañado de otro proceso no menos importante y en parte consecuencia del anterior, cual es el de la crisis del Estado-Nación.

En tal sentido, una de las características que define al proceso globalizador es el de provocar un proceso de desterritorialización económica, en el sentido de generar un espacio económico no coincidente con las fronteras nacionales afectando a los actores locales que ven con dificultad su posibilidad de insertarse adecuadamente en la globalización económica, dejando en evidencia la emergencia de identidades locales que se reivindican desde el ámbito internacional y que muestran cierta distancia hacia el Estado-Nación en términos de identificación (Cornago, 2010:107).

Ello constituye un aliciente para que los estados subnacionales desarrollen estrategias a nivel internacional con el objeto de atraer inversiones extranjeras sin necesidad de recurrir a la intermediación del Estado-Nación.

Sin perjuicio de ello, es importante señalar que los actores subnacionales han desarrollado esta faceta internacional no sólo por motivaciones de carácter económico. Según Aldecoa, existen tres grupos de razones para la salida de las regiones a nivel global: económicas, políticas y culturales (Aldecoa & Keating, 2000:14), que delinearán diferentes desarrollos de la actividad paradiplomática.

La principal motivación que moviliza a estos actores a actuar en el ámbito internacional refiere a cuestiones económicas emparentadas con el desarrollo de la región y la búsqueda de nuevos mercados para los productos locales. Pero también se advierte el interés por dar a conocer al exterior otros aspectos que de alguna manera caracterizan o identifican su espacio territorial o humano.

Las motivaciones políticas y culturales son importantes particularmente en regiones con su propio idioma o con una fuerte identidad cultural, nacional o étnica, como es el caso de la actividad paradiplomática desplegada por Québec o Flandes.

Se ha utilizado la expresión de “paradiplomacia identitaria” para caracterizar este tipo de actuación externa, realizada por las unidades subnacionales en la búsqueda de obtener en la arena internacional los recursos simbólicos y materiales que le fueron negados en el ámbito interno y de los cuales carecen (Zubelzú, 2008:35).

Un caso extremo de este tipo estaría dado por lo que la bibliografía especializada denomina “protodiplomacia”, en referencia a la actuación internacional de aquellas unidades estatales que promueven intereses independentistas o separatistas respecto del Estado-Nación que integran, como los ejemplos que en nuestros días vienen marcados por el nacionalismo vasco, catalán o escosés.

A ello debe agregarse la “paradiplomacia transfronteriza”, en referencia a los contactos y relaciones que entablan actores subnacionales o regiones vecinas de frontera a efectos de abordar, cooperar y solucionar problemas e intereses transfronterizos comunes.

Se trata de una realidad que —a diferencias de las anteriores— no resulta novedosa, puesto que los contactos transfronterizos se han sucedido en todas las latitudes desde la constitución misma de los Estados-Nación, pero que en la actualidad advierte una renovada intensidad por el impacto político y la complejidad de las interacciones políticas⁴.

Común denominador en todos estos matices que presenta la actividad paradiplomática es la actuación autónoma de actores subnacionales en el ámbito de las relaciones internacionales prescindiendo de la participación del Estado-Nación en su vinculación externa.

Sin embargo, la voluntad de las unidades subnacionales de accionar en la esfera internacional con el propósito de desarrollar sus potencialidades internas, no puede significar obviar los objetivos e intereses que pueda guardar el Estado-Nación en el desarrollo de su política exterior.

Si bien la realidad del fenómeno paradiplomático describe la creciente y diversa participación de actores subnacionales en las relaciones internacionales, no menos cierto resulta que dicha actividad se enmarca, a nivel interno, en un sistema jurídico y en una organización política superior, con facultades para señalar los límites y la eficacia que puede revestir la conducta internacional de los estados subnacionales y, en su caso, constreñir a las unidades estatales díscolas a observar los andariveles por los que debe discurrir su accionar.

En tal sentido, la participación internacional de las unidades subnacionales se verá afectada por el grado autonomía que le acuerde el marco constitu-

⁴ Un ejemplo de cooperación transfronteriza en el ámbito sudamericano viene dado por los Comités de Frontera que vinculan a las regiones de países limítrofes. Otro de mayor envergadura y actualidad lo constituye la ZICOSUR (Zona de Integración del Centro Oeste de América del Sur). La ZICOSUR surge en 1997 por iniciativa de la Secretaría de Integración Regional de Antofagasta-Chile, y en la actualidad está constituida por regiones de Argentina (NOA-NEA), Bolivia (Departamentos de Chuquisaca, Cochabamba, Santa Cruz y Tarija), Brasil (Mato Grosso do Sul), Chile (Tarapacá y Antofagasta) y Paraguay (Departamentos de Alto Paraguay, Departamento de Amambay, Boquerón, Caaguazú, Caazapá, Central, Concepción, Cordillera, Guairá, De Itapúa, Misiones, Ñeembucú, Paraguari, Presidente Hayes y San Pedro). Al respecto puede verse: SAFAROV, A. G. & MUSSO, J. A., “La Paradiplomacia en la ZICOSUR (Zona de Integración del Centro Oeste de América del Sur), diálogo transfronterizo para la inserción en el MERCOSUR”, en *III Congreso de Relaciones Internacionales*, La Plata, 2006.

cional imperante en el Estado-Nación que conforman y por las líneas directrices de la política exterior nacional⁵.

Tal circunstancia reclama la atención, a la hora de abordar el análisis de la actividad paradiplomática de un actor subnacional, sobre los marcos constitucionales existentes en el Estado-Nación del que forme parte a efectos de conocer la frontera potencial de actuación eficaz que esa actividad internacional puede alcanzar.

3. Las relaciones internacionales de las provincias argentinas y su marco constitucional

Las provincias argentinas, como especies de actores subnacionales, no han permanecido extrañas a los cambios operados en el sistema internacional, incurriendo con una intensidad progresiva en el ámbito internacional en la búsqueda primordial de oportunidades para mejorar su situación socio-económica.

No obstante ello, cabe destacar que algunas provincias han realizado desde antiguo un prolífico contacto con sus pares de estados limítrofes a efectos de cooperar en la administración y solución de problemas fronterizos, por lo que puede señalarse a la paradiplomacia transfronteriza entre las primeras formas que adoptó esa actividad en nuestro país.

La Constitución Nacional (CN) en su redacción originaria otorgaba en forma exclusiva el manejo de las relaciones internacionales al Estado o Gobierno Federal dejando a las provincias afuera de su manejo. Tal era el esquema que se desprendía de las disposiciones de los arts. 27; 67 incs. 12, 14, 16 y 19; 86 incs. 10 y 14 en cuanto a las facultadas del Gobierno Federal en la conducción de los asuntos externos, el manejo de la política exterior y la celebración de tratados internacionales con las potencias extranjeras; y en particular los arts. 107 y 108 referidos a la distribución de competencias entre el Estado Federal y las provincias⁶.

Sin embargo, las modificaciones operadas en el contexto internacional en el último cuarto del siglo pasado, así como cuestiones relativas a nuestra realidad local, como el retorno a la democracia, los procesos provinciales de reforma de sus constituciones, la “inserción” de la Argentina en el mundo de los años 90; entre otros, ponían de resalto la necesidad de actualizar el diseño constitucional en la materia.

La reforma constitucional de 1994 ha sido receptiva de esa nueva realidad interna e internacional al reconocer a las provincias la posibilidad de ges-

⁵ Lecours distingue cuatro estructuras que a nivel nacional condicionan la política internacional de las unidades subnacionales: 1) La relacionada con el marco constitucional formal, relativo a las prerrogativas que el propio gobierno central otorga las unidades estatales menores. 2) Las relaciones entre gobiernos locales y gobierno central, que pueden ser de conflicto o de cooperación. 3) La representatividad de las unidades estatales menores en las instituciones federales. 4) La agenda nacional y los intereses de las unidades subnacionales. Al respecto, véase: LECOURES, A., *Paradiplomacy: Reflections on the foreign policy and international relations of regions*, Kluwer Academic Publisher, núm. 7, Holanda, 2002, pp. 91-114.

⁶ Sin perjuicio de ello, Bidart Campos señalaba como ya antes de la reforma constitucional de 1994 ciertas constituciones provinciales preveían la posibilidad limitada de las provincias de celebrar “compromisos internacionales”.

tionar sus propias relaciones internacionales, señalando de manera genérica los límites a los que debe ceñirse su actuación en ese ámbito⁷.

3.1. La reforma constitucional de 1994 y el nuevo art. 124 de la Constitución Nacional

La reforma constitucional de 1994 introdujo un importante avance en la cuestión al otorgar a las provincias la facultad de celebrar “convenios internacionales”. La norma que recepta tal posibilidad es el art. 124, que en su parte pertinente reza:

“Las provincias (...) podrán también celebrar convenios internacionales en tanto no sean incompatibles con la política exterior de la Nación y no afecten las facultades delegadas al Gobierno federal o el crédito público de la Nación; con conocimiento del Congreso Nacional. La ciudad de Buenos Aires tendrá el régimen que se establezca a tal efecto”.

Si bien la norma no realiza una habilitación explícita a las provincias para desarrollar relaciones internacionales, tal inteligencia puede derivarse *a fortiori* de la permisión para celebrar convenios internacionales, instrumento que supone una actividad y un desarrollo formal y práctico superior que los que pueden revestir otros contactos o acciones en el ámbito internacional.

La redacción de la norma ha generado debates en torno al significado de la expresión convenios internacionales, a los alcances y límites del actuar provincial y a las implicancias que conlleva el conocimiento congressional.

3.2. Los “convenios internacionales” celebrados por las provincias

El empleo de la expresión convenios internacionales en el seno de la convención reformadora de 1994 tuvo por objeto especificar los instrumentos de concreción de la actividad exterior que pueden realizar las provincias, trazando una distinción respecto a los tratados internacionales cuya celebración, aprobación y firma continúan bajo las prerrogativas del Estado Federal.

La doctrina constitucionalista y publicista provincial es conteste en señalar que los convenios internacionales cuya celebración se habilita a las provincias no tienen la naturaleza de tratados internacionales.

Gelli en su comentario al art. 124 CN, señala que, en sentido estricto, los convenios internacionales habilitados a las provincias no tienen naturaleza de tratados internacionales; y que sólo pueden versar sobre aquellas competencias privativas de las provincias y las concurrentes con la Nación (Gelli, 2008:608).

Hernández diferencia la expresión “convenio internacional” utilizado por el art. 124 CN de los tratados celebrados con las potencias extranjeras u organismos internacionales, los que son de competencia exclusiva del estado

⁷ En el marco del derecho constitucional, el examen sobre el desenvolvimiento internacional de las provincias es un punto de análisis entre muchos otros que se abordan en el análisis de la relación federal —relación que existe entre el Estado Federal y las Provincias— y en el marco de la distribución de competencias efectuado en la Constitución Nacional. Por su parte, la doctrina publicista provincial también aborda la cuestión desde el marco regulatorio previsto por la Constitución Nacional a la hora de remarcar los límites de la intervención provincial en cuestiones internacionales, pero lo complementa con un examen de tipo *bottom up*, esto es, analizando la variada normativa constitucional provincial para destacar los puntos de contacto y las particularidades en la regulación desde el nivel de los estados intermedios.

nacional según el derecho constitucional y el derecho internacional público; y considera que los primeros se encuentran más próximos a los tratados parciales previstos por el art. 107 CN anterior a la reforma, que las provincias tenían vedado realizar en materia política. Concluye que los acuerdos permitidos por el art. 124 CN tienen un alcance mucho más limitado que el de los tratados, pero que se fundan en antecedentes y experiencias previas, así como una forma de reconocer la autonomía propia de las provincias en el marco de la federación a la que pertenecen (Hernández, 2011:105).

Una distinción similar puede extraerse desde la óptica del derecho internacional público. Así, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados aclara que a los fines de la Convención "... a) Se entiende por tratado un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional..." (art. 1); utilizando la expresión Estado en clara referencia al sujeto de derecho internacional por antonomasia que es el Estado-Nación. Asimismo, en su art. 3 señala que su regulación no se aplica "...ni a los acuerdos internacionales celebrados entre Estados y otros sujetos de derecho internacional o entre esos otros sujetos de derecho internacional..."

3.3. Los límites a la actuación externa de las provincias

Los alcances y límites del actuar provincial aparecen señalados genéricamente y de forma negativa por la norma, a saber: a) que no sean incompatibles con la política exterior de la Nación, b) que no afecten facultades delegadas al gobierno federal, y c) que no afecten el crédito público de la Nación.

3.3.1. La compatibilidad con la política exterior de la Nación y el respeto de las facultades delegadas al gobierno federal

La necesaria compatibilidad con la política exterior de la Nación es una consecuencia lógica del reparto de competencias realizado por la Constitución Nacional en cuanto atribuye la dirección de los asuntos externos de la Nación al Gobierno Federal (art. 27; art. 75 incs. 22, 24 y 25; 99 incs. 7º, 11 y 15).

Sin embargo, en virtud de ese mismo reparto de competencias las provincias se encuentran facultadas para el ejercicio de todas aquellas cuestiones que no hacen a los poderes que han delegado (art. 121 CN)⁸ y de aquellos concurrentes con el gobierno federal (art. 125 CN)⁹.

La condición de no afectar las facultades delegadas al gobierno federal se encuentra estrechamente emparentada con el recaudo anterior, en el sentido que las facultades que no deben verse perturbadas son aquellas referidas al manejo de la política exterior de la Nación. En tal inteligencia, la actuación internacional de las provincias debería limitarse al ejercicio de sus facultades privativas y de las concurrentes con el gobierno nacional (Carbajales & Gasol, 2008:54).

⁸ Art. 121 CN: "Las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno federal, y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación".

⁹ Art. 125 CN: "Las provincias pueden celebrar tratados parciales para fines de administración de justicia, de intereses económicos y trabajos de utilidad común, con conocimiento del Congreso Federal; y promover su industria, la inmigración, la construcción de ferrocarriles y canales navegables, la colonización de tierras de propiedad provincial, la introducción y establecimiento de nuevas industrias, la importación de capitales extranjeros y la exploración de sus ríos, por leyes protectoras de estos fines, y con sus recursos propios".

Al respecto, Bidart Campos destaca que la conducción de las relaciones internacionales compete al Estado Federal, como consecuencia de la forma federal de estado adoptada por nuestra constitución y del reparto de competencias que ella efectúa y considera que luego de las modificaciones introducidas por el art. 124 CN la competencia de las provincias para celebrar convenios internacionales se extiende a todas aquellas materias que son de competencias provincial, es decir, las no delegadas al Gobierno Federal, como asimismo las que son de competencia concurrente entre ambas esferas de poder (Bidart Campos, 2006:715)¹⁰.

Mooney también resalta la competencia del Gobierno Federal en materia de dirección de las relaciones internacionales. En tal sentido, señala que la competencia de las provincias en el ámbito internacional se haya restringida a la gestión de sus facultades reservadas y las concurrentes con el gobierno nacional a condición de no comprometer la política exterior de la nación (Mooney, 2001:78)¹¹.

En sentido similar, Barón Knoll señala a la política exterior como competencia del estado nacional y que la previsión del art. 124 CN respecto a los convenios internacionales permitidos a las provincias refiere a la gestión por éstas de sus facultades reservadas y de las concurrentes (Barón Knoll de Bertolotti, 2003:388).

Por su parte, Hernández menciona que los acuerdos internacionales de las provincias no podrían versar sobre cuestiones políticas a tenor de la prohibición expresa del art. 126 CN¹², no pudiendo rebasar las competencias provinciales y el derecho federal existente, previo y posterior a la celebración del acuerdo (Hernández, 2011:105).

3.3.2. *La no afectación del crédito público de la Nación*

La salvedad de no afectar el crédito público de la Nación se refiere a no comprometer la responsabilidad internacional del Estado federal o los compromisos contraídos por el gobierno federal¹³.

¹⁰ También destaca este autor que respecto a la ciudad de Buenos Aires, la ley de garantía de los intereses federales en dicho territorio mientras sea capital federal (ley 24.588) habilitó a la ciudad a celebrar los convenios previstos en el art. 124 CN; lo que es desarrollado por el art. 104 inc. 3º del Estatuto Organizativo de la ciudad.

¹¹ Llama la atención en el abordaje realizado por este autor la utilización de una figura contractual propia del derecho privado como lo es la "gestión de negocios" para explicar los límites de la actuación provincial externa, siendo a su juicio, propio de la órbita federal lo relativo a la representación, negociación y celebración de los acuerdos "gestionados" por las provincias.

¹² Art. 126 CN: "Las provincias no ejercen el poder delegado a la Nación. No pueden celebrar tratados parciales de carácter político; ni expedir leyes sobre comercio, o navegación interior o exterior; ni establecer aduanas provinciales; ni acuñar moneda; ni establecer bancos con facultad de emitir billetes, sin autorización del Congreso Federal; ni dictar los Códigos Civil, Comercial, Penal y de Minería, después que el Congreso los haya sancionado; ni dictar especialmente leyes sobre ciudadanía y naturalización, bancarrotas, falsificación de moneda o documentos del Estado; ni establecer derechos de tonelaje; ni armar buques de guerra o levantar ejércitos, salvo el caso de invasión exterior o de un peligro tan inminente que no admita dilación dando luego cuenta al Gobierno federal; ni nombrar o recibir agentes extranjeros."

¹³ Al respecto puede verse: IGLESIAS, V. La dimensión internacional de los créditos directos del Banco Interamericano de Desarrollo y el Banco Mundial a las provincias. Notas del caso argentino, en: IGLESIAS, E., *Las provincias argentinas en el escenario internacional. Desafíos y obstáculos de un sistema federal*, 1ª edición, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo - PNUD, Buenos Aires, 2008, p. 159.

Se trata de una limitación de particular relevancia en tanto que entre las principales motivaciones de las provincias para actuar internacionalmente se destaca la búsqueda de financiamiento externo para su desarrollo económico y social.

Así, Gelli señala que la prohibición se vincula con la búsqueda de financiamiento crediticio para el desarrollo por parte de las provincias, destacando que si se trata de la contratación de empréstitos internacionales con garantía de recursos coparticipables, les estaría permitido al tratarse de la disposición de algo propio de las provincias (Gelli, 2008:608).

Hernández, por su parte, distingue si la norma se refiere a comprometer la responsabilidad del gobierno federal por deudas provinciales o a la necesidad de contar con la aprobación de la autoridad financiera federal. Respecto a lo primero, considera que no se afecta la responsabilidad del Estado federal a menos que éste asuma el carácter de garante o avalista de la provincia, en cuyo caso la obligación sería contraída por la propia Nación y no devendría una consecuencia propia del acuerdo internacional celebrado por la provincia. Respecto a lo segundo, estima que una intervención de la autoridad financiera federal nunca podría exceder del mero conocimiento del acuerdo internacional provincial ni constituirse en una instancia de aprobación-rechazo de tales convenios (Hernández, 2011:105).

3.3.3. *El conocimiento congressional*

Respecto al “conocimiento del Congreso” reclamado por la norma, la doctrina constitucional y publicista provincial se divide entre aquellos que consideran que se trata de un conocimiento/consentimiento a los fines de la aprobación o rechazo del acuerdo celebrado por la provincia y quienes consideran que se trata de un mero conocimiento sin mayores implicancias jurídicas.

Para Gelli, el Congreso no tiene facultades para aprobar o desechar los convenios internacionales celebrados por las provincias en los límites de su competencia, refiriéndose el art. 124 a un conocimiento de tipo informativo que debe darse en el marco de la cooperación y concertación que debe primar en la relación federal (Gelli, 2008:611).

Sagüés destaca que de la convención constituyente que sancionó el texto constitucional actual no surge que el Congreso pueda dejar sin efecto un tratado pactado por la provincia. Lo que sí se desprendería de la convención, es que la facultad de celebrar convenios comprende la facultad de realizar gestiones a nivel internacional a esos efectos sin necesidad de una previa notificación al Congreso (Sagüés, 1999:469).

Para Hernández, la norma referiría a un simple control a los fines de garantizar los intereses federales en las provincias; pudiendo el gobierno nacional, de considerar que la actuación internacional provincial se extiende fuera de los límites de su competencia, someter el conflicto a consideración de la Corte Suprema de Justicia o disponer derechamente la intervención federal de la provincia.

Este breve repaso sobre la mirada de la doctrina constitucionalista y publicista provincial respecto a los límites de la facultad provincial para celebrar convenios y desarrollar relaciones internacionales, advierte que el abordaje jurídico se centra en delimitar las competencias federales y provinciales respecto a la política exterior sin avanzar en el detalle de las materias comprendidas y vedadas

al accionar provincial externo, lo que resulta problemático en orden a brindar seguridad respecto de aquellos límites en cuanto desde una perspectiva jurídico-normativa continúan permaneciendo difusos.

4. La responsabilidad internacional por la actuación externa de las provincias

La imprecisión del reconocimiento constitucional sobre la actividad externa de las provincias ha generado dificultades a la hora de determinar la frontera potencial del accionar provincial en la materia, lo que resulta fundamental por la posible responsabilidad internacional que puede derivarse del mismo a la luz de la intensidad y heterogeneidad de las materias comprendidas en el fenómeno paradiplomático.

Expresiones tales como “compatibilidad” con la política exterior de la Nación, no “afectación” del crédito público y “conocimiento” del Congreso, no aportan precisión acerca de los márgenes de acción sobre los que las provincias puedan desenvolverse internacionalmente (Carbajales & Gasol, 2008:57).

En tal sentido, es útil recordar que desde la perspectiva del derecho internacional público la distinción entre sujeto de derecho internacional —como titular de derechos y obligaciones según el derecho internacional— y actor internacional —como potencial participe de relaciones internacionales—, continúa anclada en los esquemas del derecho internacional clásico, a pesar de los avances y aportes promovidos con el advenimiento de una óptica renovada por el derecho internacional contemporáneo¹⁴.

Esta distinción entre los planos sociológico y jurídico, sirve para poner de relieve el hecho de que algunas entidades que actúan en la escena internacional, como sería el caso de las unidades subnacionales, carecen de subjetividad internacional al no depender su estatuto jurídico del derecho internacional, sino del derecho interno de un estado (Pérez González, 2005:257).

Así, la condición de sujeto de derecho internacional tratándose de estados federales como el argentino corresponde al Estado federal, sin perjuicio de la actividad que puedan desplegar los estados federados —léase, provincias— en el ámbito internacional y el marco regulatorio interno que pueda actuar como frontera de su actuación.

El responsable internacionalmente por el actuar de las unidades subnacionales sigue siendo el Estado federal puesto que aún en estos días la relación jurídica de responsabilidad internacional continúa siendo una relación interestatal de carácter bilateral (Pérez González, 2005:793).

Es un principio básico del derecho internacional que, por regla general, se atribuyen al estado los hechos de sus órganos o agentes —a los que podrían agregarse, las unidades territoriales que lo componen— en tanto que integrantes de la organización estatal, siendo considerados tales aquellos que tengan tal condición según su derecho interno (Pérez González, 2005:801).

¹⁴ Me refiero al progresivo reconocimiento de la subjetividad internacional de actores internacionales diferentes del Estado-Nación tradicional, tales como las organizaciones internacionales, los movimientos de liberación nacional o el reconocimiento al individuo de una subjetividad internacional acotada.

En esa inteligencia, el proyecto de artículos sobre Responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos preparado por la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas, en su art. 4 dispone que “1. Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de todo órgano del Estado, ya sea que ejerza funciones legislativas, ejecutivas, judiciales o de otra índole, cualquiera que sea su posición en la organización del Estado y tanto si pertenece al gobierno central como a una división territorial del Estado”.

De modo que, en el caso de las federaciones, la responsabilidad internacional por la conducta externa de los estados federados se encontraría en cabeza del Estado federal. Aún más, la atribución de responsabilidad persistiría en el supuesto de que la entidad federada actuara extralimitándose en sus competencias.

Al respecto, el proyecto antes mencionado sostiene que “El comportamiento de un órgano del Estado o de una persona o entidad facultada para ejercer atribuciones del poder público se considerará hecho del Estado según el derecho internacional si tal órgano, persona o entidad actúa en esa condición, aunque se exceda en su competencia o contravenga sus instrucciones” (art. 5).

De manera que urge la necesidad de pensar una alternativa de regulación que al tiempo que permita el desarrollo fluido del accionar internacional de las unidades subnacionales, acote el rango de responsabilidad internacional que le cabe al Estado federal por ese accionar.

5. A modo de cierre. Sobre la conveniencia de vislumbrar alternativas regulatorias del accionar provincial externo

El desarrollo realizado en el presente trabajo acerca de la paradiplomacia de las provincias argentinas y la recepción de tal facultad provincial en el texto constitucional, pretende llamar la atención acerca de los potenciales conflictos que pueden generarse para el Estado Federal a partir del desenvolvimiento internacional de las provincias teniendo presente el esquema jurídico sobre responsabilidad internacional imperante en el derecho internacional público y la conveniencia de diseñar alternativas regulatorias que hagan las veces de paraguas protector frente a las eventuales consecuencias jurídicas que de aquel accionar puedan sucederse.

Una alternativa consistiría en la reglamentación del art. 124 CN a fin de precisar la vaguedad y ambigüedad de sus términos. Tal objetivo podría conseguirse a través de la sanción de una ley reglamentaria que establezca los márgenes del accionar provincial externo así como la necesaria interacción de los gobiernos provinciales con el gobierno federal a efectos de compatibilizar ese accionar, cuestión esta última que podría conseguirse a través del aparato institucional de la Cancillería Argentina.

Otra alternativa de reglamentación estaría en la autorregulación provincial de su facultad de actuar internacionalmente, opción que las provincias argentinas vienen desarrollando desde fines del siglo pasado.

Distintas constituciones provinciales abordan el asunto, destacándose la regulación de las constituciones provinciales de San Juan, San Luis, Jujuy, Catamarca, La Pampa, Córdoba, La Rioja, Río Negro, Tierra del Fuego y Buenos Aires.

Con matices diferenciales, en todas ellas se acuerda a los ejecutivos provinciales —gobernadores— la facultad de celebrar convenios y acuerdos internacionales con otras naciones, entes públicos o privados extranjeros y organizaciones internacionales, para la gestión de intereses provinciales, con aprobación de la legislatura local y dando cuenta al Congreso de la Nación, cuidando de no afectar la política exterior a cargo del Gobierno Federal (Barón Knoll de Bertolotti, 2003:389).

Pero al margen de estos aportes e instrumentos reglamentarios que se postulan desde el derecho interno, el conflicto por la posible responsabilidad internacional del Estado argentino en virtud de la actuación externa de las provincias persiste, puesto que según lo apuntado hasta aquí el Estado Federal permanecería como responsable aun cuando las provincias excedieran el margen de competencias habilitadas para su actuar externo.

Ello por cuanto, si bien en un principio la práctica estatal se mostraba remisa a aceptar una responsabilidad tal, ya desde fines del siglo XIX se arribó a la admisión de la atribución al Estado de los hechos *ultra vires* o no autorizados de sus órganos, agentes o entidades territoriales, tanto en la praxis estatal como en la jurisprudencia internacional (Pérez González, 2005:804).

Una opción un tanto más ambiciosa que se ensaya desde el derecho internacional público sugiere el reconocimiento de una incipiente o acotada subjetividad internacional para las unidades subnacionales.

Si como sostienen los autores, desde una concepción dinámica el derecho internacional público, éste “...no conoce límites en cuanto a sus sujetos, pues las propias necesidades de la comunidad jurídica internacional en un momento dado pueden aconsejar o incluso exigir el investir de personalidad internacional a determinadas entidades...” (Pérez González, 2005:257), el reconocimiento de la subjetividad internacional de las unidades o estados subnacionales, puede considerarse como necesidad natural de los cambios operados en la sociedad internacional desde fines de siglo pasado¹⁵.

El problema que presenta una iniciativa como la esbozada, radica en que su concreción a la manera de un tratado o acuerdo internacional sobre la materia demanda una serie de esfuerzos y un grado de madurez y desarrollo del asunto en el escenario internacional, que los distintos matices y aristas que presenta el fenómeno paradiplomático están lejos de cristalizar. Asimismo, el apoyo a una iniciativa tal puede resultar una decisión contraproducente para aquellos Estados con conflictos identitarios o de nacionalidades en su seno¹⁶.

Todo ello pone de resalto las múltiples complicaciones que se generan a la hora de alcanzar una regulación sobre el tópico que permita al mismo tiempo desarrollar las potencialidades económicas, sociales, culturales y de diversa

¹⁵ En relación a ello, resulta pertinente traer a colación aquí lo que fuera la opinión del Tribunal Internacional de Justicia en los albores del reconocimiento de la subjetividad internacional a las organizaciones internacionales: “En un sistema jurídico, los sujetos de Derecho no son necesariamente idénticos en cuanto a su naturaleza o a la extensión de sus derechos; y su naturaleza depende de las necesidades de la comunidad. El desarrollo del Derecho Internacional, en el curso de su historia, se ha visto influido por las exigencias de la vida internacional, y el crecimiento progresivo de las actividades colectivas de los Estados ha hecho ya surgir ejemplos de acción ejercida en el plano internacional por ciertas entidades que no son Estados...” (T.I.J., *Asunto sobre la reparación de daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas*).

¹⁶ Como en los casos del País Vasco y Cataluña en España, Escocia en el Reino Unido o el Kurdistán en Siria, Turquía e Irak, por citar algunos ejemplos.

índole que los gobiernos provinciales guardan en su seno, y que resulte una opción viable al Estado Federal para restringir su responsabilidad internacional por las consecuencias que del accionar de sus estados federados pueda desprenderse.

Hasta tanto se concrete algunas de las opciones descritas u otras que pudieran pergeñarse con idéntica finalidad, lo recomendable sería articular un mecanismo de coordinación entre el aparato institucional con que cuenta la Cancillería Argentina y los desarrollos institucionales que, a la manera de oficinas, agencias o secretarías, tienen los gobiernos provinciales, como forma de garantizar la consecución de los intereses de ambas esferas de gobierno en el desarrollo de la actividad paradiplomática provincial.

Referencias bibliográficas

ALDECOA, F., & KEATING, M. (eds.), *Paradiplomacia: Las relaciones internacionales de las regiones*, Marcial Pons, Madrid, 2000.

BARÓN KNOLL DE BERTOLOTTI, S., "La provincia en los procesos de integración", en D. PÉREZ GUILHOU (dir.); M. G. ABALOS (coord.), *Derecho público provincial y municipal*, 2ª edición actualizada, Serie de Libros Universitarios, (vol. I, p. 387). La Ley, Buenos Aires, 2003.

BIDART CAMPOS, G. A., *Tratado elemental de derecho constitucional*, vol. III, Ediar, Buenos Aires, 2006.

BUJ MONTERO, M., "Las provincias y los convenios internacionales", en D. PÉREZ GUILHOU (dir.), *Derecho Constitucional de la reforma de 1994*, vol. II, Depalma, Buenos Aires-Mendoza, 1999, p. 381.

CARBAJALES, J. J. & GASOL, C., "La gestión internacional de las provincias en el marco del sistema federal argentino y a la luz de sus propias constituciones", en IGLESIAS, E., *Las provincias argentinas en el escenario internacional. Desafíos y obstáculos de un sistema federal*, 1ª edición, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo - PNUD, Buenos Aires, 2008, pp. 47-82.

CASTELO BRANCO, Á. C., "La paradiplomacia como forma de inserção internacional de unidades subnacionales", en *Prismas: Direito, Políticas Públicas e Mundialização*, 4, 1, 51-65, 2007. Recuperado de: www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/prisma/article/viewFile/216/214

CORNAGO, N., "Diplomacia, Paradiplomacia y redefinición de la Seguridad Mundial: Dimensiones de Conflicto y Cooperación", en ALDECOA, F. y KEATING, M. (eds.), *Paradiplomacia: las relaciones internacionales de las regiones*, Marcial Pons, Madrid, 2000, pp. 11-28.

— "La descentralización como elemento de innovación diplomática: aproximación a sus causas estructurales y lógicas de acción", en MAIRA, L. (ed.), *La política diplomática subnacional en América Latina*, El Zorzal, 2010, Buenos Aires, pp. 107-134.

DIEZ DE VELASCO VALLEJO, M., *Instituciones de derecho internacional público*, Tecnos, Madrid, 2005.

FERRERO, M., "La glocalización en acción: regionalismo y paradiplomacia en Argentina y el cono sur latinoamericano", en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales (REEI)*, 11, 2006. Recuperado en: <http://www.reei.org/index.php/revista/num11/articulos/glocalizacion-accion-regionalismo-paradiplomacia-argentina-cono-sur-latinoamericano>

GELLI, M. A., *Constitución de la Nación Argentina, comentada y concordada*, vol. II, 4ª edición, ampliada y actualizada, La Ley, Buenos Aires, 2006.

HARVEY, D., *El enigma del capital y la crisis del capitalismo*, Akal, Madrid, 2012.

HERNÁNDEZ, A. M., *Federalismo, autonomía municipal y Ciudad Autónoma de Buenos Aires en la reforma constitucional de 1994*, Depalma, Buenos Aires, 1997.

HERNÁNDEZ, A. M., & BARRERA BUTELER, G. E. (coords.), *Derecho público provincial*, 2ª edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011.

IGLESIAS, E., (2008). *Las provincias argentinas en el escenario internacional. Desafíos y obstáculos de un sistema federal*, 1ª edición, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo – PNUD, Buenos Aires, 2008. Recuperado en: <http://www.cari.org.ar/pdf/provincias-escenario.pdf>.

MARSILIO, E. G., “Relaciones paradiplomáticas: de la teoría y metodología al estudio de las realidades. Algunos aportes al análisis del caso argentino”, en *III Congreso de Relaciones Internacionales*, La Plata, 2006. Recuperado en: http://www.iri.edu.ar/publicaciones_iri/IRI%20COMPLETO%20-%20Publicaciones-V05/Publicaciones/cd%20III%20Congreso/PONENCIAS%202006/p%20de%20marsilio.pdf.

MIRANDA, R., “Paradiplomacia y gobierno local: indicios de un modo diferente de hacer relaciones internacionales”, en *Anuario 2005 de Relaciones Internacionales*, Instituto de Relaciones Internacionales - UNLP, La Plata, 2005. Recuperado en: <http://www.paradiplomacia.org/upload/downloads/0add37142e1ba1c91e390f11c300f14bparadiplomaciaygobiernolocal,indiciosdeunmododiferente.pdf>

MOONEY, A. E., *Derecho público provincial*, 4ª edición, Advocatus, Córdoba, 2001.

PAIKIN, D., “Federalismo e integración regional: los vínculos de las provincias argentinas con el MERCOSUR”, en *Relaciones Internacionales*, 41, 131-148, diciembre, 2011. Recuperado en: <http://hdl.handle.net/10915/26153>.

— “Gobierno multinivel e integración regional. La acción provincial en el ámbito del Mercosur”, en *Puente@Europa*, 9, 2 diciembre, 2011, Recuperado en: http://www.ba.unibo.it/NR/rdonlyres/475B2D6B-14FF-4667-AF59-3EB4F0AEFE04/238149/8_paikin.pdf.

PÉREZ GONZÁLEZ, M., “La responsabilidad internacional (I): El hecho internacionalmente ilícito”, en DIEZ DE VELASCO VALLEJO, M., *Instituciones de derecho internacional público*, Tecnos, Madrid, 2005, pp. 793-819.

— “La subjetividad internacional (I)”, en M. DIEZ DE VELASCO VALLEJO, *Instituciones de derecho internacional público*, Tecnos, Madrid, 2005, pp. 257-276.

SAFAROV, A. G. & MUSSO, J. A. (noviembre, 2006). “La Paradiplomacia en la ZICOSUR (Zona de Integración del Centro Oeste de América del Sur), diálogo transfronterizo para la inserción en el MERCOSUR”, en *III Congreso de Relaciones Internacionales*, La Plata, 2006. Recuperado en: [://www.iri.edu.ar/publicaciones_iri/IRI%20COMPLETO%20-%20Publicaciones-V05/Publicaciones/cd%20III%20Congreso/PONENCIAS%202006/p%20safarov%20musso.pdf](http://www.iri.edu.ar/publicaciones_iri/IRI%20COMPLETO%20-%20Publicaciones-V05/Publicaciones/cd%20III%20Congreso/PONENCIAS%202006/p%20safarov%20musso.pdf).

SAGÜÉS, N. P., *Elementos de derecho constitucional*, vol. I, 3ª edición actualizada y ampliada, Astrea, Buenos Aires, 1999.

ZERAOUI, Z., “La paradiplomacia y las relaciones internacionales de las regiones”, en ZERAOUI, (coord.), *Teoría y práctica de la paradiplomacia* (pp. 9-43), Montiel & Soriano Editores, Puebla, 2013.

ZUBELZÚ, G., “Los gobiernos subnacionales en el escenario internacional: conceptos, variantes y alcance. Un marco de análisis para las acciones de las provincias argentinas”, en IGLESIAS, E., *Las provincias argentinas en el escenario internacional. Desafíos y obstáculos de un sistema federal*, 1ª edición, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo - PNUD, Buenos Aires, 2008, pp. 19-46.



SECCIÓN III
DERECHO PRIVADO

**LOS MODOS EXTINTIVOS DE LAS OBLIGACIONES EN GENERAL
EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN.
LA REGULACIÓN EN PARTICULAR DE LA CONFUSIÓN Y DE LA
DACIÓN EN PAGO. INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICO, TELEOLÓGICA
Y COMPARATIVA CON EL RÉGIMEN DEL CÓDIGO CIVIL ***

*Aldo Azar***

Resumen: El Código Civil y Comercial de la Nación regula los modos extintivos de las obligaciones y a las figuras de la confusión y dación en pago, dentro de aquéllos. El trabajo analiza esa regulación, evidencia las diferencias con el régimen del Código Civil y realiza una interpretación conforme a los fines de la institución.

Palabras clave: Confusión - Dación pago - Interpretación.

1. Los modos extintivos de las obligaciones en el Código Civil y Comercial de la Nación

El Código Civil y Comercial de la Nación, recientemente promulgado como Ley 26.994, en adelante el CCC, trata a los modos extintivos de las obligaciones en el Libro Tercero - Derechos Personales - Título I - *Obligaciones en general*, Capítulo 4 y Capítulo 5, relativos al “Pago” y a “Otros modos de extinción”, respectivamente.

A pesar que en esos dos capítulos se enunciaría a la totalidad de las causales extintivas de los derechos personales, la regulación de esos modos no se agota allí. En efecto, se encuentran modos extintivos *directos* en materia de *Contratos*, donde se ubica a la Transacción (arts. 1641 y ss.), y en las *Disposiciones comunes a los derechos personales y reales*, donde se trata la Prescripción liberatoria (arts. 2554 y ss.). Asimismo se reconocen modos extintivos indirectos tales como la condición resolutoria (art. 348) y el cargo resolutorio (art. 354), en el Libro Primero - Parte General - Título IV - *Hechos y actos jurídicos*, el arrepentimiento (art. 1059), y la resolución, rescisión y revocación contractual (arts. 1076 y 1078), en el Libro Tercero - Derechos Personales - Título II - *Contratos en general*.

A diferencia del Código de Vélez que sistematiza los modos extintivos en el art. 724 del Código Civil (en adelante Cód. Civ.), no existe tal enumeración en el CCC, al punto que el Capítulo 5, ya referenciado, se titula como “*otros modos de extinción*” sin que previamente otro hecho o acto hayan sido mencionados dentro de tal categoría, salvo al pago (art. 880).

Por ello en la metodología del CCC, la enunciación de los modos extintivos no es taxativa ni es sistemática, pues algunos de ellos se reglan en otros ordenamientos normativos, tal es el caso de la *Quiebra* del deudor a cuya ley específica remite.

* Recibido el 28/11/14. Aprobado el 25/6/15.

** Doctor en Derecho y Cs. Ss. - Prof. Titular de Introducción al Derecho y Prof. Adjunto de Derecho Civil II (Obligaciones). Docente Investigador Categoría 3. e-mail: aldoazar@hotmail.com.

Si se ensaya una clasificación de la regulación, los modos extintivos de las obligaciones previstos en el CCC son:

i. Directos, entendiéndose por éstos a aquellos hechos o actos jurídicos que inciden o afectan a la relación jurídica obligatoria, en alguno de sus elementos esenciales (objeto, causa, vínculo o sujetos), con o sin satisfacción del interés del acreedor.

a) el Pago (art. 880) y sus modalidades, Pago por consignación (art. 907) y el Pago con subrogación, este último con relación al *accipiens* (art. 918);

b) la Compensación (art. 921);

c) la Confusión (art. 931);

d) la Novación (art. 933);

e) la Dación en pago (art. 942);

f) la Renuncia (art. 946);

g) la Remisión (art. 952);

h) la Imposibilidad de cumplimiento (art. 956);

i) la Transacción (art. 1641);

j) la Prescripción liberatoria (art. 2554).

ii. Indirectos, comprendiendo por éstos a las modalidades, acciones, facultades o remedios que referidos a la causa fuente generadora de las obligaciones la hacen desaparecer, con o sin satisfacción del interés del acreedor, cuya consecuencia es la extinción de los vínculos creditorios nacidos en virtud de aquélla.

a) la Condición resolutoria (art. 348);

b) el Cargo resolutorio (art. 354);

c) la Resolución (art. 1078);

d) la Rescisión unilateral (art. 1078);

e) la Revocación (art. 1078);

f) la Rescisión bilateral (art. 1076);

g) el Arrepentimiento por la señal o arras (art. 1059).

2. Las innovaciones del CCC

Las innovaciones del CCC con relación al régimen del Código de Vélez pueden sintetizarse en los siguientes puntos:

i. La inclusión de la *Prescripción Liberatoria* como modo extintivo.

El actual art. 724 Cód. Civ. excluye a esa figura por el régimen asignado a las *obligaciones naturales* como vínculos creditorios, en los cuales la conversión de una obligación civil en una natural está expresamente prevista en el art. 515 inc. 2º, fenómeno al que se califica como pérdida de la *acción* para demandar coactivamente el cumplimiento. El CCC acota la vigencia de las *obligaciones naturales* a la irrepitibilidad de lo pagado en cumplimiento de un deber moral (art. 728), por lo que la prescripción liberatoria ahora cumple una función extintiva no sólo de la acción sino del crédito, dejando subsistente a un mero deber moral que en caso de cumplirse se tornará irrepitible.

ii. El desplazamiento de la *Transacción* a la materia contractual.

La Transacción se define como modo extintivo de las relaciones jurídicas con objeto disponible, incluidas las obligaciones. Su ubicación como un contrato

típico obedece a que su objeto y su finalidad extintiva no se circunscribe a los derechos de crédito, sino que alcanza a todos los derechos con contenido patrimonial.

iii. La reconceptualización de la *compensación* como un instrumento de garantía, antes que uno de *pago simplificado*, y la regulación de la compensación facultativa, convencional y judicial.

iv. La definición de la *confusión* como un modo extintivo liso y llano, sin admitirse la subsistencia del vínculo por *paralización* o *suspensión* del cobro del crédito.

v. La inclusión de la *novación legal* como figura extintiva típica.

vi. La regulación de la *dación en pago* como modo extintivo propiamente dicho y la equiparación de sus efectos al contrato más afín.

3. La confusión

El CCC emplea el término *confusión* con tres sentidos divergentes:

1) como la pérdida de la individualidad de los bienes en un patrimonio (art. 697);

2) como el modo extintivo de los derechos personales (arts. 931 y 932);

3) como equivocación o error (arts. 1820, 2268).

El sentido estricto en materia obligacional alude a un hecho o acto jurídico que en razón de una transmisión particular o universal de derechos, impide la subsistencia de la obligación al reunirse en un mismo sujeto de derecho y en un mismo patrimonio, las calidades de acreedor y deudor.

Si Juan es deudor de María y ésta fallece, y si a su vez el primero es declarado heredero de la segunda, la bipolaridad necesaria para que se configure un vínculo obligatorio desaparece al concurrir en una misma persona, Juan, la acreencia y la deuda.

Con esta última acepción, la *confusión* constituye un modo extintivo de las obligaciones que es regulada en los arts. 931 a 932 del CCC.

3.1. Metodología e innovaciones introducidas al régimen vigente

La *confusión* como modo extintivo inicia el Capítulo 5, como Sección Segunda, en los arts. 931 y 932 CCC.

Sin embargo, el tratamiento de la figura no se acota a ese articulado.

La figura también está receptada en los arts. 835 inc. c), 846 inc. d), 851 inc. d), 1216, 2306 y 2593 inc. e) CCC.

Metodológicamente, el CCC resume en dos dispositivos los seis artículos del Código Civil vigente (arts. 862 a 867), limitándose a tipificar la figura y a asignarle los efectos extintivos, sin reglar las aplicaciones concretas a las que Vélez le dedicó los arts. 862 a 867 Cód. Civ.

En razón de los cambios introducidos por el régimen proyectado en materia de patrimonios de afectación, la aplicación de la figura como modo extintivo ahora aclara que no sólo es necesario la identidad de sujeto en el que concurren las calidades de acreedor y de deudor, sino que además esa identidad se refiera a bienes (crédito y deuda) que integran el mismo patrimonio del que es titular o que está gestionando aquél. En realidad, el requisito ya está previsto en el sistema actual por la figura del *beneficio de inventario* (art. 863, *a contrario sensu*)

por el cual la deuda del causante no se confunde con el crédito que el heredero tuviera con aquél (o, a la inversa, el crédito del causante con respecto a la deuda del heredero), en la medida que los patrimonios de ambos estén separados.

3.2. Definición y elementos de la confusión

La definición legal de la figura expresa que “la obligación se extingue por confusión cuando las calidades de acreedor y de deudor se reúnen en una misma persona y en un mismo patrimonio” (art. 921).

Los elementos que tipifican la confusión son:

i. Transmisión de un derecho o de una obligación, por sucesión singular o universal (“cuando las calidades de acreedor y de deudor *se reúnen*”). La concurrencia de esas calidades implica que el vínculo nació necesariamente con dos polos diferenciados, caso contrario no se está ante una *obligación*, y que por una vicisitud posterior a su celebración confluyen en un mismo sujeto. Esa vicisitud importa una transmisión del derecho o de la deuda, a título singular o universal. En el primer caso, la confusión deriva de un *acto jurídico* con entidad traslativa de derechos, por caso una cesión de créditos, el pago con subrogación, la asunción de una deuda, la delegación o expromisión no novatorias, entre otros. En el segundo caso, la transmisión de derechos *mortis causae* produce la sucesión universal por la que los herederos continúan con la personalidad del causante, en la medida que los derechos no sean *intuitu personae* o exista un impedimento legal para ello.

ii. Identidad del sujeto en el que concurre la titularidad del crédito y de la deuda, por derecho propio (“cuando las calidades de acreedor y de deudor se reúnen *en una misma persona*”). Esto último exige que la titularidad del derecho y de la deuda coincida en la misma persona, lo cual no acaece si ésta ingresa al vínculo como deudor liso y llano, por un lado, y como representante del acreedor por el otro (verbigracia, al tratarse del padre del menor a quien se le transmite el crédito que detentaba el causante en contra suya), o si la confusión se da entre la obligación del acreedor con la del fiador (hipótesis prevista en el art. 865 Cód. Civ. *in fine*).

iii. Unidad de obligación (“*La obligación se extingue por confusión...*”). La pluralidad de vínculos conlleva a una compensación, a diferencia de la confusión en la cual se requiere que la misma y única obligación confluya en un mismo sujeto.

iv. Identidad de patrimonio (“cuando las calidades de acreedor y de deudor se reúnen en una misma persona y *en un mismo patrimonio*”). “El débito y el crédito aludidos tienen que corresponder a la *misma masa patrimonial*, no bastando que se reúnan esas calidades en la misma persona si recaen en patrimonios distintos”¹. No existe tal identidad, si al fiduciario se le transmite un crédito perteneciente al fideicomiso para su administración, del cual aquél es deudor; si el crédito o la deuda del causante es administrado por el heredero con beneficio de inventario que es deudor o acreedor, respectivamente del primero.

¹ LLAMBIÁS, JORGE J., *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, tomo III, tercera edición actualizada, Perrot, Buenos Aires, 1987, p. 264.

3.3. Alcance y efectos de la confusión

La modificación más trascendente con respecto a la *confusión* es su definición lisa y llana como *medio extintivo*, abandonándose el régimen del Código de Vélez que le asignó el carácter de *paralización de la acción*.

En efecto, en el régimen del Código Civil la confusión constituye un mecanismo que impide obtener el pago, mientras subsista en un mismo sujeto las calidades de deudor y de acreedor, por lo cual deviene en un modo suspensivo del cumplimiento². En tal sentido, el art. 867 Cód. Civ. admite que “si la confusión viniese a cesar por un acontecimiento posterior que restablezca la separación de las calidades de acreedor y deudor reunidas en la misma persona, las partes interesadas serán restituidas a los derechos *temporalmente extinguidos, y a todos los accesorios de la obligación*”.

El art. 932 del CCC, por el contrario, le atribuye a la confusión el carácter extintivo incondicionado de la obligación: “La obligación queda extinguida, total o parcialmente, en proporción a la parte de la deuda en que se produce la confusión”.

Se sigue de ese modo el lineamiento propuesto por la doctrina que interpreta al *acontecimiento posterior* citado por el art. 867 Cód. Civ. como una causal que *extingue la confusión*, es decir que invalida el modo extintivo, como ocurre con la nulidad o resolución de una transacción, mas no como una paralización del efecto extintivo en sí mismo considerado³.

El régimen proyectado se adscribe al derecho romano clásico y otorga plenos efectos extintivos a la *confusión*, sin admitir las causales de *extinción temporal* a la que alude el art. 867 Cód. Civ.

En el caso que cesaran las causas que dieran lugar a la situación de confusión, corresponde distinguir en el CCC:

i. si media invalidación del acto que transmitió el derecho o la deuda, por *causas anteriores o concomitantes a su celebración o consumación*, por caso la nulidad de la cesión de créditos, del testamento o del legado. En estos supuestos debe tenerse como nunca producida la confusión y, por ende, tampoco operada la extinción de la obligación, ni sus accesorios, entre los cuales se hallan las garantías constituidas por los terceros⁴;

ii. si media extinción del hecho o acto traslativo del derecho o la deuda, por *causas posteriores o voluntarias a su ocurrencia o celebración*, respectivamente, tales como la rescisión, resolución o revocación (verbigracia, del legado, del contrato que transmitió el crédito). En estos casos la *confusión* produce la extinción entre las partes y respecto a terceros. Cualquier acción ulterior entre el acreedor y el deudor originario que sea consecuencia del eventual restablecimiento de derechos, cabe ejercitarse por la acción de enriquecimiento sin causa a menos que el acto que produjera la confusión hubiera previsto alguna acción específica ante el supuesto de su ineficacia o extinción ulterior;

² LLAMBIÁS, *Tratado...*, ob. cit. tomo III, p. 261. CAZEAUX, PEDRO -TRIGO REPRESAS, FÉLIX, *Derecho de las obligaciones*, tomo III, cuarta edición aumentada y actualizada, La Ley, Buenos Aires, 2010, p. 423.

³ ALTERINI, ATILIO - AMEAL, OSCAR - LÓPEZ CABANA, ROBERTO, *Curso de obligaciones*, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 1998, p. 314. PIZARRO, RAMÓN - VALLESPINOS, CARLOS G. *Instituciones de derecho civil. Obligaciones*, tomo 3, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, pp. 637 y 638.

⁴ ALTERINI - AMEAL - LÓPEZ CABANA, *Curso de obligaciones*, ob. cit., p. 314.

iii. si por un acuerdo posterior, el sujeto en el que se confundió el crédito y la deuda, transmite el derecho o título en el que consta la obligación a un tercero, el deudor originario está habilitado para oponer la confusión pues respecto a él y, siempre, respecto a los garantes, fiadores y coobligados al pago, la obligación está extinguida. Expresamente el art. 2306 establece que “*la cesión no produce efecto alguno sobre la extinción de las obligaciones causada por confusión*”. Tratándose de un título al portador o una obligación abstracta, la defensa será inoponible al tercero adquirente del derecho, sin perjuicio de las excepciones válidas ejercitables contra este último (por caso, el robo o pérdida del título al portador).

La extinción puede ser total o parcial de conformidad a la proporción que se le hubiera transmitido al sujeto en el que confluyen las calidades de acreedor o deudor (art. 932).

La *parte de la deuda* admite esa doble posibilidad que en el Código de Vélez se ejemplifica en el art. 864: “Cuando el acreedor no fuese heredero único del deudor, o cuando un tercero no fuese heredero único de acreedor o deudor, hará confusión proporcional a la respectiva cuota hereditaria”.

La extinción del crédito principal se extiende a sus accesorios, tales como intereses, cláusulas penales, preferencias, garantías reales, fianzas o garantías personales extendidas por terceros, mas la confusión operada entre el acreedor y el garante, o entre este último y el deudor principal, dejan a la obligación y sus accesorios incólumes y subsistentes.

3.4. Consecuencias particulares de la extinción

Se determinan las siguientes reglas particulares:

i. En la solidaridad pasiva “*la confusión entre el acreedor y uno de los deudores solidarios sólo extingue la cuota de la deuda que corresponde a éste*”, por lo que tiene efectos extintivos personales y parciales, dado que “*la obligación subsistente conserva el carácter solidario*” (art. 835 inc. c).

ii. Similar solución se dispone para la solidaridad activa, dado que “*la confusión entre el deudor y uno de los acreedores solidarios sólo extingue la cuota del crédito que corresponde a éste*” (art. 846 inc. c).

iii. Carece de efectos extintivos para las obligaciones concurrentes, “*dado que la confusión entre el acreedor y uno de los deudores concurrentes... no extingue la deuda de los otros obligados concurrentes*” (art. 851 inc. d).

iv. La confusión en la locación de cosas produce la conclusión del contrato, mas no afecta al subarriendo (art. 1216).

v. Determina la conclusión del derecho de retención, “*la confusión de las calidades de retenedor y propietario de la cosa, excepto disposición legal en contrario*” (art. 2593 inc. e).

4. La dación en pago

La *dación en pago* importa la satisfacción del interés del acreedor por el cumplimiento de una prestación distinta a la debida, consentido por aquél, y que extingue la obligación para el deudor que la ejecuta.

La unidad terminológica *dación en pago* tiene ese sentido unívoco en el CCC.

Se trata de un acto jurídico bilateral, más específicamente un contrato extintivo de relaciones jurídicas. “El convenio de dación en pago es un contrato atípico. No sustituye la obligación antigua por una nueva, ni supone un cambio de objeto de la relación obligatoria, sino que origina un nuevo modo de extinción de la misma. La realización de la nueva prestación convenida supone la consumación del convenio de dar en pago y la consiguiente extinción de la relación obligatoria principal, que se efectúa con la nueva prestación”⁵.

Contiene como tal las notas características de *una variante del pago*, en tanto libera al deudor sin que se satisfaga el requisito de la *identidad*, pues el objeto del cumplimiento es distinto al debido; de una *novación por cambio de objeto*, en tanto sustituye el bien, el servicio o la abstención originarios por otra prestación; y de una *compraventa*, en cuanto el deudor transfiere en propiedad cosas por un precio equivalente a su deuda.

Sin embargo, no se asimila a ninguna de esas figuras: el acuerdo de voluntades por el que se ofrece otra prestación es la causa de la atribución patrimonial de un bien diferente, lo cual no se identifica con el pago que se circunscribe al acto solutorio; no configura una novación porque la intención de las partes se limita a extinguir la obligación preexistente, sin hacer nacer ningún nuevo vínculo; y la dación puede consistir en la transmisión de un crédito o en la ejecución de un hecho o abstención, lo cual excede a la figura de la compraventa.

Por ello, se trata de un convenio híbrido, atípico, modificativo y a la vez extintivo de las relaciones creditorias⁶, al que le son aplicables las reglas de los contratos en materia de *capacidad, objeto, forma y causa*.

4.1. Metodología e innovaciones introducidas al Código Civil

El CCC trata a la *dación en pago*, en el Capítulo Quinto, Sección 4ª, en los arts. 942 y 943, como modo extintivo de las obligaciones.

También regula cuestiones específicas en materia de indivisibilidad (art. 820), de solidaridad (arts. 835, 846 y 847), de obligaciones concurrentes (art. 851) y de vicios ocultos de los bienes que son objeto de los contratos (art. 1051, último párrafo).

Sistemáticamente se modifica el tratamiento de la figura que en el Código de Vélez se ubica como Capítulo 7 (arts. 779 a 783), como una modalidad del pago y dentro del fenómeno del cumplimiento contractual. De todas maneras, la eficacia asignada por el Codificador a la dación la ubica como un verdadero modo extintivo de las obligaciones al disponer que “si el acreedor fuese vencido en juicio sobre la propiedad de la cosa dada en pago, tendrá derecho a ser indemnizado como comprador, *pero no podrá hacer revivir la obligación primitiva*” (art. 783 Cód. Civ.), criterio que es adoptado desde el punto de vista sistemático por el CCC.

Las innovaciones introducidas se encuentran por un lado en la prestación que es susceptible ser objeto de la dación en pago, y, por otro lado, como consecuencia de lo anterior, en la equiparación de los efectos asignados a la da-

⁵ DIEZ-PICAZO, LUIS, *Fundamentos de derecho civil patrimonial*, tomo II, “Las relaciones obligatorias”, Civitas, Madrid, 1993, p. 577.

⁶ STARCK, BORIS-ROLAND, HENRI-BOYER, LAURENT, *Obligations. 3. Régime général*, cuarta edición, Litec, París, 1992, pp. 80 y 81. PIZARRO-VALLESPINOS, *Instituciones de derecho civil. Obligaciones*, tomo 3, ob. cit., pp. 517 a 518. CAZEAUX - TRIGO REPRESAS, *Derecho de las obligaciones*, ob. cit., tomo III, p. 306.

ción. En virtud de lo primero, el objeto de la dación en el código de Vélez se limita a “*alguna cosa que no sea dinero*” (art. 779), mientras que el CCC se lo extiende a toda “*prestación diversa de la adeudada*” (art. 942). En razón de lo segundo, mientras que los arts. 780 y 781 Cód. Civ. reenvían exclusivamente a la *cesión de créditos* y a la *compraventa*, el CCC la asimila “*al contrato con el que tenga mayor afinidad*” (art. 943).

4.2. Definición y elementos de la dación en pago

La dación en pago es el modo extintivo de una obligación “*cuando el acreedor voluntariamente acepta en pago una prestación diversa de la adeudada*” (art. 942). De esa manera se alude a “*toda substitución del objeto debido, en el momento del pago, con tal que sea consentida por las partes y sin que importe que el objeto del pago sea o no pecuniario*”⁷.

Los elementos esenciales para que se configure la dación en pago son:

a) Existencia de una obligación válida. Al igual que para el pago, se requiere una obligación que sirva de causa a la atribución patrimonial. Ese vínculo puede preexistir, es decir nacer con anterioridad a la ejecución de la prestación, o practicarse esta última en miras de una obligación futura. El art. 942 refiere que *la obligación se extingue*, de donde su inexistencia o invalidez impide la producción de ese efecto extintivo.

b) Cumplimiento de una prestación distinta a la debida. La ausencia de identidad entre el objeto de la obligación originaria con la prestación que se cumple por la dación, es el elemento distintivo entre esta última y el pago. La prestación puede consistir en un dar, cualquiera sea su especie (dinero, cantidades de cosas, cuerpos ciertos), en un hacer (servicios u obras), o en un no hacer (abstención o tolerar que otro haga). El art. 942, a diferencia del art. 779 Cód. Civ. (véase supra), requiere que el *pago se refiera a una prestación diversa de la adeudada*, sin establecer otras condiciones relativas a la primera más que ésta sea diferente a la segunda.

c) Se exige un acuerdo por el que ambas partes “*deciden que la relación obligatoria pendiente se extinguirá al ser realizada y la realización del aliud o nueva prestación*”⁸. El carácter convencional de la *dación* surge del mismo art. 942 al requerir que *el acreedor voluntariamente acepte* la ejecución de una prestación distinta, lo cual implica que el *deudor ofrece* cumplir con aquélla. La voluntad de las partes persigue en este caso la extinción lisa y llana de la obligación originaria a través de la atribución patrimonial ofrecida y aceptada, sin fines u objetivos ulteriores que desvirtúen el *animus solvendi* como por ejemplo la intención de novar⁹. Ese consentimiento puede ser *simultáneo con la extinción del crédito*, tal como ocurre cuando el acreedor acepta, sin reserva alguna, la atribución de un bien distinto al debido y ofrecido en pago por el deudor, o bien *anterior*, lo cual acaece cuando se instrumenta a través de un contrato o *convenio de dación en pago* por el cual se acuerda que el deudor se obliga a cumplir con otro bien o servicio y el acreedor a aceptarlo y darle fuerza cancelatoria de la obligación.

⁷ LLAMBIAS, *Tratado...*, ob. cit., tomo III, p. 8.

⁸ DIEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, tomo II, “Las relaciones obligatorias”, ob. cit., p. 557.

⁹ LLAMBIAS, *Tratado...*, ob. cit., tomo III, pp. 13 y 14. PIZARRO-VALLESPINOS, *Instituciones de derecho civil. Obligaciones*, ob. cit., tomo 3, pp. 519. CAZEAUX - TRIGO REPRESAS, *Derecho de las obligaciones*, ob. cit., tomo III, pp. 298 a 301.

En razón de esos requisitos, las reglas de la dación en pago en el CCC exigen que:

i. En las obligaciones indivisibles, “la unanimidad de los acreedores es requerida para extinguir el crédito por... dación en pago...” (art. 818), lo cual obedece al consentimiento exigido para disponer del objeto del pago, respecto del cual la estructura mancomunada simple del vínculo asigna efectos personales, sin propagación alguna, a los acuerdos individuales concluidos por uno de los titulares del crédito. Sin embargo, la aceptación de la prestación sustituta hecha por el único acreedor a uno de los deudores, propaga los efectos extintivos de la dación con relación a los demás codeudores del vínculo indivisible.

ii. En las obligaciones solidarias y concurrentes, la extinción total o parcial del crédito producido por una dación en pago, por el contrario, propaga los efectos a los codeudores y coacreedores en la proporción que aquél se hubiera satisfecho (arts. 835 inc. b, 846 inc. b, y 851 inc. c).

4.3. Efectos

El perfeccionamiento de la *dación en pago* se produce con la atribución patrimonial de un bien o servicio diferente de la prestación que era debida en la obligación.

El *convenio de dación en pago* anterior a esa atribución patrimonial ha sido diversamente calificado: para algunos, es un *contrato real* por lo cual su perfeccionamiento sólo produce con la ejecución de la prestación diferente comprometida, criterio sostenido desde el proyecto de Bibiloni¹⁰; para otros, sigue los lineamientos de un contrato consensual de donde el mero acuerdo de voluntades hace nacer la obligación de un dar, hacer o no hacer distinto, siendo exigible ya esta última en lugar de la prestación originaria¹¹.

La cuestión es trascendente ante las hipótesis de incumplimiento, de desconocimiento del convenio por el acreedor alegando la subsistencia de la prestación originaria, de pérdida o deterioro del bien o servicio comprometido en sustitución del objeto primigenio, de la subsistencia de los accesorios y garantías.

El CCC es confuso al respecto. Por un lado, ha eliminado la categoría de contratos reales, por lo cual todo acuerdo negocial de carácter convencional se perfecciona por el mero consentimiento. Sin embargo, al regular la dación en pago parecería haberse asignado *efectos reales*, toda vez que la tipificación del modo extintivo se establece sobre la base del efectivo *pago de una prestación diversa a la adeudada voluntariamente aceptado por el acreedor* (art. 942), sin centrarlo en el acto jurídico preexistente que pudiera servirle de fundamento. Es más, en caso de desconocimiento de lo acordado en el *convenio que no haya sido cumplido inmediatamente*, éste no vale como *dación en pago*, sino que “vale como novación que autoriza al deudor a oponerse a la pretensión del acreedor con respecto a la primitiva prestación”¹².

Las perplejidades que llevan esas definiciones demuestran una importante incoherencia con el sistema general seguido en materia contractual.

¹⁰ LLAMBÍAS, *Tratado...*, ob. cit., tomo III, p. 14.

¹¹ DIEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, tomo II, “Las relaciones obligatorias”, ob. cit., p. 556.

¹² LLAMBÍAS, *Tratado...*, ob. cit., tomo III, p. 15.

Por otro lado, a partir del momento en que se ejecuta la prestación ofrecida y aceptada en sustitución de la originaria, “sobrevienen las consecuencias normales de cualquier pago referentes a la extinción de la obligación y consiguiente liberación del deudor con la posibilidad que éste tiene de obtener el recibo que patentice su exoneración y la cancelación de las garantías que hubiera concedido”¹³.

Consecuencia de ello es que se extingue el derecho de crédito con sus accesorios, por lo cual en caso de que el acreedor pierda el bien atribuido por evicción, ésta no hace renacer las garantías, “*excepto pacto expreso y sin perjuicio de terceros*” (art. 943, segundo párrafo). Tal eventualidad es un riesgo que acepta el acreedor al aceptar la dación¹⁴.

Asimismo se dispone que “*la dación en pago se rige por las disposiciones aplicables al contrato con el que tenga mayor afinidad*” (943, primera parte). Esta solución modifica al régimen de Vélez que asimilaba los efectos exclusivamente a la compraventa o a la cesión, debido a que en este último se admitía como objeto de una dación “*alguna cosa que no sea dinero*” (art. 779 Cód. Civ.). Al ampliarse los bienes o servicios susceptibles de ser entregados en dación, el régimen aplicable deberá estarse al contrato cuya prestación más característica coincida o sea análoga a la que se ejecuta con motivo de la substitución consentida. Por ello, si la prestación cumplida es un servicio que sustituyó una cosa mueble vendida, se le aplicará las normas de los contratos de servicio; si se reemplaza por una obra o por la transmisión de un derecho contra un tercero, en igual hipótesis, se regirá por el contrato de obra o de cesión de créditos, respectivamente.

En materia de obligaciones solidarias, medie mancomunación pasiva o activa, la dación en pago ejecutada por uno de los codeudores y aceptada por uno de los coacreedores, propaga sus efectos extintivos para los restantes sujetos en ambos polos de la relación jurídica (arts. 835 inc. b y 846 inc. b). Consecuentemente, la medida de participación de los acreedores solidarios que no recibieron la prestación cumplida en virtud de una dación en pago, les da el derecho a optar “*por la cuota de cada uno en el crédito original, o por la que correspondería a cada uno conforme lo resultante de los actos extintivos, a su elección*” (art. 847 inc. b).

En las obligaciones concurrentes también se propaga el efecto extintivo, en tanto “*la dación en pago, la transacción, la novación y la compensación realizadas con uno de los deudores concurrentes, en tanto satisfagan íntegramente el interés del acreedor, extinguen la obligación de los otros obligados concurrentes o, en su caso, la extinguen parcialmente en la medida de lo satisfecho*” (art. 851 inc. c).

El CCC trata la hipótesis de que el acreedor sea desposeído por un tercero que lo vence, al acreditar un mejor derecho, en la titularidad del bien entregado por la dación o de que éste adolezca de defectos ocultos, resolviendo que “*el deudor responde por la evicción y los vicios redhibitorios de lo entregado; estos efectos no hacen renacer la obligación primitiva, excepto pacto expreso y sin perjuicio de terceros*” (art. 943, segunda parte).

El efecto extintivo es definitivo, lo cual sigue la solución de Vélez para el art. 893 Cód. Civ. pero a diferencia de este último, las garantías de evicción y de

¹³ LLAMBÍAS, *Tratado...*, ob. cit., tomo III, p. 16.

¹⁴ DIEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, tomo II, “Las relaciones obligatorias”, ob. cit., p. 558.

vicios redhibitorios no se circunscriben a la *compraventa* sino a las debidas en razón del *contrato con el que tenga mayor afinidad* (por remisión del art. 942). De esa manera, los vicios ocultos que afectan la obra entregada como objeto de la dación en pago, se regirán por la garantía discernida al contrato de obra que regula supletoriamente al modo extintivo.

El *pacto expreso* admite que en los supuestos de evicción o de vicios ocultos las partes hayan acordado la *resolución* de la dación en pago, cuya consecuencia es el restablecimiento de la obligación originaria. Sin embargo, ello es admisible *sin perjuicio de terceros*, lo cual alude a las garantías extendidas por estos últimos, en especial la fianza, respecto de la cual la dación operó como extinción irrevocable a menos que el garante haya participado y consentido ese efecto en el convenio de dación en pago.

Debe advertirse que el régimen de la dación en pago es aplicable a todo supuesto de *exclusión de responsabilidad* por vicios ocultos, tal como categóricamente lo establece el art. 1053 última parte.

5. Conclusiones

A modo de conclusiones se puede establecer:

a) En la metodología del CCC, la enunciación de los modos extintivos no es taxativa ni es sistemática.

b) Las innovaciones del CCC con relación al Código de Vélez se verifican en la inclusión de la *Prescripción Liberatoria* como modo extintivo, el desplazamiento de la *Transacción* a la materia contractual; la reconceptualización de la *compensación* como un instrumento de garantía, antes que uno de *pago simplificado*, y la regulación de la compensación facultativa, convencional y judicial; la definición de la *confusión* como un modo extintivo liso y llano, sin admitirse la subsistencia del vínculo por *paralización* o *suspensión* del cobro del crédito; la inclusión de la *novación legal* como figura extintiva típica, y la regulación de la *dación en pago* como modo extintivo propiamente dicho y la equiparación de sus efectos al contrato más afín.

c) Respecto a la confusión, las innovaciones introducidas por el CCC se advierten con relación a los cambios introducidos por el régimen proyectado en materia de patrimonios de afectación, por lo cual para la aplicación de la figura como modo no sólo es necesario la identidad de sujeto en el que concurren las calidades de acreedor y de deudor, sino que además esa identidad se refiera a bienes (crédito y deuda) que integran el mismo patrimonio del que es titular o que está gestionando aquél.

d) Con referencia a la dación en pago, los cambios y modificaciones al régimen del Código de Vélez, se encuentran por un lado en la prestación que es susceptible de ser objeto de la dación en pago, y, por otro lado, como consecuencia de lo anterior, en la equiparación de los efectos asignados a la dación. En virtud de lo primero, el objeto de la dación en el Código de Vélez se limita a "*alguna cosa que no sea dinero*" (art. 779), mientras que el CCC se lo extiende a toda "*prestación diversa de la adeudada*" (art. 942). En razón de lo segundo, mientras que los arts. 780 y 781 Cód. Civ. reenvían exclusivamente a la *cesión de créditos* y a la *compraventa*, el CCC la asimila "*al contrato con el que tenga mayor afinidad*" (art. 943).

Bibliografía

ALTERINI, ATILIO-AMEAL, OSCAR-LÓPEZ CABANA, ROBERTO, *Curso de obligaciones*, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 1998.

CAZEAUX, PEDRO -TRIGO REPRESAS, FÉLIX, *Derecho de las obligaciones*, tomo III, cuarta edición aumentada y actualizada, La Ley, Buenos Aires, 2010.

DIEZ-PICAZO, LUIS, *Fundamentos de derecho civil patrimonial*, tomo II, Las relaciones obligatorias, Civitas, Madrid, 1993.

LLAMBÍAS, JORGE J., *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, Tomo III, tercera edición actualizada, Perrot, Buenos Aires, 1987.

PIZARRO, RAMÓN-VALLESPINOS, CARLOS G., *Instituciones de derecho civil. Obligaciones*, tomo 3, Hammurabi, Buenos Aires, 1999.

STARCK, BORIS-ROLAND, HENRI-BOYER, LAURENT, *Obligations. 3. Régime général*, cuarta edición, Litec, París, 1992.



AUTONOMÍA DEL DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL. ESPECIAL INCIDENCIA EN EL RÉGIMEN PREVISIONAL*

*Rosa Elena Bosio***

Resumen: La acción protectora de la Seguridad Social ha llegado a convertirse en un factor consustancial de nuestra civilización, por lo que es imposible imaginar un mundo vivible sin su presencia.

Para que la Seguridad Social sea eficiente, eficaz y productiva, sus fondos deben ser autárquicos, es decir que debe tener autonomía de los Fondos del Tesoro Nacional y gestionar sus propios recursos, autonomía que siempre fue establecida por disposición de la Constitución Nacional, art. 14 bis y normas legales dictadas en su consecuencia, pero nunca se ha cumplido.

Distorsiones en las decisiones gubernamentales han violado sistemáticamente el mandato constitucional, todo agravado porque aún no se ha instrumentado el Seguro Social Obligatorio.

Palabras clave: Seguridad Social - Distorsión - Principio de autonomía financiera - Seguro Social.

Se iniciará este artículo, realizando algunas precisiones y aclaraciones pertinentes, de cómo se llega a la Seguridad Social hoy, como uno de los elementos definidor del mundo contemporáneo, dado que su creación obedece a un profundo humanismo, que sustituye al egoísmo individual por el respeto a la dignidad de todas las personas y con las ideas de solidaridad, reparto y previsión, para hacer frente a los infortunios que alcanzan al ser humano y especialmente al que carece de recursos económicos.

La acción protectora de la Seguridad Social ha llegado a convertirse en un factor consustancial de nuestra civilización, por lo que es imposible imaginar un mundo vivible sin su presencia.

La invención de la Seguridad Social es sin duda uno de los más altos logros para gloria del ser humano.

La obra gigantesca de la Seguridad Social se instrumenta a través de un complejo aparato económico financiero y actuarial, administrativo y por supuesto también jurídico y ha de ser abordada mediante el instrumental técnico propio, sin perder de vista, ni olvidar los fines morales de la Seguridad Social.

Es una colosal obra humana, en la que han intervenido generaciones de estudiosos, políticos, hombres de gobierno, funcionarios, a más de trabajadores y empresarios.

* Recibido el 19/12/14. Aprobado el 10/08/15.

** Doctora en Derecho y Ciencias Sociales por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba. Profesora Adjunta por concurso a cargo de la Titularidad Interina de la Cátedra "B", de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y Profesora de Post Grado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UNC. Profesora Asociada, a cargo de la Titularidad de la Cátedra de Derecho Laboral y de la S.S., de la Facultad de Ciencias Económicas, UNC, desde el año 2003 a marzo de 2010.

La Seguridad Social se articula sobre una masa abrumadora de normas de diverso rango, con las que se teje el tapiz complejísimo de la disciplina, lleno de detalles y especificaciones.

Hay que someter esa selva normativa a sistema, delineando sus líneas fundamentales con la mayor claridad y rigor.

En primer término es necesario delinear aunque someramente sus antecedentes históricos, para mostrar cómo el devenir de los tiempos, ha ido perfilando a esta nueva disciplina y conformando su contenido.

De esta manera se podrá llegar a determinar cuán autónoma es y en qué medida el Estado puede o no, hacer uso de los recursos propios de la Seguridad Social, en especial del Régimen Previsional.

I. Antecedentes históricos

Luego de la Revolución Francesa, implantados los preceptos del liberalismo político, económico y social, la única forma de protección de las personas, además de la caridad y la beneficencia privada, fue el *ahorro privado e individual*.

El trabajador frente a una contingencia debía valerse por sí mismo, y ante la imposibilidad de haber realizado la previsión individual no le quedaba otra alternativa que recurrir a la caridad o beneficencia, para la satisfacción de sus necesidades sociales.

Los Estados no asumieron la misión que la nueva doctrina les asignaba y frente a tal deficiencia la sociedad debió organizarse.

Algunos sectores de trabajadores, buscaron en la asociación mutua el apoyo colectivo para afrontar la desprotección que padecían.

Tienen así un nuevo auge las *Mutualidades y Sociedades de Socorros Mutuos*, con antecedentes en el pasado, pero en ese momento se convierten en el único sistema de previsión y ayuda a los más carenciados.

En el orden laboral, al no darse la variante de suficiencia de los salarios, nace un sindicalismo de hecho.

Este proletariado industrial toma conciencia de su existencia como clase y comienza a exigir reformas políticas, económicas y sociales junto con la conciencia pública de que la seguridad social es un deber de la comunidad.

Los trabajadores, están expuestos a riesgos e infortunios, a situaciones diversas que, teniendo en parte su origen en la profesión, revelan condiciones particulares por constituir sujetos de un vínculo laboral; pero al mismo tiempo, en su calidad de seres humanos, experimentan los rigores comunes a todos, sienten necesidades, luchan y sufren.

Para paliarlos, por no resultar factible eliminar los males que afligen a los trabajadores, se han adoptado disposiciones de distinta naturaleza, muchas veces confundidas con las normas tendientes a procurar a todos los necesitados de una asistencia de carácter esencialmente social.

Los problemas propios que alcanzan a los trabajadores, son las enfermedades y accidentes del trabajo e inculpables y la desocupación. En tal sentido se han establecido normas y se ha elaborado una legislación que tiende a disminuir los efectos de esos infortunios, aun sin lograr remediarlos totalmente siquiera, en sus consecuencias más directas.

Esta situación marca la aparición del *seguro social obligatorio* como uno de los medios adecuados y eficientes para hacer frente a las contingencias sociales.

Se estima que el 17 de noviembre de 1881, determina el comienzo de lo que hoy llamamos *Seguridad Social*, este hecho se origina con el mensaje imperial de Guillermo I (leído por el Canciller Bismark), dando nacimiento a los primeros Seguros Sociales, apareciendo con ese discurso una nueva concepción del Estado, el que también tiene la misión de promover el bienestar de todos los miembros de la comunidad, especialmente pobres y necesitados.

La tarea de Bismark, con su *Programa Social*, ha sido fundamental ya que entendió que *la cobertura de las contingencias sociales debía organizarse mediante seguros obligatorios*, instrumentados y bajo la dirección del Estado¹.

Estos *seguros* amparaban ante la enfermedad, accidente de trabajo, invalidez y vejez y se financiaban mediante cotizaciones de empresarios y trabajadores, en proporción a los salarios obreros.

Su objetivo era la creación de seguros sociales independientes entre sí para cubrir las contingencias de enfermedad, accidente de trabajo, vejez, invalidez y todos ellos debían refundirse en un Código de Seguros Sociales. Se buscó fórmulas moderadas que permitieran una mejora del bienestar de los trabajadores.

El sistema alemán fue seguido por otras naciones europeas, adoptándose los seguros sociales obligatorios, pese a los cuestionamientos iniciales. En algunas ramas (jubilación), para paliar la resistencia, se recurrió a la contribución y aportes de los poderes públicos.

Al decir de Goñi Moreno *“los seguros sociales se constituyeron mediante la combinación de fórmulas preexistentes: recogieron las ideas del mutualismo en lo relativo a la coordinación de esfuerzos solidarios ante el infortunio y adoptaron la técnica de los seguros privados, puesta al servicio de los fines asistenciales del Estado”*².

Pese a la generalización de los seguros sociales, recién en 1934 se pone en evidencia la necesidad de la interdependencia de los diversos regímenes de seguros para establecer un *sistema completo o integral de protección social a toda la población*.

Así en 1935, en Estados Unidos por iniciativa del presidente Roosevelt, entre sus medidas de carácter intervencionista, se sanciona *Social Security Act.*, que implantó un *sistema mixto de seguros sociales y de asistencia pública* que va a proteger a ancianos, niños discapacitados y desocupados, con el apoyo financiero del Gobierno Federal.

El 1° de diciembre de 1942 (otros dicen 20 de noviembre de 1942), convirtiéndose en artífice de la nueva Seguridad Social, Sir William H. Beveridge, presenta su informe, sobre reformas al Seguro Social y Servicios afines, que es el elaborado por una comisión encargada de analizar el sistema de Seguridad Social de Gran Bretaña, que va a instalar una nueva concepción de la Seguridad Social.

El informe, denominado *“Social Insurance and Allied Services”* (Seguro Social y Servicios Conexos), basaba su filosofía social en: *seguridad, responsabilidad y libertad*.

¹ Citado por CABANELLAS GUILLERMO, en *Tratado de Derecho Laboral*, tomo IV, Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1950.

² GOÑI MORENO, JOSÉ M., *Derecho de la previsión social*, Ediar, Buenos Aires, 1956.

El manejo del sistema debía estar a cargo de una administración pública, descentralizando los servicios en asociaciones y el objetivo era superar las limitaciones del régimen de los seguros sociales múltiples, que se sustituía por un servicio público unificado.

Eran *seguros sociales independientes entre sí* (enfermedad, accidente de trabajo, vejez, muerte) reunidos en el Código de Seguros Sociales. Los sujetos protegidos dejaban de ser los trabajadores y la protección se extendía a éstos y a toda la población.

Es el tránsito desde los seguros sociales hacia la Seguridad Social y se concibe a la Seguridad Social, como el instrumento de la política económica general, con financiación a cargo de los impuestos generales, sin dejar de lado las cotizaciones de los interesados.

Fue el primer plan elaborado dentro de la Seguridad Social y ha tenido trascendente influencia sobre el criterio de los organismos internacionales; sobre las legislaciones dictadas con posterioridad en el Reino Unido y en el mundo, como así también para la marcha y progreso de la Seguridad Social.

En este marco, el tratamiento del tema internacionalmente, tenemos la *Declaración de Filadelfia* de mayo 1944, que le otorga a la Seguridad Social reconocimiento internacional y marca el paso de las técnicas tradicionales de protección, a esta nueva ciencia jurídica.

En la realización de la XXVI Conferencia de la Organización Internacional del Trabajo, se aprueba esta Declaración y dos Recomendaciones que entre sus conclusiones afirma que la Seguridad Social se logra por los seguros sociales y la asistencia pública.

Otro culminante aporte de la O.I.T. es el convenio 102 del año 1952, denominado *Norma Mínima de Seguridad Social*, donde se define claramente el ámbito de acción de la Seguridad Social, en cuanto a las personas protegidas y a las contingencias cubiertas.

Con este Convenio, se deja de lado el tratamiento de seguros separados y por actividades, iniciándose una *programación integrada de la Seguridad Social*.

En esta instancia es que se puede afirmar que la *Seguridad Social constituye una finalidad que pretende la protección integral del hombre*.

Es el elemento para defenderse de los *“cinco gigantes malignos que luchan contra el hombre: enfermedad, pobreza, falta de trabajo, ignorancia y vejez”* al decir de Sir Beveridge.

Como se puede apreciar en estos antecedentes, se evoluciona del término *previsión social*, utilizado usualmente antes de que surgiera la idea de los Seguros Sociales, hacia el de *Seguridad Social*.

Evaluando se puede asegurar que Previsión Social y Seguro Social, son utilizados hasta ese momento, como los medios técnicos de que se vale la Seguridad Social, para cumplir sus objetivos.

Hasta ese período, se utilizan indistintamente las expresiones Seguridad Social, Previsión Social y Seguro Social.

La confusión debe evitarse, precisando para cada una de esas expresiones, un significado propio e inequívoco.

Se produce así un proceso evolutivo de la legislación de Previsión Social hacia los Seguros Sociales y de los Seguros hacia la Seguridad Social.

II. Situación en el país

A mediados del siglo XX, todavía en nuestro país y en Latinoamérica, el término previsión social se sigue utilizando como una especie de sinónimo de seguridad social, confundiéndonlos y creando un verdadero enredo, en autores y tratadistas y también constituyentes, tal como se verá.

Es así que en 1950 Guillermo Cabanellas, tratando de marcar la necesidad de separar el Derecho del Trabajo del de la Previsión Social, manifiesta *“Las instituciones de previsión social, que tienden a corregir o disminuir los males que atañen a la clase trabajadora, no serán, en mucho tiempo, suficientes para eliminar las instituciones fundamentales del moderno Derecho del Trabajo. Las instituciones de previsión social además, no sólo alcanzan a los posibles sujetos del Derecho de Trabajo, sino a quienes no lo son como ocurre con los niños que no trabajan, con la familia de los trabajadores y con los inválidos o discapacitados para las tareas específicamente laborales.*

La previsión (antítesis de la imprevisión, del descuido, de la dejadez, de la improvisación confiada) constituye una virtud que se considera susceptible de ser enseñada y aprendida, y se manifiesta en dos sentidos: el ahorro y el seguro”³.

El maestro mejicano Mario De la Cueva en el año 1948 afirmaba: *“La Previsión Social, que entendida en un sentido amplio puede considerarse en relación con todas las clases sociales, es consecuencia de la posición del obrero en los fenómenos de la producción y deriva de la existencia de un contrato de trabajo; no es autónoma, sino que está determinada por la existencia de la relación de trabajo; ésta protege al trabajador en el presente y en el futuro, por la razón evidente de que es la única fuente de ingresos del trabajador y éste ha de cubrir el presente y el futuro. El Derecho del Trabajo y la Previsión Social constituyen una unidad y persiguen el mismo fin, la justicia social, que reclama la protección para la persona del trabajador, cualesquiera sean las circunstancias en que la vida lo coloque”.*

El profesor de la Universidad Nacional del Litoral, de origen alemán, Ernesto Krotoschin en 1956 se expresaba en la siguiente forma: *“Entiéndese por Previsión Social, generalmente, el conjunto de las iniciativas espontáneas o estatales dirigidas a aminorar la inseguridad y el malestar de los económicamente débiles, fuera del trabajo. Su forma principal es el seguro social. Aunque se vincula muchas veces con el trabajo prestado, y en consecuencia con el Derecho del Trabajo, la Previsión Social, no considera estrictamente al trabajo, sino que tiene otros propósitos. Piénsese, además de los seguros sociales, en los planes de vivienda barata, colonización, ahorro, etcétera. Por eso, la Previsión Social no se limita a un sector tan determinado de la población como debe hacerlo el Derecho del Trabajo”.*

Utilizando una terminología apropiada inequívoca, se puede afirmar que previsión social no es sinónimo de régimen previsional, como es común la confusión. La Previsión Social se vale de un medio técnico que es el seguro social. La Previsión Social es el conjunto de instituciones establecidas mediante los Seguros Sociales.

De manera tal que el régimen previsional, es un seguro más entre otros, éste para la cobertura de la contingencia vejez, invalidez y muerte.

³ CABANELLAS GUILLERMO, *Tratado de Derecho Laboral*, tomo IV, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1950.

Previsión social sería el género y régimen previsional la especie, así como previsión social, es una especie dentro del género de la Seguridad Social.

La Previsión Social sería la realización de la Seguridad Social en el ámbito de los trabajadores dependientes, este criterio diferente al del último autor citado, obra de la confusión de la época.

III. Fundamento constitucional nacional

Pese a que la previsión social, con el tiempo ha ido prescindiendo de su propia identidad para confundirse con la Seguridad Social, la confusión terminológica e inapropiada, sigue a la Comisión Constituyente de la reforma de 1957 y así vemos:

El art. 14 bis en su tercera parte refiriéndose a que el Estado otorgará los beneficios de la Seguridad Social..., determina:

“En especial, la ley establecerá: el seguro social obligatorio”:

Esta alocución generó debates en cuanto a su alcance pero se estima que cuando se hace mención a este instituto, se lo hace como una más de los técnicas de que se vale la Seguridad Social para cumplir con su objetivo.

El seguro social en la época de sanción de este artículo, era utilizado y convocado en el derecho comparado, por ello es que se considera que la intención ha sido utilizar el término con precisión técnica y como una aspiración a que *se establezca en el futuro* un sistema similar a como estaba instrumentado en otros países.

Así entendido, con este criterio, se estima, que el Seguro Social que enuncia nuestra Constitución en este artículo, no comprendería a las jubilaciones o al régimen previsional dado que la trata en párrafo separado, aparte como cobertura de otra contingencia, es decir la de vejez especialmente.

En lo personal, se considera que lo que pretendía la Comisión Constituyente fue impartir la directiva a que el legislador implante los dos sistemas. *Uno* el del *seguro social obligatorio* cubriendo con éste algunas necesidades o contingencias, como enfermedad o desempleo, y que otras situaciones distintas como vejez, muerte, las amparara *otro*, el *sistema previsional*, para que de esa forma se abarque a todas las contingencias y a todas las personas posibles.

Esta conclusión surgiría del precepto cuando dice *“la ley establecerá”*, esto cuando se está refiriendo al Código a dictarse, o en ausencia de él, a una ley especial que así lo disponga.

También podría haberse referido al sistema de leyes dispersas reguladoras de la materia, las que deberían reunirse en un único cuerpo normativo, para dar vida al Seguro Social Obligatorio.

Se estima que se utilizó el término con precisión técnica, tal como se lo utilizaba en derecho comparado pero también como una aspiración a que en el futuro se establezca un sistema de Seguro Social similar al de otros países, que amparara a todas las contingencias posibles.

Aspiración que estimo es posible y necesaria, porque como ya se dijo el artículo dice: *“En especial, la ley establecerá...”*

Se reitera que se entiende que la Convención Constituyente pretendió impartir una directiva al legislador para crear el Sistema del Seguro Social Obli-

gatorio, diferente del Sistema Previsional, pero no para todas las contingencias, dejando fuera la de vejez, preservando un régimen previsional diferenciado.

La Corte Suprema de la Nación reiteradamente tiene dicho que luego de la sanción del art. 14 nuevo su contenido y garantías, deben ser vistas como manifestaciones de los deberes inexcusables del Congreso, para asegurar al trabajador un conjunto de derechos inalienables.

Se presume que la directiva era para instrumentar dos sistemas, *uno* el del Seguro Social Obligatorio, *otro* el del *Régimen Previsional*, dado que en el párrafo octavo trata específicamente y por separado, lo de las jubilaciones.

De aceptarse esta posición, que se considera, en un todo de acuerdo al texto constitucional, podríamos tener un seguro para determinadas contingencias, como cobertura de la contingencia salud, desempleo, asistencia familiar y por separado un Sistema Previsional, lo que le daría a la Previsión Social, en la concepción conceptual nueva, es decir cobertura de la contingencia vejez, muerte e invalidez, plena autonomía.

Los instrumentos de que se vale la Previsión Social, en la terminología inequívoca señalada, para la realización de sus fines son los seguros sociales y el régimen jubilatorio, criterio éste receptado por la Constitución Nacional en la apreciación personal señalada.

Esta diferenciación ya está marcando la plena autonomía financiera y económica del Régimen Previsional, al ser un subsistema único y separado.

De esta forma la situación nacional, se aleja del concepto dominante sobre el Seguro Social a nivel de derecho comparado, donde el seguro a nivel internacional ampara a la mayoría de las contingencias, como enfermedad, accidente, vejez, maternidad, jubilaciones y retiros por incapacidad y desempleo.

En apariencia ésta puede haber sido la intención inicial de los constituyentes, pero la cultura previsionalista nacional, hizo que se apartaran de ese concepto, instruyendo para la creación separada del régimen previsional.

Se interpreta que los constituyentes de 1957, actuaron de esa forma al intuir el advenimiento de los derechos sociales y quizás influenciados por la corriente social, pregonada por Otto von Bismark cuando dijo *“Al trabajador le importa no solamente su presente sino también y acaso más su futuro, y es así porque en el primero lo salva su esfuerzo, en tanto el futuro es lo imprevisto y desconocido, y por ello debe asegurarse.”*

A nivel nacional no se ha reglamentado el instituto del Seguro Social Obligatorio con el alcance que se especificó, sin perjuicio de ello en forma diferenciada se han ido creando subsistemas, que a nivel internacional integran el seguro, como lo son el de prestaciones por desempleo, el de salud y otros, pero que no cubren todos los estados de necesidad.

Hasta el presente la concreción normativa nacional se aparta del concepto dominante sobre el Seguro Social a nivel de derecho comparado.

IV. Los seguros sociales

Estos seguros sociales, en el sentido pleno de la denominación como instrumentos técnicos de la Seguridad Social, pretenden cubrir los riesgos que amenazan a los trabajadores, prolongar su vida útil cuando las contingencias

disminuyan su capacidad laborativa y finalmente ampararlos cuando lleguen al límite de su vida activa.

El maestro español, Almanza Pastor enuncia como notas distintivas del Seguro Social a:

- a) obligatoriedad;
- b) financiación tripartita que se basará en una cotización a cargo de los trabajadores, empresarios y el Estado;
- c) gestión jurídica pública, sin que ello obste a la existencia de entidades privadas que colaboren.

Las notas distintivas de este tipo de seguro podrían ser:

- a) El derecho a la prestación sería frente a la contingencia sin distinguir la causa.
- b) No se tiene en cuenta los medios económicos del asegurado.
- c) Obligación de pagar previamente una cotización.
- d) La prestación no es proporcional a la cotización, la que tampoco constituye una cantidad equivalente al riesgo asumido.
- e) La comunidad a través del Estado también debe participar con los recursos para el financiamiento⁴.

Personalmente se puede afirmar, que si bien no es posible establecer claras líneas demarcatorias entre Previsión Social y Seguridad Social, sí se puede sostener, que el **seguro social** aparece como un mecanismo técnico económico, mediante el cual, ciertos riesgos específicos que afectan a determinado sector de la comunidad (v.gr. trabajadores dependientes) se transfieren mediante el pago de una prima o costo del seguro, no siempre equivalente al riesgo asegurado, a una organización gubernamental o para-gubernamental, encargada de administrar un sistema.

El sistema debe estar organizado por ley, otorgar cobertura a contingencias previamente definidas por él, con total independencia financiera de otras dependencias del Estado.

Para evitar debilitar los principios sociales, en el sistema que ampare a las personas, se debe eliminar la intervención de entidades mercantiles, con fin de lucro, como lo fueron las AFJP o las ART actuales.

El sistema, debería ser público y sin finalidad lucrativa, o si es de gestión privada no debería tener naturaleza mercantil, porque la debilidad se transforma en aniquilamiento como sistema de seguridad social.

Reseñando, el Seguro Social y por ende también el sistema previsional que se instrumente por separado, como manda la Constitución Nacional, se estima debería ser:

- 1) Obligatorio, en su pertenencia y cotización previa.
- 2) Bajo la total autoridad del Estado;
- 3) Con un orden especial y amplio de jurisdicción, es decir que abarque a todo el país;
- 4) Con fijación legal de las prestaciones que amparen la contingencia de vejez, invalidez y muerte.
- 5) Descentralización del ente gestor de los beneficios.

⁴ ALMANZA PASTOR, JOSÉ M., *Derecho de la seguridad social*, Tecnos, Madrid, 1977.

6) Financiado en forma tripartita, con una cotización a cargo de trabajadores, empleadores y el Estado.

7) Que comprenda a la mayor cantidad de contingencias, sin distinguir si son trabajadores dependientes o autónomos.

El Canciller Bismark, en noviembre de 1881, considerado el artífice y creador del Seguro Social, decía en su discurso:

“Conceder al trabajador derecho a trabajar mientras esté sano, proporcionarle trabajo, darle la garantía de que será atendido cuando esté enfermo y asegurarle la asistencia para cuando sea anciano”.

Sería muy importante que en la Argentina se instaure el Seguro Social Obligatorio y a falta de él, un Sistema en el que se preserve la protección del trabajador y no su desamparo, y que la necesaria prestación de servicios no puede ya concebirse sin la adecuada preservación de la dignidad, inherente a la persona humana (caso “Aquino” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación).

El *seguro social* es una institución concebida en beneficio de los humildes, principalmente de la clase trabajadora, sin exigir la pobreza; por el contrario, la *asistencia social* como otro de los instrumentos técnicos de que se vale la Seguridad Social, se caracteriza por requerir la indigencia o la estrechez económica del sujeto que se beneficia de ella.

Las diferencias que se señalan entre asistencia social y seguro social son las siguientes:

a) que en la asistencia social, sus fondos se nutren directamente de la masa general de los contribuyentes, y no, como en el seguro de las cuotas de los asegurados, empleadores y del Estado;

b) en la asistencia que el beneficiario carece de derecho para reclamar los auxilios; el otorgamiento de las prestaciones tiene mero carácter discrecional, y en el seguro es obligatoria la cobertura de la contingencia.

c) en el seguro se indemniza un riesgo futuro e incierto, calculado y valorado con arreglo a la técnica actuarial, en la asistencia es la necesidad actual.

Todos, asistencia social, seguros sociales y régimen previsional, son los medios técnicos de que se vale la seguridad social para cumplir sus fines.

Se puede afirmar que la *“seguridad social”* es la *garantía que se da a todos los ciudadanos de que, en cualquier circunstancia, podrán disponer de los medios necesarios para asegurar de un modo adecuado su subsistencia y la de sus familias. Está justificada por una elemental preocupación de justicia social y responde al deseo de liberar a los trabajadores de la incertidumbre constante del día de mañana.*

Se pone en evidencia esta diferencia porque los fondos de los seguros sociales, en especial los del régimen previsional, deberían siempre mantenerse completamente separados de los que sean para dar respuesta a la asistencia social.

V. Sistema Nacional de Seguridad Social

Sentadas estas premisas básicas se puede determinar que el país no tiene el Seguro Social Obligatorio, tal el mandato constitucional, pero sí tiene una especie de Sistema de Seguridad Social, que viene marcado por tres grandes procesos: la ampliación del ámbito de los sujetos protegidos; la expansión de las necesidades o riesgos cubiertos y el perfeccionamiento de las técnicas protectoras.

El país ha tenido siempre una concepción previsionalista, entendida como cobertura sólo de la contingencia vejez, viudez e incapacidad.

Durante más de setenta años, las únicas normas para protección de las personas, frente a determinadas necesidades han sido de carácter previsional y sobre los riesgos del trabajo.

Paulatinamente se han ido creando diferentes subsistemas para la cobertura de las contingencias, como desempleo, enfermedad, cargas familiares, accidentes de trabajo, todos con disposiciones legislativas diferentes e independientes, proceso que comenzó en 1954, con algunas normas sobre asignaciones familiares y en 1970, con la sanción de la ley 18.610, de Obras Sociales, para brindar cobertura médico-asistencial a los trabajadores dependientes, como uno de los primeros Subsistemas de la Seguridad Social.

En rigor lo que hoy tenemos como Sistema de Seguridad Social, no alcanza el grado máximo, al que podría aspirarse, que debería tener riesgo único, cobertura universal, gestión única, financiación unitaria e independiente.

Todo agravado por una legislación abrumadora, por su cantidad y complejidad, dado que no tenemos una Ley General de Seguridad Social y cada una de las contingencias está cubierta por *diferentes subsistemas* con su propia legislación y donde también se ha entremezclado la financiación de las prestaciones contributivas y las asistenciales.

En el esquema que a continuación se expone se puede apreciar, las características tan particulares que tiene hoy nuestra Seguridad Social, que en su mayoría alcanza a los trabajadores dependientes, no es generalizado a toda la población.

VI. Subsistemas protectores

CONTINGENCIAS BIOLÓGICAS	}	MATERNIDAD
		- Ley de Contrato de Trabajo (L.C.T.), ley 20.744/1974
		- Régimen Nacional de Asignaciones Familiares (R.N.A.F.), ley 24.714/1996, ley 24.716/1996
CONTINGENCIAS PATOLÓGICAS	}	VEJEZ
		- Sistema Integrado Previsional Argentino (S.I.P.A.), ley 24.241/1993, ley 26.425/2008
		MUERTE
		- Ley de Contrato de Trabajo (L.C.T.), ley 20.744/1974
		- Seguro Obligatorio de Vida (S.O.V.), dec. 1567/1974
		- Sistema Integrado Previsional Argentino (S.I.P.A.), ley 24.241/1993, ley 26.425/2008
CONTINGENCIAS PATOLÓGICAS	}	ENFERMEDAD
		- Ley de Contrato de Trabajo (L.C.T.), ley 20.744/1974
		- Sistema Nacional del Seguro de Salud (S.N.S.S.), ley 23661/1988
		- Sistema Nacional de Obras Sociales Sindicales (S.N.O.S.S.), ley 23.660/1988
CONTINGENCIAS PATOLÓGICAS	}	ACCIDENTES DE TRABAJO
		- Sistema Nacional de Riesgos del Trabajo (S.N.R.T.), ley 24.557/1995, ley 26.773/2012
		INVALIDEZ
		- Ley de Contrato de Trabajo (L.C.T.), ley 20.744/1974
		- Sistema Integrado Previsional Argentino (S.I.P.A.), ley 24.241/1993, ley 26.425/2008

CONTINGENCIAS ECONÓMICO- SOCIALES	PARO FORZOSO O DESEMPLEO
	* Régimen General:
	- Fondo Nacional de Empleo (F.N.E.)
	- Ley de Empleo (L.E.), ley 24.013/1991
	* Agrarios:
	- Ley 25.191/99 - Dec. 453/2001
	- Res. MTySS 543/2004
	* Construcción:
	- Ley 25.371/2000 - Dec. 777/2001
	CARGAS DE FAMILIA
- Régimen Nacional de Asignaciones Familiares (R.N.A.F.), ley 24.714/1996	
LICENCIA ANUAL REMUNERADA	
- Ley de Contrato de Trabajo (L.C.T.), ley 20.744/1974	

Como se puede apreciar en el esquema precedente, en el país tendríamos cubiertas la gran mayoría de las contingencias que pueden acaecer a las personas.

Es oportunidad de aportar que conceptualmente se dice:

Contingencia social: *son todas aquellas situaciones que socialmente protegibles, que engloban riesgos y necesidades, ciertos o inciertos que de acontecer provocan un desequilibrio económico en el afectado, por la disminución o pérdida de ingresos o mayores erogaciones frente al hecho generador.*

El primer atisbo de instrumentar una gestión única se inicia con el decreto 2248, de octubre de 1991, ratificado por la ley 24.307, que creó el S.U.S.S. transforma instituciones y crea inmediatamente la Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSeS) como la encargada de la Administración del Sistema, pero las condiciones, requisitos para el acceso a las prestaciones se sigue rigiendo por la ley específica para cada una de las contingencias.

Sin perjuicio de todos estos desajustes someramente planteados, estimo que tenemos una especie de Sistema de la Seguridad Social, con las particularidades y la idiosincrasia de los argentinos.

Luego de esta recopilación se está en condiciones de expresar un concepto de Seguridad Social, que no por mejor y sin ostentación, es el propio, pese a que son innumerables los realizados por los tratadistas:

La Seguridad Social: *es un sistema público destinado a cubrir las contingencias sociales, otorgando al hombre un amparo frente a las necesidades provocadas por el hecho generador de las mismas.*

En aras de desplegar los fundamentos, por los cuales se considera que el Derecho de la Seguridad Social y la Seguridad Social, son autónomos me permito expresar un concepto de **Derecho de la Seguridad Social** diciendo: *Es el conjunto de normas y principios destinados a reglar las relaciones jurídicas entre los sujetos socialmente protegidos y los entes gestores, derivados de la cobertura de las consecuencias perjudiciales de las contingencias sociales mediante beneficios, prestaciones y servicios.*

VII. Autonomía del Régimen Previsional

Esta forma de aseguramiento de la vejez se ha ido desarrollando cronológicamente a lo largo de más de un siglo, comenzando en 1877 que se sanciona la

primera Ley Nacional de Jubilaciones, circunscripta sólo a ministros de la Corte y a Jueces Nacionales.

En 1884, se sanciona la ley 1420 sobre la jubilación de los maestros y en 1904, la ley 4394, que crea la Caja Nacional de Jubilaciones y Pensiones para Funcionarios, Empleados y Agentes Civiles de la Administración Pública.

Como se puede apreciar, el país ha tenido desde su origen siempre una tendencia previsionalista, aún antes de leyes muy importantes laborales como la ley 9688 de Accidentes de Trabajo en 1915 y la ley 11.544 del año 1926 de Jornada de Trabajo.

A las mencionadas normas, le siguen muchas otras, que tenían destinatarios excepcionales, también por presión de los organismos sindicales se crearon cajas análogas pero por actividad (cajas gremiales), todas para la cobertura de vejez, viudez o muerte, llegando a coexistir trece (13) Cajas Previsionales.

La ley argentina así renuncia al criterio unitario y estatal, optando por el gremial, cada gremio tendrá su Caja y la dirección y administración de la misma.

Todo esto dio como resultado un conjunto normativo disperso e incoherente, con requisitos y beneficios distintos, generando una especie de anarquía previsional que se traslada también al ámbito financiero, donde comienzan a mezclarse los fondos, los organismos pierden el control y el Estado interviene siendo el principio del fin de la autonomía del régimen previsional.

Inicialmente los primeros organismos previsionales, otorgaban los beneficios, con un estricto control actuarial previo, en función de las cotizaciones recibidas.

En el año 1953, se sanciona la ley 14.236, que reestructura el Instituto Nacional de Previsión Social, lo ubica, en una repartición del Estado, en la Dirección Nacional de Seguridad Social, y se da una nueva denominación a las Cajas como Cajas Nacionales de Previsión y vuelven a gozar de la misma autonomía que tenían antes de la creación del Instituto.

En 1958 se sanciona la ley 14.499, que crea el *Fondo Compensador de Inversiones y Acumulación* integrado con los recursos excedentes de las Cajas, fondos que utilizó el Estado a su criterio, perdiendo nuevamente, las diversas Cajas su autarquía financiera.

En 1967 con la sanción de la ley 17.575 de Reestructuración del Sistema Jubilatorio, se reducen a tres las Cajas administradoras de los distintos Regímenes Nacionales de Previsión, las que funcionarán como organismos descentralizados, con personalidad jurídica propia y autarquía financiera (art. 12), con la Superintendencia de la Secretaría de Estado de Seguridad Social.

Esta ley también deroga la ley 14.236 y determina que los bienes de propiedad del Instituto Nacional de Previsión Social serán transferidos a la Secretaría de Seguridad Social.

Por el decreto-ley 20.147 del 8 de febrero de 1973, se crea el Fondo Nacional de Reserva para las Jubilaciones y Pensiones, creando el ente administrador con personería jurídica y autarquía financiera, pero obliga a las Cajas Nacionales de Previsión a adelantar los recursos necesarios para el funcionamiento del fondo con la metáfora *con cargo de oportuna restitución*.

En el año 1969, con la sanción de los decretos-ley 18.037, para trabajadores en relación de dependencia y decreto-ley 18.038 para trabajadores autónomos, se vuelve a reiterar lo de normas anteriores, que los saldos excedentes de lo recaudado sea transferido al Fondo Compensador, sin perjuicio de que ratifica

la condición de organismo descentralizado, con personalidad jurídica propia y autarquía financiera, de ambas Cajas Previsionales.

De esta breve reseña legislativa claramente se puede observar, que todas las normas le otorgan a los Organismos Previsionales, plena autonomía y autarquía financiera, con lo que podríamos anticipar que el Sistema Previsional es autónomo.

Sin embargo de la mirada en detalle siempre el Estado se reservó la posibilidad de hacer uso indebido de los fondos propios de los organismos, llámese Fondo Compensador o Fondo de Reserva, o traspaso liso y llano con cargo de oportuna restitución.

Lo acontecido con el Régimen de Jubilaciones, también se ha trasladado al Sistema de Seguridad Social todo.

Así planteada la realidad de nuestro país, valga ahora analizar si la Seguridad Social y específicamente el Régimen Previsional cuentan con autonomía.

El maestro Mario Deveali, en 1956 en su obra *Lineamientos de Derecho del Trabajo*, citando al tratadista italiano Alfredo Rocco, expresa *“la autonomía de una ciencia, no debe confundirse con su independencia o mejor con su aislamiento”*.

“A fin de que un cuerpo de doctrina tenga razón de ser y pueda ser considerado como ciencia autónoma es necesario y suficiente: 1) Que sea bastante amplio para merecer un estudio expreso especial; 2) Que contenga doctrina más homogéneas dominadas por conceptos generales comunes y distintos de los conceptos informadores de otras disciplinas; 3) Que tenga un método propio, es decir que utilice procedimientos especiales para el conocimiento de las verdades que constituyen el objeto de sus investigaciones”.

A estas verdades inocultables, que el Derecho de la Seguridad Social indudablemente posee, me permito agregar:

a) Posee principios propios distintos a los de otras ramas del derecho;

b) Tiene autonomía científica, ya que las numerosas y complejas disposiciones legales que reglamentan el acceso a las prestaciones para la cobertura de las contingencias, requieren un estudio orgánico y sistemático, con coordinación para su interpretación.

c) Y como muy importante, lo singular y especial de la legislación que rige a esta rama, marca aún más su independencia de otras.

Con respecto a esta última razón, el maestro Francisco De Ferrari en la obra *Trattato de diritto civile*, define a las legislaciones especiales como las que *“constituyen un cuerpo autónomo de principios con espíritu y directivas propias, un derecho normal, que tiene en sí mismo sus reglas y sus excepciones y que, como sistema orgánico, admite la analogía”*.

Ratificando esta premisa Gallart Folch, manifiesta *“Esto y no más significa la independencia de esta rama jurídica: su especialidad. Porque es especial, es distinta, porque es distinta cabe su autonomía”*.

En efecto se debería conformar y consolidar un organismo especializado en la gestión recaudatoria de la Seguridad Social, al que se le encomiende en exclusividad, las funciones de aplicación, recaudación, verificación, fiscalización y ejecución de los recursos de la Seguridad Social, con participación de los interesados, independiente de los recursos fiscales y de los beneficiarios de prestaciones de asistencia social.

Los regímenes contributivos deberían constituir un organismo como el de España que es la Tesorería General de la Seguridad Social, la que ha sido dotada de personalidad jurídica propia, a modo de mantener una independencia financiera, de donde surjan los recursos para el pago de las prestaciones.

Un país, con características similares al nuestro, como Paraguay tiene desde el año 1943, el Seguro Social, que se organizó y funciona mediante una minuciosa reglamentación, en cuanto a personas amparadas, riesgos cubiertos, las prestaciones que otorga, etc., pero en lo fundamental el Instituto de Previsión Social, es un organismo autónomo, un ente autárquico con personería y patrimonio propio (que asegura su autarquía), que dirige y administra el seguro, en definitiva una entidad estatal descentralizada, que no forma parte del aparato estatal y no está subordinada al gobierno de turno⁵.

En definitiva debería existir la voluntad política de fomentar mecanismos presupuestarios y de control estricto del Sistema, para protegerlo de los abusos a que se ha visto sometido por parte del propio Estado desde su misma creación. Los interesados deben ser parte principal en estos mecanismos.

Simplemente sólo cabe agregar que la Seguridad Social y cada uno de los Subsistemas que integran el Derecho de la Seguridad Social Nacional deben ser autónomos e interdependientes y el Estado, aunque esté obligado a contribuir a ellos porque está en juego el bienestar de los ciudadanos, no tiene facultades para utilizar los fondos que pertenecen a ella, pese a la necesidad de que contribuya jurídica y económicamente a la existencia y funcionamiento de las Instituciones de Seguridad Social.

En próxima entrega, continuando con la autonomía financiera del régimen previsional, se analizará la creación, finalidad, fondos que lo sustentan, funcionamiento, independencia, autonomía y autarquía del Fondo de Garantía de Sustentabilidad del Régimen Previsional Público de Reparto (F.G.S.) creado por el decreto 897 del 12 de julio de 2007, hoy en vigencia.

Bibliografía

ALMANZA PASTOR, JOSÉ M., *Derecho de la seguridad social*, Tecnos, Madrid, 1977.

ALTAMIRA GIGENA RAÚL, *El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social con una mentalidad de cambio*.

AZNAR, SEVERINO, *Los seguros sociales en España*, 1965.

BOSIO, ROSA ELENA, *Cinco Notas de Cátedra Derecho de la Seguridad Social y Subsistemas*, 332 páginas, Lex, Córdoba, 2014.

— *Lineamientos Básicos de la Seguridad Social*, 2ª edición, Advocatus, Córdoba, 2007.

— en obra colectiva *Curso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, dirigida por MIROLO, RENÉ RICARDO, Tomo I, Cap. I, Advocatus, Córdoba, 2003.

— *Desempleo y concertación social*, TySS, XXVII, p. 97.

— *El derecho de la Seguridad Social*, nota de cátedra, UNC, Córdoba, 1995.

BIDART CAMPOS, GERMÁN, *Derecho constitucional*, Ediar, Buenos Aires, 1964.

⁵ CRISTALDO MONTANER, JORGE DARÍO, *Hacia la Seguridad Social*, Litocolor, Asunción, 2005.

- BRITO PERET, JOSÉ y JAIME, RAÚL C., *Régimen previsional*, Astrea, Buenos Aires, 1996.
- CABANELLAS, GUILLERMO, *Tratado de Derecho Laboral*, T. IV, Editorial Bibliográfica Argentina, 1950.
- CONESA, EDUARDO R., *Desempleo, precios relativos y crecimiento económico*, Depalma, Buenos Aires, 1996.
- CRISTALDO MONTANER, JORGE DARÍO, *Hacia la Seguridad Social*, Litocolor S.R.L., Asunción, 2005.
- DEVEALI, MARIO L., *Curso de Derecho Sindical y de la Previsión Social*, Buenos Aires, 1954.
- *Lineamientos del Derecho del Trabajo*, TEA, Buenos Aires, 1948.
- ETALA, CARLOS ALBERTO, *Derecho de la seguridad social*, Astrea, Buenos Aires, 2002.
- ETALA, JUAN JOSÉ, *Curso de Seguridad Social*, Teuco, Dirección de Publicaciones de la Universidad Nacional de Córdoba, 1978.
- FERNÁNDEZ MADRID, JUAN y CAUBET, AMANDA, *Manual de jubilaciones y pensiones*, Errepar, Buenos Aires, 1996.
- GOÑI MORENO, JOSÉ M., *Derecho de la previsión social*, Ediar, Buenos Aires, 1956.
- HÜNICKEN, JAVIER y otros, *Manual de derecho de la seguridad social*, Astrea, Buenos Aires, 1989.
- HÜNICKEN, JAVIER, *Curso de seguridad social*, UNC, Córdoba, 1978.
- MARTÍNEZ VIVOT, JULIO, *Elementos de derecho del trabajo y de la seguridad social*, Astrea, Buenos Aires, 1999.
- PAYA FERNANDO (h) y MARÍA T. MARTÍN, *Régimen de Jubilaciones y Pensiones*, LexisNexis, Buenos Aires, 2004.
- SAGÜÉS, NÉSTOR PEDRO, "Constitucionalismo social", en *Tratado del Derecho del Trabajo*, dirigido por VÁZQUEZ VIALARD, Astrea, Buenos Aires, 1982.
- VÁZQUEZ VIALARD, ANTONIO, *Derecho del trabajo y seguridad social*, Astrea, Buenos Aires, 2000.
- ZELENCA A., *Los Principios fundamentales de la Seguridad Social*.



PRINCIPIO DE PREVENCIÓN Y PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN EN EL DERECHO DE DAÑOS*

*María del Carmen Cerutti***

Resumen: El trabajo comprende: 1. Semejanzas y diferencias que la doctrina considera relevantes entre la función preventiva y la precautoria en el derecho de daños. Las mismas se establecen teniendo en cuenta como se presentan los hechos y la información científica disponible. 2. Descripción de la recepción normativa disponible en la Argentina, realizando diferencias entre reglas formuladas a la manera de normas y formuladas a la manera de principios. Se presentan casos judiciales y se deja planteada las concepciones sobre métodos de interpretación de la ley. 3. Por último se formulan preguntas que sugieren un nuevo replanteo sobre la relación de causalidad en daños que afectan al ambiente, salud y consumidores.

Palabras clave: Función - Preventiva - Precautoria - Interpretación - Causalidad.

1. Introducción

La esencia de la responsabilidad civil se construyó en torno a la clásica función resarcitoria de daños ya causados y que reúnen las condiciones necesarias y suficientes para ordenar la reparación. Pero cuando se multiplican las fuentes causativas de daños, debido al desarrollo industrial y tecnológico de las sociedades, de aquellos daños puros del hecho del hombre o utilizando una cosa como mero instrumento, la legislación tuvo que hacerse cargo de la nueva realidad incorporando nuevas normas que ordenaran la reparación de daños causados por la intervención activa de cosas. Se operan cambios en el factor de atribución, sea presumiendo la culpa en algunos casos o directamente se atribuye un factor objetivo en el caso de cosas riesgosas o viciosas. La mirada se posa en la víctima, se prioriza reparar el daño causado y no el castigo al autor.

Si bien uno de los presupuestos básicos de la responsabilidad civil es el daño causado, la evitación de los mismos fue considerada en determinadas situaciones, y así la función preventiva fue abriendo caminos y ahora está receptada en el reciente Código Civil y Comercial de la Nación. Asimismo en la Ley de Defensa del Consumidor se prevé la aplicación de una multa civil (llamada daños punitivos), en el art. 52 bis. Debido a que las fuentes causativas de daños no se agotan, aparecen nuevos hechos, que repercuten en ámbitos de la salud,

* Recibido el 11/12/14. Aprobado el 02/06/15.

Este trabajo es fruto de análisis y reflexiones sobre la función preventiva y la función precautoria en el derecho de daños, en el marco del proyecto de investigación aprobado por SECYT, referido a: "Atribución de responsabilidad: causalidad y riesgo. Función preventiva y función precautoria en el derecho de daños", dirigido por el Profesor Doctor Ernesto Abril.

** Abogada y Doctora en Derecho y Cs. Ss. (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). E-mail: maria delcarmencerutti@gmail.com.

alimentos y medio ambiente, en muchos casos los daños no son inmediatos, las consecuencias dañosas se presentan a largo plazo, incluso a veces en nuevas generaciones. Es así que en la Ley del Ambiente se autoriza a implementar medidas que si bien tienden a evitar daños, se diferencian conceptualmente de la función preventiva. Es por todo ello que ya no se utiliza la expresión Responsabilidad Civil, que connota básicamente a la función resarcitoria, sino de Derecho de Daños, denotando a las distintas funciones aludidas.

En el presente ensayo, la pretensión es referirme a los principios preventivo y precautorio, establecer las semejanzas y diferencias conceptuales entre ambos, la recepción normativa, su aplicación en fallos judiciales, plantear los métodos de interpretación de la ley y las nuevas preguntas que movilizan la estructura básica sobre la cual, desde sus orígenes, se construyó la responsabilidad civil; sobre todo la relación de causalidad. No es éste un trabajo pretensioso, ni que aporte respuestas, sino más bien interrogantes sobre los cuales los estudios de doctrina deberán encontrar caminos plausibles para aplicar los presupuestos básicos del Derecho de Daños.

2. Derecho de Daños: funciones

Como expresé en la Introducción, hoy ya no se discute que junto a la básica y primordial función resarcitoria, se reconoce y aplica la función preventiva y en determinados casos la punitiva y la precautoria.

En lo que sigue abordaré las funciones preventiva y precautoria.

3. Principio de prevención y principio de precaución: semejanzas y diferencias

La función preventiva y precautoria se originan y se construyen en torno a los principios que subyacen a las mismas. Por eso la primera pregunta que se impone es cuál es la diferencia entre normas jurídicas y principios jurídicos. A partir de las ya clásicas obras de Alexy y Dworkin¹, el uso de los principios dejaron de ser una mera invocación, sino que se estudia su origen, su función y aplicación y su diferencia con las normas.

Los autores mencionados explican que un sistema jurídico se compone de reglas que pueden estar formuladas a la manera de normas o como principios. La diferencia entre normas y principios (explica Dworkin) puede establecerse de la siguiente manera: las normas estipulan los hechos y si los mismos se dan, prescriben la consecuencia jurídica, se aplican disyuntivamente, todo o nada (o el hecho fáctico se subsume en la norma, o no resulta un caso de aplicación de la misma), también las normas establecen los casos de excepción. En cambio los principios operan de manera diferente, esto es: no establecen las condiciones de aplicación, ni las excepciones, ni las consecuencias jurídicas, tienen una dimensión que falta en las normas: la dimensión del peso o su importancia, ya que

¹ ALEXY, ROBERT, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, versión castellana: GARZÓN VALDÉS, ERNESTO, también en: *Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica*, en Doxa 5, Cuadernos de Filosofía del Derecho. Centro de Estudios Constitucionales y Seminario de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante, Alicante, España, 1988. DWORKIN, RONALD, *Los derechos en serio*. Traducción Marta Guastavino, Ariel, Derecho, España (1984) (1989). También Planeta - De Agostini, Barcelona, 1993.

pueden resultar de aplicación en un caso consideradas todas las circunstancias y no aplicables en otro. Explica Alexy que son mandatos de optimización: apuntan a lograr que algo se realice en la mayor y mejor medida posible. La mayoría de las reglas constitucionales están formuladas a la manera de principios, mientras que las reglas de los Códigos de fondo y de procedimiento están formuladas a la manera de normas². Volveré sobre esto en el apart. 4.º, con referencia a artículos de Códigos de fondo y leyes especiales.

Conforme a lo anterior podemos afirmar que la función resarcitoria está formulada a la manera de normas, ya que en el Código Civil de Vélez Sarsfield se establecen las condiciones o presupuestos que deben darse para ordenar la reparación de los daños, consecuencias por las que se responde y eximentes. También el nuevo Código Civil y Comercial dedica la Sección 3ª, del Título V —Otras fuentes de las obligaciones—, a la Función resarcitoria (arts. 1716 a 1736). En las Secciones siguientes prescribe que se entiende por daño resarcible, daños indemnizables, consecuencias por las que se responde, responsabilidad directa, por el hecho de terceros, por la intervención de cosas y ciertas actividades, colectiva y anónima, supuestos especiales de responsabilidad, ejercicio de la acción. En la Sección 2ª de este Título se incorpora la Función preventiva, a la que luego me referiré.

Luego del fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso Santa Coloma³, de fecha 5 de agosto de 1986, donde la Corte por primera vez se refiere al principio *alterum non laedere* y reconoce que tiene raíz constitucional en el art. 19 de la Ley Fundamental; la doctrina invoca el principio general de no dañar.

El principio general de no dañar, subyacente en el sistema, implica que toda persona tiene el deber de no dañar a otra, y que a toda persona le asiste un derecho a no ser dañado. En este sentido resulta que el principio de no dañar es un principio general del derecho, o sea una regla formulada a la manera de principio, que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas. Los principios son, por consiguiente, *mandatos de optimización* que se caracterizan porque pueden ser cumplidos de diversos grados. En este caso y con relación a la prevención de daños, teniendo en cuenta las posibilidades jurídicas y fácticas, se tiene el deber de prevenir daños y de no agravar daños que ya se han producido. En cuanto a la función precautoria, también dadas determinadas circunstancias, resultaría de aplicación este principio. Si bien, en ambos casos: prevención y precaución, como se trata de evitar daños aún no producidos o evitar la agravación de los que comenzaron a producirse, se debe actuar con cautela, porque generalmente entran en conflicto otros derechos, tales como libertad de trabajar.

² Alexy en referencia a esto utiliza el término norma para comprender a las reglas y los principios, expresando que: "El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas. Los principios son, por consiguiente, *mandatos de optimización* que se caracterizan porque pueden ser cumplidos de diversos grados..." "En cambio las reglas son normas que exigen un cumplimiento pleno... pueden siempre ser sólo cumplidas o incumplidas. Si una regla es válida, entonces es obligatorio hacer precisamente lo que ordena. Las reglas contienen por ello *determinaciones* en el campo de lo posible fáctica y jurídicamente", en *Doxa* 5.

³ JA, 1986-IV-624 y en ED, 1987-120-649.

3.1. Semejanzas y diferencias⁴

3.1.1. Semejanzas

3.1.1.1. Ambos procurar evitar daños graves y futuros.

3.1.1.2. Ambos fueron receptados en la legislación, si bien de manera poco orgánica, y rebasan o exceden los límites del derecho civil, las normas que los receptan también provienen del derecho público. La recepción normativa será motivo de tratamiento en el punto siguiente.

3.1.2. Diferencias

3.1.2.1. **El principio de prevención** puede operar de dos maneras: una de carácter *general* por medio de la disuasión y otra *específica* mediante la imposición a ciertos sujetos, de deberes especiales, destinados a controlar y a aminorar los riesgos de la actividad que despliegan, mediante la adopción de medidas de seguridad adecuadas, o mediante mecanismos orientados a impedir la consumación del daño o a detener los efectos de una acción dañosa ya iniciada⁵. La amenaza de una sanción que puede provenir tanto del derecho privado como del derecho público, cumple una función disuasiva, pero es más concreta la función específica.

Respecto a esta función específica, el principio de prevención tiende a evitar un daño futuro pero cierto y mensurable. Opera para prevenir todo tipo de daños, si bien su origen y aplicación se vincula con la introducción de cosas y actividades riesgosas, que entrañan posibilidades ciertas de causar daños, o sea se mueve en un margen de certidumbre, ya que la peligrosidad de la cosa o de la actividad es conocida e informada, el riesgo es confirmado; si bien se ignora si el daño va a producirse en un caso concreto. Los intereses afectados por peligro cierto de daño, pueden ser individuales o colectivos. Generalmente se producen conflictos de intereses entre quien introduce la cosa o desarrolla la actividad riesgosa y el o los afectados por las consecuencias dañosas que se deriven y que se tratan de prevenir. De este conflicto de intereses Pizarro se formula dos preguntas⁶: 1) Se tiene un derecho a exigir a alguien (un particular o al Estado) la prevención de ciertos daños?, y 2) por contrapartida, ¿se tiene un deber (sea un particular o el Estado) de prevenir ciertos daños? Para resolver estas situaciones se debe ponderar en cada caso concreto, teniendo en cuenta variables sociales, económicas, políticas, o sea como impacta la medida preventiva en esos ámbitos, intentando de la mejor manera posible lograr un equilibrio. Es por ello que la prevención no opera en general, ni en abstracto, sino con racionalidad en cada caso concreto y teniendo en cuenta ciertos requisitos: a) amenaza de causación

⁴ En este punto se sigue lo expuesto en las XXIII Jornadas Nacionales De Derecho Civil. Realizadas en Tucumán en septiembre de 2011. Comisión N° 3: Principios de Prevención y Precaución. Consideraciones Generales. Ponencia presentada por las Dras. María del Carmen CERUTTI, MARÍA CRISTINA PLOVANICH, BEATRIZ JUNYENT BAS y CONSTANCIA LOUSTAU BIDAUT. Profesoras de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba.

⁵ PIZARRO, RAMÓN D. - VALLESPINOS, CARLOS G., *Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones 2*, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, pp. 462-463.

⁶ Conferencia pronunciada por Ramón D. Pizarro el día 15 de junio de 2011, en el marco de las Jornadas Preparatorias, organizado por el Seminario permanente de Derecho Privado, Facultad de Derecho y Cs. Ss., UNC, dirigido por la Dra. Norma Juanes. También en *Compendio de derecho de daños*, Cap. VI, PIZARRO, RAMÓN D. - VALLESPINOS, CARLOS G., Hammurabi, Buenos Aires, 2014, pp. 261-268.

de daño y que provenga del uso de cosas o actividades, que si bien son permitidas, el riesgo que entrañan y la posibilidad cierta de daño, las torna o tiñe de anti-jurídicas⁷, b) razonable relación —aunque todavía no haya daño causado— entre el hecho y el perjuicio que puede causar, c) amenaza de daño, se debe proyectar sobre intereses legítimos, sean individuales o colectivos, d) falta de obstáculos normativos que impidan la prevención. Tal el caso de libertad de prensa consagrada en la Constitución Nacional, puede discutirse y evaluarse si en ejercicio de dicha libertad se afectan derechos personalísimos como el honor o la intimidad, y en cuyo caso solicitar se impida la publicación oral, escrita o televisiva. Concluye Pizarro que en la prevención no hay blancos o negros, sino grises, si bien es en el marco del derecho ambiental donde el gris es tan claro que se parece al blanco, la política llevada a cabo para preservar el medio ambiente es un eje para tomar medidas preventivas.

3.1.2.2. **El principio de precaución** apunta a impedir la creación de un riesgo con efectos todavía desconocidos y por lo tanto imprevisibles; porque la incertidumbre es en cuanto a la ausencia de información o certeza científica sobre la peligrosidad misma de la cosa o de la actividad, si bien existe un riesgo o peligro potencial incierto, por ser inciertos los soportes científicos que podrían identificarlo y describirlo. La génesis de este principio fue en el ámbito de protección al medio ambiente, ahora es invocado en cuestiones relativas a la salud humana, con especial atención a la seguridad alimentaria y medicamentos. Como expresa Kemelmajer de Carlucci: “El principio de precaución se aplica en todo aquello que supone resguardar derechos humanos y privilegia la hipótesis de que suceda lo peor, un daño irreversible, aún en un plazo muy largo”⁸. O sea, estamos ante una ampliación de su aplicación, que excede la protección del ambiente.

Este principio, según Bergel⁹, tiene dos componentes fundamentales:

1) la necesidad de actuar ante la amenaza de un riesgo real o potencial, cuya efectivización puede conducir a la generación de daños graves e irreparables,

2) la falta de evidencia científica con respecto a la existencia del propio riesgo.

Se diferencia de la tutela preventiva en que la precaución aconseja actuar aun ante la incerteza de los daños que se estarían por producir, pero que de ser ciertos los temores sus efectos podrían ser devastadores. La incertidumbre que surge es científica, pero no por ello debe dejarse de actuar o advertir el peligro potencial. Como ejemplos pueden mencionarse a la encefalopatía espongiforme (mal de la vaca loca), la contaminación ambiental, las enfermedades que podrían transmitir los celulares, los alimentos transgénicos. Su ámbito de aplicación es,

⁷ La ponente Dra. CERUTTI, considera que la antijuridicidad no es un elemento necesario, en el sentido que deba estar presente en todos los casos, sino contingente. Por lo tanto, el uso de cosas o desarrollo de actividades riesgosas, pueden ser motivo de tomar medidas preventivas, impidiendo o haciendo cesar, aun cuando no sean anti-jurídicas, pero se justifica la medida en virtud del riesgo confirmado.

⁸ KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA, “Determinación de la filiación del clonado”, JA, 2001-IV, fascículo n° 12.

⁹ BERGEL, SALVADOR, “Introducción del principio precautorio en la responsabilidad civil”, en *Derecho privado*, Hammurabi, Buenos Aires, 2001, p. 1008.

pues, el *medio ambiente* y los productos elaborados en la medida en que puedan afectar la *salud humana*.

El principio de *precaución* no tiende a frenar el progreso ni el desarrollo, sino a lograr lo que se denomina *desarrollo sustentable*, por ello *las medidas que se decretan en su virtud siempre tienen carácter provisorio y son reversibles, si el avance científico demuestra la inocuidad del producto*¹⁰. Roberto Andorno sostiene que el principio de precaución no es un freno al desarrollo porque no implica necesariamente la prohibición de la actividad, sino que hay precaución cuando, por ejemplo, se limita a *medidas intermedias* como ser: “promover una profundización de los estudios científicos a fin de tener una idea más acabada de la magnitud del riesgo; imponer un etiquetado obligatorio de advertencia al consumidor; hacer un seguimiento más cuidadoso del producto y de sus efectos; alentar la búsqueda de soluciones alternativas más seguras para la población, etcétera”¹¹.

Pizarro¹² estima que para tomar medidas precautorias se debe obrar con razonabilidad y prudencia, porque el parámetro es la duda y deben darse los siguientes requisitos: a) incertidumbre del riesgo, dudas apoyadas en posibles conjeturas científicas, porque si hubiera certeza se está en la prevención, b) valuación científica del riesgo, c) perspectiva de daño grave e irreversible, agregamos que se proyecta sobre intereses legítimos generalmente colectivos, d) razonable proporción entre la medida adoptada y consecuencias que pueden impactar en otros ámbitos, por ejemplo grandes costos difíciles de soportar por la comunidad en la que se aplica la medida.

Si bien el principio precautorio se sustenta en el preventivo, la diferencia entre la prevención del daño y la precaución del daño es que en la prevención se sabe a ciencia cierta que un hecho dañoso ocurrirá si no se adoptan medidas; en la precaución existe la incertidumbre sobre el riesgo o la inocuidad¹³. En el primero el riesgo es actual; en el segundo, potencial¹⁴, por lo que la actuación de prevención normalmente es más fuerte. Los llamados “riesgos del desarrollo”, que se caracterizan cuando el defecto del producto existe pero no era reconocible a la luz de los conocimientos científicos y técnicos existentes en el momento de la comercialización, podrían incluirse para prevenir daños tomando o bien medidas preventivas o precautorias, según el caso¹⁵.

¹⁰ ANDORNO, ROBERTO, “Pautas para una correcta aplicación del principio de precaución”, JA, 2003-III-962, p. 968. Asimismo, se establecen diferencias entre “desarrollo sostenido y desarrollo sostenible”, en cuanto al primero sería mantenerlo firme, sin reparar en los condicionantes y en las eventuales consecuencias, mientras que el sostenible consiste en administrar con un aprovechamiento racional y responsable los recursos del planeta para atender a la satisfacción de las necesidades de nuestros contemporáneos, sin descuidar las de futuras generaciones. Cfme. FLAH, LILY R. - SMAYEVSKY, MIRIAM, “Ecología: Desarrollo sostenido y Desarrollo sostenible”, en *Responsabilidad por daños en el tercer milenio*. Homenaje al Profesor Doctor Atilio Aníbal Alterini, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, pp. 356-357.

¹¹ ANDORNO, ROBERTO, “Pautas para una correcta...”

¹² Conferencia pronunciada por Ramón D. Pizarro el día 15 de junio de 2011.

¹³ GOLDENBERG, ISIDORO - CAFFERATA, NÉSTOR A., “El principio de precaución”, JA, 2002-IV-1443.

¹⁴ ANDORNO, ROBERTO, “Pautas para una correcta aplicación...”

¹⁵ Respecto a “Riesgos del desarrollo”, como eximente de responsabilidad civil, ver PIZARRO, RAMÓN DANIEL, *Responsabilidad Civil por Riesgo Creado y de Empresa*, Parte Especial, T. II, La ley, 2007, pp. 391-407.

4. Recepción normativa: interpretación de la ley

4.1. Análisis de reglas y principios. Casos judiciales

El principio general de no dañar, de base constitucional, es el que subyace tanto para resarcir daños causados (función resarcitoria), como para prevenir daños graves y futuros (función preventiva y función precautoria)¹⁶. Ahora bien, en Códigos de fondo y leyes especiales se contienen normas referidas a las funciones preventiva y precautoria. El principio de *prevención* encuentra hoy una base normativa firme en el art. 43 de la Constitución Nacional, pero en el Código Civil de Vélez Sarsfield y leyes ya había sido receptado, por lo que se puede afirmar que la función preventiva no es una novedad en el derecho de daños. Hasta podría argumentarse que el Código de Vélez lo tuvo en cuenta en el art. 1067 con la locución “daño causado, u otro acto exterior que lo pueda causar”; no puede decirse lo mismo de la redacción del art. 1132, que prohíbe la llamada *cautio damni infecti*, es decir la “garantía por el perjuicio eventual que pueda causar la ruina de un edificio. Tampoco puede exigir que repare o haga demoler”. Sin embargo, después de la reforma de la ley 17.711 el art. 2499 consagra el principio opuesto cuando el segundo párrafo dice: “Quien tema que de un edificio o de otra cosa derive un daño a sus bienes, puede denunciar ese hecho al juez a fin de que se adopten las oportunas medidas cautelares”.

La tutela civil, además del amparo con su claro carácter preventivo, se manifiesta en varias disposiciones legales, tales como: el art. 1071, que prohíbe el abuso del derecho, lo que posibilita que se pida la actuación judicial cuando el acto abusivo aún no ha producido daños pero seguramente lo hará; el art. 1071 bis de protección a la intimidad, que faculta al juez a obligar al dañador a cesar en sus actividades; el art. 2618, que confiere acción para hacer cesar las molestias en las relaciones entre vecinos; el art. 79 de la ley 11.723 de Propiedad Intelectual que autoriza al juez a “decretar preventivamente la suspensión de espectáculos... y toda otra medida que sirva para proteger eficazmente los derechos que ampare esta ley”; el art. 1º, ley 23.592, que permite ordenar el cese de los actos discriminatorios, además de obligarlo a pagar los daños; el derecho de réplica de raíz constitucional por la adopción del Pacto de San José de Costa Rica; el art. 21 de la ley 18.248 de Nombre, que autoriza a pedir el “cese del uso indebido” del nombre “sin perjuicio de la reparación de los daños”. También pueden mencionarse los arts. 5º y 6º de la Ley de Defensa del Consumidor, arts. 42 y 52 y la Ley de Defensa de la Competencia. En el derecho comercial también encontramos ejemplos de prevención del daño, como el art. 195 de la ley 19.550. La Ley General del Ambiente 25.675 dispone en el art. 30, párr. 3º, que “toda persona podrá solicitar, mediante acción de amparo, la cesación de actividades generadoras de daño ambiental colectivo”.

¹⁶ Respecto a los principios, expresa Ávila : “...los principios al estar relacionados con valores que requieren una apreciación subjetiva de quien los aplica, no son susceptibles de investigación controlable intersubjetivamente”. “Los principios son reverenciados como *bases o pilares* del ordenamiento jurídico sin que a esa veneración se le añadan elementos que permitan entenderlos y aplicarlos mejor”, en ÁVILA, HUMBERTO, *Teoría de los principios*, Colección Filosofía y Derecho, Traducción de Laura Criado Sánchez, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, Buenos Aires, 2011, p. 26.

En todos los casos la tutela preventiva está dada porque se hace la salvedad de que el cese de la actividad dañosa puede pedirse sin perjuicio o independientemente de los daños causados.

Es claro entonces que la ley argentina reconoce la existencia de un principio de prevención sustantivo¹⁷.

La jurisprudencia ha considerado que “la prevención —como mecanismo asegurado por la Constitución como garantía implícita para neutralizar los perjuicios no causados— constituye un mandato para la magistratura, cuya función preventiva de daños es una faceta de su accionar, tanto o más importante que la de reparar los perjuicios causados; en especial cuando se trata de los derechos humanos primeros (en cuyo caso la prevención es preferible a su reparación) de los más vulnerables (en cuyo caso la tutela debe ser mayor)”¹⁸. El Proyecto de Unificación de 1998, lo incorpora expresamente en los arts. 1585 y 1586.

En el recientemente sancionado Código Civil y Comercial de la Nación, en el Libro Tercero, Título V, cinco (5) artículos contienen disposiciones sobre la función preventiva. En la Sección 1ª, “Art. 1708.— *Funciones de la responsabilidad*. Las disposiciones de este Título son aplicables a la prevención del daño y a su reparación.” En la Sección 2ª, los arts. 1710 a 1713 se refieren a esta función. En este sentido el art. 1710 prescribe un deber de prevenir el daño; que lo tiene toda persona en cuanto de ella dependa, de: a) evitar causar un daño no justificado; b) adoptar... las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud...; c) no agravar el daño, si ya se produjo. El art. 1711 establece que la acción preventiva procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento. No es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución. El art. 1712 respecto a la legitimación, establece que “Están legitimados para reclamar quienes acreditan un interés razonable en la prevención del daño.” Por último el art. 1713 se refiere a la sentencia, en este sentido ordena: “La sentencia que admite la acción preventiva debe disponer, a pedido de parte o de oficio, en forma definitiva o provisoria, obligaciones de dar, hacer o no hacer, según corresponda, debe ponderar los criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo para asegurar la eficacia en la obtención de la finalidad”.

Los arts. 1710 a 1713 son textos a los cuales se les otorgará o construirá un sentido a partir de la interpretación. Ante la pregunta si estos textos (arts. 1710 a 1713), se formulan como normas (o reglas en la terminología de Alexy) o como principios, entiendo que caben las dos variantes. En efecto, el art. 1710 prescribe un comportamiento, estableciendo deberes concretos; el art. 1711 establece las condiciones para que proceda la prevención, esto es: debe tratarse de una acción u omisión antijurídica, que hagan previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento y no hace falta invocar ningún factor de atribución; o sea se exige una correspondencia entre los hechos (acción u omisión que hagan previsible el daño) y lo previsto en la norma (acreditado el hecho fáctico, es procedente la acción de prevención). Por su parte el art. 1712 establece quiénes están legitimados para accionar. Estos textos pueden interpretarse formulados como

¹⁷ LÓPEZ HERRERA, EDGARDO, *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006, p.62.

¹⁸ Trib. Familia de Lomas de Zamora, 24/5/2001, “M., H. c. Pami”, JA, 2001-III-421, con nota de Ghersi, Carlos, “El Poder Judicial y los derechos humanos”.

normas (o reglas)¹⁹. Pero respecto a la interpretación del art. 1713, entiendo que podría dar lugar a sostener que: la sentencia que admite la acción preventiva debe disponer obligaciones de dar, hacer o no hacer, según corresponda, esto es una formulación a la manera de regla ya que establece obligaciones concretas, pero para llegar a esa decisión se deben ponderar los criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo para asegurar la eficacia en la obtención de la finalidad. O sea primero realizar un juicio de ponderación de los aspectos relevantes, para tomar la decisión, esta ponderación no tiene la pretensión de generar la solución específica, sino contribuir a la adopción de la decisión, y este juicio previo de ponderación es una formulación a la manera de principio, de qué aspectos se deben considerar para tomar la decisión (sentencia) que dispondrá obligaciones, pero que la restricción sea lo menos restricta y el medio sea el más idóneo para lograr eficacia en la finalidad que se persigue²⁰.

En cuanto al principio *precautorio* la ley argentina del Medio Ambiente 25.675, prescribe en el art. 4, 4º párr.: “*Principio precautorio*: Cuando haya peligro de daño grave o irreversible la ausencia de información o certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces, en función de los costos, para impedir la degradación del medio ambiente”, también la Argentina adhirió a Declaraciones, Convenios y Protocolos. Esta disposición no cabe duda que está formulada a la manera de principio, se debe ponderar que aún frente a la ausencia de información o certeza científica, el peligro de daño es suficiente para adoptar medidas que impidan la degradación del ambiente. Los elementos a considerar en la ponderación son las circunstancias que en el caso sometido a decisión se consideren relevantes.

Casos judiciales que aplicaron el principio precautorio y otros que lo rechazaron: Son variados los casos en la Argentina donde se solicitó la aplicación del principio precautorio, en esta oportunidad sólo me referiré a un caso en el cual la argumentación de los magistrados es clara y precisa para aplicar la función precautoria, en base al principio precautorio. Luego mencionaré casos que invocan el principio mencionado, pero no se hace una correcta aplicación del mismo. Por último, un caso donde los Magistrados exponen las razones por las cuales rechazan la aplicación del principio precautorio

Caso: “Salas, Dino y otros c. Provincia de Salta y Estado Nacional”. Un grupo de personas promovió acción de amparo en contra de la Provincia de Salta y del Estado Nacional, invocando el art. 43 de la Constitución Nacional, solicitan-

¹⁹ Sostiene ÁVILA en *Teoría de los principios*, que las reglas pueden disociarse de los principios: 1) Por la forma de prescribir el comportamiento. Las reglas establecen obligaciones, permisos y prohibiciones mediante la descripción de la conducta que ha de cumplirse (caso del art. 1710). Los principios son normas finalistas que establecen un estado de cosas cuya promoción gradual depende de la adopción de comportamientos necesarios para ello, la cualidad primordial de los principios es, justamente, determinar la realización de un fin jurídicamente relevante. 2) Por la justificación que exigen. Las reglas exigen una evaluación de la correspondencia entre la construcción conceptual de los hechos y la construcción conceptual de la norma y la finalidad que le da soporte (caso del art. 1711). Los principios requieren una evaluación de la correlación entre el estado de cosas establecido como fin y los efectos de derivados de la conducta considerada necesaria. 3) Por la forma de contribuir a la decisión. Las reglas son normas preliminarmente decisivas y abarcadoras, tienen la aspiración de generar una solución específica para el conflicto en cuestión. Los principios son normas primariamente complementarias y parciales, no tienen la pretensión de generar una solución específica, sino la de contribuir, junto a otras razones, a la adopción de una decisión.

²⁰ El art. 1713 permite acudir a principios que contribuyan a tomar la decisión que impondrá obligaciones concretas.

do: a) se disponga el cese inmediato y definitivo de los desmontes y talas indiscriminadas de los bosques nativos situados en los Departamentos San Martín, Orán, Rivadavia y Santa Victoria de dicha Provincia, b) se declare la inconstitucionalidad y nulidad absoluta e insanable de las autorizaciones otorgadas y se prohíba otorgarlas en el futuro, c) se imponga a la demandada el deber de recomponer y restablecer el ambiente al estado anterior a la producción del daño y, en su defecto, si ello no resultara técnicamente factible, se fije una indemnización sustitutiva en su favor. Expresan que la Provincia no cumplió sus obligaciones —tanto por acción como por omisión— al otorgar dichas autorizaciones de desmonte y tala y tolerar prácticas realizadas de manera clandestina, Solicitan medida cautelar que ordene el cese provisional del desmonte y tala de bosques nativos de la zona durante todo el tiempo que demande la sustanciación de la litis. La Corte Suprema de Justicia de la Nación en la primera sentencia dictada en el caso en cuestión²¹, dispuso: a) convocar a una *audiencia pública* donde las partes deberían expedirse sobre la situación denunciada, y b) hacer lugar a la *medida cautelar* solicitada y, en consecuencia, ordenar de manera provisional, el cese de los desmontes y talas de bosques nativos en las zonas referidas por los demandantes. Ello, por mediar en el caso particular la *suficiente verosimilitud en el derecho y la posibilidad de perjuicios inminentes o irreparables* y por resultar aplicable el *principio precautorio* previsto en el art. 4º de la ley 25.675. Posteriormente, la provincia de Salta solicitó se deje sin efecto la medida cautelar, la Corte dicta otro fallo²², argumentando que dicha medida cautelar se fundó en el principio precautorio y que si bien en el caso se probó que las autorizaciones otorgadas para la tala y el desmonte tomaron en cuenta el impacto ambiental, no se había realizado ningún estudio relativo *al efecto acumulativo* del total de las autorizaciones. Expresa que la tala y desmonte de una superficie de un millón de hectáreas tendrán un efecto negativo sobre el ambiente, que según la ley provincial 7543 pueden ser categorizadas como de alto valor de conservación, lo que configura una clara situación de peligro de daño grave porque podría cambiar sustancialmente el clima de toda la región, con afectación no sólo de sus actuales habitantes, sino también de generaciones futuras. Que de producirse el perjuicio sería irreversible, ya que no habría manera de volver las cosas a su estado anterior. Así existe un *peligro claro de daño irreversible y una ausencia de información relativa a dicho perjuicio*²³. En relación al deber del funcionario público en virtud del principio precautorio, la Corte puntualizó que éste tiene una obligación de previsión extendida y anticipatorio, que actuar precautoriamente y obtener de manera previa a otorgar la autorización la suficiente información a efectos de adoptar una decisión basada en un adecuado balance de riesgos y beneficios. También se expidió sobre la relación ambiente-desarrollo, en este sentido consideró que la aplicación del principio de precaución implica la armonización de ambos mediante un juicio de ponderación razonable, su complementariedad, no su oposición. La tutela del ambiente —expresa la Corte— no significa detener el progreso, sino hacerlo más perdurable en el tiempo para el disfrute de generaciones futuras. Resolvió rechazar el planteo efectuado por la Provincia de Salta y requerir al Estado provincial un estudio

²¹ Fallos: 331:2925, de fecha 29/12/2008.

²² Fallos: 332:663, de fecha 26/3/2009.

²³ Se dan en el caso los dos presupuestos fácticos para aplicar el principio precautorio.

de impacto ambiental y suspender todas las autorizaciones de tala y desmonte en la zona afectada hasta tanto se efectúe el estudio ordenado, pues considera que se impone la aplicación del principio precautorio. Dispuso que el estudio del impacto de los procesos de tala y desmonte se concentre en el efecto acumulativo sobre el clima, paisaje y el ambiente en general, como también en las condiciones de vida de los habitantes y proponer una solución que armonice la protección de los bienes ambientales con el desarrollo, en función de los costos y beneficios involucrados para las partes y las generaciones futuras. Entiende la Corte que su decisión encuentra fundamento en la ley del ambiente 25.675, cuando dispone que *“el juez podrá extender su fallo a cuestiones no sometidas expresamente a su consideración por las partes”*.

Entiendo que este fallo de la Corte es señero en materia ambiental y en la aplicación del principio precautorio, analiza una serie de cuestiones que dan respuesta a una serie de interrogantes. Veamos: 1.- Caracteriza al principio precautorio en un caso concreto, en el cual se reúnen los dos presupuestos fácticos para su aplicación: a) *peligro claro de daño irreversible*, y b) *una ausencia de información relativa a dicho perjuicio*. 2.- Puntualiza cuál es el deber y las obligaciones previas que debe llevar adelante el funcionario público, antes de otorgar autorizaciones que pueden impactar en el ambiente. 3.- Si bien no brinda una definición explícita acerca de qué entiende por daño ambiental, lo caracteriza teniendo en cuenta las siguientes variables: clima, paisaje, ambiente en general, condiciones de vida de los habitantes y repercusión en generaciones futuras, introduce para ponderar las acciones nocivas en el ambiente el “efecto acumulativo”, ampliando la noción de daño. En doctrina (DRNAS, 2008:55) se diferencia daño y cambio ambiental. La autora entiende que para que el cambio constituya daño ambiental, debe acarrear un resultado perjudicial sustantivo. La Corte estimó que el daño era grave ya que podría cambiar sustancialmente el clima de toda la región afectando tanto a los habitantes presentes como a generaciones futuras. 4.- El llamado a Audiencia pública, que permite la participación ciudadana e información pública, lo que significa mayor transparencia. Todo esto es lo que entendemos por ponderar hechos y circunstancias concretas que contribuyen a la toma de decisión. 5.- Otra arista novedosa es cómo la Corte entiende la función del juez que debe resolver cuestiones ambientales: un juez activo y comprometido con el cuidado del medio ambiente. En este sentido se refirió al nuevo rol del juez ambiental, que haciendo uso de facultades concedidas por la ley general del ambiente (art. 32), puede someter a su consideración cuestiones no planteadas expresamente por las partes. 6.- La argumentación de la Corte para aplicar el principio precautorio reúne las condiciones que la doctrina establece para diferenciar las reglas (o normas) de los principios, esto es: a) Por la justificación que exigen. Los principios requieren una evaluación de la correlación entre el estado de cosas establecido como fin y los efectos derivados de la conducta considerada necesaria. b) Por la forma de contribuir a la decisión. Los principios, no tienen la pretensión de generar una solución específica, sino la de contribuir, junto a otras razones, a la adopción de una decisión.

Un caso en el cual el juez aplicó correctamente el principio precautorio, disponiendo que no se otorgaran nuevos permisos hasta que no se dirimieran cuestiones pendientes, pero no se expidió sobre autorizaciones ya otorgadas por la autoridad administrativa argumentando que regía la presunción de su legiti-

midad, el juez no se valió de la relativización de la presunción de validez de los actos administrativos que acompaña al principio de precaución²⁴.

Casos que invocaron el principio precautorio pero no reunían las condiciones exigidas. En los casos que se mencionan a continuación los Magistrados consideraron que la cuestión debía ponderarse a la luz del principio precautorio, pero se trató de casos en los cuales se comprobó que el riesgo era cierto y actual, por lo tanto se trató de supuestos donde los hechos fácticos permitían la aplicación del principio preventivo. Por razones de espacio no se explicitan los hechos y se citan a pie de página²⁵.

*Caso que rechaza la aplicación del principio precautorio*²⁶: El Tribunal con voto por mayoría rechaza la acción de amparo interpuesta por considerar que los demandantes no habían demostrado la potencialidad del electromagnetismo para producir daños y que el planteo era meramente conjetural y que no estando acreditada lesión a la vida, salud y medio ambiente, la autorización para la instalación de antenas era legal. Frente a la incertidumbre se rechaza la acción. Si bien un voto en minoría entendió que por aplicación del principio precautorio, la falta de certidumbre científica en torno a los efectos que producían las radiaciones electromagnéticas hacía procedente la acción, pues ante la mera posibilidad de riesgo grave e irreversible deben adoptarse las medidas necesarias para evitar que el riesgo finalmente se concrete.

4.2. Métodos de interpretación de la ley

En el ámbito filosófico es motivo de investigación el análisis del método de interpretación de la ley que sigue el legislador. Así se sostiene que: “El problema de la interpretación de la ley ha sido y es parte de la agenda de debate de las teorías jurídicas contemporáneas, entre las cuales se destaca por su recepción, tanto en nuestra práctica judicial, como en los ámbitos académicos, el llevado a cabo entre una concepción del derecho positivista, que adopta un método conversacional de la interpretación y, una concepción pospositivista, que se apoyó en un modelo constructivista de la interpretación²⁷. Según el modelo conversacional de interpretación los criterios de interpretación tendrían un orden de prelación, donde la literalidad y la intencionalidad mantendrían la prioridad por sobre el resto, mientras que según el modelo constructivista de interpretación, no habría tal prioridad, sino por el contrario, la selección de un criterio por sobre otro vendrá dado por, lo que a partir de Dworkin se suele denominar la finalidad de alcanzar la “mejor perspectiva”.

²⁴ Juzg. Contencioso Administrativo de la Ciudad de Buenos Aires, 6/11/2006, “Oybin, Mario J., c. Ciudad de Buenos Aires”.

²⁵ CContencioso Administrativo de La Plata, 10/8/2010, “Solari, Marta y otros s/ amparo. Incidente de apelación”; Juzg. Contencioso Administrativo n° 1 de Zárate-Campana, 17/8/2005, “O.M.A c. Municipalidad de Zárate y otros”.

²⁶ TSJ Córdoba, 11/3/2003, “Castellani, Carlos E. y otros”. El demandante solicitó que se ordene la suspensión de la autorización de la instalación y oportuna erradicación de antenas de telefonía celular en la ciudad de Oncativo, hasta que se estableciera científicamente la inexistencia de todo riesgo o peligro a la salud de la población o al medio ambiente.

²⁷ Respecto al método conversacional ver MARMOR, ANDREI, *Interpretación y teoría jurídica*, Gedisa, Barcelona, 2001. Mientras que el método constructivista se apoya en el pensamiento de Dworkin. Ver DWORKIN, RONALD, *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1978; *Laws Empire*, The Harvard University Press, Cambridge, 1986, *Justice for Hedgehogs*, The Harvard University Press, Cambridge, 2013.

En esta oportunidad sólo pretendo dejar planteado que el método conversacional parece ser el adoptado por el Código Civil de Vélez Sarsfield, a tenor de lo dispuesto en el art. 16, mientras que a partir de la constitucionalización del derecho privado y la ausencia de un orden de prioridad en el uso de los métodos dispuesto en los arts. 1º y 2º del nuevo Código Civil y Comercial, es atendible sugerir que la concepción metodológica adoptada es la constructivista o quizás puedan convivir ambas. En las disposiciones generales sobre responsabilidad civil se establece en el art. 1709 una prelación normativa cuando concurren las disposiciones del Código y las de alguna ley especial relativa a responsabilidad civil, en este orden la prelación es: a) las normas indisponibles de este Código y de la ley especial; b) la autonomía de la voluntad; c) las normas supletorias de la ley especial; d) las normas supletorias de este Código.

Considero —si bien la concepción de interpretación adoptada por el legislador, merece un estudio mucho más profundo—, que la función precautoria, que se apoya en el principio precautorio (aun cuando no fue incorporada expresamente en el nuevo Código Civil) receptado en el art. 4º de la ley general del ambiente, encuentra un lugar preponderante para resolver casos sobre el ambiente, y hacerlo extensivo a la salud y alimentos, en virtud de la amplitud que se puede “construir” en la interpretación que permiten los arts. 1º y 2º del nuevo Código, asimismo también el orden de prelación del art. 1709 es bastante amplio para “construir” una interpretación amplia. Distinta es la situación con la función preventiva que es expresamente incorporada en el nuevo Código Civil.

Un jurista que desde hace tiempo estudia e investiga sobre el principio precautorio es Néstor A. Cafferata, y considera que “...el principio precautorio constituye un nuevo fundamento de la responsabilidad civil por daños, fundado en los presupuestos de peligro (riesgo, amenaza, factor objetivo) de daño grave e irreversible, y la falta de certeza científica o ausencia de información”, continúa “Se trata de un principio de derecho, y como tal vinculante u obligatorio, que produce como lo sostiene la Corte Suprema de Justicia de la Nación, una “obligación de previsión anticipada y extendida en cabeza del funcionario público”, pero que alcanza en primer lugar, a los particulares, o titulares del emprendimiento (obra o actividad) que introduce semejante riesgo e la comunidad”. También expresa que el “principio precautorio es una herramienta de defensa del ambiente y la salud pública, que amplía enormemente los límites de acción del Derecho de Daños, con un sentido de prevención y anticipatorio, intenso, enérgico, fuertemente intervencionista, con la finalidad de impedir la consumación de un daño grave e irreversible”²⁸.

5. Nuevas preguntas

5.1. En cuanto al daño

La estructura de la función resarcitoria, como ya se expresó, se construyó en torno a cuatro elementos: Daño causado, relación de causalidad, antijuridicidad y factor de atribución. En la función preventiva y precautoria no hay daño causado, sino procurar evitar daños graves y futuros, lo que significa un cam-

²⁸ CAFFERATA, NÉSTOR A., “El principio precautorio”, en *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, enero 2014, La Ley, Buenos Aires, pp. 6 y 9.

bio en nuestra estructura mental. Si bien la función preventiva tiende a evitar un daño futuro pero cierto y mensurable, el riesgo es confirmado, si bien se ignora si el daño va a producirse en un caso concreto. En tanto la función precautoria apunta a impedir la creación de un riesgo con efectos todavía desconocidos y por lo tanto imprevisibles; porque la incertidumbre es en cuanto a la ausencia de información o certeza científica sobre la peligrosidad misma de la cosa o de la actividad, si bien existe un riesgo o peligro potencial incierto, por ser inciertos los soportes científicos que podrían identificarlo y describirlo. Expresa Cafferata que el principio precautorio tiene tres dimensiones: la *incertidumbre*, la *política* porque “encierra en su seno, la difícil, intrincada, o tortuosa decisión sobre qué hacer, cómo proceder, frente a situaciones de este tipo, para satisfacer los derechos en juego, algunos de tipo económicos, patrimoniales, más vinculados al derecho de propiedad, la industria, el comercio, el desarrollo económico... ¿Qué hacer frente a la incertidumbre? Implica finalmente adoptar una decisión política...”. La tercera dimensión es *moral*. La UNESCO, en el año 2008, definió el principio precautorio diciendo que “es de aplicación cuando hubiera una actividad científicamente plausible, pero moralmente inadmisibles”²⁹.

5.2. En cuanto a la relación de causalidad

La relación de causalidad determina la autoría y las consecuencias indemnizables, junto al daño se consideran los elementos constantes de la responsabilidad civil. El criterio adoptado para establecer el vínculo entre el hecho y el daño, fueron variados, si bien el de la causalidad adecuada resultó ser el que más seguridad ofrecía, aquello “que acostumbra a suceder según el curso natural y ordinario de las cosas”. Pues bien, en daños que afecten el ambiente, o la salud, no siempre se puede establecer el nexo entre el hecho y daños que pueden presentarse mucho tiempo después de producido el hecho, incluso en generaciones futuras. Pizarro-Vallespinos entienden que “este elemento —la relación causal adecuada—, tal como lo venimos estudiando y aplicando en el derecho de daños hasta hoy, debe ser objeto de un profundo replanteo...”; “...estamos convencidos de que la teoría de la causalidad adecuada (al igual que las de la condición eficiente o preponderante...) no son teorías científicas, sino meras doctrinas de imputación de consecuencias, en base a unos argumentos que lucen en apariencia objetivos, pero que en su aplicación concreta, a la hora de plasmarse en la realidad del caso, están teñidos de la subjetividad del juzgador. Las insuficiencias de la doctrina de la causalidad adecuada se tornan más evidentes en ciertos sectores del derecho de daños. Tal lo que sucede en materias de daño ambiental (o de daños al consumidor), en aquellos casos en que los efectos de la acción dañosa se perciben al cabo de muchos años, repercutiendo negativamente en una multiplicidad de personas o sobre una parte importante de la comunidad cuyos intereses difusos conculca, que a veces forman parte de segundas o terceras generaciones que no tenían existencia al momento de cometerse el ilícito o de iniciarse el mismo en el caso de ilícitos continuados”³⁰. Tenemos que enfrentar un nuevo

²⁹ CAFFERATA, NÉSTOR A., “El principio precautorio”, en *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, enero 2014, La Ley, Buenos Aires, pp. 12-13.

³⁰ PIZARRO, RAMÓN D. - VALLESPINOS, CARLOS G., *Compendio de derecho de daños*. Hammurabi, Buenos Aires, 2014, pp. 145-146.

desafío y pensar nuevas formas o criterios, para establecer el nexo causa, sobre todo en el ámbito de daños al ambiente, salud y consumidor. Así en el Derecho Comparado se están generando nuevas teorías, tales como: a) *Teoría holandesa de la causalidad alternativa o disyunta*: Exime al demandante de probar el nexo causal cuando dado el elevado número de posibles sujetos causantes de daños, resulte materialmente imposible probar quién fue exactamente el que produjo el daño. Propone que son solidariamente responsables todos los intervinientes. b) *Teoría alemana de la condición peligrosa*: Si la acción u omisión crea un peligro capaz de provocar el suceso dañoso, ella puede considerarse como causa eficiente del daño, según una valoración ex post. c) *Teoría de la proporcionalidad*: La reparación debe ser proporcional a la probabilidad de causación del daño. Hizo eco en EE.UU., por ejemplo si hay un 40% de probabilidad de que el demandado haya originado el daño, debe resarcir el 40%. d) *Teoría del market share*: Se origina en EE.UU., toma en cuenta la participación que en el mercado tenían los legitimados pasivos para distribuir entre ellos la indemnización.

Ahora bien, en estas propuestas, se parte de una presunción, esto es considerar algún hecho como causa probable del daño. Por ello no resulta indiferente aquella afirmación de Ernesto Garzón Valdés³¹ cuando expresa que “Responsabilidad designa una relación causal con implicancias normativas” y que un “*Enunciado de responsabilidad requiere una doble presunción: la de la causalidad y la del indeterminismo*”.

6. Reflexión final

Las normas que integran el Derecho de Daños tienen la finalidad inmediata de abarcar los hechos que generan o pueden generar consecuencias dañosas y enlazar una consecuencia jurídica, sea reparar o prevenir daños. Como la realidad (hechos o conductas por acción u omisión) avanza mucho más rápidamente que el derecho, el legislador debe acompañar este avance dictando normas (o reglas) y formulando principios que permitan subsumir las variadas fuentes causativas de daños. La legislación argentina, principios y normas provenientes tanto del Derecho Público como del Derecho Privado fue abriendo caminos e incorporando disposiciones que permitan en ciertos ámbitos (ambiente, salud, consumidores), otorgar derechos para prevenir ciertos daños y por contrapartida obligaciones a cargo de quienes introducen riesgos y a cargo de quienes otorgan autorizaciones para el desarrollo de determinadas actividades.

Por otro lado, la doctrina deberá asumir nuevos desafíos y replantearse si los presupuestos básicos de la responsabilidad civil, responden adecuadamente a los nuevos tiempos que transita la actual sociedad.

Referencias bibliográficas

ALEX, ROBERT, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, versión castellana: GARZÓN VALDÉS, ERNESTO, también en *Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica*, en Doxa 5, Cuadernos de Filosofía del Derecho. Centro de Estudios Constitucionales y Seminario de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante, Alicante, España, 1988.

³¹ GARZÓN VALDÉS, ERNESTO, “El enunciado de responsabilidad”, en Doxa 19, (1996), Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante, España, pp. 259 a 286.

ANDORNO, ROBERTO, "Pautas para una correcta aplicación del principio de precaución", JA, 2003-III-962.

ÁVILA, HUMBERTO, *Teoría de los principios*, Colección Filosofía y Derecho, Traducción de Laura Criado Sánchez, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, Buenos Aires, 2011.

BERGEL, SALVADOR, "Introducción del principio precautorio en la responsabilidad civil", Derecho privado, Hammurabi, Buenos Aires, 2001.

CAFFERATA, NÉSTOR A., "El principio precautorio", en Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, enero 2014, La Ley, Buenos Aires.

DWORKIN, RONALD, *Los derechos en serio*. Traducción Marta Guastavino, Ariel, Derecho, España (1984) (1989). También Planeta - De Agostini, Barcelona, 1993. *Laws Empire*, The Harvard University Press, Cambridge, 1986, *Justice for Hedgehogs*, The Harvard University Press, Cambridge, 2013.

GARZÓN VALDÉS, ERNESTO, "El enunciado de responsabilidad", en Doxa 19, (1996), Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante-España.

GOLDENBERG, ISIDORO - CAFFERATA, NÉSTOR A., "El principio de precaución", JA, 2002-IV-1443.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA, "Determinación de la filiación del clonado", JA, 2001-IV, fascículo nº 12.

LÓPEZ HERRERA, EDGARDO, *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006.

MARMOR, ANDREI. *Interpretación y teoría jurídica*, Gedisa, Barcelona, 2001.

PIZARRO, RAMÓN D. - VALLESPINOS, CARLOS G., *Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones 2*, Hammurabi, Buenos Aires, 1999.

— *Compendio de derecho de daños*. Hammurabi, Buenos Aires, 2014.



CARGAS, DEUDAS Y RECOMPENSAS: DEL DERECHO VIGENTE (SISTEMA INDIVIDUALISTA) AL DERECHO SANCIONADO (SISTEMA SOLIDARISTA)*

*Nora Lloveras**, Fabián Faraoni*** y Olga Orlandi*****

Resumen: Se analizan las cargas del régimen de comunidad, desde la responsabilidad por deudas de los cónyuges, y el sistema de las recompensas en la regulación contenida en el Código Civil —que se deroga— y en el Código Civil y Comercial de la Nación 2014, esbozando las principales modificaciones y avances producidos en tales aspectos.

Los cambios constituyen importantes aportes, esclarecen dudas, contemplan aspectos no regulados que son estructurados sobre los principios de autonomía y solidaridad familiar. El contexto normativo examina los derechos fundamentales de la autonomía y responsabilidad, con una mirada coherente de la “economía” en las familias.

Palabras clave: Cargas - Deudas - Recompensas

1. Las relaciones económicas en el matrimonio

La economía o los contenidos económicos atraviesan la vida de las familias en diferentes etapas históricas de su desenvolvimiento.

La relación entre familia y economía varía en el tiempo, ya que ambos términos se transforman, mutan, cambian; y las diversas estructuras económicas producen su impacto en las relaciones familiares.

De ello dan cuenta las normas sobre el régimen económico, las relaciones entre padres e hijos, el derecho a la seguridad social, los sistemas sucesorios, entre otras.

La vinculación depende en gran medida de las funciones que cumpla la familia, las que se han innovado y readecuado en últimos decenios del S. XX y en el S. XXI.

En este proceso la irrupción de los derechos humanos, han significado que las relaciones de familia giren de un modo contundente, en tanto esos derechos fundamentales nutren a la familia y se operan cambios en las relaciones económicas.

* Recibido el 17/12/14. Aprobado el 22/06/15.

** 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. E-mail: noval@arnet.com.ar.

*** 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. E-mail: faraonif@arnet.com.ar.

**** Profesora Adjunta de la cátedra “B” de Derecho Privado VI. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad Nacional de Córdoba. Doctora en Derecho y Ciencias Sociales. Universidad Nacional de Córdoba. Investigadora. E-mail: oorlandi@arnet.com.ar.

Estas relaciones familiares, llevadas al contexto preciso del vínculo matrimonial, requieren una estructura o soporte económico, sin que en la actualidad pueda diferenciarse estrictamente entre los efectos personales y los efectos patrimoniales del matrimonio, pues ambos aspectos se encuentran totalmente implicados.

En ese cometido, la ley fija un conjunto de reglas jurídicas que disciplinan la economía en las relaciones de familia y la economía del matrimonio.

Las reglas que ordenan la economía matrimonial se denominan abreviadamente “régimen económico conyugal” o “régimen patrimonial del matrimonio”, y consiste en un estatuto completo que debe dar respuestas a diversas cuestiones referidas al despliegue económico o patrimonial de los cónyuges.

Esta organización económica de las familias puede ser diferente, y presentarse como un régimen económico conyugal convencional o legal (según su origen) que deriva del contrato o de la ley; de comunidad o de separación (según el modo de organizar y distribuir la titularidad de las masas) que reconoce diversas regulaciones; o de unidad o separación de administración (según el criterio adoptado para la gestión de los bienes).

Los regímenes patrimoniales del matrimonio regulan la propiedad de los bienes; la administración y disposición de los bienes; la respuesta de los cónyuges a los gastos o cargas del hogar; las causas de disolución del régimen y el estado posterior referido a cómo opera la liquidación y con qué reglas, etc.

Asimismo, el régimen patrimonial del matrimonio debe contemplar el interés de los cónyuges y el interés de los terceros, o extraños al régimen.

En este ámbito global de las relaciones económicas entre los cónyuges y del régimen patrimonial que las rige, nos detendremos puntualmente en las cuestiones atinentes a las cargas del régimen de comunidad, la responsabilidad por deudas de los cónyuges, y el sistema de las recompensas, desde la doble perspectiva de la regulación contenida en el Código Civil —que se deroga— y en el Código Civil y Comercial de la Nación sancionado, esbozando las principales modificaciones y avances producidos en tales aspectos.

Tal premisa obedece a que el Código Civil y Comercial sancionado en el año 2014 trae importantes aportes, esclarece las dudas, consagra las soluciones mayoritarias, legisla aspectos no regulados, y estructura sobre los principios de autonomía y solidaridad familiar la coherencia del sistema patrimonial del matrimonio¹.

2. Las cargas en la comunidad y el régimen patrimonial del matrimonio

Las cargas atañen al aspecto interno del régimen patrimonial matrimonial de comunidad, y se refieren a la cuestión de la contribución entre los cónyuges.

Implican determinar que masa de bienes (propios o gananciales) debe soportar la deuda al momento de la liquidación del régimen de comunidad, y encuentran su fundamento en que si el activo ganancial se divide, también se

¹ Cfr.: SCOCOZZA, R.; “Reformas proyectadas... Las deudas de los cónyuges”, en *Derecho de Familia*, GROSMAN, C. P.; LLOVERAS, N.; DE CARLUCCI, A. K.; HERRERA, M. (dirs.); julio 2013, N° 60, “El derecho privado patrimonial y Derecho de Familia y sucesiones”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2013, p. 67.

deben soportar con el activo ganancial las deudas de los cónyuges contraídas con destino a esa ganancialidad.

En consecuencia, las cargas hacen al pasivo definitivo, compuesto por las deudas que deben ser soportadas por la comunidad —con fondos gananciales— una vez operada su disolución.

En otros términos, las cargas establecen qué bienes deben soportar la deuda: la masa ganancial o común; los bienes propios del cónyuge deudor; o la porción de gananciales que recibe el cónyuge en la liquidación.

Es decir, en el tema de las cargas, se examina el pasivo de la comunidad².

2.1. Las cargas de la “sociedad conyugal” en el Código Civil

Algunas “deudas” se denominan cargas de la comunidad o de la sociedad conyugal, es decir que pesan sobre determinadas personas, y se encuentran reguladas en el art. 1275 del Código Civil —que se deroga—³.

También se denominan deudas “comunes”, por contraposición a las deudas “propias” de cada cónyuge, en una terminología técnicamente inadecuada.

Hemos adelantado que conciernen al aspecto interno o a la cuestión de la contribución en la deuda, a modo de diferenciarlas del aspecto externo o cuestión de la obligación por la deuda que se encuentra regulado por los arts. 5º y 6º de ley 11.357 que se analizarán más adelante⁴.

Estas cargas recaen sobre el haber ganancial y conforme la enunciación contenida en el mencionado art. 1275 del Código Civil son: 1) La manutención de la familia y de los hijos; 2) La reparación de los bienes propios y de los bienes gananciales; 3) Las deudas contraídas durante el matrimonio (salvo las contraídas en beneficio de uno solo de los cónyuges); 4) Lo gastado en la colocación de los hijos del matrimonio; y 5) Lo perdido por hechos fortuitos⁵.

El art. 1275 del Código Civil se refiere a la imputación de la deuda o la contribución a su pago, siendo un aspecto interno de las obligaciones que rige las relaciones de los esposos entre sí, sin trascender a terceros acreedores, porque está referido a si la deuda pagada será en definitiva a cargo del haber ganancial o del personal de uno de los esposos⁶.

Por lo tanto, la cuestión en orden a las cargas de la sociedad conyugal, como aspecto interno de las relaciones entre los cónyuges, se direcciona a determinar que las deudas contraídas durante el régimen que importen un beneficio

² Cfr. VIDAL TAQUINI, CARLOS H., *Régimen de bienes en el matrimonio*, 3ª edición actualizada y ampliada, Astrea, Buenos Aires, 1987, pp. 231 y ss.

³ Sobre el tema puede verse: CAPPARELLI, JULIO CÉSAR, “El deber de contribución entre cónyuges”, LA LEY, 2009-C, 958, Cita Online: AR/DOC/1751/2009.

⁴ Respecto de la relación de la ley 11.357 (arts. 5º y 6º) con el régimen del Código Civil (art. 1275), y las distintas posturas doctrinarias, puede consultarse: MAZZINGHI, JORGE ADOLFO, *Derecho de Familia*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1981, pp. 232 y ss., Nº 228 y ss.; AZPIRI, JORGE O., *Régimen de bienes en el matrimonio*, 2ª edición, Hammurabi, Buenos Aires, 2006, pp. 169 y ss.; BELLUSCIO, AUGUSTO C., *Manual de Derecho de Familia*, t. II, 8ª edición, Astrea, Buenos Aires, 2006, p. 142, Nº 384; ZANNONI, EDUARDO A., *Derecho Civil. Derecho de Familia*, t. I, 3ª edición, Astrea, Buenos Aires, 1998, p. 554; entre otros.

⁵ Sobre el alcance de las cargas y su relación con las deudas puede confrontarse la descripción de las diversas posiciones doctrinarias en el Código Civil en: LLOVERAS, NORA, “Responsabilidad por deudas de los cónyuges”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*. Sociedad Conyugal - I, año 2008, Nº 1, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2008, p. 167.

⁶ Cfr. C2da. Apel. Civ. y Com. La Plata, sala I, 12/3/1998, “Banco de la Edificadora de Olavarría S.A. c. Ramus, Hugo R. y otro s/ Ejecución prendaria”, AbeledoPerrot Nº 14/121232).

para la comunidad o para los bienes gananciales, deben ser soportadas por el activo ganancial a la disolución del régimen.

2.2. Las cargas de la comunidad en el Código Civil y Comercial de la Nación

En el Código sancionado no se prevén las cargas para el régimen de separación de bienes, y se aplica el piso mínimo de respuesta patrimonial de los cónyuges (Disposiciones Comunes a todos los regímenes o régimen primario, arts. 454 a 462 del CCyCN).

En el régimen comunidad las cargas se encuentran expresamente reguladas en el art. 489 del CCyCN, régimen en el cual también se aplica el aludido piso mínimo de respuesta patrimonial de los cónyuges⁷.

2.2.1. El piso mínimo obligatorio

Este piso mínimo obligatorio (arts. 454 a 462 del CCyCN) difiere de las cargas patrimoniales de los cónyuges, y se asienta en el binomio autonomía-responsabilidad, siendo forzoso e inderogable (art. 454 del CCyCN).

El piso mínimo de respuesta patrimonial de los cónyuges comprende el deber de contribución, regulado en el art. 455 del CCyCN que establece que los cónyuges deben contribuir a su propio sostenimiento, el del hogar y el de los hijos comunes, en proporción a sus recursos, extendiendo esta obligación a los hijos que no son comunes y que se encuentran en alguna de estas circunstancias: hijos menores de edad y con capacidad restringida o con discapacidad de uno de los cónyuges que conviven con ellos. El cónyuge que no da cumplimiento a esta obligación puede ser demandado judicialmente por el otro para que lo haga, debiéndose considerar que el trabajo en el hogar es computable como contribución a las cargas⁸.

De este modo se incorpora de modo expreso en el derecho sancionado la obligación de contribución respecto de ambos cónyuges, con el límite de las necesidades familiares, en base al principio de proporcionalidad, visibilizando el trabajo doméstico (art. 660 del CCyCN), y con incidencia trascendente al momento de la liquidación del régimen de comunidad mediante el establecimiento de las recompensas.

El régimen primario contempla también la protección de la vivienda y su inejecutabilidad (art. 456 del CCyCN), el asentimiento conyugal en actos sobre la vivienda familiar (arts. 457, 458, 459, 460 del CCyCN)⁹, y la responsabilidad

⁷ En relación al régimen patrimonial del matrimonio en el Código Civil y Comercial de la Nación puede verse: KRASNOW, ADRIANA N., "El régimen patrimonial del matrimonio en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación", Rubinzal Culzoni online. RC D 1034/2014; ROCA, EDUARDO A., "El régimen comunitario del patrimonio conyugal en el Proyecto de Código", LA LEY, 11/09/2012, 1; CORBO, CARLOS MARÍA, "El régimen patrimonial del matrimonio. Proyecto de Reforma", DFyP, 2013 (junio), 1/6/2013, 12; MEDINA, GRACIELA, "El régimen patrimonial del matrimonio en la reforma al Código Civil y Comercial", DFyP, 2012 (noviembre), 3; entre otros.

⁸ Cfr.: MOLINA DE JUAN, MARIEL F., "El deber de los cónyuges y convivientes de contribuir al sostenimiento del hogar", Rubinzal Culzoni online. RC D 296/2014, PERACCA, ANA G., "Autonomía de la voluntad y protección del interés familiar en el ámbito patrimonial del matrimonio: Un balance justo, posible y necesario", Rubinzal Culzoni online. RC D 544/2014.

⁹ HERNÁNDEZ, LIDIA B., "El asentimiento conyugal en el régimen actual y en la reforma proyectada", DFyP, 2014 (junio), 13; GAGLIARDO, MARIANO, "Consentimiento conyugal", DFyP, 2014 (marzo), 6.

solidaria por deudas contraídas para satisfacer las necesidades del hogar, el sostenimiento y la educación de los hijos (art. 461 del CCyCN).

2.2.2. *Las cargas en el régimen de comunidad de ganancias*

Por otra parte, las cargas de la comunidad de ganancias se encuentran expresamente contempladas en el art. 489 del CCyCN, y son las siguientes: a) Las obligaciones contraídas durante la comunidad, no previstas en el artículo siguiente (es decir, no estipuladas como obligaciones personales); b) El sostenimiento del hogar, de los hijos comunes y de los que cada uno tenga, y los alimentos que cada uno está obligado a dar; c) Las donaciones de bienes gananciales hechas a los hijos comunes, y aún la de bienes propios si están destinados a su establecimiento o colocación; d) Los gastos de conservación y reparación de los bienes propios y de los bienes gananciales. Estas cargas serán tenidas en cuenta al momento de producirse la liquidación del régimen de comunidad.

Además, en el art. 490 del CCyCN se enuncian concretamente y en contraposición a las cargas, las obligaciones personales de los cónyuges: a) las contraídas antes del comienzo de la comunidad; b) las que gravan las herencias, legados o donaciones recibidos por uno de los cónyuges; c) las contraídas para adquirir o mejorar bienes propios; d) las resultantes de garantías personales o reales dadas por uno de los cónyuges a un tercero, sin que de ellas derive beneficio para el patrimonio ganancial; y e) las derivadas de la responsabilidad extracontractual y de sanciones legales.

De tal guisa, la nueva legislación sancionada contempla las cargas de un modo específico en la Sección 7ª, Capítulo 2, del Título II, en el Libro Segundo, referida a la liquidación del régimen de comunidad, situándolas en la etapa pertinente para su valoración y computo a los efectos del eventual derecho de recompensa que pudiera corresponder a favor de la comunidad o de alguno de los cónyuges.

3. La responsabilidad por deudas del cónyuge

La responsabilidad por las deudas contraídas por el cónyuge hace al aspecto externo de sus relaciones, es decir a la cuestión de la obligación por la deuda¹⁰.

Las deudas de los cónyuges pueden ser:

- a) Personales: son las deudas ajenas al interés de los cónyuges y de la familia, y que afectan solamente la responsabilidad del cónyuge que las contrajo.
- b) Comunes: son las deudas contraídas en el interés de los cónyuges y de la familia, que entran en la esfera de la responsabilidad de ambos cónyuges.

La calificación de la deuda como personal o común queda determinada al momento de su origen y permanece en el tiempo, ya sea exigida vigente el régimen o disuelto el mismo.

Esta responsabilidad por las deudas del cónyuge involucra la posibilidad de los acreedores de alguno de los cónyuges de agredir el patrimonio del cónyuge deudor, y en ciertos casos en forma limitada el del cónyuge no deudor.

¹⁰ El tema puede verse con mayor amplitud en: LLOVERAS, NORA, "Responsabilidad por deudas de los cónyuges", en Revista de Derecho Privado y Comunitario. Sociedad Conyugal - I, año 2008, N° 1, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2008, p. 159.

3.1. La responsabilidad por deudas del cónyuge en el régimen del Código Civil

En el Código Civil la responsabilidad por deudas del cónyuge se encuentra regulada en los arts. 5° y 6° de la ley 11.357¹¹.

El sistema determina sobre qué bienes puede ejercerse el derecho de persecución de los acreedores, cuando la deuda ha sido contraída por uno de los cónyuges, o por ambos pero sin solidaridad.

El art. 5° de la ley 11.357 fija como principio general la separación de responsabilidades de los cónyuges. Cada uno responde con sus bienes propios y con sus bienes gananciales por las obligaciones que contrae¹².

El art. 6° de la ley 11.357 contiene la excepción a esa regla general por la cual cada cónyuge responde con los frutos de sus bienes propios y los frutos de sus bienes gananciales por las deudas contraídas por el otro cónyuge para cubrir las necesidades del hogar, la educación de los hijos, o la conservación de bienes comunes¹³.

Cabe señalar que las deudas son siempre personales del cónyuge que las contrajo¹⁴, pero algunas deudas personales son también comunes con relación al acreedor. Se trata de una obligación de sujeto plural, es decir con más de un sujeto en el polo pasivo, motivo por el cual responden el cónyuge contratante o deudor y el cónyuge no contratante o no deudor, en los supuestos taxativamente fijados en el art. 6° de la ley 11.357.

Las deudas comunes por las cuales responde también el cónyuge no deudor son:

- a) Las necesidades del hogar: entre otras, compra de comestibles, vestimentas, honorarios médicos, obra social, salario personal casa de familia, vacaciones, etc. Debe existir relación de familia entre los obligados y los otros beneficiarios.
- b) La educación de los hijos: gastos e inversiones con ese propósito a favor de los hijos comunes y del hijo de uno solo de los cónyuges que convive en el hogar conyugal —si bien existen debates sobre este último tema—.
- c) La conservación de los bienes comunes: varía según se considere que están comprendidos todos los bienes sean propios o gananciales; sólo los que se encuentran en condominio; o sólo los gananciales¹⁵.

¹¹ Derechos civiles de la mujer. Ley 11.357, B.O. 23/9/1926.

¹² Cfr.: CDoc. y Loc. de Tucumán, sala II, 8/11/2004, "Pascuttini, Olimpo P. c. Correa Posse, Francisco E. y otros", LLNOA, 2005 (mayo), p. 707. Se expresa en el pronunciamiento que el art. 5° de la ley 11.357 estableció el principio general de separación de responsabilidad de los cónyuges, el art. 6° dispone, con carácter de excepción, la responsabilidad del cónyuge que no contrajo la obligación, cuando ésta tiene por objeto la atención de las necesidades del hogar conyugal, conservación de los bienes comunes y educación de los hijos. Es indiscutible que la separación de responsabilidades como principio establecido por el art. 5° de la ley 11.357 se halla plenamente vigente, y conlleva a que todos los bienes que la mujer adquiera por cualquier título estén en su masa de administración y no respondan por las deudas de su marido. Así también lo tiene resuelto la CSJN, 124:72, LA LEY, 147-33; SCJBA, 28/8/1973, LA LEY, 152-219; CJ de Salta, 26/4/1972, LA LEY, 152-500; TSJ de Córdoba, 6/11/1984, LA LEY, 1985-D, 232; CNCiv., sala A, 5/7/1983, LA LEY, 1984-A, 489.

¹³ Cfr. KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA, "El Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012 y la ley de concursos", Sup. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Bs. As. 13/12/2012, 1; LA LEY, 2012-F, 1309.

¹⁴ Cfr. MÉNDEZ COSTA, MARÍA JOSEFA y D'ANTONIO, DANIEL HUGO, *Derecho de Familia*, t. II, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2001, p. 153.

¹⁵ Cfr. MÉNDEZ COSTA, MARÍA JOSEFA, "Comentario al art. 1275 del Código Civil y arts. 5° y 6° de la ley 11.357", en *Código Civil Comentado. Doctrina-Jurisprudencia-Bibliografía. Derecho de Familia Patri-*

Tratándose de estas deudas comunes, el acreedor puede demandar al cónyuge deudor por el total de la deuda y embargar los bienes propios y gananciales que administra, o en el mismo caso, embargar los frutos de los bienes propios y gananciales del cónyuge no deudor.

En este aspecto, la doctrina mayoritaria entiende que la responsabilidad es concurrente, no subsidiaria, de modo que puede actuarse contra el cónyuge no deudor, sin necesidad de excluir previamente los bienes del cónyuge deudor¹⁶.

3.2. La responsabilidad por deudas del cónyuge en el Código Civil y Comercial de la Nación

En el Código Civil y Comercial de la Nación el principio —en materia de deudas— es la responsabilidad separada, conforme resulta de los arts. 461 —último párrafo— y 467 —primer párrafo— en el régimen de comunidad¹⁷; y del art. 505 en el régimen de separación de bienes.

Por otra parte, la regla general excepciona ya que se legisla la responsabilidad solidaria de modo expreso —además de la responsabilidad concurrente que consignamos como excepción más abajo—. Así, el citado art. 461 del CCyCN dispone que los cónyuges responden solidariamente por las obligaciones contraídas por uno de ellos para solventar: (i) las necesidades ordinarias del hogar, o (ii) el sostenimiento y la educación de los hijos de conformidad con lo dispuesto en el art. 455. Y en su último párrafo establece que fuera de esos casos, y excepto disposición en contrario del régimen matrimonial, ninguno de los cónyuges responde por las obligaciones del otro.

Es decir que la norma analizada determina una solidaridad pasiva legal cuando se trate de deudas derivadas de las necesidades del hogar y el sostén y educación de los hijos, que tiene una doble finalidad: a) El acreedor podrá requerir el pago a uno, o a ambos simultánea o sucesivamente (art. 833 del CCyCN); y b) Se distribuye el peso de la obligación entre ambos cónyuges y ambos podrán ser demandados (no sólo quien contrajo la deuda) y responden con todo su patrimonio, sin limitaciones.

Esta solidaridad encuentra su basamento en el deber de contribución (art. 455 del CCyCN) que establece la medida de la contribución¹⁸.

Desde otra perspectiva, y en lo que se refiere puntualmente a la responsabilidad por deuda de los cónyuges, el art. 467 del CCyCN establece que cada uno de los cónyuges responde frente a sus acreedores con todos sus bienes propios y los gananciales por él adquiridos. Pero esta regla encuentra como excepción la responsabilidad concurrente que prevé en su segundo párrafo en relación a los gastos de conservación y reparación de los bienes gananciales, respecto de

monial. Artículos 1217 a 1232, MÉNDEZ COSTA, MARÍA JOSEFA (dir.), Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2006, pp. 163 y ss.

¹⁶ Cfr. BELLUSCIO, AUGUSTO C., *Manual de Derecho de Familia*, t. II, 8ª edición, Astrea, Buenos Aires, 2006, p. 146, Nº 387; AZPIRI, JORGE O., *Régimen de bienes*, 2ª edición, Hammurabi, Buenos Aires, 2006, p. 180; ZANNONI, EDUARDO A., *Derecho Civil, Derecho de Familia*, t. I, 3ª edición, Astrea, Buenos Aires, 1998, p. 566, Nº 451, entre otros.

¹⁷ Cfr. KRASNOW, ADRIANA N., "Las relaciones patrimoniales entre cónyuges en el Proyecto", DFyP, 2012 (julio), 104.

¹⁸ Cfr.: MOLINA DE JUAN, MARIEL F., "El deber de los cónyuges y convivientes de contribuir al sostenimiento del hogar", Rubinzal Culzoni online. RC D 296/2014.

los cuales responde también el cónyuge que no contrajo la deuda, pero sólo con sus bienes gananciales.

En conclusión, en el Código Civil y Comercial de la Nación el principio es la responsabilidad separada (arts. 461 y 467), y la excepción se encuentra prevista en el art. 461 que establece una responsabilidad solidaria en relación a las necesidades del hogar o sostenimiento y educación de los hijos (en todos los regímenes), constituyendo el patrimonio de agresión todos los bienes propios y los bienes gananciales de los cónyuges.

Asimismo, la responsabilidad es concurrente respecto de la conservación y reparación de los bienes gananciales, en cuyo caso el cónyuge no deudor responde sólo con los bienes gananciales.

Finalmente, en el régimen de separación de bienes, el principio es la administración y disposición separada (art. 505 del CCyCN), y la excepción las restricciones sobre el hogar familiar (Régimen primario, art. 456 del CCyCN). Y en lo que incumbe específicamente a las deudas el principio es la responsabilidad separada (art. 505 del CCyCN), y la excepción la solidaridad por deudas del hogar familiar (Régimen primario, art. 455 del CCyCN).

4. La teoría de las recompensas

Las compensaciones o “récompenses”, reconocen su origen en el *droit coutumier*; incorporadas al Code de 1804¹⁹.

Tienen una larga evolución, y han sido admitidas en todos los regímenes patrimoniales de comunidad en el matrimonio del derecho moderno (Código Civil alemán, Código italiano; Código español, etc.).

Las recompensas se generan en los siguientes supuestos:

a) Si una deuda personal es pagada con bienes gananciales o fondos gananciales, habrá en la liquidación de la comunidad un crédito o derecho a recompensa a favor de ésta contra el cónyuge deudor, es decir el que satisfizo la obligación con bienes gananciales²⁰.

b) Si una deuda común es pagada con fondos propios, habrá en cambio un derecho de recompensa a favor del cónyuge que la solventó, es decir el que satisfizo la obligación con bienes propios, y contra la comunidad.

Por el contrario:

a) Si la deuda personal es pagada con fondos propios, no hay derecho a recompensa.

b) Si la deuda común es pagada con fondos gananciales, tampoco hay derecho a recompensa.

En definitiva, las recompensas son créditos entre uno de los cónyuges y la comunidad de ganancias, que surgen con motivo de la gestión patrimonial de los bienes propios y gananciales durante la “sociedad conyugal” o régimen de

¹⁹ Cfr. VIDAL TAQUINI, CARLOS H., *Régimen de bienes en el matrimonio*, 3ª edición actualizada y ampliada, 2ª reimpresión, Astrea, Buenos Aires, 1993, pp. 412 y ss.

²⁰ La jurisprudencia tiene expresado que en mérito a la teoría de las recompensas cuando el otro cónyuge ha incrementado su patrimonio a expensas de la comunidad, se es deudor de la recompensa por la parte ganancial que se aportó en la adquisición del bien, Revista Actualidad Jurídica de Córdoba, N° 43, noviembre 2007, pp. 4498 y ss., CNCiv., sala J, 15/6/2007, “P. O. M. G. c. G., R. M. del P. s/ Liquidación de sociedad conyugal”.

comunidad; y ellos han de determinarse después de su disolución, a fin de establecer con exactitud la masa que entrará en la partición²¹.

4.1. La teoría de las recompensas en el Código Civil

En el Código Civil se evidencia una falta de regulación precisa de la teoría de las recompensas en lo que se refiere a su oportunidad, ámbito de aplicación, valuación e intereses. Si bien están previstas, no se observa una sistematización sobre el particular y su normativización surge de diversas disposiciones (arts. 1259, 1260, 1266, 1272, 1306, y 1316 bis del Código Civil).

La oportunidad para reclamar la recompensa es a partir de la disolución del régimen de comunidad, y en cuanto al ámbito de aplicación existen dos criterios: 1) Tesis restrictiva que entiende que sólo procede la recompensa en los casos receptados expresamente; 2) Tesis amplia que considera el derecho a recompensa se configura siempre que se vulnere la intangibilidad de las distintas masas (postura mayoritaria).

La prueba de la recompensa está a cargo de quien la invoca, y existe amplitud probatoria en ese sentido. Por lo tanto, la prueba corresponde al cónyuge acreedor o sus sucesores si la recompensa es a su favor (supuesto en que el cónyuge pagó una deuda común con bienes propios), o al cónyuge no deudor o sus sucesores si la recompensa es a favor de la sociedad conyugal (supuesto en que el cónyuge deudor pagó una deuda propia con fondos comunes).

La determinación de la recompensa es una operación de cálculo que se realiza en la etapa de liquidación de la sociedad conyugal. Si la recompensa es a favor de la sociedad conyugal el valor de la recompensa se suma al haber ganancial y se imputa —resta— en la porción correspondiente al cónyuge deudor. En cambio si la recompensa es a favor de un cónyuge el valor de la recompensa se debita del haber ganancial y luego se procede a la repartición por mitades, y el cónyuge acreedor recibe el importe de la recompensa y la mitad del activo ganancial líquido.

La fijación del monto de la recompensa se rige por lo dispuesto por el art. 1316 bis del Código Civil, que establece que los créditos de los cónyuges contra la sociedad conyugal al tiempo de la disolución de ésta se determinarán reajustándolos equitativamente, teniendo en cuenta la fecha en que se hizo la inversión y las circunstancias del caso, lo cual permite un amplio margen a la discrecionalidad judicial.

4.2. La teoría de las recompensas en el Código Civil y Comercial de la Nación

Las recompensas están previstas sólo en el régimen de comunidad, y se encuentran reguladas en las deudas de los cónyuges (art. 468 del CCyCN), en la liquidación de la comunidad (arts. 488 a 495 del CCyCN), y en la descripción de los bienes de los cónyuges (arts. 464 y 465 del CCyCN).

En cuanto a la oportunidad para su reclamo, el art. 488 del CCyCN expresa que extinguida la comunidad se procede a su liquidación, y a tal fin se esta-

²¹ Cfr. CNCiv., sala G, 13/8/2010, “S., I. G. c. C., O. H.”, Abeledo Perrot N° 1/70065338.

blece la cuenta de las recompensas que la comunidad debe a cada cónyuge y la que cada uno debe a la comunidad, según las reglas de los artículos siguientes²².

El principio general se encuentra establecido en el art. 491, primer párrafo, del CCyCN que dispone: “La comunidad debe recompensa al cónyuge si se ha beneficiado en detrimento del patrimonio propio, y el cónyuge a la comunidad si se ha beneficiado en detrimento del haber de la comunidad”.

Ello implica una doble alternativa: recompensa en el activo y recompensa en el pasivo.

a) Los casos específicos de recompensa en el activo se encuentran determinados con carácter enunciativo al delimitar los bienes propios (art. 464 del CCyCN) y los bienes gananciales (art. 465 del CCyCN).

En este aspecto se regulan como casos novedosos las crías de ganado con mejora en la calidad (art. 464 inc. f) del CCyCN), la enajenación de bienes propios sin reinversión (art. 491, segundo párrafo, del CCyCN), el mayor valor que puedan adquirir las acciones propias por la capitalización de utilidades (art. 491, tercer párrafo, del CCyCN)²³.

b) En lo relativo a la recompensa en el pasivo, el art. 468 del CCyCN establece que el cónyuge cuya deuda personal fue solventada con fondos gananciales, debe recompensa a la comunidad; y ésta debe recompensa al cónyuge que solventó con fondos propios deudas de la comunidad.

El cálculo del monto de la recompensa se encuentra previsto en el art. 493 del CCyCN, y es igual al menor de los valores que representan la erogación y el provecho subsistente para el cónyuge o para la comunidad, al día de su extinción, apreciados en valores constantes. Si de la erogación no derivó ningún beneficio, se toma en cuenta el valor de aquélla.

La norma suministra dos parámetros: 1) Erogación, y 2) Provecho o beneficio. Si hay provecho, el menor de los dos valores, y si no hay provecho el monto de la erogación, siempre a “valores constantes” a los efectos de corregir la depreciación monetaria.

5. Conclusiones

Es preciso destacar la importancia del tema en las relaciones económicas conyugales y familiares, tantas veces postergado en las construcciones doctrinarias y jurisprudenciales.

Las cargas, las deudas y las recompensas, pueden responder a sistemas diferentes.

Entendemos que en el Código Civil y Comercial de la Nación 2014, se registra un giro hacia el sistema solidarista, dejando atrás el sistema individualista contenido en el Código Civil que se deroga.

A modo de síntesis consignamos los siguientes ejes.

²² Cfr. ARIANNA, CARLOS, “Notas al Proyecto de Código Unificado en materia de recompensas”, LA LEY, 14/9/2012, 1.

²³ Cfr. KRASNOW, ADRIANA N., “Las relaciones patrimoniales entre cónyuges en el Proyecto”, DFyP, 2012 (julio), 104. BASSET, ÚRSULA C., *Régimen patrimonial del matrimonio*; Universidad Católica Argentina. Facultad de Derecho. (2012). Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012 [en línea], El Derecho, Buenos Aires. Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/libros/analisisproyecto-nuevo-codigo-civil.pdf>. pp. 235 y ss.

1. Las cargas en el Código Civil

El texto del Código Civil —que se deroga— presenta normas inadecuadas históricamente, y se evidencia la necesidad de una regulación más completa.

2. Las cargas en el Código Civil y Comercial de la Nación

El Código sancionado perfila un derecho ajustado a los tiempos actuales, y en lo relativo a las cargas en el régimen de comunidad implementa un salto cualitativo.

3. La responsabilidad por deudas del cónyuge en el Código Civil

La responsabilidad por deudas del cónyuge es separada frente a terceros como principio, reconociendo algunas excepciones, con soluciones dudosas.

El sistema que la contempla (ley 11.357) luce confuso, insuficiente, y desconoce los derechos fundamentales de los cónyuges.

4. La responsabilidad por deudas del cónyuge en el Código Civil y Comercial de la Nación

El sistema previsto resulta más claro y completo.

Mantiene el principio de responsabilidad separada, pero establece la responsabilidad solidaria para ciertas obligaciones, dando coherencia a un sistema general que se edifica sobre el principio de solidaridad familiar.

5. La teoría de las recompensas en el Código Civil

Presenta un sistema parcial y no sistematizado en relación al derecho a recompensa.

6. La teoría de las recompensas en el Código Civil y Comercial de la Nación

Elabora normas precisas y recoge la doctrina y jurisprudencia mayoritaria en la materia.

7. Las cargas, deudas y recompensas en la regulación del Código Civil y Comercial de la Nación

La regulación contenida en el Código sancionado en el 2014 en relación a las cargas, deudas y recompensas, registra claramente el paso del sistema individualista del Código Civil, a un nuevo sistema solidarista.

En materia de cargas se supera el debate instalado en torno al art. 1275 del Código Civil que se deroga.

Respecto a ciertas deudas crea un nuevo sistema de responsabilidad solidaria y un sistema de responsabilidad concurrente.

Y en lo que atañe a las recompensas recoge la jurisprudencia sistematizada y las regula en la sección atinente a la liquidación del régimen de comunidad.

Tal contexto normativo —que reconoce un significativo avance— contempla los derechos fundamentales de la autonomía y responsabilidad, con una mirada coherente de la “economía” en las familias.



LA ENSEÑANZA Y LA INVESTIGACIÓN DEL DERECHO SOCIETARIO DE CRISIS*

*Efraín Hugo Richard***

Resumen: La enseñanza centrada en las normas de las leyes 19.550 y 24.522, dificulta una visión sistémico constructivista sobre las crisis de sociedades. La ley de sociedades contiene adecuadas normas imperativas para limitar esas crisis. Posteriores juicios concursales omiten, normalmente, toda referencia a esas normas incumplidas. La investigación también está alejada de una visión integral de la crisis de las personas jurídicas societarias.

Palabras clave: Sociedades - Crisis - Insolvencia societaria - Capital social - Función de garantía del capital social - Causales de disolución.

I. Introducción

Hace poco hemos escrito sobre nuestra preocupación de la enseñanza del derecho societario y del derecho concursal en torno a la crisis de las personas jurídicas societarias. Nos preocupa la enseñanza excesivamente concentrada, donde se pierde de vista el sistema.

Pero también nos preocupa el limitado número de investigaciones —y de investigadores— que bucean sobre este sistema.

Nos referimos concretamente al tratamiento de la crisis de empresas organizadas societariamente. Es hoy un tema de interés nacional conservar empleos y empresas viables, por el efecto en las comunidades donde están asentadas y la generación de riqueza indirecta. La caída de esas organizaciones ha motivado numerosas reformas a la legislación concursal particularmente alentando la generación de cooperativas de trabajo con los empleados de las sociedades en liquidación, más con apoyos normativos que reales.

La enseñanza de las materias Derecho Concursal y Privado IV —Sociedades— no genera interacción entre las mismas para afrontar las crisis societarias. En la primera materia se trata en forma semejante —con pocas aclaraciones— el concurso de una persona humana y el de una persona jurídica.

Las diferencias son notables. Lo que es aceptable en el concurso preventivo y en la quiebra del patrimonio de una persona humana, es inaceptable en similares situaciones para una sociedad, concretamente por violar normas imperativas contenidas en la misma, particularmente la función de garantía del capital social.

Planificar, analizando la crisis y las medidas para superarla es el mínimo a requerir de la conducta de un buen hombre de negocios, que actúa con desleal-

* Recibido el 28/11/14. Aprobado el 14/05/15.

** Profesor Emérito UNC, Director del Departamento de Coordinación Docente de Derecho Comercial de su Facultad. Agradeceremos comentarios y sugerencias a richardefrainhugo@gmail.com. Otros trabajos sobre estos aspectos y otros pueden verse en www.acaderc.org.ar.

tad si continúa operando contagiando la insolvencia. No es otro el parámetro de los arts. 96 y 99 LS —que desde ahora citaremos como LGS o sea ley general de sociedades—.

De ninguna forma pretendemos que el administrador asuma el riesgo del mercado o del error en la planificación¹, sino que tome conciencia que de una actitud omisiva o desleal puede resultar responsabilidad. De allí el adecuado léxico de esas normas derogadas, en torno al juicio posterior de “irrazonabilidad” al tiempo de concebirlo del plan de saneamiento.

Como tranquilizamos a Barreiro y Truffat, acordamos con Alegria, formalizando similares reflexiones. Jamás deben preocuparse los administradores que actúan con lealtad y la diligencia de un buen hombre de negocios, ni aún ante la cesación de pagos o insolvencia de la sociedad, y menos frente a una mera crisis económico o financiera. No se espera de ellos que tengan necesariamente que superar ese estado patrimonial o financiero, sino meramente que lo afronten, en primer lugar frente a los socios —legislación societaria— y agotada ella —incluso la negociación privada con los acreedores— la concursal que, a través de la concurrencia obligatoria intenta la unificación de acciones de intereses.

Lo importante es bucear en el sistema jurídico, sin dogmatismo, tratando que el mismo satisfaga las necesidades generales de la convivencia, y en el caso del concurso de eliminar el antivale que permite su aplicación: el estado de cesación de pagos o la crisis si —como pensamos— se debe actuar anticipatoriamente para evitar daños irreparables a la empresa y su contagio al mercado (el “timing problem” o tempestividad en la presentación).

II. Conservación de la empresa, ¿a cargo de quién?

Básicamente consideramos que una empresa debería estar organizada como sociedad persona jurídica, incluso los emprendimientos de una persona humana. Esto es conveniente para permitir múltiples divisiones de su único patrimonio —pues la división patrimonial personificada beneficia a los acreedores prudentes—, favoreciendo la eventual recuperación de las empresas viables frente a la crisis de alguna de ellas, utilizando los sistemas anticrisis de las legislaciones societarias y concursal. En ese sentido las conclusiones adoptadas en la 45ª Sesión de Trabajo de UNICITRAL de 2014², en la que se acordó (1) *“El objetivo de la presente Recomendación es garantizar que las empresas viables con dificultades financieras, cualquiera que sea su ubicación en la Unión, tengan acceso a unos marcos nacionales de insolvencia que les permitan reestructurarse en una fase temprana con el fin de prevenir la insolvencia... también se propone ofrecer una segunda oportunidad a los empresarios honrados incursos en procesos de insolvencia en toda la Unión.*

1. Ante la convergencia de intereses en “conservar la empresa”, ello implica una acción que debe estar a cargo de alguien. Ese alguien no puede ser ni los acreedores ni el Estado —Presidente de la Nación, Gobernador de la Provin-

¹ Es el parámetro que fijaban los arts. 125-1 y 125-2 incorporados en el año 1983 a la ley de concursos 19.551 entonces vigente, disponiendo que la razonabilidad de un plan debía juzgarse en relación a la fecha en que había sido formulado, descartando así los avatares del mercado, de la política o de la globalización.

² United Nations Commission on International Trade Law, Grupo 5, Derecho de la Insolvencia, celebrada en Nueva York los días 21 a 25 de abril.

cia, Intendente de la localidad que pueden expresar preocupaciones— aunque muchas veces se intenta que lo hagan, ni el juez o funcionario concursal, sino los administradores y socios de la sociedad en crisis, partiendo de la autonomía de la voluntad total de los mismos para crearla, dotarla patrimonialmente y administrarla. Con esta visión, el salvataje concursal de empresas desarrolladas por sociedades puede avanzar sobre la propiedad de los socios que se desentendieron de las soluciones societarias³, intentando un negocio, y de los administradores que no encontraron los caminos previstos en el sistema de organización de su dirigida, al entender que existen intereses superpuestos al de los socios y de sus acreedores, cual son los empleados, la organización del mercado, la riqueza nacional, la comunidad donde está inserta la empresa, etc.

La conservación de la empresa estructurada societariamente es un problema de los administradores y de los socios⁴. Es una cuestión de derecho privado. Obviamente que tal reorganización podría ser asumida directamente por la sociedad o, posteriormente —con mayores costes— en una propuesta de acuerdo preventivo extrajudicial o judicial⁵, eventualmente a cargo de terceros o de los trabajadores.

Se justifica el principio de conservación de la empresa a través del método indirecto de conservar la sociedad, removiendo la causal de disolución a fin que pueda seguir cumpliendo el objeto, forma de darse la empresa. El derecho societario brinda adecuadas tutelas para que la sociedad pueda cumplir su objeto, elemento contractual en cuya efectivización convergen y se subsumen los intereses individuales de los socios y que sirve para objetivar el mal llamado interés de la sociedad⁶ como forma de materializar la “idea de empresa”.

En momentos que legislación y posiciones, nacionales y extranjeras, marcan la tendencia a desjudicializar o privatizar el sistema del derecho concursal, o mejor dicho de prevención, parece adecuado reiterar nuestra posición con la aplicación de principios y normas del derecho societario, sin costes de transacción. Véase la problemática de las actuales reformas que apuntan al “acuerdo privado”, homologado o no, sobre lo que nos hemos pronunciado⁷.

El análisis no debería centrarse en el concurso, sino en la etapa preconcursal de la funcionalidad societaria.

Siguiendo nuevas tendencias hay que educar a los acreedores para que colaboren en la conservación de la empresa, particularmente los no informa-

³ Conforme lo dispuesto por el art. 48 de la ley de concursos argentina. Apuntamos que son pocas las referencias de la ley concursal para diferenciar el concurso de una persona humana y de una persona jurídica, y el tratamiento independiente de ambos casos por la doctrina es casi nulo.

⁴ “La conservación de la Empresa”, en *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba* tomo XXV, pp. 107 y ss. correspondiendo a nuestra comunicación en ocasión de recibir el Premio Academia en el año 1981; “Los administradores societarios y la insolvencia”, RDCO n° 203 pp. 553 y ss., entre otros que pueden verse en la página electrónica de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba www.acaderc.org.ar. MICELLI, MARÍA I., “Los nuevos concordatos irrisorios. El delicado equilibrio entre la conservación de la empresa y la protección adecuada del crédito” en *Derecho Concursal Argentino e Iberoamericano*, t. II, p. 631.

⁵ Recordamos en vigencia de la ley 11.687 el concurso preventivo de Francisco Porchietto S.A., en la Ciudad de Córdoba, patrocinando por un distinguido jurista, donde se propuso esa solución, la que fue aprobada, y, con posterioridad, ante la liquidación adoptada por la Asamblea de accionistas, una buena realización de bienes llevó al pago del 70%.

⁶ ETCHEVERRY, RAÚL ANÍBAL, *Empresa y objeto social*, RDCO, año 15, pp. 781 y ss.; COLOMBRES, GERVASIO, *Curso de Derecho Societario*, Buenos Aires, 1972, p. 116.

⁷ Nto. “Acuerdo Privado: Un Mecanismo apto para el gran endeudamiento”, Versión de la exposición en el IX Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal, Cartagena de Indias, Colombia, 4 de octubre de 2014.

dos, para que asuman la participación e incluso la conducción de la empresa, reemplazando a administradores ineficientes que no queriendo asumir oportunamente la crisis contrataron dolosamente con ellos. Es la solución de la capitalización si la empresa es viable⁸.

Claro que para ello debe afrontarse la cuestión de la crisis de las sociedades en forma sistémica y constructivista⁹.

III. Crisis y concurso de sociedades

Centremos nuestra atención en la crisis del patrimonio social.

Nos preocupa —como venimos desarrollando— la comprensión de la expresión “conservación de la empresa”, usado latamente, y recogida sin mayores explicaciones —o peor aún justificación para el caso concreto— por la jurisprudencia. La “reorganización de la empresa” es una especie dentro del concepto genérico de “conservación de la empresa”.

Conservar la empresa no es lo mismo que reactivarla. Aquél es un aspecto societario interno. Un objetivo central debe ser “conservarla”, evitar que caiga en crisis. La crisis es un disvalor, que puede generar daños y si hay daños pueden existir responsables. Al no haber podido conservar la empresa eficiente, al no haber podido superar la crisis por los medios normales al alcance de toda organización, debe intentarse la reactivación que aparece como un imperativo de la legislación concursal. La diferencia entre conservación y reactivación parece justificar la apertura de procedimientos de crisis ante la mera avizoración de la crisis, conservando así la empresa y no meramente reactivándola.

Así la ley colombiana del 27/12/2006 —ya con varias reformas¹⁰— manifiesta “Finalidad del régimen de la insolvencia... tiene por objeto... la recuperación y conservación de la empresa como unidad de explotación económica y fuente generadora de empleo, a través de los procesos de reorganización y de liquidación judicial, siempre bajo el criterio de agregación de valor. El proceso de reorganización pretende a través de un acuerdo, preservar empresas viables y normalizar sus relaciones comerciales y crediticias, mediante su reestructuración operación, administrativa, de activos o pasivos” en su art. 1º, primero y segundo párrafos. Las normas societarias preventivas resultan del art. 10 que impone que la solicitud de reorganización debe presentarse con la acreditación de “No haberse vencido el plazo establecido en la ley para enervar las causales de disolución, sin haber adoptado las medidas tendientes a subsanarla”, imponiendo el art. 13 apart. 6º presentar “Un plan de negocios de reorganización del deudor que contemple no sólo la reestructuración financiera, sino también organizaciones, operativas o de competitividad, conducentes a solucionar las razones por las cuales es solicitado el proceso, cuando sea el caso”.

⁸ Nto. “Notas en torno a la preconcursalidad societaria: un estudio comparado”, en Revista de Derecho concursal y Paraconcursal, La Ley, RPC 20/2014, Reseña Legislativa española y comparada, Madrid 2014, pp. 423 a 446.

⁹ Nto. *Perspectiva del Derecho de la Insolvencia*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba 2012, libro que también puede consultarse en versión electrónica en www.acadenc.org.ar.

¹⁰ SOTOMONTE MUJICA, DAVID RICARDO - RODRÍGUEZ ESPITIA, JUAN JOSÉ, “Apuntes sobre la evolución del derecho concursal colombiano”, en *Derecho Concursal “Trascendiendo paradigmas concursales”*, 8º Congreso Colombiano, Ed. Capítulo Colombiano, Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal, Bogotá, 2014, p. 65.

O sea que el derecho concursal prevé medidas anticipatorias a la insolvencia, situación del patrimonio social que reflejada contablemente impone acciones y responsabilidades. Para evitar disensos meramente lingüísticos consideramos la insolvencia como la pérdida del capital social, la cesación de pagos puede configurarse por una sociedad solvente con patrimonio activo positivo superior al capital social pero con pasivo corriente mayor a activo corriente. Y con las expresiones crisis, avizoración de la insolvencia, dificultad económica o financiera de carácter general, “red flags”, se ha tratado de prever soluciones anticipatorias a la insolvencia, el “timing problem”, buscando siempre la estrella polar de conservar la empresa y particularmente los puestos de trabajo.

El alcance de la llamada “conservación de la empresa”, y la posibilidad de extender la protección a su continuidad al frente de la empresa, debe hacerse en análisis de viabilidad para determinar el merecimiento de una tutela. Ese examen lo debería hacer primariamente el mismo titular del patrimonio, generando un *plan de negocios*.

Descartada esa viabilidad debe estudiarse la posibilidad de escindir ese patrimonio separando la porción de bienes (materiales e inmateriales) organizados para el cumplimiento de alguna de las actividades u objeto sociales (ya que el patrimonio podría albergar a varias “empresas”). Y en vista de esa escisión, que de no ser voluntaria debe llevar a la quiebra como forma de escisión coactiva, debe determinarse si existe alguna “empresa” viable, dentro de ese patrimonio. La viabilidad estará determinada por la constatación de los dos atributos que hacen a la existencia misma de una empresa desde el punto de vista económico y político, su economicidad y su solidaridad, pues una empresa no sólo debe ser una organización económica¹¹, sino solidaria¹², lícita y viable.

Si existen problemas en el desenvolvimiento futuro de la empresa, o meramente se avizoran, los administradores deben ponerlo en conocimiento de los socios y según su envergadura en la Memoria —ver anteriores referencias en nota 4— para que no aparezca como dolosa la contratación posterior con terceros, con quien se incumplan obligaciones. Mucho más si los avisos son formalizados en las cuentas del balance, anticipando pérdidas parciales o totales del capital social que imponen conductas. Nos hemos exployado en “El Plan de Empresa (o como asumir crisis tempestiva y extrajudicialmente)”¹³ y en “La Planificación Preconcurso (actuando tempestiva y extrajudicialmente)”¹⁴ y en “Por la Eficiencia del Sistema Concursal: Bien jurídico tutelado por el sistema concursal. Prevención de la crisis”¹⁵.

¹¹ Empresa económica implica la viabilidad de la empresa, de la empresa que no lleva en su seno su autodestrucción por económicamente inviable, cfr. “La conservación de la empresa”, cit.

¹² La empresa, aunque sea económicamente apta no puede actuar contrariamente al medio social, sería una actividad ilícita, como lo es contaminar, cfme. nto. *Sociedad y contratos asociativos*, Cap. “La empresa”, Zavalía, Buenos Aires, 1989.

¹³ En libro colectivo *Homenaje al Dr. Osvaldo J. Maffía*, Cap. II, p. 217, Lerner, Córdoba 2008, Instituto Argentino de Derecho Comercial y Fundación para la Investigación del Derecho Concursal y la empresa en crisis VAN NIEUWENHOVEN, PABLO, TRUFFAT, E. DANIEL, BARREIRO, MARCELO, ANTONI PROSSEK, CARLOS ROBERTO, NICASTRO, RAMÓN VICENTE (coords.).

¹⁴ Comunicación al IV Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal, realizado en Punta del Este, República Oriental del Uruguay, 12/14 de noviembre de 2008, hace algo menos de once meses.

¹⁵ Comunicación al III Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal “Por la eficiencia del sistema concursal”, Barcelona, diciembre 2007.

A riesgo de repetir, insistimos que la Memoria que acompañe un Balance del que resulta la pérdida del capital social —causal de disolución uniforme en el derecho comparado— o un pasivo corriente mayor que el activo corriente impone una explicitación sobre las conductas a seguir por socios o previsiones de los administradores. ¿Se puede suponer que no es dolosa la actuación de administradores societarios que continúan el giro, y contratan con terceros a sabiendas de las dificultades de cumplir las obligaciones conforme los están asumiendo? Contraria, además de normas generales de la actuación de buena fe los códigos de conducta impuestos por la teoría de la “Responsabilidad Social Empresaria”.

IV. El patrimonio social

Existe libertad en nuestro país para determinar el capital de las sociedades con responsabilidad limitada de sus socios, con un mínimo de aproximadamente 5000 Euros para la sociedad anónima.

La tensión aumenta cuando el valor patrimonial de la sociedad no permite satisfacer su pasivo. Aquí volvemos al tema del interés a tutelar: los accionistas pierden interés en la gestión, y los acreedores en cambio pasan a tener interés fundamental en la prosecución exitosa de la actividad. Los acreedores de una empresa en crisis se encuentran en la misma situación de inversores sin derecho¹⁶, que no tuvieron en cuenta, cuando contrataron sin información, de esa situación o antes de que se produjera. Los deberes del administrador societario aumentan en tales casos frente a los acreedores y terceros.

Un eje fundamental debe tener en cuenta la subcapitalización material constitutiva o sobrevenida —o subpatrimonialización—, distinguiendo la subcapitalización nominal o formal, que ocurre cuando la sociedad está dotada de un capital social de importe muy reducido, que no aseguraría la congruencia del patrimonio neto con respecto al objeto social. En este caso no necesariamente hay una subcapitalización material, y no hay alteraciones del riesgo de empresa, no configurándose por tanto ningún efecto sobre la responsabilidad. Pero ésta es una zona gris que no abordaremos en esta oportunidad¹⁷.

No se trata de ampliar la responsabilidad de los administradores societarios en cuanto al riesgo empresario. La empresa debe ser autosuficiente generando, a partir de su patrimonio y el plan o directriz de desarrollo de sus actividades, los medios para su manutención económica; esto implica la viabilidad de la empresa, de la empresa que no lleva en su destino su autodestrucción

¹⁶ STANGHELLINI, LORENZO, “Proprietà e controllo dell’impresa in crisi”, en *Rivista delle Società* anno 49º, 2004 settembre-ottobre fascicolo 5º, Giuffrè, Milano, p. 1079. Los socios minoritarios, ajenos al grupo de control y dirección de la sociedad están casi en la situación de inversores, hasta pudiendo constituir una clase de socios, pero siempre tienen derecho a una información sobre el estado de la sociedad y una preferencia ante el aumento del capital, directamente vinculado a su derecho al resultado social; sobre este punto puede verse SPOLIDORO, “Il capitale sociale”, p. 59 y especialmente p. 67, en *Il Diritto delle società per azioni: Problema, Esperienze, Progetti* collana della Rivista delle Società, Giuffrè, 1993.

¹⁷ HOLZ, EVA, “Obligaciones de los administradores de sociedades en vías de insolvencia”, p. 401; nto. “El equilibrio en la legislación societaria y concursal uruguaya: la preconcursalidad societaria”, p. 415, ambos en *25 años de la ley de sociedades comerciales. Necesidad de su reforma. Homenaje al Profesor Dr. Siegbert Rippe*, AA.VV., Holtz, Eva - Poziomek, Rosa (dirs.), Facultad de Ciencias Económicas y la Administración, Universidad de la República, Montevideo, 2014.

por económicamente inviable¹⁸. Por otra parte la empresa viable es la única que merece conservarse, sea por disposiciones concursales, preconcursales o extraconcursales. La sociedad es la estructura técnica jurídica personalizante a disposición del empresario como instrumento “de organización”. La organización no sólo supone la disponibilidad jurídica de órganos, de un sistema de imputación simplificante de las relaciones jurídicas con terceros y socios, sino la actuación coherente del órgano de administración asegurando el cumplimiento del “objeto social” como forma de manifestación de la empresa o empresas, con la dotación patrimonial adecuada.

Pero la infrapatrimonialización material puede no demostrarse claramente, dando lugar a zonas grises. En cambio la función de garantía del capital social, siempre relativizada, cumple una función realmente preventiva de la insolvencia¹⁹.

V. Soluciones societarias

Ahondamos. En el caso de sociedades, sus administradores y socios deben adoptar las medidas que la ley societaria impone ante la pérdida del capital social reintegrar o aumentar el capital por aporte de los socios, capitalizando el pasivo²⁰ o de terceros, o constatada contablemente la causal de disolución liquidando el patrimonio social. Incluso la liquidación puede concluir en la imposibilidad de satisfacer la totalidad de las deudas sin generar un proceso concursal ante la correcta liquidación e inexistencia de acciones de recomposición, bajando costos eficientemente.

Adviértanse los sistemas que en situaciones semejantes permiten a los administradores emitir acciones sin autorización de los socios²¹.

1. Se incentiva de este modo la capitalización de deuda como mecanismo de reestructuración y saneamiento empresarial, sobre todo respecto de acreedores titulares de pasivo financiero, intentándose así mismo, mediante reformas legales actualmente en curso en España “minimizar” el impacto contable que para las entidades financieras podría conllevar, en sus cuentas de resultados, la opción por la capitalización de deudas, que le permita una movilización de obligaciones en mora en el mercado de capitales, incluso inducido por normas bancarias sobre inmovilizaciones y provisiones.

La capitalización de deuda no es una operación extraña a los sistemas concursales. La novedad radica en que se fomente su utilización en el marco de acuerdos de refinanciación teniendo en cuenta quiénes son los principales acreedores (bancos e intermediarios financieros), para defender sus intereses y

¹⁸ Nto. “La conservación de la Empresa”, en *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*, tomo XXV, pp. 107 y ss., citado.

¹⁹ Nto. “La función de garantía del capital social frente a la agenda concursal — estudio comparativo — ensayamos sobre la función de garantía del capital social y su vinculación a la crisis, apreciando la naturaleza de sus normas y la interacción del derecho concursal siguiendo las enseñanzas de Emilio Beltrán, con visión comparatista”, en *Libro homenaje al profesor Emilio Beltrán*, edición del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal, Cartagena de Indias, Colombia, octubre 2014, p. 279.

²⁰ Situación expresamente prevista en la ley de sociedades art. 197.2 LGS, que soluciona integralmente la cesación de pagos de una empresa viable en la que los administradores informen fundamentadamente esa posibilidad a los acreedores.

²¹ MIOLA, MASSIMO, “Il sistema del capitale sociale e le prospettive di riforma nel diritto europeo delle società di capitali”, en *Rivista delle Società*, 2005-50-1199, fasc. 6, p. 1310.

facilitar así la consecución de un acuerdo de refinanciación que permita la continuidad de la actividad del deudor con los beneficios que este hecho lleva aparejado, tanto para el propio deudor, como sus acreedores y trabajadores.

Como venimos predicando, la abusiva quita —que empobrece a los acreedores y enriquece a los socios con costo tributario y no liberación de garantías— puede equilibrarse elevando el valor nominal de las acciones o participaciones previamente emitidas, cuando los destinatarios son socios acreedores. En todo caso, se emitan nuevas acciones o participaciones, o se eleve su valor nominal, el contravalor del aumento consiste en la compensación de créditos que ostentan los acreedores, sean o no socios, frente a la sociedad. Esto puede vincularse a disponer una prima de emisión, no distribuible pero que incrementa el valor de transferencia de las acciones. Obviamente los *take overs* serán posibles para recuperar el control societario.

Se trata de operaciones pensadas para el saneamiento financiero de la sociedad²², por la que ésta aumenta su patrimonio neto, ya que disminuye el pasivo inmediatamente exigible pasando a ser pasivo no exigible (capital), y puede disponer así de recursos que de otro modo tendría que destinar a pagar a los acreedores²³, quienes, por su parte, pierden tal condición y se convierten en socios de la sociedad deudora, en la intención de obtener así una mayor satisfacción crediticia que si acudiesen a las soluciones concursales. Así, si se consigue salir de la situación de crisis, los acreedores que pasen a ser socios pueden rentabilizar su inversión, vía dividendos, o bien a través de la posterior venta de las acciones o participaciones²⁴.

2. El acuerdo de aumento de capital mediante compensación de créditos exige el consentimiento de los titulares de los créditos frente a la sociedad, así como el consentimiento de los socios otorgado mediante acuerdo adoptado en junta general con las mayorías legalmente exigidas.

Como consecuencia de normas genéricas del derecho comparado, resguardando la función de garantía del capital social, si socios bloquearan la capitalización no disponiendo la liquidación de la sociedad para que no siguiera dañando, los socios que contribuyeron a la formación de la mayoría necesaria para el rechazo del acuerdo podrían responder del pasivo (deudas) no satisfecho a los acreedores.

Ante la negativa o imposibilidad de los accionistas y no deseando liquidar la sociedad, se abre la solución prevista del art. 197.2 LGS de capitalizar el pasivo, o sea en ciertos casos traspasar la sociedad a los acreedores, o su control, o simplemente de darles participación —con un sinnúmero de alternativas que pueden implicar reconocimiento de prima o posibilidad de rescate—. Esta es también una previsión del art. 42 LCQ.

²² SÁENZ GARCÍA DE ALBIZU, J. C., “Artículo 156. Aumento por compensación de créditos”, en *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, t. VII, vol. 2º, URÍA, R., MENÉNDEZ, A., OLIVENCIA, M. (dirs.), Thomson Civitas, Madrid, 2006, p. 197.

²³ Vid. al respecto, MAMBRILLA RIVERA, V., “El aumento del capital por compensación de créditos”, en *Derecho de Sociedades Anónimas*, t. III, vol. 1, ALONSO UREBA, A., DUQUE DOMÍNGUEZ, J., ESTEBAN VELASCO, G., y otros (coords.), Civitas, Madrid, 1994, p. 365.

²⁴ HERNÁNDEZ SAINZ, E., “La capitalización de deuda como instrumento preconcursal preventivo o paliativo de la insolvencia y los acuerdos de refinanciación”, en *Los acuerdos de refinanciación y de reestructuración de la empresa en crisis*, GARCÍA-CRUCES, J. A. (dir.), Bosch, Barcelona, 2013, p. 330.

Este tipo de capitalización si bien no genera fondos elimina en forma inmediata ese pasivo del balance y lo transfiere al activo, desapareciendo la causal de disolución de pérdida del capital social. A su vez, al eliminar el pasivo corriente modifica la estructura patrimonial permitiendo que todo el flujo de caja se dirija al cumplimiento del objeto social, removiendo así la segunda causal de disolución que normalmente se presenta, la prevista en el art. 94.4. LGS de imposibilidad sobreviniente de cumplimiento del objeto social por causas patrimoniales²⁵.

3. La capitalización del pasivo trae un beneficio inmediato a los accionistas, directores o terceros que hayan garantizado una obligación capitalizada, pues se liberarán de esa obligación de garantía. Esa fórmula que no está gravada por impuestos a las ganancias²⁶, que en cambio se aplica sobre quitas y esperas concursales, al entender claramente que el empobrecimiento de los acreedores importa una ganancia para los socios de la deudora.

Con el ingreso de capital se satisfarán las obligaciones sociales que motivarían un concurso y cesaría la situación de crisis, por lo que se habrá sobrepasado la situación patrimonial con un bajo coste de transacción.

Como señaló la jurisprudencia²⁷ “la suficiente capitalización de la sociedad al momento de su constitución y posteriormente, durante todo el desarrollo de la actividad empresarial es la mejor manera de evitar la insolvencia de la sociedad, atento que ésta cuenta con mecanismos para obtener la financiación interna”, y —eventualmente— la capitalización del pasivo.

VI. Preconcuralidad

Con esta visión se construye un sistema de preconcuralidad desde el derecho societario, lo que nos llevó en el año 1995 a generar un anteproyecto de ley concursal novedoso, simple y disuasivo, en torno a la responsabilidad de administradores societarios por no haber afrontado la crisis y desde la óptica del derecho de daños²⁸. La preconcuralidad ha sido materia de nuestra preocupación en estos Anales: “Notas en torno a la preconcuralidad societaria”²⁹ donde advertimos claramente el problema que ahora enfocamos con otras aristas.

1. Se ha sostenido que la legislación societaria es preconcural, paraconcural o anticoncural, cuya normativa opera en el derecho comparado “como un instrumento preconcural”³⁰, “tiene una función *preconcural* o *paraconcur-*

²⁵ HAGGI, GRACIELA y RICHARD, EFRAÍN HUGO, “La supuesta supresión de la pérdida de capital social como causal de disolución” en libro colectivo *La actuación societaria*, Vítolo, Daniel R. (dir.), Ad Hoc, Buenos Aires 2005, p. 229.

²⁶ NISSMAN, RAÚL, en múltiples conferencias y trabajos difundidos por Ricardo Ruiz Vega.

²⁷ CTrab. y Minas 4ª Nominación de Santiago del Estero, República Argentina, 15/6/2005, en la causa “Salazar, Oscar E. c. Florestal El Milagro SRL”, LLNOA, 2005-1446.

²⁸ En *De la insolvencia*, In *Memoriam de Héctor Cámara y Francisco Quintana Ferreyra*, Advocatus, Córdoba, 2000, comunicaciones al II Congreso Iberoamericano de la Insolvencia, *En torno a responsabilidad y concurso. Un “embrión” de proyecto*, t. III, p. 313. y *Daños causados por la insolvencia: Acciones individuales de responsabilidad contra administradores de sociedades*, t. III, p. 549. *Ausencia de sede y responsabilidad de administradores* (II), t. III p. 579. *Pretensiones patrimoniales y contratos comprendidos en art. 20 ley 24.452, Competencia de árbitro frente al concurso*, t. IV, p. 243.

²⁹ Anuario XIV (2012), p. 377, del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba.

³⁰ URÍA, R.; MENÉNDEZ, A. y GARCÍA DE ENTERRÍA, J., “La sociedad anónima: disolución” Cap. 4, p. 1001, en *Curso de Derecho Mercantil*, t. I, especialmente “Las pérdidas graves” URÍA, RODRIGO y MENÉNDEZ, AURELIO (dirs.), Civitas, Madrid 1999, pp. 1009 a 1013.

sal, considerando algún otro considerarla como *anticoncursal*³¹, y ante los estudios que tratan de rescatar esas normas, desde lo concursal se ha avanzado en las recientes reformas española de la ley de sociedades y la italiana³², en una compatibilización que no estamos en condiciones de juzgar. La doctrina italiana reiteraba que la reforma de la legislación concursal omitió una regulación orgánica de la crisis y de la insolvencia de la sociedad, perpetuando una laguna de la legislación concursal hace tiempo criticada por la doctrina³³.

Recordando algo aparentemente olvidado, se ha dicho: “La normativa societaria ha tenido, desde siempre, la preocupación de la defensa y protección del crédito y, por esta vía, de la prevención de las crisis empresariales. Con herramientas y procedimientos diferentes ha ido convergiendo con una legislación concursal cada vez más preocupada por la prevención de las crisis empresariales y en la solución de éstas con el menor daño posible a las estructuras productivas. Esta comunidad de objetivos entre ambas ramas del ordenamiento mercantil hacen necesaria una coordinación y armonización normativa, de modo que su objetivo común pueda ser logrado en forma segura y eficiente, derecho concursal y derecho societario no son dos compartimentos estancos. Ambas disciplinas deben perseguir, desde una concepción integral del sistema jurídico, una armonización de sus sistemas normativos en orden a la tutela del crédito, a la anticipación de las crisis y a evitar su profundización y propagación”³⁴.

2. El derecho societario y el derecho falimentar se influyen mutuamente, bajo las reglas del *corporate government*, imponiendo ante la pérdida total o parcial del capital social la convocatoria a asamblea, configurando el “leitmotiv” de la “profilaxis de la insolvencia” el asegurar la estabilidad de la empresa, adoptando las medidas de saneamiento³⁵.

Omitir las vías preconcursales societarias, para intentar las de reactivación en una presentación en concurso permite avizorar el nacimiento de acciones de responsabilidad.

La tutela de los acreedores ante la continuidad de la empresa en cesación de pagos, aumentando la posibilidad de pérdidas ante una prospectiva incierta, impone pensar en la responsabilidad de los administradores³⁶, afirmándose la utilidad que revisten en general “los remedios tempestivos e idóneos a la primera señal de crisis”³⁷. Responsabilidad siempre de base subjetiva, por accionar culposo o doloso generando daño.

³¹ DÍEZ ECHEGARAY, JOSÉ LUIS, *Deberes y Responsabilidad de los Administradores de Sociedades de Capital*, 2ª edición, 2006, Thomson-Aranzadi, Navarra, p. 387.

³² STRAMPELLI, GIOVANNI, “Capitale sociale e struttura finanziaria nella società in crisis”, en *Rivista delle Società*, año 57, 2012, julio-agosto 2012, fascicolo 4, Giuffrè Editore, Italia 2012, p. 605, donde se analiza la disposición contenida en el decreto ley del 22 de junio de 2012, n. 83, donde se impone la reconstrucción del capital social o el concurso de la sociedad, en forma similar a lo previsto en la última reforma española.

³³ NIGRO, A., “Le società per azioni nelle procedure concursuali”, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, 9º, Torino 1993, pp. 209 y ss.

³⁴ OLIVERA AMATO, JUAN M., “Herramientas societarias para la solución y prevención de las crisis empresariales”, en *Situaciones de crisis en las sociedades comerciales*, AA.VV., José EMBID IRUJO, MIGUEL, VITOLO, DANIEL ROQUE (dirs.), Ad Hoc, Buenos Aires 2010, pp. 31 y ss., esp.35.

³⁵ SPOLIDORO, M. S., comentando la tesis de Alexandros N. ROKAS, *Die Insolvenzprophylaxe als Bestandteil der Corporate Governance im deutschen Aktienrecht*, Baden Baden, Nomos 2012, en *Rivista delle Società* año 57º, fas. 6º, noviembre-diciembre 2012, p. 1353.

³⁶ MIOLA, ob. cit., p. 1310. Como acción extraconcursal.

³⁷ MIOLA, ob. cit., p. 1309.

El informe general del síndico u otros elementos agregados al juicio concursal podrán acreditar el incumplimiento de los deberes societarios del administrador, y fundar la promoción de acciones de responsabilidad individuales por parte de ciertos acreedores. Particularmente aquellos no informados con los que contrataron estando la sociedad en cesación de pagos. Este informe general en el concurso facilita la prueba de los extremos que podrán invocar esos acreedores, que —en otros casos— puede ser bastante difícil, como se señala en la doctrina de los Estados Unidos de Norteamérica³⁸.

No es del caso aquí tratar las acciones individuales de responsabilidad que puedan promover acreedores sociales contra los administradores por no haber respetado las previsiones de la ley societaria, particularmente las del art. 99 LGS, que no son concursales ni atraíbles por un concurso ni afectadas por la homologación de un acuerdo de quita y espera.

VII. Pérdida del capital social, efectos y responsabilidad

Como anticipamos centramos la atención en una causal de disolución de las sociedades. La causal de disolución “pérdida total del capital social”, diferente a la infrapatrimonialización e incluso a la cesación de pagos, importa cuanto menos la avizoración de una crisis y permite revertir la situación con bajo costo en forma privada³⁹.

1. El rol del capital social, la importancia de actuar tempestivamente para solucionar la crisis desde el derecho societario, ha sido recogida en el “Decreto Concursal Peruano” que en 1999 se integra con la ley “De Fortalecimiento del Sistema de Reestructuración Patrimonial”, y tres normativas configuran la hoy denominada en Perú “Ley General del sistema concursal”, cuyo sistema tiene tres procedimientos: el procedimiento concursal ordinario para obtener un acuerdo de reestructuración o de disolución; el procedimiento concursal preventivo dirigido a la obtención de un acuerdo global de refinanciación, y la quiebra de carácter judicial y liquidativo. El concurso ordinario es de instancia preventiva exclusiva del deudor, con confidencialidad mientras se inicia el trámite y al abrirse con amplio derecho de los acreedores de observación e información. El deudor debe optar al presentarse por la reestructuración patrimonial o la disolución, y el presupuesto objetivo es el grado preciso del deterioro económico: “pérdidas acumuladas, deducidas las reservas, que superen en un tercio el capital social integrado... acreditado con informe de asesor legal y contador público colegiado y acompañado por un plan de recuperación con una proyección preliminar del que surja un flujo de ingresos por dos años que permitan considerar sustentable en orden a la recuperación. Señala Dasso “La entidad de las pérdidas (mayor al tercio del capital social integrado) tiende parejamente, en primer término a evitar el abuso de una presentación que tiene el efecto de paralizar los derechos individuales de los acreedores, cuando la situación económica es considerada a través de la ecuación legal todavía superable y de otro lado, a descartar el uso de

³⁸ Entienden los autores norteamericanos sobre la incerteza sobre la responsabilidad de administradores y confirmando las obligaciones de alegar y probar a cargo de los actores que hacen extremadamente gravosas estas acciones. RIBSTEIN L., *Another perspective on Citigroup and AIG*, en “blogs.law.harvard.edu”.

³⁹ Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007; *Perspectiva del Derecho de la Insolvencia*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Córdoba, 2010.

la reestructuración como instrumento meramente dilatorio cuando el deterioro económico asumiere tal magnitud que, en el caso de pérdidas mayores al tercio del capital la ley considera insuperable para la recuperación. En el otro extremo, cuando las pérdidas adquieren mayor importancia (superiores al total del capital social integrado), cuya medida se reputa *ex lege* como impeditiva de la recuperación, queda vedada esa vía y al deudor sólo le queda la vía liquidativa. Vale decir que la franja económica de la crisis que habilita al deudor a acogerse al concurso ordinario, conservativo, es el de pérdidas acumuladas no inferiores a la tercera parte del capital social, pero no superiores a su monto total⁴⁰.

Los problemas patrimoniales de la empresa, organizada libremente como sociedad, son abordados en esa causal de disolución de “pérdida del capital social”⁴¹.

La ley uruguaya⁴² impone la causal de disolución con la pérdida del 75% del capital social, permitiendo su reintegro o capitalización, y dispone la apertura del concurso cuando la pérdida alcanzó al 100 del capital social.

2. Esa “pérdida” debe ser real, aunque es reconocida por una determinación contable aprobada por el órgano de gobierno de la sociedad. Según la versión más conservadora la misma se produce cuando el patrimonio neto acusa pérdidas de tal envergadura que éstas igualan o superan a todos los importes positivos del patrimonio neto (capital, ajuste de capital, reservas, aportes irrevocables —capitalizados, agregamos—)⁴³. Una visión más formal llevaría a pensar que la causal se ha generado cuando el pasivo excede al activo en una cifra superior al capital social estatutario y no se intentan capitalizar otros importes

⁴⁰ DASSO, ARIEL ÁNGEL, “Derecho Concursal Comparado”, t. II, Legis, Buenos Aires, septiembre 2009, pp. 805 a 1573, más índices temático y alfabético (El comentario al tomo I fue publicado en la Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 240-107, Bibliografía; y en nuestro libro *Perspectiva del Derecho de la Insolvencia*, cit., p. 651). La cita corresponde al régimen concursal peruano.

⁴¹ “Art. 94 LSA.— Disolución: causas. La sociedad se disuelve: ...5) Por pérdida del capital social... Art. 96.— Pérdida del capital. En el caso de pérdida del capital social, la disolución no se produce si los socios acuerdan su reintegro total o parcial del mismo o su aumento. Art. 99.— Administradores: facultades y deberes. Los administradores, con posterioridad al vencimiento del plazo de duración de la sociedad o al acuerdo de disolución o a la declaración de haberse comprobado alguna de las causales de disolución, sólo pueden atender los asuntos urgentes y deberán adoptar las medidas necesarias para iniciar la liquidación. Responsabilidad. Cualquier operación ajena a esos fines los hace responsables ilimitada y solidariamente respecto de los terceros y los socios, sin perjuicio de la responsabilidad de éstos”. Nto. “Las crisis de las sociedades y como abordarlas”, Fespresa, Córdoba, agosto 2010, pp. 183, 185, 393, 427, 461, 465, 581.

⁴² Nto. “Una Visión Rioplatense sobre las crisis societarias y cómo abordarlas ¿Un problema del derecho concursal? (An Argentine perspective on confronting Corporate Crisis: Is this a Bankruptcy Law Issue?)”, en n° 8 de la Revista de Derecho, Publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Uruguay.

⁴³ FUSHIMI, JORGE FERNANDO, “Sobre el reintegro del capital en las sociedades anónimas”, en publicación referida en nota 48, p. 427, específicamente 428. NISSEN, RICARDO A., *La pérdida del capital social como causal de disolución de las sociedades comerciales*, Ad Hoc, Buenos Aires, quien transcribe parte de la resolución 055 de la Inspección General de Justicia de fecha 14/1/2002 en “Duque Seguridad S.A.”. Antes de hacer el cálculo para constatar la existencia de la causal disolutoria consistente en la pérdida del capital social, hay que revalorizar el patrimonio social, computar sólo el pasivo hacia terceros y luego absorber las pérdidas en término con las reservas y sólo después proyectar su remanente sobre el capital social. Además debe tratarse de una pérdida definitiva y no meramente circunstancial”. Agregamos que esas operaciones deben ser serias, reflejarse en la reunión donde se descartó la obligatoriedad del reintegro o el aumento de capital social para poder continuar las operaciones, y que quedará cuestionada si posteriormente la sociedad se declara en concurso o quiebra.

positivos del patrimonio neto para revertir la pérdida y reconstituir el capital estatutario como cifra de garantía para los terceros y la sociedad.

El análisis de ciertos aspectos vinculados a esa causal son dirimientes para entender el *obiter dictum* de nuestra Corte en el caso Comercial del Plata sobre que el recurso concursal es la última alternativa para solucionar la crisis societaria⁴⁴.

3. ¿Cuándo se genera esa causal de disolución? La cuestión es cuándo objetivamente queda reconocida la existencia de esta causal por los administradores y por los socios. La respuesta fluye de la realidad: indubitablemente los primeros cuando preparan el proyecto de balance y por tanto la Memoria debería contener referencias sobre ese aspecto. Los socios cuando aprueban o consideran ese balance, aunque no lo aprobaran. Desde ese momento la causal pasa a ser de indubitable y pleno conocimiento imponiendo las conductas previstas por la ley.

De inmediato debe interrogarse si ante esa constatación debe cesar la actividad normal y proceder a la liquidación de la sociedad. Sin dudar no. Aún en la causal de vencimiento del plazo los socios pueden decidir la continuación. En el caso de la causal de pérdida del capital social la liquidación puede ser evitada por el reintegro del capital social o la capitalización.

Atento a la norma del art. 96 LGS la causal de disolución puede enervarse. Ricardo Nissen sostiene que la reversión debe producirse dentro de los 60 días por aplicación analógica de lo previsto respecto a la causal de cancelación de oferta pública (art. 94, inc. 9º). La reacción debería ser inmediata a la constatación documentada en la aprobación del balance.

Fourcade apunta que la sociedad puede continuar operando pese a la pérdida del capital social, porque puede apreciarse revertirla con las operaciones en curso. Ello además de deber expresarse en la primer Memoria —conforme el tipo social— deja en claro el riesgo de responsabilidad de administradores y socios por las nuevas operaciones conforme el art. 99 LGS. Si luego el patrimonio social es insuficiente para atender a los acreedores el daño se habrá consumado y la responsabilidad prevista se patentizará.

4. ¿Por qué antes de la presentación en concurso, o en el momento de ratificar tan onerosa vía, los socios no optan por la solución prevista en el art. 96 LGS? Es porque la cuestión no ha sido sometida a su consideración ni advertido el riesgo de asumir responsabilidad que importa esa ratificación.

Es posible que en análisis del balance de presentación y del monto de la reintegración del capital social, los socios puedan dudar si deben hacerlo por el monto original u otro monto, y también porque no tienen idea de la responsabilidad que puede imputárseles.

El monto sería el que requiera la situación patrimonial y no meramente la cifra nominal del capital original, pues la pérdida que registrara el balance podría ser muy superior al mismo. El desembolso por reintegro debe ser tal que permita equiparar el activo con el pasivo y recomponer la cifra del capital social. La decisión de reintegro adoptada en el caso de sociedad anónima por asamblea extraordinaria con mayorías agravadas, impone a todos los socios la obligación

⁴⁴ Nto. "Desjudicialización de los concursos: Un "Obiter Dictum" de la Corte", en Zeus Córdoba, n° 376, año VIII, tomo 16, 23 de febrero de 2010, pp. 85/90, y en Zeus, Revista n° 11, tomo 113, Rosario 13 de julio de 2010, p. 561.

—salvo ejercicio del derecho de recesso sin valor económico evidentemente, pero que evita la obligación de reintegrar—.

No necesariamente la ley impone la reintegración para evitar la liquidación. La opción es capitalizar la sociedad por los socios —ejerciendo el derecho de preferencia y el de acrecer en su caso— o por terceros.

4. Fushimi⁴⁵ sostiene que de ninguna manera el reintegro del capital puede ser obligatorio para los accionistas. No es ésta la posición mayoritaria de la doctrina, que sostiene que es obligatoria y que aquel socio que no desee realizar el reintegro puede ejercer el derecho de recesso, con lo cual parecieran estar consagrando la fórmula que hemos llamado *reintegre o receda*. Los que sostienen que el reintegro es obligatorio se fundan en las disposiciones del art. 233 LSC, que establece que las disposiciones de la Asamblea son obligatorias. Sostiene con la mayoría de la doctrina que el reintegro es un aporte a monto perdido, o a título gratuito, no parece razonable obligar al accionista o socio a que realice un acto a título gratuito⁴⁶.

Consideramos que este análisis de Fushimi encuentra contradicción en que es impuesto por la ley. Nuestra posición es compartida⁴⁷.

“Una vez aprobado el reintegro del capital por la asamblea extraordinaria, la resolución adoptada de conformidad con la ley y el estatuto, será obligatoria para todos los accionistas, salvo los precedentes, y deberá ser cumplida por el directorio (art. 233, última parte LSC)., quien establece que: “Para el socio que no recedió el reintegro de capital se impone como obligación pues así lo ordena el art. 133 (sic) in fine de la LSC: “Las decisiones sociales adoptadas conforme a la ley y el estatuto son obligatorias para todos los accionistas, salvo lo dispuesto en el art. 245, y deben ser cumplidas por el directorio”⁴⁸.

Dasso⁴⁹ expresa: “Constituye cuestión central la determinación de si la decisión asamblearia de reintegro es obligatoria para los accionistas disconformes. ...Si bien el derecho de recesso está consagrado a favor de los accionistas ausentes y disconformes —o ausentes— con la decisión de reintegro total o parcial (art. 245 LSC) es patente que el valor de reembolso experimentará en este caso una reducción equivalente a las pérdidas absorbidas, por lo que se extinguirá su participación y con ello la calidad de socio cuando las pérdidas insu-

⁴⁵ FUSHIMI, JORGE F., y nosotros, comunicación al VIIIº Congreso Argentino de Derecho Concursal y VIº Congreso Iberoamericano de la Insolvencia (Tucumán - R.A.) septiembre de 2012). “La quita en concursos de sociedades y su tratamiento fiscal (y algunos aspectos periféricos)”, t. 1, p. 635.

⁴⁶ Sin embargo, si algunos socios o accionistas acceden a reintegrar el capital y otros no, y éstos que no acceden al reintegro tampoco ejercen el derecho de recesso, se produce una situación de absoluta inequidad: los que no reintegran reciben un beneficio sin causa a costa del sacrificio de quienes sí reintegraron. De hecho, el valor patrimonial proporcional antes del reintegro era igual o menor que cero, y luego, merced al reintegro, el valor pasa a ser positivo. Ese enriquecimiento sin causa es lo que motiva que no podamos descalificar la opción “reintegre o receda”, apunta el mismo Fushimi.

⁴⁷ HAGGI, GRACIELA A., “El reintegro del capital social”, en AA.VV., FILIPPI, LAURA y JUÁREZ, MARÍA LAURA (dirs.), *Derechos patrimoniales. Estudios en homenaje del profesor Emérito Dr. Efraín Hugo Richard*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2001, p. 193. NISSEN, RICARDO A., “La pérdida del capital social...”, cit., pp. 77/78. VAN THIENEN, PABLO A., *Pérdida total del capital social: ¿Reintegro, aumento u operación bandoneón*, en Revista de las Sociedades y Concursos, N° 27, marzo-abril 2004, p. 81; NORTE SABINO, OSVALDO, J. *Reintegro del capital social*, Impuestos XLI-A, p. 495.

⁴⁸ NORTE SABINO, OSVALDO J., “Reintegro del Capital Social”, Impuestos XLI-A, p. 495. En igual sentido, se expide VAN THIENEN, PABLO A., “Pérdida total del Capital Social: ¿Reintegro, aumento u operación bandoneón?”, en Revista de las Sociedades y Concursos N° 27, marzo-abril 2004, p. 81.

⁴⁹ DASSO, ARIEL ÁNGEL, *Tratado del Derecho de separación o recesso del socio y del accionista (Derecho Argentino y Comparado)*, Legis, Buenos Aires, 2012, p. 301.

man todo el capital... Si no ejercitara tal derecho la sociedad puede demandar el cumplimiento de la obligación de reintegrar, previa publicación e inscripción en el Registro Público de Comercio (art. 193 LSC). De lo expuesto se sigue que en hipótesis de cesión asamblearia de reintegro del capital el socio que no recede queda expuesto a la persecución social judicial por el pago del reintegro, daños y perjuicios y, en hipótesis —si estuviera previsto en los Estatutos—, a la exclusión de la sociedad. Ahora bien, si opta por el receso subvierte su calidad de socio por la de acreedor pero su valor de reembolso en el marco de la pérdida total del capital social carecerá de contenido económico”.

Apuntamos nuestra coincidencia, salvo en el aspecto de publicación o inscripción, pues a diferencia de la reducción y aumento, que implica modificación estatutaria, el reintegro conserva las expresiones estatutarias y sólo modifica el balance.

Correlativamente, es un deber de los administradores comunicar a todos los socios la decisión asamblearia de reintegrar, indicando la modalidad, para que el disidente pueda optar por recesar o reintegrar, o aceptar la posibilidad de la acción judicial. La falta de diligencia del administrador causa perjuicio a la sociedad y al socio requerido que puede quedar imposibilitado substancialmente de optar, aunque se hayan cumplido los recaudos formales de publicidad.

En síntesis: el monto del aumento debe ser como mínimo suficiente para encubrir el pasivo y no quedar nuevamente en supuestos de reducción obligatoria del capital social previstos en el art. 206 LGS.

5. Por eso es más factible la capitalización del pasivo. Y parece hoy en el derecho comparado que la tendencia es inducir a los acreedores profesionales financieros a hacerlo, conforme a un plan de la viabilidad de la sociedad y de su reorganización, que incluso les permitirá colocar luego sus participaciones en el mercado. El negocio de “underwriting” puede vincularse a ello.

Se trata de aumentos que se producen cuando los socios o terceros realizan aportes genuinos a la sociedad⁵⁰. La legislación societaria prevé expresamente la capitalización de pasivos en el art. 197.2 LGS, como supuesto claro para este caso; suspendiendo el derecho de suscripción preferente, ante la existencia de obligaciones anteriores. Esta suspensión sólo es inteligible por la urgencia en generar esa capitalización y remover la causal de disolución, pero es incongruente con la postura de socios —aún minoritarios— que ejercieran en el mismo acto el derecho de suscripción preferente y anticiparan el deseo de acrecer —lo que podrían ejercer sin afectar derechos de los demás socios a hacerlo posteriormente— adoptando la posición que hemos dado en llamar la de “suscriptor e integrador provisional”.

El aumento de capital dirigido originariamente a socios o terceros podría imponer una prima de emisión destinada a satisfacer los derechos de los socios originarios en cuanto al valor del negocio —conforme al plan que se explicita para lograr tales aportaciones—.

6. De no tratarse la causal una vez acreditada, continuando el giro normal de los negocios, incluso ratificando una presentación en concurso: ¿surge alguna responsabilidad? No si los administradores gestaron correctamente sus

⁵⁰ FOURCADE, ANTONIO, *Sociedades comerciales. Parte especial*, Advocatus, Córdoba, 2001, p. 114. FUSHIMI, ob. cit., p. 430.

deberes. Quizá la responsabilidad por los daños que se causen sea de los socios que mayoritariamente soslayaron las soluciones imperativas de la ley societaria y, en abuso de derecho, intentan que los acreedores cubran el exceso de pasivo.

La ley da clara respuesta a este supuesto en el art. 99 LGS, como anticipamos. Respecto a los socios, la norma contenida en el art. 99 LGS agrega *sin perjuicio de la responsabilidad de éstos*. La doctrina ha interpretado que la referencia en forma inequívoca está aludiendo al consentimiento de los socios en los actos realizados por los administradores en este período. Ante la pérdida del capital social, si los administradores no asumen el camino previsto, y los socios convocados trasladan el riesgo operativo a los acreedores, asumen responsabilidad. Constatada la causal y no tratada ni revertida, los administradores asumen responsabilidad. La presentación de balances donde conste la pérdida del capital social sin haber puesto a consideración de los socios el reintegro o aumento, les genera responsabilidad. También la pretensión de solución concursal, acompañando balances donde se registre la pérdida, genera esa responsabilidad por las operaciones posteriores.

Los socios al ratificar la presentación en concurso, sin haber asumido previamente las conductas previstas en la ley de sociedades, sin duda han asumido esa responsabilidad, sin perjuicio de las acciones que tengan posteriormente contra los administradores.

Se ha llegado a sostener que en tal caso la sociedad torna en irregular, y en tal supuesto todos los socios o accionistas serían responsables, no así en la interpretación que formalizamos del art. 99 LGS, pues debe distinguirse:

(a) Socios que conocieron, consintieron o se beneficiaron con estos actos. La ley no hace distinción y creemos que en los tres supuestos son solidariamente responsables.

(b) Socios que desconocieron la situación, sea porque aquellos que se beneficiaron se lo ocultaron, o porque simplemente no tuvieron conocimiento. Entendemos que en estos casos no pueden ser pasibles de responsabilidad, y que gozan del principio de limitación según el tipo. Si se aceptare que la sociedad deviene irregular, todos serían solidariamente responsables.

(c) Los alcances de la responsabilidad también adquieren dos posiciones en doctrina: (i) quienes entienden que los socios que incurren en esta causal, son responsables hacia los demás socios y los terceros, y (ii) los que sólo lo limitan a los terceros. Entendemos que la norma es clara y se refiere sin distinción hacia socios y terceros, claro que en todos los casos se deberá acreditar la existencia de daño.

La cuestión es la insatisfacción al tercero de una acreencia por insolvencia, o aparente insolvencia al no encontrarse bienes, de la sociedad, lo que —a su vez— podría derivar en la quiebra de la sociedad. Se viola una norma imperativa de tutela de terceros, de la sociedad y de los propios socios en forma genérica, que específicamente en caso de insatisfacción de terceros acreedores evidencia la insolvencia de la sociedad y permite avizorar la pertinencia de acciones resarcitorias del daño generado.

No cabría duda que el efecto responsabilizador de la norma del art. 99 LGS, que alcanza a los socios que consientan el giro social con posterioridad a la constatación de la existencia de una causal de disolución u omitan el trámite liquidatorio, con el consiguiente daño a los acreedores. Todo un sistema imperativo para excluir daños derivados de la insolvencia, o sea un sistema de pre-

concuralidad, fincado en toda la ley societaria y específicamente en los arts. 94 inc. 5°, 96 y 99 LGS.

¿El art. 99 LGS alcanza a las deudas postconcursoales? No aparece en nuestro derecho una opción para los administradores, como en España⁵¹ e Italia, y administradores y socios —al aceptar la continuación del giro social sin asumir ni el reintegro del capital social ni su aumento, quizá en búsqueda de que el problema sea asumido por los acreedores a través de quitas y esperas—, deberán afrontar la responsabilidad del art. 99 LGS para el caso de una ulterior quiebra⁵².

7. La cifra estatutaria que fija el capital sirve de garantía inmutable para esos terceros, imponiendo mantener el contravalor patrimonial de dicha cifra siempre por encima de aquel y durante toda la vida de la sociedad⁵³. El capital social se presenta como una cifra permanente en la contabilidad de la sociedad, que indica a aquellos con qué número responderá el ente respecto de éstos, por las deudas asumidas por la sociedad.

Vivante entiende a la pérdida del capital social como una causal de disolución que opera de pleno derecho⁵⁴.

Sea que se sostenga que no se produce la disolución al constatarse en el balance la pérdida del capital, o se acepte tal criterio, ocurren dos efectos:

a) La responsabilidad de administradores y de los socios que consientan la continuidad se genera por los daños que puedan producirse.

b) La liquidación no se inicia de oficio, sea porque los socios la consideren reversible o transitoria, sea que difieran la toma de decisión a una futura asamblea. Pero siempre con el efecto de la responsabilidad.

¿En caso de homologación de acuerdo habiéndose constatado por el Síndico en el informe general la existencia de la causal largo tiempo antes de la presentación declarada en los mismos balances aprobados, se mantiene la responsabilidad del art. 99 LGS?

No parece que el efecto novatorio que genera la homologación de un acuerdo concursal alcance a la responsabilidad de administradores y/o socios⁵⁵. Por tanto, los que hubieren sufrido daño, ante el incumplimiento de la norma que implica culpa o dolo, podrán reclamar a administradores y socios intervi-

⁵¹ Conforme a ley publicada el 3 de julio de 2010, prevé en el art. 367 la responsabilidad de administradores que no convocaran a asamblea o, en su caso no presentaran en concurso a la sociedad en el término de 60 días de constatada la causal de disolución.

⁵² Nto. "Conflictos generados por la insolvencia de sociedades y soluciones societarias a sus crisis económico-financieras-patrimoniales (arts. 94.5, 96 y 99 Ley de Sociedades Comerciales)", en *Tratado de los Conflictos Societarios*, t. III, DUPRAT, DIEGO (dir.), Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2013, p. 2793.

⁵³ Siguiendo a Butty, el capital constituye una garantía específica hacia los terceros, suplementaria y distinta del patrimonio, entendido como prenda común de los acreedores. Aquellos tendrán la certeza durante la vida social, de la existencia en la caja de la sociedad, del contravalor efectivo de la cifra capital.

⁵⁴ VIVANTE, CÉSAR, *Tratado de Derecho Mercantil*, versión española de la quinta edición italiana corregida, aumentada y reimpressa, Vol. II, "Las sociedades mercantiles", Reus, Madrid, 1932, pp. 483/5.

⁵⁵ En orden a la responsabilidad por el art. 99 LSA, la jurisprudencia en CNCom., 30/6/2010, "Trottar S.A. c. Peugeot Citroën Argentina S.A. s/ ordinario s/ incidente (de extensión de responsabilidad por las costas)": "...Esta sala no comparte la decisión del juez a quo de calificar de "subsidiaria" la responsabilidad derivada del art. 94 inc. 8° de la Ley de Sociedades pues la aludida norma sólo la califica de "solidaria e ilimitada." Ante la inexistencia de la pluralidad requerida por la ley, el socio y administrador debió proceder ajustándose a los estatutos del art. 99 LS, y la expresa omisión de tales pautas, no puede beneficiarlo. Por lo expuesto, y si bien la responsabilidad que aquí se declara coincide con aquella decidida al admitir el primero de los agravios, corresponde declarar también incurso en las responsabilidades derivadas del art. 99 de la ley societaria al director del ente," elDial.com, 12/8/2010.

nientes la reparación del daño efectivamente sufrido. El alcance de la reparación puede alterarse en función del factor de atribución: culpa o dolo.

VIII. Abuso de derecho y fraude a la ley

Nuestra sorpresa —ante tales normas imperativas reconocidas doctrinaria y legislativamente— es que la insolvencia se asuma con quita, o sea eludiendo los socios su obligación de capitalizar, requieren a los acreedores una quita que los empobrece, enriqueciendo a los socios. Piensen que generada una quita importante el balance podría dar un patrimonio positivo que hasta podría llegar a distribuirse, como descaradamente se ha hecho en casos. Por eso la quita genera una carga tributaria a la sociedad, distribuya o no dividendos. Si en cambio no hay insolvencia sino que del balance resulta un mero pasivo corriente mayor que el activo corriente no hace falta una quita sino una mera espera. La legislación colombiana en acuerdos privados homologados no acepta imponer la quita. La quita patentiza en todos los casos un abuso de derecho cuando no un fraude a las disposiciones imperativas de la legislación societaria sobre la pérdida del capital social.

1. Referirse a la quita impone lógica y análisis económico, atendiendo a la profundidad de la crisis. Si hay pérdida contable del capital social aparece como posible la necesidad de quita para restablecer la relación patrimonial activo-pasivo, claro que ello ocurre si no se han aplicado las normas societarias sobre causal de disolución en caso de pérdida del capital social y la obligación de los socios de reintegrar o capitalizar, por ellos o terceros. Por eso cuestionamos el argumento de jueces argentinos de homologar acuerdos con quitas en concursos societarios basados en que la liquidación daría un resultado menor (el llamado *the best interest of creditors*, aceptable en concursos de personas humanas e inaceptable frente a las disposiciones de la ley societaria nunca citadas). Este es un sofisma pues los acreedores que no obtuvieran la satisfacción de su crédito en la liquidación de la sociedad, lo podrían hacer a través de las acciones de responsabilidad expresamente previstas⁵⁶, como hemos referido.

La legislación impositiva tiende a determinar como ganancia, y así imponerla aunque difieran su pago, cuando existe quita. Y si el exceso patrimonial es distribuido en forma inmediata, el pago de ganancias también debe ser inmediato.

La homologación de un acuerdo de quitas no implica la inexistencia de abuso ni asegura la extinción de todo tipo de responsabilidad si se contravienen los principios y normas de la ley societaria. Los acreedores podrían promover acciones individuales de responsabilidad contra administradores y socios que correspondiere, en juzgado diferente al del concurso de la sociedad, pues el demandado no ha estado concursado⁵⁷ y no lo beneficia la novación⁵⁸.

⁵⁶ Ntos. “El art. 99, ley 19.550, y causales de disolución de sociedades (de cómo evitar la responsabilidad ante la insolvencia societaria)”, en RDCO 260-665, sección doctrina, Buenos Aires, 2013; “Conflictos societarios e insolvencia”, en *Tratado de los Conflictos Societarios*, tomo III, DUPRAT, DIEGO (dir.), Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2013, p. 2793.

⁵⁷ La CNCom., 10/10/2010, “Chmea, Isaac c. Chmea, Alberto y otros s/ Ordinario”, decidió que no era competente el juez del concurso de la sociedad a cuyo administrador se le promovió una acción individual de responsabilidad, por no estar el legitimado pasivo en concurso. Cfme. nto. “Ensayo en torno a buena fe e insolvencia societaria”, capítulo XLIX, t. I, p. 811 en libro colectivo *Tratado de la Buena Fe en el Derecho*, CÓRDOBA, MARCOS M. (coord.), La Ley, Córdoba, 2 tomos, Buenos Aires, 2005.

⁵⁸ Nto. “Sobre la novación por acuerdos concursales (y algo sobre responsabilidad de administradores)”, en *Doctrina Societaria y Concursal*, Errepar, n° 282, año XXIV, tomo XXIII, Buenos Aires, mayo 2011, p. 445.

Y para tratar ello nada mejor que abordar los “Principios Generales” con que se inicia el nuevo Código Civil y Comercial. Así el Capítulo 3 que versa sobre “Del ejercicio de los derechos”, donde aparece en el art. 9º, titulado “Principio de buena fe”, otro de los “principios jurídicos”, normando “Los derechos deben ser ejercidos de buena fe”.

Correlativamente y dentro de la teoría de la bipolaridad de los principios y valores, el art. 10, titulado “Abuso del derecho”, descalifica el mismo como contra valor de la siguiente manera “El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considera tal el que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres. El juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva y, si correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización”.

La expresión “Se considera tal el que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres”, cuestiona todos los contravalores —en esa teoría de la bipolaridad—, apuntando a los que afectan “los fines del ordenamiento jurídico”, y recoge “la buena fe, la moral y las buenas costumbres”, como límites o determinantes de los principios y valores jurídicamente protegidos —conforme el art. 2º del Proyecto—, e impone la visión bipolar de esos valores y principios. Pues existiendo duda sobre el valor positivo, muchas veces se dilucidará la cuestión al posar la atención en el contravalor negativo.

2. Por otra parte, impone al juez conductas oportunas y efectivas “para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva”, para inmediatamente prever las medidas preventivas llamadas autosatisfactivas disponiendo “la reposición al estado de hecho anterior” y calificamos esa acción preventiva en la imposición de fijar una indemnización.

Ésta es una verdadera revolución que impondrá que los jueces al considerar la homologación de un acuerdo con quita analicen si no existe abuso de derecho o fraude a la ley, y la quita comporta cuando menos un abuso de derecho —que aparece como un antivaleor—, cuando no un fraude a la ley societaria, pues los socios han transferido su obligación de capitalizar a una quita. En vez de aumentar el activo achican el pasivo a cargo de terceros, lo que hasta les permitiría distribuir dividendos luego de un balance que acreditara el enriquecimiento patrimonial.

El aumento de capital de la sociedad, cuando patrimonialmente no es necesario, puede constituir un acto de mala fe y de abuso de derecho contra socios que no pueden ejercer su derecho de suscripción preferente. Y, en cambio, si el aumento de capital es patrimonialmente necesario para la viabilidad económica del cumplimiento del objeto social, y particularmente si se ha perdido el capital social, el no aumento de ese capital importa un acto de mala fe y de abuso de derecho en perjuicio de acreedores y del mercado, al soslayar la obligación de los socios de reintegrar el capital social o propiciar su aumento, que es calificado cuando en una presentación en concurso intentan imponer el reequilibrio patrimonial a los acreedores afectando sus patrimonios con quitas.

Justamente el art. 12 de esos “Principios Generales” se refiere al “Orden público” y al “Fraude a la ley”. Dispone en tal sentido “Las convenciones particu-

lares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia esté interesado el orden público. El acto respecto del cual se invoque el amparo de un texto legal, que persiga un resultado sustancialmente análogo al prohibido por una norma imperativa, se considera otorgado en fraude a la ley. En ese caso, el acto debe someterse a la norma imperativa que se trata de eludir”.

Se verá que se distingue orden público de normas imperativas. Respecto al primero para impedir puedan dejarse de lado, y respecto a ambos supuestos para sancionar el fraude a la ley. En el mismo sentido el actual art. 21 Cód. Civil del Título Preliminar.

El orden público societario consiste en una máxima de inderogabilidad que sustrae de la autonomía de la voluntad ciertas cuestiones⁵⁹. La Corte⁶⁰ con tal comprensión afirmó que es evidente que los socios de la demandada no estaban habilitados para deliberar y decidir cuestiones que atentasen contra el interés y orden públicos y las buenas costumbres (art. 21 cit.), o bien que fueran prohibidos por las leyes (art. 953 cit.). “Lo que es inmoral, lo que es contrario al orden social, lo que se reputa inexistente por falta de formas substanciales, no puede subsanarse por el transcurso del tiempo. El acto será siempre inmoral, contrario al orden público o carente de las formas indispensables a su existencia, cualquiera sea el número de años que hayan pasado desde su celebración. El tiempo es impotente para transformar lo inmoral en moral, lo ilícito en lícito, lo informal en formal, y siempre el acto conservará el vicio original” (fallo cit. considerando II, pp. 278, último párrafo y 279), criterio éste que reiteró en Fallos: 314:1048, considerando 6°.

IX. Meditaciones

Y así están las cosas. “Se advierte... una tónica uniforme que exterioriza disconformidad frente a la insatisfacción de los sistemas destinados a regular las crisis empresarias, y en suma, el fracaso de la legislación, lo que constituye una causa determinante de sucesivas reformas en búsqueda irrenunciable de la estrella polar de una solución imposible”⁶¹, es que ante la crisis económico-patrimonial-financiera de las sociedades, la misma debe ser asumida desde el derecho societario. Sólo fracasadas las acciones previstas en el mismo, para conservar la empresa podrá afrontarse el camino concursal, con el debido equilibrio entre acreedores y socios. El derecho societario iberoamericano es suficientemente uniforme para admitir (e imponer) estas conductas.

Resaltando la cuestión y transfiriendo decididamente el sistema de preconcursalidad 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”⁶².

⁵⁹ OLIVERA GARCÍA, RICARDO, *Estudios de derecho societario*, Rubinzal, Buenos Aires, 2005, pp. 92/93.

⁶⁰ CSJN, 7/12/2001, “Provincia del Chubut c. Centrales Térmicas Patagónicas S. A.”, LA LEY, 2002-E, 863, *Colección de Análisis Jurisprudencial Elems. de Derecho Administrativo*, COMADIRA, JULIO RODOLFO, p. 597 Cita Online: AR/JUR/25/2001.

⁶¹ DASSO, ARIEL ÁNGEL, *Tendencias actuales del derecho concursal*, Ad Hoc, Buenos Aires, 1999, p. 49.

⁶² BELTRÁN SÁNCHEZ, 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*

La meditación que fluye es que —ante la afirmación de la Corte—, la sociedad que se concursara sin intentar los remedios societarios de bajo coste —asegurando la continuidad de la empresa y del empleo, aunque pueden comprometer parcialmente la titularidad de las participaciones sociales—, si intentara la homologación de un acuerdo de quita y espera se debería encontrar con una tacha inicial, metódica, de abusividad.

Es que como bien señala Dasso en reciente importantísimo libro⁶³: “el sistema jurídico más completo y lógico no es perfectamente inteligible hasta que se estudia en relación con otros sistemas legales... la persecución de la eficiencia se ha centrado en el resguardo de la empresa, motor de la economía capitalista instaurada en el mundo, y el nuevo objetivo, focalizado en el diagnóstico temprano de sus dificultades en forma de intervenir antes que la crisis sea patología irreversible... La ley francesa del 23/7/1967 introdujo una novedad digna de ser comentada: la separación entre el hombre y la empresa... de que se trata de un derecho de las empresas en dificultades, bastante diverso del derecho concursal clásico... (en el) convencimiento de que la función social de la empresa reside en un difícil equilibrio entre lo público y lo privado o, mejor dicho, entre lo social y lo privado”.

Las soluciones concursales, extrajudiciales o judiciales, están pensadas para actuar tempranamente frente a la crisis o cesación de pagos, anticipándose a la pérdida del capital social —insolvencia—. Si hay insolvencia son las soluciones societarias las que corresponde aplicar. La espera o la capitalización es la solución concursal no abusiva ni en fraude a la ley. La solución concursal es siempre la capitalización, por socios, terceros o con pasivo.

1. Para meditar en torno a la causal de disolución “pérdida del capital social” que impone soluciones societarias concretas. No afrontar la crisis oportunamente y exigir un sacrificio a los acreedores, impone que la propuesta no pueda sea homologada, por abusiva⁶⁴ o en fraude a la ley al haberse omitido las previsiones imperativas. En el estado actual no puede un juez considerar una propuesta de quita en el concurso de una sociedad, sin hacer un análisis sobre su abusividad a la luz de las normas imperativas del derecho societario, eventualmente excluyéndolo de las mismas en forma expresa.

“En la sociedad anónima, esencialmente capitalista, no parece prudente esperar a que el capital se pierda totalmente para que las pérdidas operen como causa de disolución, pues entonces los acreedores no tendrían ninguna seguridad o garantía para el percibo de sus créditos. De ahí que nuestra ley (art. 260.1.4^a) declare causa de disolución el hecho de que se produzcan pérdidas *que dejen reducido el patrimonio a una cantidad inferior al capital social, a no ser que ése se aumenta o se reduzca en la medida suficiente...* Desde esta perspectiva, esta norma opera como un instrumento preconcursal destinado a

responsabilidad de los administradores de sociedades de capital, Consejo General del Poder Judicial, Consejo General del Notariado, Madrid, 2000, p. 133, especialmente p. 154, parágrafo “5. Responsabilidad de los administradores por las deudas sociales e insolvencia de la sociedad”.

⁶³ DASSO, ARIEL A., *Derecho Concursal Comparado*, tomos 1 y 2, Legis, Buenos Aires, 2009/2010, del que puede verse nuestra recensión en RDCO, 240-175, enero/febrero, 2010 y RDCO, 244-567 (B), Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010.

⁶⁴ Nto. “Crisis de sociedades: Acuerdos concursales abusivos vs. Solución privada”, en *Summa Concursal*, t. II, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, p. 1945.

evitar la insolvencia de las sociedades anónimas y su eventual declaración de quiebra⁶⁵.

Cuidemos los asesores económicos y jurídicos al instrumento maravilloso de la organización empresaria que es la sociedad y evitemos que pueda responsabilizarse a administradores y eventualmente a los socios por su obrar contrario a la ley⁶⁶.

La doctrina concursalista intenta por todos los medios “conservar la empresa”, pero omite las efectivas imperativas normas societarias preconcursales, que alejan responsabilidades.

Todo un postulado.

2. Pero dando razón a nuestra preocupación, el H. Congreso de la Nación acaba de dar media sanción a una modificación a la ley 24.522⁶⁷, donde se modifican los arts. 83, 88 y 232 en actividad legislativa del mes de noviembre de 2014, fecha en que escribimos este ensayo. Las normas tienden a suspender el procedimiento de quiebra al advertirse la inexistencia de bienes, incluso dejando sin efecto la designación del Síndico, fijando un plazo de tres años para dar nuevo “inicio al procedimiento de conocimiento y liquidatorio y designará al Síndico”. Este proyecto implica ignorar el sistema de la ley de sociedades en caso de falta de activo. No tenemos dudas que en tal supuesto debió modificarse la ley de concursos para dar trámite inmediato a las acciones de responsabilidad contra administradores y fiscalizadores en todos los casos, y contra los socios que pudiera corresponder.

Un desatino⁶⁸.

3. Además de esta invitación a meditar sobre nuestras afirmaciones, es también a participar en el próximo IX° Congreso Argentino de Derecho Concursal y VII° Congreso Iberoamericano de la Insolvencia a realizarse con internación en las Sierras de Córdoba entre los días 6 y 8 de septiembre de 2015, organizado por la Universidad Nacional de Córdoba⁶⁹.

Con estos pensamientos, que no sólo comprende la conservación (o la tardía reactivación de la empresa), y la prudente labor de los administradores sobre el patrimonio de la sociedad, para evitar responsabilidad (correcta preocupación constante de la doctrina), abrimos nuevamente el diálogo siempre disponible en nuestra vocación común de perfeccionar las normas y su interpretación en beneficio de la seguridad de nuestras comunidades.



⁶⁵ URÍA, R.; MENÉNDEZ, A. y GARCÍA DE ENTERRÍA, J., “La sociedad anónima: disolución”, Cap. 4, en *Curso de Derecho Mercantil*, cit., p. 1001.

⁶⁶ ¡Más justicia y menos juicios! Conservación de la empresa y preconcursalidad societaria. Publicado en Revista de Derecho Comercial, del Consumidor y de la Empresa, La Ley, Año IV, Número 1, febrero 2013, p. 3.

⁶⁷ <http://blog.errei.us.com/2014/11/21/tiene-media-sancion-la-modificacion-de-la-ley-de-concursos-y-quiebras/>.

⁶⁸ Nto. “Conflictos generados por la insolvencia de sociedades y soluciones societarias a sus crisis económico-financieras-patrimoniales (arts. 94.5, 96 y 99 Ley de Sociedades Comerciales)”, en *Tratado de los Conflictos Societarios*, t. III, DUPRAT, DIEGO (dir), Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2013, p. 2793.

⁶⁹ Con gusto facilitaremos información a través de dptocomercialunc@gmail.com.

EL INSTITUTO DE LA REVERSIÓN Y SU IMPLICANCIA EN EL TELETRABAJO DEPENDIENTE*

Carla Saad**

Resumen: El teletrabajo dependiente se presenta como una modalidad inicial en el contrato de trabajo o como la novación de un contrato tradicional. El artículo acerca al análisis sobre la posibilidad que tiene un teletrabajador de volver a su prestación tradicional inicial o viceversa, su encuadre dentro del sistema legal, la facultad de organización del empleador y sus límites, el concepto de reversión y sus alcances.

Palabras clave: Reversión - Relación de dependencia - Teletrabajo - *Ius variandi*.

I. Introducción

El teletrabajo dependiente se presenta como una modalidad contractual de las relaciones del trabajo cuya implementación avanza en el mercado laboral argentino. Puede un trabajador ser contratado como teletrabajador desde el inicio de la relación o, conforme necesidad del empleador o a pedido del trabajador, convertir una prestación de modalidad tradicional presencial en una a distancia, con utilización de cualquier medio de Tecnología de la Comunicación e Información, en adelante, TIC.

Hasta el momento no existe una ley que regule de manera específica al teletrabajo, salvo las resoluciones 1552/2012 y 239/2013 MTEySS. La primera define al teletrabajo en relación de dependencia, así “Se entiende por teletrabajo a la realización de actos, ejecución de obras o prestación de servicios 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”¹, el resto del articulado se refiere a regulaciones propias del riesgo del trabajo y la segunda, posibilita al trabajador modificar el período de reserva de puesto en los casos de enfermedades inculpables, novando la prestación a la figura del teletrabajo.

Contando con la Ley de Contrato de Trabajo LCT, ley 20.744 y modificatorias, los principios del derecho del trabajo y el plexo normativo laboral vigente, avanzaremos en el análisis sobre la posibilidad que tiene un teletrabajador, cuya modalidad fue convertida, a volver a prestar servicios de manera tradicional.

* Recibido el 15/06/15. Aprobado el 19/10/15.

** Investigadora del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Categoría III, directora de Proyectos SECYT-UNC, Profesora de “Teoría del Conflicto y de la Decisión. Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos” y “Práctica Profesional III”, Secretaria de la Revista de la Facultad, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba. E-correo: carla-saad@derecho.unc.edu.ar.

¹ Resolución 1552/2012 MTEySS, art. 1º, www.infoleg.gov.ar, búsqueda del 12 de diciembre de 2014.

II. Reversión

Revertir es un término que, dicho de una cosa, significa “volver al estado o condición que tuvo antes”². Este término es aplicado también para señalar aquellas relaciones que, frente a un cambio, pretenden volver a su estado anterior.

Cuando de teletrabajo en relación de dependencia se trata, el término es aplicable a aquellas relaciones que se convierten, por consentimiento de las partes, en esa modalidad y luego, el trabajador pretende volver a la prestación de trabajo común, al puesto que ostentaba con anterioridad a novar su servicio a teletrabajo o viceversa.

Sánchez Gálvis³, en un estudio realizado en el marco de la Comisión Económica para América y el Caribe (CEPAL - 2012), reconoce que en los países de América Latina y el Caribe, aún no hay un consenso oficial sobre la definición y caracterización del teletrabajo, pero que “existen en la región algunas directrices o señales de buenas prácticas para hacer que las dinámicas laborales llevadas a cabo mediante teletrabajo no vayan en detrimento de los procesos de trabajo decente y de la calidad del empleo”. Entre la enumeración de dichas prácticas, menciona en primer lugar: “Ser una práctica de carácter voluntario y permitir el regreso de la población teletrabajadora a las prácticas laborales tradicionales”.

Colombia es el país de Latinoamérica con mayor desarrollo legislativo en teletrabajo. La vigente ley 1221⁴, art. 10, reafirma la vinculación voluntaria del trabajador a la modalidad de teletrabajo y posibilita que el mismo conserve el derecho de solicitar, en cualquier momento —aclara— la posibilidad de volver a su modalidad anterior. Entonces, los trabajadores que son contratados inicialmente bajo teletrabajo, no gozan del mismo derecho.

Recientemente, el 15 de mayo de 2013, el Congreso de Perú dicta la ley 30.036⁵, que en su art. 4º, regula el carácter voluntario y reversible del teletrabajo. Así expresa “Por razones debidamente sustentadas, el empleador puede variar la modalidad de prestación de servicios a la de teletrabajo, previo consentimiento del trabajador. El cambio de modalidad de prestación de servicios no afecta la naturaleza del vínculo laboral, la categoría, la remuneración y demás condiciones laborales, salvo aquéllas vinculadas a la asistencia al centro de trabajo.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el primer párrafo, el teletrabajador puede solicitar al empleador la reversión de la prestación de sus servicios bajo esta modalidad.

El empleador puede denegar dicha solicitud en uso de su facultad directriz.

² Revertir según su significado, Real Academia Española, www.rae.es, búsqueda del 12 de diciembre de 2014.

³ SÁNCHEZ GALVIS, MARTHA, “Un acercamiento a la medición del teletrabajo: Evidencia de algunos países de América Latina”, <http://www.cepal.org/Socinfo/>, búsqueda del 6 de diciembre de 2012.

⁴ Ley 1221 (2008), art. 10: La vinculación a través del teletrabajo es voluntaria, tanto para el empleador como para el trabajador. Los trabajadores que actualmente realicen su trabajo en las instalaciones del empleador, y pasen a ser teletrabajadores, conservan el derecho de solicitar en cualquier momento, volver a la actividad laboral convencional. <http://www.mintic.gov.co/portal/604/w3-article-3703.html>, búsqueda del 15 de diciembre de 2014.

⁵ Texto completo de la ley 30036 puede consultarse en: <http://www.trabajo.gob.pe/normaCompletaSNIL.php?id=2940>, búsqueda del 8 de agosto de 2013.

El empleador puede reponer al teletrabajador a la modalidad convencional de prestación de servicios que ejecutaba con anterioridad si se acredita que no se alcanzan los objetivos de la actividad bajo la modalidad de teletrabajo”.

Como anticipáramos, la Argentina no cuenta con ley que regule el teletrabajo en relación de dependencia. El Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación eleva un proyecto de ley en el año 2007, que perdiera estado parlamentario. Este antecedente, preveía en el art. 6^o que “Toda transformación o modificación de las condiciones de prestación de servicios en teletrabajo, o viceversa, deberá contar con la conformidad por escrito del trabajador. Sin perjuicio de ello, el trabajador a quien se hubiere modificado las condiciones de prestación de servicios en teletrabajo y no hayan manifestado su conformidad por escrito, podrá solicitar la reversión a su condición anterior de acuerdo a lo establecido en el art. 256 de la Ley de Contrato de Trabajo 20.744 (t.o. 1976) y sus modificatorias a cuyo fin deberá notificar en forma fehaciente el empleador”. Surge aquí la figura de la “reversión” como un derecho que el teletrabajador tiene si éste no hubiera manifestado por escrito su conformidad a la variación unilateral de su modo de prestar el servicio. Esto es así, por cuanto la primera parte del artículo proyectado prevé la necesidad que el cambio de modo de prestación lo sea con una “conformidad por escrito” del trabajador.

En la actualidad, las resoluciones 1552/2012 y 239/2013 MTEySS, nada establecen sobre la posibilidad de “revertir” la modalidad.

III. Reversión y *ius variandi*

La facultad que ostenta el empleador de dirección y organización de la empresa, permite diagramar los procesos productivos o de servicios en orden a su objeto, con un interés de lucro, enmarcados en las reglas del mercado, reglas que exceden lo laboral pero que no le son indiferentes. Estas reglas que mudan conforme diferentes parámetros, influyen en las decisiones operativas y políticas de los empleadores sobre sus empresas las que impactan en las relaciones humanas del trabajo. Capón Filas⁷, advierte que a medida que se agudiza la crisis del sistema, el tema adquiere mayor importancia en cuanto los empleadores suelen recurrir al denominado *ius variandi* (art. 66, LCT) para aligerar costos.

Pose⁸ califica acertadamente al *ius variandi* como un medio técnico receptado por el legislador para facilitar la continuación de la relación de trabajo y posibilitar la permanencia en el empleo del dependiente ante situaciones generadas por el dinamismo de la empresa moderna, que puede verse compelida a modificar su estructura y organigrama de trabajo por razones económicas, productivas y/o técnicas, sin que ello justifique el reconocimiento a la patronal de una potestad absoluta que lesionaría el principio protectorio que inspira nuestra disciplina.

⁶ Proyecto de ley, elaborado por la Comisión de Teletrabajo del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación, mensaje 829/07, que ha perdido estado parlamentario http://www.trabajo.gov.ar/downloads/temasespeciales/teletrabajo_proyecto-de-ley.pdf, búsqueda del 15 de diciembre de 2014.

⁷ CAPÓN FILAS, RODOLFO E., “Reflexiones sobre la facultad modificatoria del empleador (“*ius variandi*””, AR/DOC/1275/2012, www.laleyonline.com.ar, búsqueda del 12 de diciembre de 2014.

⁸ POSE, CARLOS, “Un enfoque sistémico del *ius variandi*”, AR/DOC/899/2005, www.laleyonline.com.ar, búsqueda del 12 de diciembre de 2014.

Coincidimos con Plá Rodríguez⁹ cuando señala ciertas circunstancias concernientes al ejercicio de la facultad del empleador de modificar unilateralmente las condiciones del contrato de trabajo, como:

- a) Una potestad: o sea una facultad que puede o no ejercerse.
- b) Del empleador: lo que excluye toda posibilidad de que el dependiente intervenga en la gestión.
- c) De variar: o sea de modificar, cambiar.
- d) Dentro de ciertos límites: no es una facultad absoluta.
- e) Las modalidades: o sea aspectos secundarios o accidentales, sin que sea válida su aplicación para introducir reformas sustanciales.
- f) De prestación de tareas del trabajador: la facultad se relaciona con lo que debe hacer el trabajador, dónde, cómo y cuándo.

Es bien sabido que el límite que encuentra esta facultad es la arbitrariedad, traducida en la necesidad que no se altere el principio de indemnidad del trabajador. Según entiende calificada doctrina¹⁰, se ha facultado al empleador a modificar las condiciones de contratación, mientras que éstas no alteren las condiciones esenciales, sean razonables y no causen perjuicio patrimonial, ni moral. Siguiendo este razonamiento¹¹, se argumenta que cabe distinguir entre condiciones laborales “estructurales” que no transgreden los límites del art. 66 LCT y “coyunturales” pasibles de ser modificadas conforme los límites de la norma.

Cabe aclarar que no es pacífica la jurisprudencia¹² y la doctrina¹³ en cuanto a decidir si las condiciones de legitimidad del ejercicio del *ius variandi* son de exigencia “acumulativa” o “alternativa”, es decir, si es necesario que todas las condiciones y requisitos se cumplieren o con solo uno de ellos se configura el ejercicio abusivo.

Planteados los elementos estructurales del instituto, interesa analizar cuáles pueden ser los componentes de las “condiciones esenciales o estructurales” de un contrato de trabajo. Este tipo contractual cuenta en su composición con sujetos (empleador/trabajador), objeto (prestación del servicio a cambio de una remuneración), contextualizado por un piso normativo que lo rige y por condiciones pactadas que, a tenor de la última reforma del art. 12 LCT, también se consideran irrenunciables.

A nuestro entender, la calificación de los “elementos esenciales o estructurales” dependerá de cada tipo de relación, aunque parecen evidentes aquellos

⁹ PLÁ RODRÍGUEZ, AMÉRICO, “Ius variandi”, Estudios sobre Derecho Individual del Trabajo, en POSE, CARLOS, “Un enfoque...”, ob. cit.

¹⁰ FERNÁNDEZ MADRID, *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo*, t. II, p. 1012; OJEDA, *Ley de contrato de trabajo*, t. I, p. 431; ETALA, *Contrato de trabajo*, t. I, p. 257; en CNTrab., sala IV, 28/9/2012, “Mussuto, Norma Beatriz c. Obra Social Bancaria Argentina s/despido”, La Ley Online. Cita online: AR/DOC/1359/2013, búsqueda del 28 de julio de 2014. POSE, CARLOS, “Sobre el consentimiento del trabajador al ejercicio abusivo del *ius variandi*”, DT, 1991-B, 1194, La Ley, Buenos Aires. CAPÓN FILAS, RODOLFO E., ob. cit., búsqueda del 15 de diciembre de 2014.

¹¹ CAPÓN FILAS, RODOLFO, *Derecho Laboral*, t. II, Buenos Aires, 1980, p. 62.

¹² Se encuentra un interesante análisis comparativo realizado por Jorgelina Alimenti en nota 49, VÁZQUEZ VIALARD, ANTONIO (dir.), OJEDA, RAÚL (coord.), *Ley de Contrato de Trabajo, comentada y concordada*, t. I, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2005, p.463.

¹³ Los requisitos a que hemos aludido son acumulativos, es decir deben ser satisfechos en su totalidad cuando se pretende un uso racional y no arbitrario del *ius variandi*, ya que la ausencia de cualquiera de ellos pone en evidencia la incompatibilidad de la medida con el orden legal. OJEDA, RAÚL, *Ley de Contrato de Trabajo comentada*, t. I, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2011, p. 647.

relacionados con: la remuneración, la categoría profesional¹⁴ y el horario de trabajo, siempre y cuando la modificación sea en demérito del trabajador. En relación al “lugar del trabajo”, en la obra dirigida por Vázquez Vialard¹⁵ a la hora de analizar núcleo de la relación de trabajo, se identifica como parte del mismo al “salario”, la “calificación contractual” y “el tiempo de trabajo”, descartando el “traslado del trabajador de su lugar de trabajo”, aunque sin negar la posibilidad que —ante la prueba del daño y el análisis en cada caso concreto— pueda el trabajador percibir un ejercicio abusivo del *ius variandi*.

La fórmula del art. 66 LCT (modificar las condiciones de trabajo) prescribe una facultad que no es absoluta para el empleador. Esta prohibición a la facultad dada por la ley, nos pone a reflexionar sobre dónde encuentra su correlato el trabajador. Es que ante el ejercicio ilegítimo del *ius variandi*, el trabajador tiene la obligación de peticionar la reversión? El complejo contexto laboral nos presenta ejemplos contrarios, es que el derecho a revertir la novación ilegítima surge ante un ejercicio positivo del derecho por parte del damnificado, es decir la petición expresa a volver las cosas a estado anterior.

Lo dicho nos pone ante otros cuestionamientos: existe un plazo para que el trabajador notifique al empleador la reversión de la reestructuración ilegítima de su contrato de trabajo? La falta de reclamo del trabajador legitima la modificación contractual? La contestación a estas preguntas nos pone en relación directa con el estudio de los límites del consentimiento del trabajador, con el principio de irrenunciabilidad de derechos y entonces, su contestación nos vuelve a enfrentar con la valoración judicial frente al caso concreto, aunque podamos poner en consideración algún criterio que nos motiva a continuar la reflexión.

Pero también, en la valoración del sistema laboral, se encuentra comprometido el derecho protectorio, desde que la aceptación irrestricta de pactos en perjuicio del trabajador, expresos o tácitos, y particularmente atribuirle al silencio del dependiente, como consecuencia, la conformidad con una nueva situación contractual, vuelve a la superficie el debate originario del derecho del trabajo, relativo a la situación de necesidad del trabajador que lo lleva a la aceptación forzosa de determinadas condiciones de trabajo¹⁶.

Pose¹⁷, en cambio sostiene que sobre tiempo transcurrido y consentimiento tácito comparte la conclusión que el consentimiento del trabajador a una medida abusiva del empleador en materia de *ius variandi* puede inferirse de su comportamiento tácito, mediante una renuncia implícita al reclamo en tiempo oportuno, aunque admite que, ese consentimiento puede encontrarse viciado o resultar inválido en los siguientes supuestos:

a) Que no haya estado en condiciones de valorar la lesión que se le producía.

¹⁴ Ackerman sostiene que para el caso de reasignación de funciones, sin desbordar los límites impuestos al ejercicio de sus poderes de organización y dirección (art. 66 LCT), el trabajador *debe* aceptar la realización de las nuevas tareas ya que, el no acatamiento del trabajador, en tales circunstancias, supondría un incumplimiento al *deber de obediencia* impuesto por la ley y posibilitaría al empleador aducir *injuria laboral*. ACKERMAN, MARIO E. (dir.), *Tratado de Derecho del Trabajo*, t. VI, Rubinzal Culzoni, 2009, p. 595.

¹⁵ VÁZQUEZ VIALARD, ANTONIO (dir.) - OJEDA, RAÚL (coord.), ob. cit., p. 464.

¹⁶ KARPIUK, HÉCTOR HORACIO, “De nuevo sobre los límites del *ius variandi*”, DT, 2012 (marzo), LA LEY, p. 543.

¹⁷ POSE, CARLOS, “Sobre el consentimiento del trabajador al ejercicio abusivo del *ius variandi*”, AR/DOC/9037/2001, www.laleyonline.com.ar, búsqueda del 12 de diciembre de 2014.

- b) Que haya sido llevado a engaño por un artificio del empleador.
- c) Que se encuentren afectados derechos salariales del subordinado.

Se cuestiona entonces que la posibilidad para el trabajador de “revertir” el cambio de las modalidades esenciales del contrato, pueda estar condicionada también a un plazo. La interpretación del art. 66 LCT, nos lleva a realizar una hipótesis, la de un “plazo razonable” que se puede mensurar conforme las particularidades que rodean cada caso.

En el análisis del sistema normativo “plazo razonable” es también una medida establecida en el art. 57 LCT que articula la interpretación del “silencio” del empleador ante la intimación del trabajador al cumplimiento o incumplimiento de “las obligaciones derivadas del contrato de trabajo sea al tiempo de su formalización, ejecución, suspensión, reanudación, extinción o cualquier otra circunstancia que haga que se creen, modifiquen o extingan derechos derivados del mismo”. No es posible proponer fórmulas o plazos para determinar cuándo un plazo es razonable ya que la “razonabilidad” debe meritarse conforme las circunstancias del caso concreto, entonces el legislador opta por establecer un piso mínimo de dos días hábiles, a partir del cual el silencio del empleador es considerado presunción en su contra.

Bajo la interpretación precedente, la “reversión” así planteada en la relación tradicional de trabajo, puede ser solicitada por el trabajador en un “plazo razonable” y la mora de tal figura debe ser considerada recién a partir de las cuarenta y ocho horas hábiles de su intimación.

IV. Reversión, *ius variandi* y teletrabajo dependiente

En el análisis de la legislación internacional sobre el tema, concluimos que existen cuatro modelos de regulación del teletrabajo dependiente, identificándose los siguientes:

- a) Regular a través de leyes particulares.
- b) Reformar la normativa existente, incorporando articulados propios sobre las particularidades del teletrabajo.
- c) Delegar en las convenciones colectivas, cláusulas particulares que se articulen con la actividad.
- d) Modelos mixtos, apoyados en una normativa general para delegar las particularidades del teletrabajo de cada actividad o profesión en las convenciones colectivas correspondientes.

En el título “Reversión” describimos los modelos de regulación colombiana, peruana y argentina, indicando que el instituto de la reversión en el teletrabajo dependiente adopta formas variadas en los distintos sistemas. Así, la ley colombiana, posibilita que el teletrabajador conserve el derecho de solicitar, en cualquier momento —aclara— la posibilidad de volver a su modalidad anterior, mientras que la ley peruana posibilita el trabajador pedir la reversión de su prestación, pero el empleador puede negarse en ejercicio de su facultad de dirección. Mientras que en Colombia, el eje de la protección es el trabajador, en el Perú parecería tener mayor peso la voluntad de empleador fundado en su facultad dirección de la empresa. El proyecto argentino, admite la posibilidad que el teletrabajador pida la reversión a su puesto anterior sólo cuando se le ha impuesto unilateralmente el cambio, afectando así su “voluntad”.

Una vez más, encontramos que la falta de consenso oficial sobre la conceptualización de institutos propios del teletrabajo, que señalaba Sánchez Gálvis en su estudio para CEPAL, sigue aún vigente.

Para abundar, experiencias en negociación colectiva en España revelan en su discusión la particularidad de los intereses contrapuestos, que surgen del documento comentado¹⁸: “No parece equilibrada la forma de reversión de la adscripción al Teletrabajo entre el Banco y la persona trabajadora. Comprendiendo que la inversión del Banco para acomodar un puesto a Teletrabajo debe conferir un período mínimo para su implantación, pasado éste, debe fijarse las mismas condiciones para el Banco que para la persona a la hora de volver a realizar su función de modo presencial. Aceptaríamos el período de 6 meses propuestos para la implantación del teletrabajo sin que la persona pueda renunciar a él, pero a partir de éste, bastará con un mes de preaviso para ambas partes para volver a ser desarrollada la función en forma presencial”.

Parece necesario precisar cuáles son las condiciones esenciales o estructurales de contratación de un teletrabajador. En nuestro comentario al fallo “Cacciaguerra”¹⁹ —donde la situación fáctica planteada era teletrabajadoras compelidas a trabajar en los establecimientos de la empresa— enunciamos cuáles, a nuestro entender, eran: *prestación a tiempo completo o a tiempo parcial, *lugar de trabajo distinto del establecimiento de la empresa (domicilio del trabajador u otros distintos al de la empresa) y *la utilización de todo tipo de Tecnología de la Información y de las Comunicaciones²⁰. Cabe remarcar que “Cacciaguerra” es un fallo dictado en el marco de normas que no contemplan regulación especial para el teletrabajo.

Lo cierto es que, en todas las fórmulas expresadas, se advierte que cuando la prestación presencial de un trabajador en la empresa es novada a teletrabajo, existiría una modificación en las condiciones esenciales del contrato de trabajo. Es decir, de las condiciones iniciales de contratación, subsisten sus sujetos (trabajador y empleador) pero es alterado el lugar y modo de prestar el servicio (a distancia, por medio del TIC).

La Reversión toma las particularidades del teletrabajo ya que el lugar de trabajo distinto del establecimiento de la empresa (domicilio del trabajador u otros distintos al de la empresa) configura, a nuestro entender, una modalidad esencial de contratación para el caso del trabajador contratado para teletrabajar desde el inicio de la relación o viceversa. Entonces, el cambio de la relación típica a teletrabajo o viceversa significa reconfigurar la relación bajo una condición

¹⁸ CONFEDERACIÓN GENERAL DEL TRABAJO (C.G.T.), Sección Sindical Estatal del BBVA, Documento: “Consideraciones de CGT ante la propuesta efectuada por la Dirección BBVA para regular la implementación del teletrabajo en el Banco”, España, http://www.cgtbbva.net/Teletrabajo_Consideraciones_CGT.pdf, búsqueda del 19 de febrero de 2014.

¹⁹ Nota a fallo CNTrab., sala VIII, 29/5/2013, “Cacciaguerra Andrea Noemí y otro c. Directv S.A.” SAAD, CARLA, “*Ius variandi* en el teletrabajo”, Revista de la Facultad, Nueva Serie II (2014), Vol. IV, N° 2, p. 302.

²⁰ La sentenciante en “Cacciaguerra” fijó como “condiciones esenciales” el cambio de modalidad, dándole carácter relevante al desplazamiento del ejercicio de la prestación de servicios desde el domicilio de las trabajadoras a los establecimientos de la empresa. Los daños sufridos y que las trabajadoras esgrimen como uno de los argumentos del reclamo son -distancia, -falta de contacto familiar (cuidado de hijos menores), -alteración de estudios universitarios y -alteraciones negativas en la vida de relación. SAAD, CARLA, ob. cit., p. 297.

esencialmente diferente (lugar de trabajo), que puede producir perjuicio patrimonial o moral para el trabajador.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), en Del Río²¹, al momento de discernir si existió un ejercicio razonable del *ius variandi* por parte del empleador en el caso del traslado luego de trece años de un trabajador de la sede del Banco Nación en New York a la Argentina, rechaza la acción incoada por el actor en razón que la modalidad de trabajo por la que fue contratado estaba estructurada, desde los comienzos de la misma, con la facultad del empleador de trasladar al trabajador a otra jurisdicción y, en el caso, no se demuestra un ejercicio abusivo de esa facultad. *A contrario sensu* si esta facultad del empleador es considerada parte de los elementos estructurales de la relación, podemos inferir que será facultad de trabajador, considerar un ejercicio abusivo de las facultades del empleador, la afectación de uno de los elementos estructurales del teletrabajo, cual es el lugar de trabajo distinto de los establecimientos del empleador.

En cuanto al tiempo necesario para la valoración por parte del trabajador de un eventual daño, se hace —bajo esta modalidad— más adecuada la teoría del “plazo razonable”. Las ventajas²² para el trabajador que se enumeran de la modalidad de teletrabajo son: - mejorar la calidad de vida, - ahorrar dinero y tiempo de traslado, - disponer mayor tiempo para actividades extralaborales, - facilitar a la mujer el desarrollo de su vida familiar, pero estas ventajas de laboratorio pueden no ser linealmente aplicables a la valoración personal del cambio de la relación. La valoración del daño por el trabajador es discernible en cada caso concreto.

En “Cacciaguerra” no existía inmediatez²³ en la expresión del agravio sufrido por la trabajadora y esto podría interpretarse una aceptación tácita de la actora al cambio. La sala advierte, “...Estimo oportuno señalar, que la circunstancia de que la señora Maglione hubiese aceptado trabajar con las modificaciones dadas —con la condición de volver al estado de origen, esto es, teletrabajo—, no consagra una suerte de imposibilidad de cuestionamiento futuro, pues las circunstancias de vida por las que atraviesa una persona no son siempre las mismas y lo que en un momento puede no ser perjudicial, sí lo que puede ser en otro. Ello, sin obviar que el trabajador siempre puede objetar un cambio que lo perjudique, máxime en el caso, que se domicilia a aproximadamente 25 km de

²¹ CSJN, 9/10/2012, “Del Río, Jorge c. Banco de la Nación Argentina s/despido”, “...En este sentido el argumento central del banco recurrente se basa en las particularidades de la prestación del servicio de su personal expatriado. Remarca que el traslado a distintos destinos en el exterior resulta ser un elemento insito en la vinculación, ello significa, a su entender, que esa facultad como empleador es relativa a la modalidad esencial del contrato. En tal sentido alega que pese a que el actor prestó servicios durante un extenso período en un destino determinado, ello no modifica la característica esencial de la contratación”, www.csjn.gov.ar, búsqueda del 12 de agosto de 2014.

²² Ventajas enumeradas en <http://www.trabajo.gov.ar/teletrabajo/>, búsqueda del 10 de diciembre de 2014.

²³ Se observa que desde el traslado a los establecimientos de la empresa y el reclamo de la señora Maglione, transcurre prolongado tiempo, e incluso concurre al primer establecimiento sin oposición de su parte. Así, en el mes de mayo de 2010, la empresa comunica a la señora Maglione que debía trasladarse a trabajar a la central sita en la calle Av. Corrientes 485, 2º piso de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. El 19 de agosto del 2010 la empresa vuelve a trasladarla a un segundo lugar, Munro, Partido de Vicente López. Transcurren entre la comunicación y el primer traslado, aproximadamente tres meses sin rechazo epistolar y en el segundo hasta el 9 de diciembre de 2010, cuando recién intima a la empresa la restitución de su modalidad. Del fallo “Cacciaguerra”, Revista de la Facultad, Vol. V, Nº 2, Nueva Serie II (2014), p. 302.

distancia del nuevo lugar de trabajo, lo que indica a las claras, por lo menos, la afectación del tiempo libre y mayor gasto en traslados...”

Visto así, creemos que el cambio de lugar de trabajo a un establecimiento que no sea el del empleador o viceversa, significa por sí mismo un cambio de modalidad contractual, por lo cual el teletrabajador no debería demostrar daño alguno para ejecutar los derechos que le confiere el ejercicio abusivo del *ius variandi*, ya que el daño debe inferirse por afectarse la estructura esencial de la modalidad de contratación.

V. Reflexiones finales

Respecto del teletrabajo en relación de dependencia, Biagi²⁴ nos advierte que “es preocupante comprobar que, según la experiencia de que disponemos, el teletrabajo puede no ser siempre una opción plenamente libre. Los trabajadores son muy reacios a convertirse en teletrabajadores cuando disponen de otras opciones viables. Evidentemente, el teletrabajo es voluntario desde un punto de vista legal, pero básicamente los trabajadores escogen esta forma de trabajo cuando carecen de otras posibilidades. Por consiguiente, cabe preguntarse hasta qué punto es una elección voluntaria si no se dispone de otras opciones. Quizás tendríamos que ser más precavidos al establecer la distinción entre opción voluntaria e involuntaria y más sinceros con nosotros mismos”. Esta apreciación nos parece válida, aunque es necesario considerar que el trabajador a la hora de elegir el cambio de modalidad sopesa factores extralaborales, como son: distancia desde el hogar al trabajo, disponibilidad horaria, posibilidad de compatibilizar vida laboral con familiar, entre otros.

Lenguita²⁵ identifica que el problema práctico que plantean estos criterios jurídicos —que, sabemos, se logrará revertir en la contienda jurisprudencial particular— está en qué sucede si las partes, en un régimen dependiente y establecido previamente para este modelo de trabajo, no se ponen de acuerdo en la reversión del sistema; quién y cómo se interviene frente a una innovación si no hay acuerdo sobre su reversión.

Las legislaciones especiales o las proyecciones convencionales regulan de manera especial a la reversión en materia de teletrabajo dependiente, agregando requisitos complementarios a los límites generales del “agravio patrimonial o moral” del art. 66 LCT. Fórmulas como la del proyecto argentino que sólo autorizan la reversión del trabajador en el caso de no contar con la novación del contrato a teletrabajo por escrito o las que autorizan la reversión en cualquier momento de la relación, son avances en torno a la adecuación de la legislación cuya plataforma fáctica es una relación tradicional de trabajo dependiente.

La cuestión no está resuelta, creemos importante avanzar en pos del análisis de la figura para profundizar conceptos que acompañen las nuevas formas de relación de trabajo, a fin de no dejar librados a la “lógica” del mercado a los actores sociales que involucran esta actividad.

²⁴ BIAGI, MARCO, “La informática y su incidencia en las relaciones laborales” —Parte 8—, en Coloquio sobre la convergencia de los medios de comunicación múltiples (multimedia), Consejo de Administración, Organización Internacional del Trabajo-SMC/1997/6, <http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/gb/docs/gb270/smc97-6.htm>, búsqueda del 12 de diciembre de 2014.

²⁵ LENGUITA, PAULA, “Las relaciones de Teletrabajo. Entre la protección y la reforma”, Argumentos, Nueva Época, Año 23, Núm. 64, septiembre-diciembre, UAM-X, México, 2010, pp. 253/254.

Bibliografía

ACKERMAN, MARIO E. (dir.), *Tratado de Derecho del Trabajo*, Tomo VI, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2009.

BIAGI, MARCO, “La informática y su incidencia en las relaciones laborales”, Parte 8, en Coloquio sobre la convergencia de los medios de comunicación múltiples (multimedia), Consejo de Administración, Organización Internacional del Trabajo-SMC/1997/6, <http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/gb/docs/gb270/smc97-6.htm>, búsqueda del 12 de diciembre de 2014.

CAPÓN FILAS, RODOLFO, *Derecho Laboral*, t. II, Platense, Buenos Aires, 1980, p. 62.

— “Reflexiones sobre la facultad modificatoria del empleador (“ius variandi”); AR/DOC/1275/2012, www.laleyonline.com.ar, búsqueda del 12 de diciembre de 2014.

CONFEDERACIÓN GENERAL DEL TRABAJO (C.G.T.), Sección Sindical Estatal del BBVA, Documento: “Consideraciones de CGT ante la propuesta efectuada por la Dirección BBVA para regular la implementación del teletrabajo en el Banco”, España, http://www.cgtbbva.net/Teletrabajo_Consideraciones_CGT.pdf, búsqueda del 19 de febrero de 2014.

KARPIUK, HÉCTOR HORACIO, “De nuevo sobre los límites del *ius variandi*”, DT, 2012 (marzo), LA LEY, p. 543.

LENGUITA, PAULA, “Las relaciones de Teletrabajo. Entre la protección y la reforma”, Argumentos, UAM-X, México, Nueva Época, Año 23, Núm. 64, septiembre-diciembre 2010, pp. 253/254.

OJEDA, RAÚL, *Ley de Contrato de Trabajo comentada*, t. I, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2011.

POSE, CARLOS, “Sobre el consentimiento del trabajador al ejercicio abusivo del *ius variandi*”, AR/DOC/9037/2001, www.laleyonline.com.ar, búsqueda del 12 de diciembre de 2014.

— “Un enfoque sistémico del *ius variandi*”, AR/DOC/899/2005, www.laleyonline.com.ar, búsqueda del 12 de diciembre de 2014.

SAAD, CARLA, “*Ius variandi* en el teletrabajo”, Revista de la Facultad, Nueva Serie II (2014), Vol. IV, N° 2, pp. 293-306.

SÁNCHEZ GALVIS, MARTHA, “Un acercamiento a la medición del teletrabajo: Evidencia de algunos países de América Latina”, <http://www.cepal.org/Socinfo/>, búsqueda del 6 de diciembre de 2012.

VÁZQUEZ VIALARD, ANTONIO (dir.), OJEDA, RAÚL (coord.), *Ley de Contrato de Trabajo, comentada y concordada*, t. I, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2005.

Páginas Web consultadas:

www.cepal.org

www.csjn.gov.ar

www.ilo.org/ilolex/spanish

www.laleyonline.com.ar

www.rae.es

www.trabajo.gov.ar



LA MIGRACIÓN INTERNACIONAL Y SU INCIDENCIA EN EL ESTATUTO PERSONAL A TRAVÉS DE LA JURISPRUDENCIA

María Valeria Sala Mercado*

Resumen: El artículo recoge algunas de las resoluciones identificadas en el estudio de la “inmigración internacional y su incidencia en el estatuto personal”, teniendo en cuenta que las poblaciones migrantes constituyen grupos altamente vulnerables en cuanto a la vigencia de sus derechos fundamentales.

Palabras clave: Migración internacional - Derechos humanos.

I. Introducción

El incremento de los flujos migratorios entre países se debe a múltiples factores (laborales, económicos, conflictos armados, etc.) y provoca efectos complejos. La condición de migrante supone la condición de extranjero respecto del país de acogida o residencia¹, involucrando a casi todos los países, ya sea de emigración, inmigración, de tránsito, o los tres a la vez. Así, por la migración internacional², millones de personas viven en un país distinto del que nacieron, gestándose sociedades multiculturales, caracterizadas por la convivencia de “diferentes modelos de vida, procedentes de multitud de países y cultura, y regidos por sistemas jurídicos diferentes”³.

El principio de la libertad de tránsito reconocido como derecho fundamental del hombre en la Declaración Universal de los Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948 (art. 13)⁴, en la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969 (art. 22) y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (art. 12), entre otros instrumentos; y el derecho soberano de cada Estado de decidir sobre las condiciones de ingreso, permanencia y egreso de las personas de su territorio, estrechamente ligado al concepto de seguridad nacional, plantean dificultades que en la práctica pueden importar el no respeto de otros

* Abogada, Profesora Ayudante Primera en Derecho Internacional Privado, Cát. B, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, Argentina; Coach del equipo UNC en Concours de procès simulé en droit international Charles-Rousseau, ediciones Túnex 2006, Quebec, 2005 y Ginebra, 2004. Relatora-asistente de magistrado en Poder Judicial de la Provincia de Córdoba.

¹ BEGALA, SILVANA, “El concepto de *habitante*, una medida al reconocimiento y al ejercicio de los derechos de los extranjeros”, en *Anuario X 2007*, Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UNC, La Ley, Buenos Aires, Argentina, 2008, p. 33.

² Según el Diccionario de la real academia española, edición 22, disponible en www.rae.es, la palabra Migración, deriva del latín *migratio*, y significa “Acción y efecto de pasar de un país a otro para establecerse en él”; el “Desplazamiento geográfico de individuos o grupos, generalmente por causas económicas o sociales”.

³ CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Nuevos modelos de familia y Derecho Internacional Privado en el Siglo XXI”, *Anales de Derecho*. Universidad de Murcia, N° 21, año 2003, pp. 109/143.

⁴ Aprobada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 217 A (III), cuyo art. 13 establece que: 1. Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado. 2. Toda persona tiene el derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y regresar a su país.

derechos fundamentales. Ello requiere de un enfoque multidisciplinario lo que demuestra la complejidad de su abordaje.

Según Amnistía Internacional “Ni los países de origen ni los países receptores protegieron los derechos de muchos de los *214 millones de migrantes que hay en el mundo*”⁵. De acuerdo al informe 2013 de la mencionada organización no gubernamental internacional, los migrantes más vulnerables son los 12 millones de apátridas que hay en el mundo⁶ de los cuales un 80 por ciento son mujeres.

Las cuestiones migratorias inciden en el estatuto personal, entendido como “el conjunto de cuestiones jurídicas relativas a la persona física”⁷. Se trata de un término ambiguo que mezcla dos conceptos jurídicos distintos, por un lado el estado de la persona; y por el otro el estatuto o ley aplicable a la persona. Resulta discutida tanto su conceptualización por la doctrina como las materias que incluye según cada ordenamiento jurídico por lo que actualmente se incluye una noción basada en la protección de los intereses de la persona y en la defensa de una cierta seguridad jurídica⁸.

La migración transnacional trae aparejada la formación de sociedades multiculturales que requieren fortalecer la integración social de los inmigrantes a los fines de la convivencia pacífica entre la población autóctona y extranjera que residen en un mismo territorio, y contribuye a la formación de la “familia transcultural”⁹.

Concebida la familia como la base de toda sociedad, la identidad personal de la familia transcultural y sus miembros, en cuanto al estatuto personal, incluye el abordaje del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, derecho a la nacionalidad, derechos del niño, entre otros. En la gestación por sustitución o maternidad subrogada, que constituye también un tema inherente al estatuto personal, se presenta una problemática propia pues ella incide, entre otras cuestiones, en el status migratorio, la existencia de las personas, el derecho de identidad, la filiación, el parentesco, la nacionalidad, la inscripción registral.

En el estudio de “la inmigración internacional y su incidencia en el estatuto personal”¹⁰ identificamos, a pesar de la falta de publicaciones sistemáticas en la región sobre esa problemática, resoluciones entre las cuales podemos citar las siguientes:

⁵ El mundo es un lugar más peligroso para personas refugiadas y migrantes 23/5/2013, fecha de consulta: 13/5/2013, disponible en: <https://www.es.amnesty.org/noticias/noticias/articulo/el-mundo-es-un-lugar-cada-vez-mas-peligroso-para-personas-migrantes-y-refugiadas/>.

⁶ Cifra equivalente a la población de grandes aglomeraciones urbanas como Londres, Lagos o Río. Consulta: 22/12/2014, en: http://files.amnesty.org/air13/AmnestyInternational_AnnualReport2013_complete_es.pdf.

⁷ CALVO CARAVACA, ALFONSO L. - CARRASCOSA GONZÁLEZ, JAVIER, *Derecho Internacional Privado*, vol. II, décima edición, Comares, Granada, 2009, p. 14.

⁸ FERNÁNDEZ FLORES, JOSÉ LUIS, “El estatuto personal y su problemática”, nos dice que “...se discute en el estatuto personal: desde la propia existencia del concepto hasta la ley aplicable, desde la amplitud de la materia hasta la solución de los problemas técnicos que se presentan”. Consulta: 22/12/2014, en: dspace.unav.es/dspace/bitstream/10171/19858/1/ADI_I_1974_03.pdf.

⁹ FALICOV, CELIA JAES, “La familia transnacional: un nuevo y valiente tipo de familia”, en *Perspectivas sistémicas. La nueva comunicación*, publicado en el número especial 94/5, Consulta: 22/12/2014, disponible en: <http://www.redsistemica.com.ar/articulo94-3.htm>.

¹⁰ Proyecto de investigación Cat. “A” Directora: Dra. Amalia URIONDO DE MARTINOLI -Integrantes: Prof. Ab. María Gloria BOTTIGLIERI, Prof. Dr. Edgardo GARCÍA CHIPLE, Prof. Ab. María Valeria SALA MERCADO y Prof. Ab. Adriana ZAVATTI DE ROUGIER, Secretaría de Ciencia y Tecnología, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UNC.

II. Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Reparamos detenidamente en el “Caso de las Niñas Yean y Bosico c. República Dominicana”¹¹, planteado el 11 de julio de 2003 por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹², en el cual ésta determinó la responsabilidad del Estado dominicano demandado por negar a dos niñas, Dilcia Yean¹³ y Violeta Bosico¹⁴, con ascendientes haitianos, la emisión de sus actas de nacimiento, y con ello sus derechos a tener una nacionalidad y un nombre, coartando además, entre otras cosas, el derecho a la educación.

En la demanda la Comisión alegó¹⁵ que el Estado dominicano, a través de sus autoridades del Registro Civil, negó a las niñas Yean y Bosico la emisión de sus actas de nacimiento con base en su estado legal y origen haitiano de sus padres, a pesar de que ellas nacieran en el territorio de aquél y cuya Constitución recepta el principio del *ius soli* para determinar quiénes son ciudadanos dominicanos. Señaló que la República Dominicana las obligó a permanecer en una situación de continua ilegalidad y vulnerabilidad social, violaciones de una dimensión más grave cuando involucra a niñas menores¹⁶, toda vez que negó a éstas su derecho a la nacionalidad dominicana y las mantuvo como apátridas¹⁷ hasta el 25 de septiembre de 2001, impidiéndoles asistir a la escuela¹⁸ en la Re-

¹¹ Sentencia del 8 de septiembre de 2005, ver http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_130_esp.doc.

¹² Integrada por los jueces Sergio García Ramírez, Presidente; Alirio Abreu Burelli, Vicepresidente; Oliver Jackman, Juez; Antônio A. Cançado Trindade, Juez, y Manuel E. Ventura Robles, Juez.

¹³ Nació el 15 de abril de 1996 en la República Dominicana.

¹⁴ Nacida el día 13 de marzo de 1985 en República Dominicana.

¹⁵ Demandó con base en el art. 61 de la Convención Americana, con la finalidad de que la Corte declarara la responsabilidad internacional de la República Dominicana por la presunta violación de los arts. 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica), 8 (Garantías Judiciales), 19 (Derechos del Niño), 20 (Derecho a la Nacionalidad), 24 (Igualdad ante la ley) y 25 (Protección Judicial) de la Convención Americana, en conexión con los arts. 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos), y 2 (Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno) del mismo instrumento convencional, en perjuicio de las niñas.

¹⁶ Al 25 de marzo de 1999, fecha en la cual el Estado dominicano reconoció la competencia contenciosa de la Corte Interamericana, Dilcia Yean tenía 2 años de edad, y Violeta Bosico tenía 14 años de edad. Cabe precisar que el Estado demandado interpuso como excepción preliminar la falta de competencia *ratione temporis* de la Corte Interamericana, para conocer de los hechos relacionados con este caso, ocurridos el 5 de marzo de 1997, con anterioridad al reconocimiento de su competencia contenciosa. La Corte desestimó dicha excepción reiterando que, como todo órgano con funciones jurisdiccionales, gozaba del poder inherente a sus atribuciones, el de determinar el alcance de su propia competencia, ya que el reconocimiento de la misma por el Estado presupone la admisión del derecho del Tribunal a resolver cualquier controversia relativa a su jurisdicción, de acuerdo a lo establecido en el art. 62.1 de la Convención Americana. En consecuencia, la Corte tomó en consideración tanto la fecha de reconocimiento de su competencia contenciosa por parte de la República Dominicana, como el principio de irretroactividad, establecido en el art. 28 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, para determinar el alcance de su competencia en el presente caso. Recordó también ser competente para conocer y declarar violaciones a la Convención Americana en dos situaciones distintas: cuando los hechos violatorios son posteriores a la fecha de reconocimiento de su competencia o cuando se trata de una violación continua o permanente que persiste después del reconocimiento, aunque su inicio sea anterior a éste.

¹⁷ Ver Convención sobre el Estatuto de los Apátridas <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/0006>.

¹⁸ Concretamente, la niña Violeta Bosico se vio imposibilitada de asistir a la escuela por un año debido a la falta de documentos de identidad, y debió asistir en el período 1998-1999 a la escuela nocturna de adultos de enseñanza concentrada, dos grados en un año, en su caso cuarto y quinto grados, con mayores de dieciocho años, con clases de menor duración horaria y sin intervalos.

pública Dominicana sin la certificación de nacimiento, a pesar de que nacieran en territorio dominicano. Adujo que la inexistencia de un mecanismo o procedimiento para que un individuo apele una decisión del Registro Civil dominicano ante el Juez de Primera Instancia, así como las acciones discriminatorias de los oficiales de dicho registro que no permitieron obtener sus actas de nacimiento, eran violaciones a derechos consagrados en la Convención. Por ello, solicitó a la Corte que ordenara al Estado que otorgue una reparación que comprometa una plena satisfacción por esas violaciones de derechos ocurridas en perjuicio de las niñas; que el Estado adopte las medidas, legislativas o de otra índole, necesarias para garantizar el respeto a los derechos consagrados en la Convención, estableciendo directrices que contengan requisitos razonables para la inscripción tardía de nacimiento; y que no impongan cargas excesivas ni discriminatorias, con el objeto de facilitar los registros de los niños dominico-haitianos. Finalmente, la Comisión requirió a la Corte que ordenara al Estado pagar las costas y gastos razonables generados en la tramitación del caso en la jurisdicción interna y ante los órganos del sistema interamericano.

Cabe destacar que la Corte comenzó su análisis del caso según su contexto social. Así, tuvo específicamente en cuenta las corrientes migratorias de haitianos hacia la República Dominicana. Puntualizó que las primeras grandes migraciones ocurrieron durante el primer tercio del siglo 20, cuando alrededor de 100 mil personas se trasladaron a los campos azucareros; que muchos migrantes haitianos pasaron a vivir de forma permanente en la República Dominicana, constituyendo familia en ésta con sus hijos y nietos (segunda y tercera generación de dominicanos de ascendencia haitiana), quienes nacieron y han vivido en la República Dominicana; que la mayoría de los haitianos y dominicanos de ascendencia haitiana en la República Dominicana viven en condiciones de pobreza en zonas conocidas como bateyes, asentamientos de trabajadores agrícolas que se ubican en torno a las plantaciones de caña de azúcar, lugares en donde los servicios públicos básicos son escasos y las carreteras están en malas condiciones; que los haitianos y dominicanos de ascendencia haitiana, en su mayoría, recurren al procedimiento de declaración tardía de nacimiento para declarar a sus hijos nacidos en la República Dominicana; que las madres suelen dar a luz a sus hijos en sus casas, dada la dificultad que tienen para trasladarse desde los bateyes hasta los hospitales de las ciudades, la escasez de medios económicos, y el temor de presentarse ante los funcionarios de un hospital, de la policía o de la alcaldía “pedánea” y ser deportados; que la República Dominicana ha efectuado deportaciones de haitianos y de dominicanos de ascendencia haitiana independientemente de sus estatus migratorios, tomando en estos casos las decisiones sin un procedimiento de averiguación previo, alcanzando a decenas de miles de personas en los años noventa; que en la República Dominicana ha habido casos en que las autoridades públicas dificultan la obtención de las actas de nacimiento de los niños dominicanos de ascendencia haitiana y, con ello, la cédula de identidad y electoral, así como el pasaporte dominicano, estudiar en escuelas públicas, y acceder a servicios de salud y asistencia social.

La Corte recordó que en la República Dominicana, constitucionalmente, son dominicanas todas las personas que nacen en su territorio pues se adopta el principio del *ius soli* para otorgar la nacionalidad dominicana, con excepción de los hijos de los extranjeros residentes en el país en representación diplomática

o los hijos de personas que están en tránsito en él; y que para la inscripción tardía de nacimiento en la República se debe presentar una serie de requisitos que varían de acuerdo con la edad de los solicitantes, distinguiéndose los requisitos para los niños menores de 13 años de edad y para los niños mayores de 13 años de edad.

En cuanto a las niñas, la Corte consideró que éstas formaban parte de un grupo social vulnerable en la República Dominicana en razón de su ascendencia haitiana. Específicamente, la ascendencia haitiana de Dilcia Yean y Violeta Bosico provenía por parte de sus respectivos papás, con quienes no mantenían comunicación, y sus respectivos abuelos maternos.

La Corte estableció que el 5 de marzo de 1997, cuando Dilcia Yean tenía 10 meses de edad y Violeta Bosico tenía 12 años de edad, se solicitó el registro tardío de nacimiento para Dilcia y Violeta, entre otros niños, ante la Oficialía Civil de Sabana Grande de Boyá y que en dicha repartición la oficial civil encargada informó que no era posible registrar a las niñas porque no contaban con todos los documentos requeridos por la Junta Central Electoral para dicho procedimiento; que ante la demanda en solicitud de autorización de declaraciones tardías, interpuesta el 11 de septiembre siguiente, por el Comité Dominicano de Derechos Humanos y MUDHA, ante el Procurador Fiscal del Juzgado de Primera Instancia del Distrito Judicial de la Provincia de Monte Plata, éste la denegó el 20 de julio del año siguiente, por no estar amparada en la documentación y procedimiento que rige la materia, resolviendo enviar a los interesados ante el oficial del Estado Civil de Sabana Grande de Boyá a los fines de encausar el trámite; que al 25 de marzo del año posterior, cuando la República Dominicana reconoció la competencia de la Corte Interamericana, las niñas Yean y Bosico no tenían sus actas de nacimiento ni la nacionalidad dominicana; que en razón de las medidas cautelares ordenadas por la Comisión Interamericana a favor de las niñas, el Estado ordenó el 8 de septiembre siguiente a la Dirección General de Migraciones la emisión de certificaciones temporales de estadía en el país hasta tanto se conociera y definiera el status migratorio de ellas en la república; que recién el 25 de septiembre de 2001 el Estado otorgó a las niñas Dilcia Oliven Yean y Violeta Bosico el acta de nacimiento emitida por la Oficialía del Estado Civil de la Primera Circunscripción de Distrito Nacional de la República Dominicana.

Por ello la Corte determinó que, si bien el 1 de octubre de 2001 el Estado dominicano informa a la Comisión que el 25 de septiembre de 2001 había entregado a las niñas las actas de nacimiento¹⁹, ello no importó una solución amistosa del procedimiento, pues éste no concluyó con un acuerdo expreso de las partes para llegar a la terminación del asunto. Observó además que la Comisión se puso a disposición de las partes para alcanzar una solución amistosa y que éstas aceptaron acogerse a dicho procedimiento pero los representantes de las niñas hicieron una propuesta de acuerdo amistoso que el Estado no la aceptó. Así, la Comisión consideró concluidas las negociaciones por no haberse llegado a una solución amistosa luego de la reunión celebrada en la República Dominicana el 24 de agosto de 2001, en la cual participaron representantes del Estado, de las ni-

¹⁹ El 17 de octubre de 2001 los representantes comunicaron a la Comisión la entrega de las actas de nacimiento por parte del Estado, pero indicaron que esa acción no constituía un acuerdo amistoso, ya que durante la audiencia de 6 de marzo de 2000 ninguno de los puntos propuestos por ellos fueron considerados por el Estado.

ñas y de la Comisión. Para alcanzar una solución amistosa, consideró necesario que exista un consenso básico entre las partes en el cual se pueda constatar la voluntad de éstas de poner fin a la controversia, en lo que respecta al fondo del asunto y las posibles reparaciones, situación que no ocurrió cuando finalmente se otorgaron las actas de nacimiento en el presente caso. Puntualmente, a pesar de otorgar las actas, los representantes indicaron, el 17 de octubre siguiente, que ese acto del Estado no constituía un acuerdo amistoso, que no se encontraban dentro de un proceso formal de solución amistosa.

La Corte reconoció que ambas niñas sufrieron daños inmateriales²⁰ desde que el Estado demandado las dejó apátridas por más de cuatro años y cuatro meses, en violación de los arts. 20 y 24 de la Convención Americana, en relación con el art. 19 de la misma, y también en relación con el art. 1.1 de ese instrumento. Ello porque si bien las niñas existían y se hallaban insertadas en un determinado contexto social, su existencia misma no estaba jurídicamente reconocida, es decir, no tenían personalidad jurídica ni nombre en tanto se desnaturalizó y se les negó la proyección externa o social de su personalidad. Explicó que una “persona apátrida, *ex definitione*, no tiene personalidad jurídica reconocida, ya que no ha establecido un vínculo jurídico-político con ningún Estado, por lo que la nacionalidad es un prerrequisito del reconocimiento de la personalidad jurídica”.

Hizo notar que, al momento en que el Estado reconoció la competencia contenciosa de la Corte, Dilcia Yean y Violeta Bosico eran niñas quienes tenían por esa condición derechos especiales a los que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado, y exigen una protección especial que es debida por este último y que debe ser entendida como un derecho adicional y complementario. Recalcó la prevalencia del interés superior del niño, entendido como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de los menores, que obliga al Estado e irradia efectos en la interpretación de todos los demás derechos de la Convención cuando el caso refiera a menores de edad, a la condición de niñas, como mujeres que pertenecen a un grupo en situación vulnerable.

Respecto al derecho consagrado en el art. 20 de la Convención, la Corte afirmó que la nacionalidad es la expresión jurídica de un hecho social de conexión de un individuo con un Estado y recordó que es un derecho fundamental de la persona humana que está consagrado en la Convención Americana, así como en otros instrumentos internacionales, y que es inderogable de conformidad con el art. 27 de la Convención. Señaló la importancia de la nacionalidad como vínculo jurídico político que liga una persona a un Estado determinado, permitiendo que el individuo adquiera y ejerza los derechos y responsabilidades propias de la pertenencia a una comunidad política y, como tal, se trata de un prerrequisito para el ejercicio de determinados derechos.

Recordó la Corte el derecho a la nacionalidad reconocido en la Convención Americana en un doble aspecto: el derecho a tener una nacionalidad desde la perspectiva de dotar al individuo de un mínimo de amparo jurídico en el conjunto de relaciones, al establecer su vinculación con un Estado determinado; y el de proteger al individuo contra la privación de su nacionalidad en forma arbitraria, porque de ese modo se le estaría privando de la totalidad de sus derechos

²⁰ Fijó en la cantidad de ocho mil dólares la reparación para cada una de ellas y mandó a publicar las partes pertinentes de la decisión como medida de satisfacción.

políticos y de aquellos derechos civiles que se sustentan en la nacionalidad del individuo. Admitió que la determinación de quienes son nacionales sigue siendo competencia interna de los Estados pero que la discrecionalidad de éstos sufre un constante proceso de restricción conforme a la evolución del derecho internacional, con vistas a una mayor protección de la persona frente a la arbitrariedad de los Estados. Detalló que esa limitación está reflejada por un lado, por el deber de brindar a los individuos una protección igualitaria y efectiva de la ley y sin discriminación y, por otro lado, por el deber de prevenir, evitar y reducir la apatridia, que tiene como consecuencia imposibilitar el goce de los derechos civiles y políticos de una persona, y ocasionarle una condición de extrema vulnerabilidad²¹.

La Corte consideró que el principio de derecho imperativo de protección igualitaria y efectiva de la ley y no discriminación es independiente del estatus migratorio de una persona en un Estado; y que los Estados, al regular los mecanismos de otorgamiento de la nacionalidad, deben abstenerse de producir regulaciones discriminatorias o que tengan efectos discriminatorios en los diferentes grupos de una población al momento de ejercer sus derechos y tienen la obligación de garantizar este principio fundamental a sus ciudadanos y a toda persona extranjera que se encuentre en su territorio, sin discriminación alguna por su estancia regular o irregular, su nacionalidad, raza, género o cualquier otra causa.

III. Jurisprudencia nacional

Destacamos la decisión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, en autos “Padilla, Miguel M. s/presentación” (10/04/07 - p. 1571.XL.)²², por la cual determinó que en caso de doble nacionalidad, la argentina nativa no puede perderse ni renunciarse, ya que deriva de la propia Constitución Nacional (art. 67, inc. 11, hoy 75 inc. 12) y que, por tanto, una ley que contuviera causales de pérdida de nacionalidad nativa sería inconstitucional; en cambio sí sería revocable la obtenida por naturalización, por causales razonablemente previstas en la ley, como por ejemplo si fue obtenida por fraude, pero que nunca sería renunciabile por el interesado. Destacó que la obtención de una nacionalidad determinada distinta a la de origen es perfectamente admisible y que una persona puede optar por la nacionalidad argentina o naturalizarse argentino sin perder la de origen o, a la inversa, un argentino nativo, por opción o naturalizado, puede adquirir una nacionalidad extranjera sin poder, siquiera, renunciar a la argentina.

Finalmente citamos la decisión de la Cámara Civil y Comercial Federal, sala I, que atribuyó el conocimiento a la justicia nacional argentina en lo civil y así dirimió un conflicto negativo de competencia suscitado en la causa “BCR y otro c. Dirección General de Asuntos Consulares s/medida autosatisfactiva” (23/12/2013) en la cual los padres biológicos de mellizos, que suscribieron un

²¹ La Corte recordó que la Convención para Reducir los Casos de Apatridia, fue firmada por la República Dominicana el 5 de diciembre de 1961, ratificada por 26 Estados, y entró en vigor el 13 de diciembre de 1975, y que en su art. 1º determina que los Estados deben conceder su nacionalidad a la persona nacida en su territorio, que de otro modo quedaría en condición de ser apátrida. <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/0007>.

²² Se procuraba discernir si un juez de la Corte Suprema de Justicia podía tener doble nacionalidad, en el caso ítalo-argentina <http://www.csjn.gov.ar/confal/ConsultaCompletaFallos.do?method=verDocumentos&id=621907>.

contrato de subrogación de vientre²³, solicitaron como medida autosatisfactiva que se ordene a la Dirección demandada a que proceda a otorgarles la documentación argentina a los mellizos, gestados por sustitución en el extranjero, y toda aquella necesaria para salir de Georgia.

IV. Conclusiones

Los flujos migratorios inciden en el estatuto personal de las personas y plantean una problemática compleja que debe ser abordada desde la óptica de los tratados de Derechos Humanos y según el contexto social en el cual están inmersos.

Las mujeres ocupan un lugar y un papel primordial en el transnacionalismo migratorio de estos tiempos y constituyen junto con los niños un grupo vulnerable que merece mayor protección.

El estatus migratorio de una persona no puede ser condición para el otorgamiento de la nacionalidad, ya que su calidad migratoria no puede constituir justificación para privarla del derecho a la nacionalidad ni del goce y ejercicio de sus derechos fundamentales que necesariamente derivan de ésta como la personalidad jurídica y el derecho al nombre.

La condición del nacimiento en el territorio del Estado es la única a ser demostrada para la adquisición de la nacionalidad, en lo que se refiere a personas que no tendrían derecho a otra nacionalidad si no adquieren la del Estado en donde nacieron.

La nacionalidad argentina nativa no puede perderse ni renunciarse, ya que deriva de la propia Constitución Nacional.



²³ El contrato de subrogación de vientre estaba receptado como "gestación por sustitución" en el anteproyecto de código unificado 2012, pero finalmente no se reguló expresamente en el Código Civil y Comercial recientemente sancionado <http://www.infojus.gob.ar/nuevo-codigo-civil-y-comercial-de-la-nacion>.

SOCIEDAD MULTICULTURAL. POSIBLES CONEXIONES LOCALIZADORAS DEL DERECHO APLICABLE A LAS RELACIONES FAMILIARES*

*Amalia Uriondo de Martinoli***

Resumen: En las actuales sociedades multiculturales, es necesario lograr la convivencia pacífica entre los inmigrantes y la población autóctona a través del reconocimiento activo de lo diferente. Desde la perspectiva del Derecho internacional privado, alcanzar dicho objetivo requiere propiciar las vías adecuadas para establecer un diálogo entre los sistemas jurídicos de las personas inmigradas, con la debida atención de sus semejanzas y diferencias, en orden a dar respuesta y continuidad espacial a sus situaciones personales y familiares tanto en el lugar en el que desarrollan su vida como el país de procedencia.

Palabras clave: Migración internacional - Sociedad multicultural - Relaciones familiares - Integración social - Derecho aplicable.

I. Introducción

El presente artículo forma parte de la investigación desarrollada en el marco del proyecto titulado “Migración internacional y relaciones familiares. Características. Realidades y desafíos normativos”¹, que procura abrir el debate sobre los criterios de conexión localizadores del derecho aplicable a las relaciones familiares que permitan la apertura a otros sistemas jurídicos y culturales para facilitar la integración social de las personas que migran. Estudios e informes de organismos internacionales² señalan que la totalidad de migrantes alcanza al 3% de la población mundial, y afecta a casi todos los países, ya sea como país de emigración, de inmigración, de tránsito, o incluso, los tres caracteres a la vez. Actualmente, se estima que el número de personas que se han establecido en un país distinto del que nacieron oscila entre 185 y 192 millones en todo el mundo. Incita la movilidad de la población a escala internacional una serie de causas: las tendencias demográficas, los conflictos armados³, los desastres naturales, las desigualdades de las economías nacionales, las condiciones de pobreza de amplios sectores, la falta de oportunidades laborales y, en general, el abismo cada vez mayor entre pobreza y riqueza. Ello permite afirmar que la migración

* Recibido el 26/11/14. Aprobado el 18/05/15.

** 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, 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: martinoli@fibertel.com.ar.

¹ El proyecto de investigación (2014-2015) que participa del programa de subsidios, ha sido aprobado por Resolución Secyt 203/2014 y convalidado por Resolución Rectoral 1565.

² Ver “La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Migrantes”, publicado por la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), 2005.

³ En los últimos meses miles de personas que escapan de la guerra civil de Siria comenzaron a llegar a campos de refugiados del Líbano (Sabra y Shatila), cfr. diario *La Nación* de 15 de septiembre de 2012.

internacional o la libre circulación de personas entre territorios autónomos, con sistemas políticos, jurídicos económicos y sociales heterogéneos, se ha convertido en una característica intrínseca de la globalización, en donde la brecha entre países desarrollados y en desarrollo se puede agudizar. A diferencia de los inmigrantes de otras épocas, los actuales pueden ser pensados como “transnacionales” porque mantienen conexiones múltiples con sus países y familias de origen, por medio de las tecnologías de la comunicación (teléfonos, correo electrónico, envíos de dinero y otros bienes)⁴.

Un hecho incuestionable es que las poblaciones migrantes constituyen grupos altamente vulnerables en cuanto a la vigencia de sus derechos fundamentales. De allí, que la comprensión del fenómeno migratorio no puede entenderse desligado de la integración y asimilación de los extranjeros en la sociedad receptora y de la necesidad de proponer o adaptar las soluciones existentes, a partir de un estricto respeto de los derechos de las personas migrantes. Al ratificar los tratados específicos, los Estados adquieren el compromiso de “respetar, proteger y garantizar los derechos humanos: respetar significa no interferir de modo alguno en la capacidad de las personas de ejercer sus derechos, proteger consiste en administrar medidas contra los violadores de derechos y garantizar⁵ implica emprender acciones legislativas, presupuestarias y judiciales para el ejercicio cabal de los derechos”⁶. Esta política se refleja en la Constitución Nacional argentina que mantiene el Preámbulo del texto de 1853 que explícitamente extiende los derechos fundamentales a “todos los hombres del mundo que quieran habitar el suelo argentino”, e incluso el art. 25 no sólo fomenta la inmigración europea sino que prohíbe restringir, limitar y gravar con impuesto alguno la entrada en el territorio argentino de los extranjeros. La integración como participación social, se asegura cuando dispone que los foráneos gozan en el territorio de la Nación de todos los derechos civiles de los ciudadanos, sin obligación de naturalizarse (art. 20). Asimismo, los arts. 14 y 14 bis consagran claramente la protección de los derechos civiles, culturales y económicos-sociales a todos los habitantes de la Nación: “...conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio...” (art. 14).

En esta nueva realidad de nuestro mundo globalizado, caracterizada por intensos flujos migratorios que han ido transformando las sociedades, resulta

⁴ FALICOV, CELIA JAES, “La familia transnacional: un nuevo y valiente tipo de familia”, en *Perspectivas sistémicas. La nueva comunicación*, publicado en el número especial 94/5, disponible en: <http://www.redsistemica.com.ar/articulo94-3.htm>.

⁵ Según la Corte Interamericana de Derechos Humanos, “garantizar” implica el deber del Estado de tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos que la Convención Americana sobre Derechos Humanos reconoce. Por consiguiente, la tolerancia del Estado a circunstancias o condiciones que impidan a los individuos acceder a los recursos internos adecuados para proteger sus derechos, constituye una violación del art. 1.1 de la Convención (opinión consultiva 11/90 del 10/8/1990, “excepciones al agotamiento de los recursos internos”, párr. 34). Garantizar comprende, asimismo, “el deber de los Estados parte de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos” (id., párrafo 23).

⁶ Migración internacional, derechos humanos y desarrollo. Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). Documento preparado por el Centro Latinoamericano y Caribeño de Demografía (CELADE) - División de Población de la CEPAL, para la reunión del Comité Especial sobre Población y Desarrollo del XXXI período de sesiones de la CEPAL del 2006. Capítulo V. Los derechos humanos de las personas migrantes, p. 286.

conveniente diferenciar y delimitar las nociones de sociedad pluricultural y sociedad multicultural, así como definir el concepto de interculturalidad.

II. Sociedad pluricultural y sociedad multicultural. Perspectiva intercultural

Para diferenciar la sociedad pluricultural de la multicultural, seguimos al profesor belga J. Y. Carlier que sostiene: “la Europa pluricultural es ya aquella en la que se amalgaman, entre sus Estados miembros y en el seno de cada Estado, varias culturas antiguas y distintas”, de carácter religioso, lingüístico, nacional, étnico, etc. Mientras que la “Europa multicultural es también aquella que se encuentra y a veces se confronta con nuevas culturas nacidas de recientes migraciones exteriores. Testimonio de ello, la cultura musulmana”⁷.

Los movimientos migratorios internacionales, fueron gestando en los países de acogida “sociedades multiculturales”, es decir, sociedades caracterizadas por la convivencia de “diferentes modelos de vida, procedentes de multitud de países y cultura, y regidos por sistemas jurídicos diferentes”⁸. Dicho de otra forma, un rompecabezas de razas, multiplicidad de idiomas, abanico de religiones y culturas en un determinado ámbito o espacio territorial y social. La multiculturalidad pone el acento en la cultura e historia propia, como un paso necesario para reclamar el reconocimiento activo de lo diferente. Esta idea del derecho a la diferencia se conecta con la política del reconocimiento —desarrollada especialmente por Charles Taylor— que afirma que existe una íntima y esencial relación entre nuestra identidad (la interpretación que hacemos de quiénes somos y cuáles son nuestras características fundamentales) y el reconocimiento (o ausencia de éste, o un falso reconocimiento) que tenemos por parte de los demás, así también por nosotros mismos. Aboga por políticas permanentes a favor de las distinciones nacidas de la defensa de la propia identidad, mientras la política de la dignidad defiende la garantía de oportunidades en plano de igualdad. Sitúa el reconocimiento igualitario en el centro de los valores y virtudes de una sociedad democrática sana; su rechazo puede causar daño a quienes se les niega. No sólo el feminismo contemporáneo sino también las relaciones raciales y las discusiones del multiculturalismo, se orientan por la premisa de que no dar este reconocimiento puede constituir una forma de opresión⁹. Lo primordial es que cada cultura pueda mantener su identidad dentro de un contexto plural y, al mismo tiempo, se posibilite la convivencia entre todas.

Es también importante definir el concepto de interculturalidad que no puede confundirse con el término multiculturalidad que, se ha visto, subraya la identidad de cada cultura, los derechos de cada cual, el sistema jurídico de cada pueblo y ello conlleva acentuar la diversidad. De allí, que para la multiculturalidad la convivencia social surja del respeto y aceptación del otro. En tanto que la aportación específica de la perspectiva intercultural, está en el “énfasis en el terreno de la interacción entre los sujetos o entidades culturalmente diferencia-

⁷ CARLIER, JEAN - YVES, “Estatuto personal y sociedad multicultural: el papel de la autonomía de la voluntad”, en *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, CALVO CARAVACA, A.L. - IRIARTE ÁNGEL, J. L., Colex, Madrid, pp. 27-38, esp. p. 27.

⁸ CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Nuevos modelos de familia y Derecho Internacional Privado en el Siglo XXI”, *Anales de Derecho*, Universidad de Murcia, N° 21, año 2003, pp. 109/143.

⁹ TAYLOR, CHARLES, *El multiculturalismo y la política del reconocimiento*, Fondo de Cultura Económica, México, 1993, pp. 43-45, 52, 55, 58-59.

dos". Su preocupación es abordar la relación entre las culturas, buscando las convergencias sobre las cuales establecer vínculos y puntos en común. El núcleo de este planteamiento radica en el aprendizaje mutuo, la cooperación, el intercambio, la convivencia entre diferentes¹⁰.

Así, se ha expresado que "en las sociedades multiculturales es necesario un proceso social de interacción entre la población autóctona y extranjera (concretamente, inmigrante) y de construcción de su propia identidad, proceso que pasa por un diálogo con los otros, atendiendo a sus semejanzas y diferencias, a fin de conseguir una verdadera convivencia plural y que la sociedad de acogida establezca como paradigma la integración social de la población inmigrante. Se trata de un proceso bidireccional o multidireccional en el sentido de que el inmigrante no sólo debe asumir las pautas establecidas en la sociedad de destino, sino que también ésta ha de adaptarse a las formas de vida de las personas que viven en su seno, lo que requiere un proceso de interacción (mutua) entre formas de vida y costumbres distintas, teniendo en cuenta que en las sociedades de origen los inmigrantes o extranjeros han sido socializados de acuerdo a unas directrices o culturas diferentes. Por tanto, se requiere un compromiso o implicación por parte de la sociedad civil que tienda a favorecer dicha integración social"¹¹. Es decir, se plantea la necesidad de fortalecer la integración social de los inmigrantes, la cual debe alentarse sin perder de vista la preservación de la diversidad cultural, histórica, étnica y religiosa de aquéllos. De acuerdo con lo que acabamos de ver, la inmigración presenta nuevos ámbitos de problemas que requieren una atención multidisciplinaria, atento la complejidad y dimensión que ellos presentan.

Desde una perspectiva jurídica, hay que atender a esta progresiva complejidad social, fruto de los desplazamientos de población y ello obliga a replantear la función y técnicas de reglamentación del Derecho Internacional Privado (en adelante, DIPr.), con la finalidad de "proponer respuestas a las actuales 'situaciones privadas internacionales vinculadas con la inmigración', que están teñidas por un componente socio-económico (y otro cultural), debiendo —asimismo— actualizar sus técnicas de reglamentación con el objetivo del reconocimiento de los 'derechos culturales' de las personas extranjeras e inmigrantes, concretamente, en lo relativo a sus relaciones personales y de familia, mediante la toma en consideración de las particularidades de sus ordenamientos de origen"¹².

III. Conexiones localizadoras del derecho aplicable

Con el fin de alcanzar el objetivo señalado, junto a los criterios de conexión utilizados en distintos períodos y ámbitos que oscilan, en esencia, entre el domicilio, la nacionalidad y la residencia habitual, examinaremos nuevos enfoques normativos.

¹⁰ GIMÉNEZ ROMERO, CARLOS, "Pluralismo. Multiculturalismo e interculturalidad", Propuesta de clarificación y apuntes educativos. Disponible en: dialnet.unirioja.es/servlet/fichero_articulo?codigo=2044239.

¹¹ MULERO GARCÍA, JUAN SIMÓN, "Integración social, derecho a la diferencia y relaciones jurídico-privadas internacionales", Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho, publicado el 16/12/2011, p. 157.

¹² MULERO GARCÍA, JUAN SIMÓN, "Integración social, derecho a la diferencia y relaciones jurídico-privadas internacionales", Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho, art. cit., p. 153.

a) Domicilio

La sistematización doctrinaria del problema se remonta a los estatutarios desde los siglos XIII al XVIII. Estos autores distinguían entre estatuto personal, que regulaba todo lo concerniente a la persona y el estatuto real relativo a los bienes. La característica del primero reside en la extraterritorialidad, esto es, acompaña a la persona cualquiera que sea el lugar donde se encuentre. En esta primera etapa del desarrollo o de la escuela personalista, el factor de conexión elegido fue el domicilio, “por tratarse de un concepto mejor adaptado a la perspectiva puramente interna de los conflictos de leyes”¹³.

En cuanto a la noción del domicilio, existen discrepancias en los ordenamientos internos acerca de cuáles son sus elementos constitutivos, por lo que nos limitaremos a recordar que ciertos textos convencionales han incorporado definiciones de este concepto legal: Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940 (art. 5º), Convención Interamericana sobre domicilio de las personas físicas en el Derecho internacional privado (Montevideo 1979, art. 2º); Convenio de La Haya de 15 de junio de 1955 para regular los conflictos entre la ley nacional y la ley de domicilio (art. 5º).

La ley domiciliar la emplea el Código de Brasil a partir de 1942 cuando sustituye el criterio de la nacionalidad adoptado por la Ley de Introducción al Código Civil de 1916. Su rasgo dominante es regir por la ley del domicilio de la persona el comienzo y fin de la personalidad, el nombre, la capacidad y los derechos de familia (art. 7º). El derecho brasileño vigente en 2002 consolidó el domicilio como principal punto de conexión para regir los diversos aspectos básicos relativos al individuo.

Sigue esta corriente legislativa el Código Civil argentino de 25 de septiembre de 1869¹⁴, que en algunas disposiciones también se hace eco de las teorías de Story al admitir la territorialidad de las incapacidades contrarias a la naturaleza, como la esclavitud o de carácter penal (art. 9º) y el ámbito concedido a la ley domiciliaria en materia de relaciones familiares de la persona de que se trata. A ese mismo grupo pertenece el Código Civil paraguayo, reformado en 1985, que sostiene la ley del domicilio como criterio básico en cuanto a la capacidad e incapacidad de hecho de las personas físicas, al margen del lugar de celebración del acto o de la situación de los bienes de que se trate (arts. 11 y 12). Por la conexión domicilio también se inclina el Código Civil uruguayo para regir el estado, las condiciones y las consecuencias de la capacidad (art. 2393).

La conexión domiciliar tiene fuerte presencia en los instrumentos internacionales de la región, tal como puede apreciarse en el Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889 en el ámbito de la capacidad de la persona física (art. 1º), de las relaciones personales y patrimoniales de los cónyuges (arts. 12, 41 y 42) y de la separación conyugal y disolución del matrimonio (art. 13). La vigencia de la ley domiciliar en la esfera personal se mantiene en la versión de 1940, por cuanto permite aplicar las leyes locales a las personas que se hallen domiciliadas dentro de las fronteras, así sean nacionales o extranjeras.

¹³ RODRÍGUEZ BENOT, ANDRÉS, “El criterio de conexión para determinar la ley personal: un renovado debate en Derecho internacional privado”, Cuadernos de Derecho Transnacional (marzo 2010), vol. 2, Nº 1, pp. 187-202, esp. p. 187, versión disponible en www.uc3m.es/cdt p. 187.

¹⁴ En el Código Civil argentino, todas las cuestiones comprendidas en el estatuto personal son regidas por la ley del domicilio de la persona de que se trata.

Por el criterio domiciliario también se decanta el sistema del *common law*, por la aplicación de una norma de conflicto de jurisdicciones que otorga competencia internacional a los tribunales de la residencia, aplicando éstos su *lex fori*¹⁵. Es decir, la ley que rige los casos internacionales en materia de familia es siempre la ley sustantiva del país cuyos tribunales conocen del asunto.

La opción legislativa por la conexión domiciliaria conduce a que se imponga a quienes pertenecen a culturas diversas la ley del Estado de acogida. Esta técnica de regulación no está exenta de críticas, pues se sostiene que trae aparejada la extinción de los lazos del emigrante con su país y cultura de origen, eliminándose la convivencia e intercambio multicultural en las sociedades de recepción. Además, se trata de un concepto jurídico cuya comprobación resulta más dificultosa¹⁶.

b) Nacionalidad

A finales del siglo XIX y por razones históricas muy concretas, P. S. Mancini formuló el principio de identidad entre Nación y Estado, sustituyendo el estatuto domiciliario por el estatal y aplicando la ley nacional como estatuto personal (1851). A partir de ese momento, se rompió la unidad en el sistema del estatuto personal y la nacionalidad y el domicilio comenzaron a disputarse el favor de los autores y de los sistemas jurídicos. El Código Civil francés de 1804 lanzó la idea de aplicar al estatuto personal la ley de la nacionalidad, al establecer que las leyes concernientes al estado y la capacidad de las personas regían a los franceses aunque residiesen en el extranjero (art. 3º, inc. 3º).

No está de más recordar, que desde 1948 los instrumentos internacionales relativos a los Derechos Humanos proclaman que toda persona tiene derecho a adquirir una nacionalidad y que a nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiarla, si así lo desea, por la de cualquier otro país que esté dispuesto a otorgársela¹⁷. Así también, que es el Estado el que tiene competencia para regular la adquisición y pérdida de la nacionalidad pero, sobre todo, en consonancia con lo dispuesto por la normativa internacional que hubiera sido suscripta.

En ese sentido, la Corte Internacional de Justicia de La Haya en el caso *Nottebohm* de 6 de abril de 1955, reconoció que internacionalmente, si bien cualquier Estado es libre de establecer los requisitos para otorgar la nacionalidad, debe existir una suficiente conexión para que pueda internacionalmente ser considerado nacional y, en consecuencia, ejercer la protección diplomática a su favor. La Corte sintetizó esta noción en los siguientes términos: "*La nacionalidad es un vínculo legal que tiene su base en el hecho social del enraizamiento, una conexión genuina de existencia, intereses y sentimientos, junto con la existencia*

¹⁵ CARLIER, JEAN - YVES, "Estatuto personal y sociedad multicultural: el papel de la autonomía de la voluntad", art. cit., p. 31.

¹⁶ CARRASCOSA GONZÁLEZ, JAVIER, *Matrimonio y elección de ley. Estudio de Derecho internacional privado*, Comares, Granada, 2000, p. 61.

¹⁷ V.gr. art. 19 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 30 de marzo de 1948; art. 15 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948; el art. 24.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966 establece que "todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad"; art. 20 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 22 de noviembre de 1969; art. 7.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989.

de recíprocos deberes y derechos ...el individuo al cual le es conferida directamente por la ley o como resultado de un acto de las autoridades, está de hecho, más vinculado a la población del Estado que le confiere la nacionalidad que a la de cualquier otro Estado”.

El sistema de la nacionalidad tuvo excelente acogida en toda Europa continental, sea en la codificación interna, con excepción de Noruega y Dinamarca, como internacional del DIPr. (Convenios de La Haya de 1902¹⁸ en materia de matrimonio, separación, divorcio y tutela de menores y de 1905 relativa a los efectos del matrimonio).

La observación del Derecho comparado demuestra que los Estados se inclinan por una u otra conexión dependiendo de sus intereses, y especialmente de su posición en los flujos internacionales de migración¹⁹. Por ejemplo, en Suiza, el sistema ha vuelto al predominio del domicilio sobre la nacionalidad, tanto en materias de estatuto personal en general como en materia matrimonial (art. 33 de la Ley Federal sobre DIPr. de 18 de diciembre de 1987). La ley alemana que contiene la reforma del DIPr. de 25 de junio de 1986 consagra abiertamente el principio de la nacionalidad. Así, el estatuto personal viene fijado por la nacionalidad y si el sujeto en cuestión posee varias nacionalidades, deberá aplicarse el derecho del Estado más estrechamente vinculado con él, particularmente por su residencia habitual o eventos característicos de su vida (art. 5º). La capacidad de goce y la capacidad de ejercicio de una persona se rigen por su Derecho nacional (art. 7º), y la interdicción de un nacional de un Estado extranjero por el de la residencia habitual en territorio alemán (art. 8º). Con carácter general, en el sistema español de DIPr. las cuestiones relativas a la persona (estado civil, capacidad, relaciones familiares y la sucesión *mortis causa*) se rigen por su ley nacional (art. 9º, Cód. Civ.).

Existen también sistemas jurídicos en los que se aprecia una cierta convivencia entre la nacionalidad y el domicilio como factores de conexión que rigen el estatuto personal. Así, Suecia y Finlandia aceptan la aplicación de la ley del domicilio en lo que se refiera a otros Estados nórdicos y la ley nacional para los demás casos. La coexistencia de ambas conexiones sin otorgar primacía a ninguna de ellas, subsiste en la fórmula adoptada por el Código Bustamante de 1928, cuyo art. 7º resulta incapaz para resolver la dialéctica entre la *lex patriae* y la *lex domicili*, antes bien, deja en libertad a cada Estado contratante para aplicar la ley que disponga su DIPr. nacional.

Desde una óptica multicultural, la utilización de la nacionalidad como criterio de conexión para determinar el ordenamiento aplicable a las instituciones derivadas del estatuto personal en general y al derecho de familia en particular, puede ser considerada como una medida de preservar la identidad nacional, religiosa y cultural de los migrantes, por cuanto permitiría la aplicación del ordenamiento de su país de origen en el Estado receptor a instituciones sensibles desde una perspectiva religiosa o cultural.

En esa línea de razonamiento, se ha propuesto la doble nacionalidad como instrumento de integración jurídica de los inmigrantes extranjeros resi-

¹⁸ El art. 1º sometía el derecho de contraer matrimonio a la ley nacional de cada uno de los contratantes, a menos que una disposición de esta ley se refiera expresamente a otra ley.

¹⁹ CALVO CARAVACA, ALFONSO L. y otros, *Derecho Internacional Privado*, vol. II, Comares, Granada, 1998, p. 23.

dentes en el Estado de recepción, destacando la utilidad e incluso la necesidad de esta vía frente a la realidad que en materia de extranjería vive Occidente en estos tiempos. No obstante, a la vez se señala que la nacionalización es una vía larga y onerosa en todos los Estados de inmigración; que conduce en muchos casos a la pérdida de la nacionalidad de origen; y que para amplios sectores de la inmigración del Tercer Mundo (sobre todo del mundo musulmán) se la entiende como renegación de la patria e incluso de la religión²⁰.

La nacionalidad de la persona es un punto de conexión que garantiza la aplicación de una sola ley estatal a las cuestiones jurídicas relativas al individuo. Al ser una conexión estable, evita fraudes y potencia la seguridad jurídica²¹. Por otra parte, se sostiene que resulta más fácil cambiar de domicilio que de nacionalidad²², ello en atención a que el cambio del domicilio depende enteramente del individuo, mientras que el cambio de nacionalidad requiere el consentimiento del Estado cuya nacionalidad se adquiere.

Ahora bien, el hecho de abrir la puerta a la aplicación en el territorio de acogida de ordenamientos extranjeros puede dar lugar a la activación del correctivo del orden público internacional por las autoridades del foro (como límite a la aplicación de normas o a la eficacia de decisiones extranjeras) dependiendo del grado de tolerancia o de respeto que hacia estos ordenamientos se tenga en dicho Estado, así como tener presente las dificultades en orden a la prueba del contenido del derecho extranjero declarado aplicable al fondo del asunto²³. También podría ocasionar la sujeción obligatoria a un modelo de familia con el cual el inmigrante ya no se identifica.

A lo anterior se añade que la nacionalidad, al ser una “conexión formal”, obliga a aplicar a las cuestiones personales la ley de un Estado con el que el individuo no tiene una “conexión real”, basada necesariamente en contactos sustanciales de éste con un país. Al igual que el domicilio, la nacionalidad es una conexión jurídica —requieren una previa definición jurídica de sus conceptos— cuya comprobación resulta más dificultosa, ya que puede ser muy difícil precisar si una persona ha adquirido o ha perdido una determinada nacionalidad, complicándose más aún la investigación frente a casos de múltiple nacionalidad (conflicto positivo) y apatridia (conflicto negativo)²⁴. Asimismo, se señala que “el DIPr. es el instrumento mediante el cual la sociedad internacional defiende su unidad contra el fraccionamiento con el cual la amenaza la multiplicidad de los Estados; y esta multiplicidad está precisamente edificada sobre el concepto de la nacionalidad... *La nacionalidad es antifuncional en el DIPr.*”²⁵.

²⁰ RODRÍGUEZ-DRINCOURT ÁLVAREZ, JUAN, “La nacionalidad como vía de integración de los inmigrantes extranjeros”, *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, núm. 103, enero-marzo, 1999, pp. 171-185.

²¹ CALVO CARAVACA, ALFONSO L., “El ‘Derecho internacional privado multicultural’ y el revival de la ley personal”, *La Ley*, N° 7847, Sección Tribuna, 27/4/2012.

²² GOLDSCHMIDT, WERNER, *Derecho internacional privado. Derecho de la tolerancia*, 10ª edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2009, p. 253.

²³ RODRÍGUEZ BENOT, ANDRÉS, “El criterio de conexión para determinar la ley personal: un renovado debate en Derecho internacional privado”, art. cit., p. 190.

²⁴ CALVO CARAVACA, ALFONSO L. - CARRASCOSA GONZÁLEZ, JAVIER, “Ley aplicable al divorcio en Europa. El futuro Reglamento Roma III”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (marzo 2009), vol. I, N° 1, pp. 36-71.

²⁵ GOLDSCHMIDT, WERNER, *Derecho internacional privado. Derecho de la tolerancia*, ob. cit., p. 253, la cursiva pertenece al autor.

c) Residencia habitual

A mediados del siglo pasado, se advierte una tendencia en la que el domicilio ha ido evolucionando hacia la residencia habitual, conexión más real y flexible que aquél. Noción que prescinde en mayor medida del elemento subjetivo y que garantiza que el estatuto personal se va a regir por el ordenamiento que corresponda al medio social y jurídico en el que se desenvuelve el individuo. El Tribunal de Justicia europeo ha dado en diversas ocasiones una definición de dicho concepto en el sentido que significa “el lugar en que la persona ha fijado con carácter estable el centro permanente o habitual de sus intereses, que, a los fines de determinar dicha residencia, han de tenerse en cuenta todos los elementos de hecho constitutivos de la misma”²⁶. Interesa resaltar que es un criterio flexible, realista y adaptado al alto grado de movilidad de las personas, pues permite la aplicación de la ley que responde a su ambiente social actual, resultando previsible la aplicación de la ley del país de la residencia habitual de ellas. De este modo, se genera un nivel suficiente de proximidad de una situación con un concreto Estado.

El germen de esta conexión la encontramos en muchos convenios concluidos en el ámbito de la Conferencia de La Haya de DIPr., en especial, a partir de su tercera etapa evolutiva, que regulan materias relativas a la persona. Cabe citar, por ejemplo, la Convención que regula la adopción de medidas encaminadas a proteger la persona y bienes del menor (Convenio de 5 de octubre de 1961) en virtud de la cual se sustituye la solución básica del citado texto de 1902 que consistía en someter la tutela a la ley nacional del menor. En esa misma línea se enmarcan otras Convenciones que han empleado la residencia habitual para regir situaciones que requieren soluciones urgentes, como la demanda de alimentos, en la que el Convenio de 2 de octubre de 1973 consagra como conexión principal la residencia habitual del acreedor alimentario (art. 4º); y como subsidiaria de primer grado la nacionalidad de éste (art. 5º). La residencia habitual del acreedor de alimentos, es también la regla general para señalar la ley aplicable a las obligaciones alimenticias establecida por el Protocolo de La Haya de 23 de noviembre de 2007. La conexión incide igualmente en materia de sustracción internacional de menores (Convenio de 25 de octubre de 1980); en las cuestiones de responsabilidad parental y de medidas de protección de menores (Convenio de 19 de octubre de 1996) e incluso en el campo de la adopción internacional (Convenio de 29 de mayo de 1993).

En las convenciones interamericanas, la residencia habitual también se ha consolidado como punto de conexión respecto de las materias relativas a menores, por ejemplo, la Convención sobre adopción internacional (CIDIP III, La Paz, 1984) dispone la aplicación de la ley de la residencia habitual del menor para regir “la capacidad, consentimiento y demás requisitos para ser adoptado, así como cuáles son los procedimientos y formalidades extrínsecas necesarias para la constitución del vínculo” (art. 3º). Por otro lado, la Convención sobre obli-

²⁶ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (sala tercera) de 28 de septiembre de 1993, “Pedro Magdalena Fernández contra Comisión de las Comunidades Europeas. Funcionarios. Requisitos para la concesión de la indemnización por expatriación”, asunto T-90/92; Sentencia del Tribunal de Justicia (sala tercera) de 15 de septiembre de 1994, “Pedro Magdalena Fernández contra Comisión de las Comunidades Europeas. Recurso de casación. Funcionario. Indemnización por expatriación. Falta de residencia habitual en el Estado de destino”, asunto C-452/93, entre otros.

gaciones alimentarias (CIDIP IV, Montevideo, 1989) establece la posibilidad de elegir entre las leyes del domicilio o la residencia habitual del acreedor y las leyes del domicilio o la residencia habitual del deudor para encontrar la ley que resulte más favorable al interés del acreedor alimentario. La residencia habitual del menor es también la conexión que domina en las Convenciones que contemplan tanto los supuestos de restitución (CIDIP IV, Montevideo, 1989) como de tráfico internacional de menores (CIDIP V, México, 1994).

La utilización de la residencia habitual como criterio de conexión en el estatuto personal, se ha visto reforzada en las últimas codificaciones estatales de DIPr. (Ley que contiene el Código de DIPr. belga de 2004) y en el DIPr. comunitario uniforme a los Estados miembros de la Unión Europea; instrumentos elaborados para mantener y desarrollar “un espacio de seguridad, de libertad, y de justicia”²⁷ (v.gr. Reglamento CE 2201/2003 —Bruselas II bis— relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental; Reglamento 4/2009 en materia de obligaciones de alimentos).

En otros instrumentos internacionales el punto de conexión principal es el domicilio de la persona y si éste no pudiera determinarse se pasa a la residencia habitual como criterio para señalar la ley aplicable al estatuto personal. Tal es la solución adoptada por la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas de 28 de septiembre de 1954 (art. 12)²⁸.

En virtud de la creciente movilidad de personas (ciudadanas comunitarias o no) que hayan hecho uso de la libre circulación consagrada en la Unión Europea, y con el fin de asegurar la seguridad jurídica y la previsibilidad en materia de sucesiones con repercusión transfronteriza, el 27 de julio del 2012 el Diario Oficial de la Unión Europea publica el Reglamento (UE) 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo²⁹. Se pretende garantizar la compatibilidad de las normas aplicables en los Estados miembros en materia de conflictos de leyes y de competencia, así como establecer medidas destinadas a facilitar el reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia de sucesiones y testamentos. La nueva normativa simplifica considerablemente la tramitación de la totalidad de la sucesión al fijar como criterio para determinar tanto la jurisdicción como la ley aplicable en los asuntos transfronterizos: el lugar de residencia habitual del causante en el momento del fallecimiento (art. 21.1). Este criterio favorece la integración en el Estado miembro de residencia habitual y evita cualquier discriminación contra aquellas personas que tienen su residencia en un Estado del que no son nacionales³⁰.

²⁷ Tratado de la Unión Europea (art. 61), introducido en el Título IV, “Visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas” del Tratado de Ámsterdam (entró en vigencia el 1º de mayo de 1999).

²⁸ Adhesión de la Argentina al Estatuto de los Apátridas el 1 de junio de 1972.

²⁹ Conforme al art. 84, el Reglamento entrará en vigor a los veinte días de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea y será aplicable a partir del 17 de agosto del 2015. Consta de 83 considerandos en que se expone su contenido, que luego se condensa en 84 artículos.

³⁰ Cfr. Comisión de las Comunidades Europeas, “Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las reso-

Para determinar la residencia habitual, “la autoridad que sustancie la sucesión debe proceder a una evaluación general de las circunstancias de la vida del causante durante los años precedentes a su fallecimiento y en el momento del mismo, tomando en consideración todos los hechos pertinentes, en particular, la duración y la frecuencia de la presencia del causante en el Estado de que se trate, así como las condiciones y los motivos de dicha presencia. La residencia habitual así determinada debería revelar un vínculo estrecho y estable con el Estado de que se trate teniendo en cuenta los objetivos específicos del presente Reglamento” (Consid. 23).

En algunos casos, determinar la residencia habitual del causante puede revelarse complejo, y dependiendo de las circunstancias, se permitiría considerar que el causante tenía su residencia habitual en su Estado de origen, en el que estaba situado el centro de interés de su familia y su vida social. También podrían suscitarse otras situaciones complejas cuando el causante haya residido en diversos Estados alternativamente o viajado de un Estado a otro sin residir permanentemente en ninguno de ellos. Si el causante fuera nacional de uno de dichos Estados o tuviera sus principales bienes en uno de ellos, la nacionalidad de aquél o la localización de dichos bienes podrían constituir un factor especial en la evaluación general de todas las circunstancias objetivas (Consid. 24).

En casos excepcionales en los que, por ejemplo, el causante se haya mudado al Estado de su residencia habitual poco tiempo antes de su fallecimiento, y todas las circunstancias del caso indiquen que aquél tenía un vínculo manifiestamente más estrecho con otro Estado, la autoridad que sustancie la sucesión puede llegar a concluir que la ley aplicable a la sucesión no sea la ley del Estado de residencia habitual del causante sino la ley del Estado con el que el difunto tenía un vínculo manifiestamente más estrecho en el momento del fallecimiento (art. 21.2). Sin embargo, la vinculación manifiestamente más estrecha no debe emplearse como nexos subsidiario cuando la determinación de la residencia habitual del causante en el momento de su fallecimiento resulte compleja³¹.

No obstante el auge que ha cobrado el punto de conexión de la residencia habitual de la persona, se le reprocha que resulta una conexión poco multicultural para promover la integración social de las inmigrantes, pues al someterlos obligatoriamente a la ley del país de recepción³² construye, en numerosas ocasiones, “un obstáculo para el reconocimiento de sus relaciones de vida y familiares en un mundo que es cada vez más internacional y en un contexto que es cada vez más transnacional”³³. Además, puede provocar la aplicación de la ley de un país que presenta una escasa vinculación con el supuesto particular si el sujeto reside habitualmente en un país con el que no tiene “vinculación sustancial”. También

luciones y los actos auténticos en materia de sucesiones y a la creación de un certificado sucesorio europeo”, Documento COM (2009) 154 final, Bruselas, 14 octubre 2009, p. 7.

³¹ SERRANO DE NICOLÁS, ÁNGEL, “Aproximación al Reglamento europeo de sucesiones y de creación del certificado sucesorio europeo”, *ius* 1º de septiembre de 2012, p. 20. Disponible en: file:///C:/Users/Usuario/Downloads/175_tribuna.pdf.

³² CALVO CARAVACA, A. L. - CARRASCOSA GONZÁLEZ J., *Derecho de familia internacional*, Colex, Madrid, 2004, p. 25.

³³ ESTEBAN DE LA ROSA, GLORIA, “El ‘método del reconocimiento’ como propuesta de regulación de las nuevas situaciones privadas internacionales vinculadas con la inmigración”, *Revista de Estudios Jurídicos* n° 9/2009 (segunda época), p. 18.

se le objeta que se trata de una “conexión volátil” por la facilidad que tiene el individuo de cambiar de país de residencia habitual³⁴.

1. Nuevos enfoques normativos. Autonomía de la voluntad

Los conflictos de civilizaciones que latan tras las conexiones nacionalidad, residencia habitual y domicilio sirvieron de base a la propuesta del profesor J. Y. Carlier de dejar a los extranjeros elegir entre la ley nacional o la ley del domicilio, introduciendo la opción de legislación en la norma de conflicto. La *professio iuris* “permite una adaptación flexible en el tiempo y en el espacio”. El autor sustenta la autonomía de la voluntad con modalidad limitada en que “Se trata de permitir a los emigrantes ‘re-apropiarse’ de una parte de su vida privada al no imponerles una ley nacional de la cual desearían alejarse o una ley del domicilio que negaría su propia cultura”. Seguidamente, matiza y simplifica esta técnica de opción de derecho, proponiendo “como norma de conflicto la ley del domicilio en defecto de opción por el derecho nacional”³⁵. De modo que esta solución multicultural favorece la integración voluntaria de los emigrantes extranjeros en el contexto social y jurídico del país de acogida, a la vez que les permite mantener las vinculaciones culturales y jurídicas con su país de origen.

Entre otras razones que avalan la conexión autonomía de la voluntad se aducen, básicamente, que tiene fundamento constitucional, pues impulsa el principio del libre desarrollo de la personalidad; las personas son libres para elegir la ley del país con el que se sienten más estrechamente vinculadas. Mediante esta elección, las personas podrán conocer *a priori* cuál es la ley que regirá su estatuto personal y, en conexión con esto, actúa como un mecanismo de prevención de litigios futuros sobre la ley reguladora de las cuestiones que afectan a su esfera privada, por lo que fomenta la seguridad jurídica y la unidad de la ley aplicable a las relaciones familiares. Por otra parte, el ejercicio de la autonomía de la voluntad facilita la realización de los intereses materiales del sujeto al seleccionar una ley en función de su contenido.

Con miras a reforzar la extensión irresistible de la autonomía de la voluntad y su calidad de conexión multicultural, se ha sostenido que “opera como un criterio válido para la elección de modelos de vida y desarrollo personal”. Es un *punto de conexión intercultural*, que resuelve el conflicto de leyes sin provocar *resultados culturales y jurídicos traumáticos*³⁶.

a) Derecho de familia

Hace ya tiempo que en materia de Derecho de familia, se ha producido una progresiva penetración de la autonomía de la voluntad como punto de conexión para designar la ley aplicable a determinadas cuestiones internacionales (las relaciones jurídicas vinculadas al matrimonio y a la vida de pareja, a la filiación y al estado civil). Ello ha sido especialmente significativo en el sector matrimonial —en especial, régimen económico del matrimonio— así, ordenamientos

³⁴ CALVO CARAVACA, ALFONSO L/CARRASCOSA GONZÁLEZ, JAVIER, *Derecho Internacional Privado*, vol. II, ob. cit., p. 19.

³⁵ CARLIER, JEAN YVES, “Estatuto personal y sociedad multicultural: el papel de la autonomía de la voluntad”, cit.

³⁶ CALVO CARAVACA, ALFONSO LUIS, “El ‘Derecho internacional privado multicultural’ y el revival de la ley personal”, LA LEY, N° 7847, Sección Tribuna, 27/4/2012.

como el español permite que los esposos puedan elegir la ley aplicable a los efectos del matrimonio —personales y patrimoniales— en determinadas condiciones: en defecto de ley personal común de los cónyuges y opción limitada a la ley personal o de la residencia habitual de cualquiera de ellos (art. 9.2.1 Cód. Civil).

Potencia la conexión autonomía de la voluntad en materia de separación y divorcio, el Reglamento UE 1259/2010, del Consejo, de 20 de diciembre de 2010 (Roma III), por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial, cuyas disposiciones entraron en vigor en catorce Estados miembros, el 21 de junio de 2012 (art. 21)³⁷. Se permite a los esposos elegir, con ciertos límites, el derecho aplicable a la disolución o relajamiento del vínculo matrimonial, a fin de contar con mayor previsibilidad, flexibilidad y seguridad jurídica al resolver el conflicto, por cuanto se han concretado temporalmente las conexiones (arts. 5º a 7º). Ahora bien, el elenco de posibilidades establecido por el Reglamento está limitado a las leyes que presenten un vínculo significativo con la situación matrimonial³⁸. Cualquier pareja no puede elegir cualquier ordenamiento al que se considerara “culturalmente” próximo, pues la elección pivota, principalmente³⁹, entre la residencia habitual de los cónyuges y la nacionalidad de alguno de ellos. La elección del derecho aplicable debe ser una elección informada para que cada cónyuge pueda evaluar las consecuencias jurídicas que tendrá la designación de la ley en cuestión, es esencial que cuenten con la información necesaria acerca de las legislaciones que puedan escoger para no ver afectados sus derechos e intereses.

Paralelamente a las ventajas que presenta esta teoría de ser respetuosa con la identidad y cultura del individuo, otros autores señalan que la autonomía sólo es plausible cuando la elección de ley es admitida por las dos legislaciones implicadas y los particulares gozan, en ambas, de la libre disponibilidad de sus derechos, pues esta opción puede dar lugar a situaciones claudicantes. Otra dificultad es que la ley elegida puede ser descartada por el juego de la excepción de “orden público internacional”⁴⁰.

b) Sucesión mortis causa

La sucesión internacional es una cuestión que presenta desigualdad de regulación por los diferentes ordenamientos jurídicos en relación con los puntos de conexión para la determinación del derecho aplicable. Los sistemas se edifican sobre la base de la aplicación de las siguientes leyes: a) una ley única, la ley personal del causante al tiempo del fallecimiento, con independencia de la naturaleza y el lugar donde están situados los bienes pertenecientes a la masa hereditaria; b) la ley del lugar de situación de los bienes, prescindiendo de la naturaleza de éstos; y c) la ley del lugar de situación para los bienes inmuebles y la ley personal para los muebles.

³⁷ Bélgica, Bulgaria, Alemania, España, Francia, Italia, Letonia, Luxemburgo, Hungría, Malta, Austria, Portugal, Rumanía y Eslovenia.

³⁸ ARENAS GARCÍA, RAFAEL - ORÓ MARTÍNEZ, CRISTIAN, “El Reglamento Roma III: la nueva regulación de la ley aplicable a la separación judicial y al divorcio”, blog del Área de DIPr. de la UAB 2 gener, 2011.

³⁹ QUIÑONES ESCÁMEZ, ANA, “Nacionales de países islámicos residentes en Europa: ¿qué derecho de familia?”, en *Inmigración e integración en la UE. Dos retos para el siglo XXI*, X Premio Francisco Javier de Landaburu Universitas, Eurobask, Consejo Vasco del Movimiento Europeo, 2012, p. 129.

⁴⁰ QUIÑONES ESCÁMEZ, ANA, “Nacionales de países islámicos residentes en Europa: ¿qué derecho de familia?”, cit., p. 117.

A diferencia del Derecho de familia, en el que la voluntad de los particulares es prácticamente irrelevante y en el que la gran mayoría de las relaciones se rigen por normas de orden público, el Derecho de sucesiones sigue siendo una materia en la que la voluntad del titular de los derechos ocupa un lugar importante⁴¹. Son reflejo de esta tendencia: la ley alemana que contiene la reforma del DIPr. (vigencia: 1/9/1986), art. 25⁴²; la ley rumana 105, sobre la reglamentación de las relaciones de Derecho Internacional (1979), art. 68⁴³; la ley federal suiza sobre Derecho Internacional Privado (1987/2003), art. 90⁴⁴; y la ley 218, Reforma del sistema italiano de Derecho Internacional Privado (31/5/1995), art. 46⁴⁵. A pesar de la admisión del criterio de conexión subjetivo (*professio iuris*), no existe un poder absoluto de elegir cualquier ordenamiento jurídico como rector de la sucesión internacional de una persona, sino que se somete a ciertos límites.

La autonomía conflictual, esto es, la elección de un ordenamiento nacional de entre los posibles, como aplicable al fondo de la sucesión, ha sido recogida en el Convenio de La Haya de 1 de agosto de 1989 sobre la ley aplicable a las sucesiones por causa de muerte (aún no ha entrado en vigor). En tal sentido, establece que toda persona podrá designar la ley del Estado de su nacionalidad o de su residencia habitual, al tiempo de la designación o de su fallecimiento, para regir la totalidad de su sucesión (arts. 5º y 6º).

A los efectos de simplificar considerablemente las situaciones de sucesión *mortis causa* con repercusiones transfronterizas, se adopta el citado Reglamento (UE) 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo.

⁴¹ Cfr. Comisión de las Comunidades Europeas, "Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y los actos auténticos en materia de sucesiones y a la creación de un certificado sucesorio europeo", Documento COM (2009) 154 final, Bruselas, 14 octubre 2009, p. 6.

⁴² Art. 25.— Sucesión *mortis causa*.

(1) La sucesión *mortis causa* se rige por el último Derecho nacional del *de cuius*.

(2) Para los bienes inmuebles situados en la República Federal Alemana, el *de cuius* puede escoger al Derecho alemán en forma de una disposición *mortis causa*.

⁴³ Art. 66.— El derecho sucesorio está sujeto:

a) con respecto a las cosas muebles que no están bajo cuidado en el lugar en el que se encuentran, al Derecho patrio del *de cuius* al momento de su muerte;

b) con respecto a las cosas inmuebles y al patrimonio de la empresa, al Derecho del lugar en donde se encuentran.

Art. 68.— El testador puede someter la transmisión de su patrimonio por vía de la sucesión a un Derecho distinto del señalado en el art. 66, sin poder excluir las prescripciones obligatorias.

⁴⁴ Art. 90.— 1. La sucesión de una persona que tenía su domicilio en Suiza se rige por el Derecho suizo.

2. Un extranjero puede, sin embargo, someter su sucesión por testamento o pacto sucesoral al Derecho de uno de sus Estado nacionales. Esta elección caduca si, al momento de su muerte, el disponente no tenía esta nacionalidad o había adquirido la nacionalidad suiza.

⁴⁵ Art. 46.— Sucesión por causa de muerte.

1. La sucesión por causa de muerte se rige por la ley nacional del *de cuius* de cuya herencia se trata, al momento de su deceso.

2. El sujeto de cuya herencia se trata puede someter, por declaración expresa, en forma testamentaria, toda la sucesión a la ley del Estado en el cual él reside. Esta escogencia queda sin efecto si, al momento del deceso, el declarante no residía más en ese Estado. En la hipótesis de sucesión de un nacional italiano, la escogencia no perjudica los derechos que la ley italiana atribuye a los herederos residentes en Italia al momento del deceso de la persona de cuya herencia se trata.

El ámbito de aplicación es muy amplio, abarca todos los aspectos de Derecho civil de la sucesión por causa de muerte (sin incluir cuestiones fiscales, aduaneras y administrativas), es decir, cualquier forma de transmisión de bienes por causa de muerte, derechos y obligaciones, ya derive de una transmisión voluntaria en virtud de una disposición *mortis causa*, o de una transmisión *ab intestato* (art. 3º).

A pesar del criterio general de la residencia habitual, el Reglamento capacita a los ciudadanos para organizar por anticipado su sucesión, mediante la elección de la ley aplicable a ésta (art. 83), limitándose a poder designar la ley del Estado cuya nacionalidad posea en el momento de realizar su elección o en el momento del fallecimiento (que puede no coincidir con el de su residencia habitual)⁴⁶. Se exige que la elección deba hacerse explícitamente o resultar de una disposición *mortis causa*, es decir, se admite tanto la expresa como la tácita, pero no la presunta (Consid. 39).

Esta opción permite a la persona mantener estrechos lazos con su país de origen y, de esa forma, preservar los vínculos culturales a través de su sucesión⁴⁷. Asimismo, cabe señalar la claridad de su objetivo: garantizar que exista una conexión entre el causante y la ley elegida, así como proteger los intereses de las personas próximas al difunto ante la elección de una ley que intente frustrar sus expectativas legítimas. La determinación de la nacionalidad o nacionalidad múltiple de una persona debe resolverse como una cuestión preliminar y queda fuera del ámbito de aplicación del Reglamento (Consids. 38 y 41).

La normativa comunitaria impide que la utilización de los elementos previstos en su texto pueda dar lugar a un fraude a la ley (Consid. 26). En cuanto a la cantidad del derecho aplicable, se admite la posibilidad de aplicar la ley de un tercer Estado, o reenvío de segundo grado, cuya recepción procura garantizar “la coherencia internacional” (Consid. 57 y art. 34). A tal efecto, se tomará “en consideración las normas de Derecho Internacional Privado de ese (tercer) Estado”. Ahora bien, en circunstancias excepcionales (Consid. 58) y por razones de “interés público”, las autoridades competentes que sustancien una sucesión podrán descartar determinadas disposiciones de la ley extranjera si su aplicación resulta “manifiestamente incompatible con el orden público del Estado miembro del foro” (art. 35)⁴⁸.

III. Reflexión final

La multiculturalidad es una realidad en muchos países hace ya largos años y designa la coexistencia de diferentes modelos de vida, culturas, etnias o religiones en los países de destino. Lograr la integración social de las personas que viven en contacto con más de un país y un ordenamiento jurídico, esto es,

⁴⁶ Art. 22.— Elección de la ley aplicable. 1. Cualquier persona podrá designar la ley del Estado cuya nacionalidad posea en el momento de realizar la elección o en el momento del fallecimiento.

Una persona que posea varias nacionalidades podrá elegir la ley de cualquiera de los Estados cuya nacionalidad posea en el momento de realizar la elección o en el momento del fallecimiento.

⁴⁷ Cfr. Comisión de las Comunidades Europeas, “Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y los actos auténticos en materia de sucesiones y a la creación de un certificado sucesorio europeo”, Documento COM (2009), 154 final, Bruselas, 14 de octubre 2009, p. 8.

⁴⁸ SERRANO DE NICOLÁS, ÁNGEL, “Aproximación al Reglamento europeo de sucesiones y de creación del certificado sucesorio europeo”, cit., p. 21.

la convivencia pacífica entre la población autóctona y extranjera que residen de forma habitual en un mismo territorio, lleva a replantear la función y técnicas de reglamentación del DIPr. Este sistema puede contribuir a conciliar las dos exigencias que aparecen a menudo contrapuestas: la integración del inmigrante en el país de destino y el respeto a sus orígenes. Para ello, es necesario un proceso social de interacción entre las personas que conviven en el seno de una misma sociedad, basado en el diálogo (*ius communications*) entre los distintos ordenamientos que entran en relación, a fin de garantizar cierta estabilidad personal y familiar tanto en el lugar en que realizan sus vidas como en el lugar de procedencia. En este contexto, se fomenta lo que para Werner Goldschmidt es “lo propio de la justicia del DIPr, la tolerancia hacia lo ajeno y diferente”, y se relaciona con la cabal protección de los derechos de los migrantes como salvaguarda de la dignidad de todo ser humano en la era de la globalización. En síntesis, aprender a diverger para converger en ideas y soluciones más armoniosas y justas.



LA REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL COLECTIVO*

Renato Antonio Valazza**

Resumen: Se comienza por describir sucintamente la transformación que evidencia, en la actualidad, la teoría general del deber de responder, prestando especial atención al aumento del catálogo de daños indemnizables. Luego, se brinda un concepto de daño moral colectivo, se describen los criterios elaborados a fin de evaluar la admisión de su reparación y, posteriormente, se estudian los diversos mecanismos utilizados por los jueces para lograr la reparación del daño moral colectivo, ya sea a través del sistema de reparación in especie, o pecuniaria.

Palabras clave: Daños - Medio ambiente - Justicia - Efectividad - Reparación integral.

I. Introducción

La toma de conciencia por parte del hombre de la necesidad de proteger el entorno que lo rodea, y la consideración de éste como integrante de su personalidad, es quizás la más profunda transformación que se produzca en los próximos años. La importancia de la problemática ambiental y su valoración como nuevo arquetipo, no suscita una mutación meramente disciplinaria sino que, por el contrario, implica un *giro epistemológico* que pone en tela de juicio la actitud del hombre frente a la vida. En el ámbito jurídico, esta nueva filosofía impacta en la totalidad del sistema legal vigente, planteando la necesidad de adoptar uno distinto¹.

Uno de los puntos donde se manifiesta este nuevo modelo es en la *efectividad de la justicia ambiental*, es decir, en la capacidad del aparato judicial de lograr el efecto que se espera o se desea de las leyes vigentes en una realidad determinada. La pérdida de dicha eficacia, es decir, la disparidad entre lo que las normas declaran y el efecto que producen, es una de las consecuencias más graves que genera la cuestión ambiental en el sistema jurídico actual².

Si la protección del medioambiente es la finalidad de la normativa, la cuestión relativa a su menoscabo se erige como el tema central del derecho ambiental. Todas las leyes que integran esta rama del derecho están destinadas, esencialmente, a evitar el daño o, si se ha producido, a repararlo y/o sancionar a sus autores. En este punto, es necesario destacar que, atento el carácter irreversible de este tipo de detrimento, la prevención asume una importancia superlativa; una vez producido el daño, su recomposición es técnicamente imposible o económicamente inconveniente.

* Recibido el 19/12/14. Aprobado el 20/05/15.

** Maestrando en Derecho y Argumentación. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad Nacional de Córdoba. Asistente de Magistrado. Juzgado Civil, Comercial y Familia de 3ª Nominación de la Ciudad de Villa María, Córdoba, Investigador. Mail: renato_valazza@hotmail.com.

¹ JONAS, HANS, *El principio de responsabilidad. Ensayo de una ética para la civilización tecnológica*, Herder, Barcelona, 1995.

² LORENZETTI, RICARDO L., "La protección jurídica del Medio Ambiente", LA LEY, 1997-E, 1463.

Sin perjuicio de ello, la función de reparación del daño permanece ínsita en el núcleo de la teoría general del deber de responder y, una vez consumado el daño, se deberán idear sofisticados mecanismos tendientes a disminuir al máximo el menoscabo del bien jurídico protegido. El objetivo del presente trabajo es —precisamente— describir los procedimientos que diseñan los jueces de nuestro país a fin de lograr la reparación del denominado *daño moral colectivo*.

En el marco de esta monografía se entiende por *medio ambiente*, el “*conjunto interrelacionado de componentes de la naturaleza y la cultura*”. Mientras el patrimonio natural es la garantía de supervivencia física de la humanidad —que necesita del ecosistema aire, agua y alimentos para vivir— el patrimonio cultural es la garantía de sobrevivencia social de los pueblos, es producto y testimonio de su vida³.

Congruente con dicho concepto, se designa el *derecho ambiental* en sentido amplio, como aquel sector del ordenamiento jurídico que protege, tanto los sistemas —ambientes— naturales, como culturales —materiales e inmateriales— basado en principios filosóficos, éticos, económicos y sociales, que hacen a la preservación de la vida en sentido amplio y de todo lo que existe en la biosfera⁴.

Por *daño ambiental* se entiende, a los fines del presente trabajo, toda lesión o menoscabo que atente contra la preservación del entorno —constituido por los recursos naturales vivos, inertes y culturales materiales e inmateriales— en tanto influyan en la calidad de vida, desde el punto de vista del interés humano⁵.

La monografía se divide en dos partes principales. En la primera, se describirá la transformación que está sufriendo la función de reparación del daño en el marco de la teoría general de la responsabilidad civil; específicamente se pondrá el acento en el aumento del catálogo de daños indemnizables. En la segunda parte, se brindará un concepto de daño moral colectivo, se describirán los criterios elaborados a fin de evaluar la admisión de su reparación; para, posteriormente, entrar en el núcleo de la cuestión sometida a análisis. En este sentido, se describirán los diversos mecanismos utilizados por los magistrados a fin de lograr la reparación del daño, ya sea a través del sistema de reparación in especie, o pecuniaria del daño moral colectivo.

II. La función de reparación del daño

La teoría general del deber de responder está sufriendo desde ya hace algún tiempo un cambio de perspectiva, pudiendo observarse la existencia de dos modelos hermenéuticos⁶. Hace unos años el juicio de reproche se iniciaba con la valoración de la conducta del sujeto deudor, del agente que *con culpa* ha-

³ MOSSET ITURRASPE, JORGE - HUTCHINSON, TOMÁS - DONNA, EDGARDO ALBERTO, *Daño Ambiental*, Rubinzal Culzoni, 1999. Citado por DE BENDICTIS, LEONARDO, “Daño ambiental y responsabilidades emergentes”, DJ, 2003-3, 221.

⁴ RODRÍGUEZ, CARLOS ANÍBAL, “El acceso y la efectividad de la justicia ambiental. Consideraciones sobre el proceso ambiental”, La Ley Online.

⁵ MOSSET ITURRASPE, JORGE, *Introducción al Derecho Ambiental*, t. II, Voces Jurídicas, 1996, pp. 19 y 28.

⁶ LORENZETTI, RICARDO L., “La responsabilidad civil”, LLP, 2002, 1302, LA LEY, 2003-A, 973, *Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales*, t. I, 153, RCyS, 2011-II, 255. GARRIDO CORDOBERA, LIDIA M. R., “De la utopía de la inclusión de los elementos colectivos a las nuevas realidades en el derecho de daños”, RCyS, 2011-IX, 12.

bía provocado el daño; la responsabilidad era considerada como deuda. Dicha perspectiva mutó en los últimos años y hoy se parte de la valoración del interés del acreedor, de la víctima, a fin de tener por configurado el deber de responder.

Dicho cambio de matiz importa una necesaria reestructuración de la teoría general del deber de responder. El daño se transforma en el centro alrededor del cual gravita la responsabilidad, y factor que la expande al ampliarse su contenido. Éste fenómeno se observa principalmente en dos ámbitos: a) la admisión de la posibilidad de resarcir el daño a un interés simple, b) el surgimiento de nuevos bienes dignos de tutela, v. gr. daño a la persona, al patrimonio intangible, y a bienes colectivos⁷.

Resulta de particular importancia definir la diferente tipología de bienes jurídicos y de intereses que permiten accionar. Hasta hace un tiempo, el único legitimado para accionar era quien acreditara ser titular de un interés de carácter individual que haya sufrido un menoscabo. La lesión a dicho interés individual puede presentar tres características diferentes: derecho subjetivo, interés simple o de hecho no reprobado por la ley, y la afectación de intereses individuales en forma masiva, conocida como lesión a intereses pluriindividuales homogéneos⁸.

En los últimos años, la esfera de legitimados activos se ha ampliado siendo objeto de protección el denominado *interés transindividual colectivo*. El bien jurídico protegido es colectivo, indivisible, la titularidad es comunitaria y, por tanto, no puede haber derechos subjetivos sobre ellos. La legitimación es difusa en cabeza de uno de los sujetos que integran el grupo —interés difuso— o de una asociación que goza de representatividad en el tema —interés colectivo— o del Estado —interés público—.

El daño moral colectivo surge de la lesión a un interés de afección grupal; es decir, con motivo de la pertenencia social del interés espiritual que satisface el bien. Para que exista daño colectivo el interés afectado ha de ser colectivo; independientemente de que el bien sea o no patrimonial, su titularidad sea individual, grupal, colectiva, etc. Lo importante es que el menoscabo del bien conlleve un desmedro existencial a una colectividad de personas⁹.

III. Daño moral colectivo

El daño moral ha sido caracterizado por nuestra doctrina judicial de variadas formas. Su contenido ha sido desenvuelto en la órbita afectiva; las alteraciones pasionales del ánimo —v. gr. dolor, tristeza, angustia, etc.— constituyen las formas más frecuentes en que se manifiesta. Las lágrimas acompañan muchas veces al daño moral, pero éste también puede “sufrirse” sin padecimiento psíquico alguno¹⁰.

Desde hace un tiempo, predomina entre los juristas la posibilidad de incluir dentro del catálogo de daños indemnizables al denominado *daño moral colectivo*¹¹. En este sentido, se ha señalado que muchos perjuicios tocan catego-

⁷ LORENZETTI, RICARDO L., ob. cit., p. 233.

⁸ LORENZETTI, RICARDO L., ob. cit., p. 233.

⁹ ZAVALA DE GONZÁLEZ, MATILDE, “Los daños morales y su resarcimiento dinerario”, LLBA, 1197, 283.

¹⁰ ZAVALA DE GONZÁLEZ, MATILDE, *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, t. 3 A, Hammurabi, 1999, p. 175.

¹¹ LORENZETTI, RICARDO L., “Responsabilidad civil en el caso de intereses individuales, individuales homogéneos y colectivos”, RCyS, Número especial en homenaje a su Director Atilio A. Alterini, abril,

rías de personas; el interés afectado no pertenece a un sujeto —ni individual ni concurrentemente considerado— sino a un grupo o categoría de personas.

El reconocimiento de la necesidad e importancia de amparar este tipo de interés colectivo, supone concebir que la *identidad personal* del ser humano no se limita a su consideración aislada, sino que, por el contrario, se integra por la valoración de la persona en cuanto miembro de un grupo más o menos determinable. La identidad grupal o colectiva es una proyección de la identidad personal; sin esa percepción, no es factible una tutela completa del “estilo individual y social de la persona”¹². En este sentido, se ha señalado que el “patrimonio cultural” y el “patrimonio natural” constituyen el entorno que le da sentido de pertenencia a un pueblo o nación; lo reconoce en una historia, en una geografía, y lo proyecta —en su especificidad— al futuro¹³. El patrimonio así considerado contribuye a formar y consolidar la identidad de un lugar y, con ello facilita la relación del hombre con su medio.

A través del daño moral colectivo el ordenamiento jurídico ampara la identidad grupal o colectiva. El deterioro del patrimonio cultural y natural afecta a una pluralidad indeterminada de personas, y el interés protegido pertenece a todos pero a ninguno de los miembros del grupo en particular; de allí, la fuerza expansiva que se le atribuye a esta clase de interés.

Dentro de tal marco conceptual, se ha definido el daño moral como la conculcación de intereses extrapatrimoniales plurales de un estamento o categoría de personas, cuya ligazón puede ser esencialmente subjetiva u objetiva. En el primer caso, el daño se propaga entre varios sujetos —incluso sin vínculo jurídico entre ellos— y recae en un interés común, compartido y relevante, con aptitud para aglutinar a quienes se encuentren en idéntica situación fáctica. En el segundo caso, el factor atrapante es objetivo y de “incidencia colectiva”, porque media lesión a bienes colectivos o públicos, insusceptibles de apropiación o uso individual y exclusivo. En este supuesto la naturaleza del bien categoriza al daño, ya que a partir de él se propagan los efectos nocivos respecto de quienes disfrutan y usan o se benefician del objeto conculcado. La comunicabilidad de los intereses concurrentes no deriva de los sujetos, sino del objeto público, cuyo daño expande sus efectos a una pluralidad indeterminada de sujetos¹⁴.

IV. El daño moral colectivo como categoría resarcible

a) Estado doctrinario de la cuestión

El objetivo de este acápite es describir los diferentes argumentos brindados por los juristas que se han pronunciado respecto de la inclusión del daño moral colectivo como categoría autónoma resarcible. En primer lugar, se detallarán las diferentes posiciones doctrinarias elaboradas en torno a la cuestión pro-

2009, p. 233. GARRIDO CORDOBERA, LIDIA MARÍA, “The inclusion of collective damage in the tort law: The borders individual to the reality of the community”. ARDOY, LEANDRO A., “La defensa de los intereses colectivos, Su evolución Jurisprudencial”. DJ, 2007-I, 1.

¹² GONZÁLEZ ZAVALA, RODOLFO - ZAVALA DE GONZÁLEZ, MATILDE, “Identidad grupal o colectiva”, LA LEY, 1998-B, 1122, *Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales*, t. VI, p. 949.

¹³ AYLWIN, MARIANA, *Seminarios de patrimonio cultural*, Dibán, Santiago de Chile, Chile. 1997.

¹⁴ GALDÓS, JORGE MARIO, “Derecho ambiental y daño moral colectivo: algunas aproximaciones”, JA, 1998-IV-982.

puesta; para, posteriormente, hacer referencia a la recepción jurisprudencial de la problemática.

Desde el ámbito doctrinario, en nuestro país es casi unánime la adhesión a la posición que admite la reparación de este tipo de perjuicio. En este sentido, hace ya más de una década se señaló la posibilidad jurídica de un daño moral colectivo; se indicaba que la particularidad de esta novedosa forma dañina residía en que afecta *categorías de personas* —v. gr. usuarios de teléfonos, la comunidad habitacional de un edificio, los consumidores de una propaganda desleal, etc.—. En el daño moral colectivo, el “(...) *sujeto afectado no es ya la persona física o individual o concurrentemente, ni la de existencia ideal, sino un grupo o categoría que, colectivamente y por una misma causa global, se ve atacado en derechos o intereses de subida significación vital —la paz, la tranquilidad anímica, la libertad espiritual de grupos íntegros—, que sin duda, son tutelados de modo preferente por la Constitución y la ley (...)*”¹⁵.

Dentro de esta línea de análisis, se ha señalado que el sistema jurídico argentino reconoce el daño moral colectivo como categoría autónoma resarcible. En este sentido —sostienen— la Constitución Nacional contempla y ampara bienes de naturaleza extrapatrimonial y de incidencia colectiva en sus arts. 41 y 43. Asimismo, señalan la existencia de otros bienes del mismo tipo reconocidos por la legislación infraconstitucional, v. gr. la salud pública —leyes 23.660 y 23.661— y el acervo “cultural” de la población, compuesto por valores espirituales: artísticos, estéticos, históricos, religiosos, etc. Cuando se menoscaba este tipo de bienes de interés global e índole esencialmente no patrimonial, lo que se configura primordialmente es un daño moral por la lesión al bien en sí mismo, y con independencia de otras repercusiones de índole patrimonial que también pudieren producirse¹⁶.

Desde el ámbito de la protección del medio ambiente, se ha señalado que el fin inmediato de su protección no es el cuidado de la naturaleza por sí misma —aunque comprensivo de los valores culturales— sino el cuidado del hombre y el afianzamiento de su dignidad mediante la satisfacción de sus necesidades vitales. Existe un interés legítimo grupal en satisfacer necesidades humanas colectivas, no solamente en relación con los recursos naturales, sin también en orden a las sensaciones psicológicas, estéticas y estados de ánimo en función de la belleza del paisaje, la tranquilidad del entorno y el equilibrio natural de la convivencia social. En este sentido, se ha sostenido que “(...) *el interés difuso o común resulta afectado cuando la calidad de vida sufre el impacto de la actividad humana individual o colectiva. El daño ambiental recae entonces en el patrimonio cultural y los bienes dañados son la obra artística, paisajística, urbanística o arquitectónica, que es común a una colectividad, ocasionando un daño moral*

¹⁵ MORELLO, AUGUSTO M., STIGLITZ, GABRIEL A., “Daño moral colectivo”, LA LEY, 1984-C, 1198 y ss.; ídem *Tutela procesal de derechos personalísimos e intereses colectivos*, La Plata. Librería Editora Platenense, 1986, pp. 119 y ss. En igual sentido: MOSSET ITURRASPE, JORGE, *Responsabilidad por Daños*, t. IV, Ediar, Buenos Aires, 1986, pp. 228 y ss. Tales autores suscribieron además la Recomendación Letra B, Punto VI, del Tema VI: “Daño Moral”, en las Segundas Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil, del año 1984, que reza: “La categoría de daño moral colectivo ocasionado a íntegros grupos humanos, exige la previsión de una apertura legitimatoria para el ejercicio de la pretensión resarcitoria, en favor de los cuerpos intermedios adecuadamente representativos de la comunidad interesada”. Vid. *El derecho privado en la Argentina. Conclusiones de Congresos y Jornadas en los últimos treinta años*. Universidad Notarial Argentina, 1991, p. 80.

¹⁶ CAFFERATTA, NÉSTOR, “Naturaleza del daño moral ambiental colectivo”, LLC, 2006, 1.

colectivo al privar a un grupo social de las sensaciones y satisfacciones espirituales indispensables para el mantenimiento y mejora de su calidad de vida (...)»¹⁷.

Se trata de la preservación del bien colectivo, (...) *no sólo como afectación de la esfera social de un individuo, sino del bien colectivo como un componente del funcionamiento social y grupal. Por ello, cuando se lo afecta, el daño moral está constituido por la lesión al bien en sí mismo, con independencia de las repercusiones patrimoniales que tenga, y fundándose en que lesiona el bien colectivo en su propia existencia y extensión (...)»¹⁸.*

Sin perjuicio del reconocimiento doctrinario de la necesidad de proteger este tipo de daño, se ha señalado que la procedencia del daño moral colectivo ha de ser acogida con mesurada razonabilidad y prudencia; y en la medida que produzcan verdaderos sufrimientos, incomodidades o alteraciones ponderables en el orden extrapatrimonial y en tanto las inevitables secuelas psíquicas y espirituales que sobrevengan de esas agresiones¹⁹. Teniendo, sin embargo, en cuenta a estos fines que la demostración del daño moral no ha menester de una prueba directa, "(...) *se desprende in re ipsa del mismo hecho que lo causa (...)»* siendo "*las circunstancias del caso*" las que condicionan la apreciación de su existencia y entidad²⁰.

b) Doctrina judicial

Desde el ámbito jurisprudencial, se ha podido recabar la existencia de algunos fallos a través de los cuales los Tribunales de nuestro país han tenido la posibilidad de sentar un criterio en torno a la admisibilidad de la reparación del daño moral colectivo. En este sentido, en autos "Municipalidad de Tandil c. Transportes Automotores La Estrella y otro"²¹, la sala 2ª de la Cámara Civil y Comercial de Azul resolvió la procedencia de la reparación de este tipo de perjuicio. Se trató de una demanda que interpuso el Estado Municipal en razón de diversos daños ocasionados por un ómnibus que se desplazó, sin conductor alguno, por la pendiente de la calle Avellaneda de la localidad de Tandil, colisionando contra la fuente y el grupo escultórico "Las Nereidas", emplazada en la intersección de dicha calle con Pujol, 14 de junio y Diagonal del Parque de la localidad de Tandil.

El juez, en primer lugar, destacó la existencia de una divergencia doctrinaria en torno al concepto de daño moral; señaló que una línea de pensamiento lo define atendiendo al interés objeto de la lesión, mientras que otra toma en cuenta la naturaleza de los derechos lesionados. Luego, subrayó las diferentes

¹⁷ BUSTAMANTE ALSINA, JORGE, "El daño moral colectivo es daño resarcible", LA LEY, 1998-A, 1033.

¹⁸ LORENZETTI, RICARDO LUIS, "Daño moral colectivo: su reconocimiento jurisprudencial", JA, 1997-III-237.

¹⁹ MORELLO, AUGUSTO M. - STIGLITZ, GABRIEL A., "Daño moral colectivo", LA LEY, 1984-C, 1197, *Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales*, t. III, p. 107.

²⁰ MOSSET ITURRASPE, JORGE, "La 'pequeña comunidad' habitacional y el daño moral", LA LEY, 1979-C, 473.

²¹ CCiv. y Com. Azul, sala 2ª, 22/10/1996, "Municipalidad de Tandil c. Transportes Automotores La Estrella S.A. y otro", JA, 1997-III, 224 con nota aprobatoria de LORENZETTI, RICARDO LUIS, "Daño moral colectivo: su reconocimiento jurisprudencial", LA LEY Actualidad del 25/2/1997; con nota de DE LORENZO, MIGUEL FEDERICO, "Lesión a un bien del dominio público, responsabilidad por riesgo y daño moral colectivo", *Revista de Jurisprudencia Provincial*, N° 11, p. 878, noviembre de 1996; con nota de MOSSET ITURRASPE, JORGE, "Daño moral colectivo originado en la lesión a un bien cultural. La Municipalidad como legitimada activa", ED, 171-371; con nota de TRIGO REPRESAS, FÉLIX, "Un caso de daño moral colectivo", LLBA, 1997-283; con nota de ZAVALA DE GONZÁLEZ, MATILDE. Ídem, fallo íntegro publicado en Boletín Oficial de la Provincia de Buenos Aires. diario de Jurisprudencia, 1997.

posiciones en torno a la recepción del daño moral colectivo por parte del sistema jurídico argentino, para finalmente concluir que:

“(...) debe admitirse el daño colectivo extrapatrimonial sufrido por la localidad de Tandil —incluidos sus ocasionales visitantes— por la privación del uso, goce y disfrute de un bien relevante del dominio público municipal —art. 2341 CC—. A esa opinión se llega tanto si se parte del concepto de daño sufrido colectivamente como lesión a un bien público o colectivo, atendiendo a la naturaleza extrapatrimonial y colectiva de ese bien agraviado, como si se centra el enfoque en el estado espiritual disvalioso que recae en la esfera social de una categoría de sujetos —habitantes de Tandil que disfrutaban de la escultura— por la afectación de una obra del patrimonio cultural local, que ostenta protección normativa constitucional (...)”.

En autos “Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires c. GCBA” el Juzgado en lo Contenciosoadministrativo y Tributario Nro. 2 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires²² y, en segunda instancia, la Cámara de Apelaciones en lo Contenciosoadministrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires²³ tuvieron oportunidad de pronunciarse en este punto. La demanda exigía la reparación del daño moral colectivo a raíz de la demolición de un inmueble ubicado en Av. Juan B. Alberdi N° 2476 de la Ciudad de Buenos Aires. Este bien —conocido como “Casa Millán”— integraba el patrimonio cultural de la comunidad y había sido totalmente destruido por una empresa que pretendía construir un edificio en su lugar.

El juez destacó el estado del pensamiento doctrinario y jurisprudencial respecto de la necesidad de proteger y promover el patrimonio histórico y cultural de los pueblos en general, y en particular, la Casa Millán. Finalmente concluye que: *“(...) la supresión de los aspectos histórico culturales de la Ciudad, el desgarramiento en el mundo afectivo que se produce, ocasiona indudables efectos de orden patrimonial y extrapatrimonial, y lo que se mide en signos económicos no es la propiedad misma que ha afectado, sino la incidencia colectiva del daño (...)”.*

En segunda instancia, la Cámara por mayoría confirmó el fallo. En lo que aquí interesa, resulta de suma importancia referirse al voto de la Dra. Daniele. La jueza, previo destacar que *“(...) ninguna de las partes se agravia (en esta instancia) por la existencia de lo que se denomina ‘daño moral colectivo’ (...)”* sostiene que, atento la trascendencia de la problemática, es necesario sentar un criterio. En este sentido, la magistrada cita profusa doctrina especializada, destaca el criterio jurisprudencial sentado por la Cámara de Apelaciones de Azul en el fallo antes analizado y, finalmente, concluye que:

“(...) el daño moral —en sentido estricto— fue —tradicionalmente— concebido como una perturbación en las condiciones de existencia de la persona física (...) Pero tal concepción no es óbice para la procedencia del daño moral colectivo, toda vez que —como quedó expuesto a lo largo de mi voto— el perjuicio se concreta en valores e intereses de la colectividad tutelados jurídicamente, que producen

²² Juzg. en lo Cont. Adm. y Trib. Nro. 2 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 27/11/2006, “Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires c. GCBA”, LA LEY, 2007-A, 550.

²³ CApel. Cont. Adm. y Trib. de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sala II, 14/8/2008, “Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires c. Ciudad de Buenos Aires y otros”, LLCABA, 9-2008, 192, con nota de María del Carmen Garía; RCyS, 2009-II, 27, con nota de Edgardo I. Saux; LLCABA, 2-2009, 34, con nota de Edgardo I. Saux; Sup. Adm., febrero, 2010, 23, con nota de Ariana Garrido; LA LEY, 2010-A, 316, con nota de Ariana Garrido.

una lesión en aspectos espirituales valiosos de la sociedad, que explican su historia, su sentido de pertenencia con su lugar, en fin, su idiosincrasia (...)"

Desde el ámbito de la protección del consumidor, se ha tenido por procedente la reparación del agravio moral colectivo en un supuesto de publicidad abusiva. La propaganda consistía en la publicación del siguiente texto en la página cinco del diario Clarín: "*Podes no hacer los deberes, pero no podes quedarte sin tu CTI. Última semana del mes del niño*". La procedencia del daño moral colectivo se justificó, en tanto —según se consideró— esta rama del derecho no se limita a tutelar intereses económicos, sino que también ampara, entre otros, el derecho a recibir un trato digno (art. 42 CN). Ello presupone el respeto de los atributos esenciales del consumidor como ser humano, que aparecen afectados cuando se pretende menoscabar la dignidad del público²⁴.

V. Reparación del daño moral colectivo

De lo expuesto en el párrafo anterior, se puede concluir que la admisibilidad del daño moral colectivo como categoría autónoma merecedora de reparación es casi unánime en la doctrina especializada de nuestro país. Sin embargo, desde el punto de vista práctico, la reparación de esta clase de daño conlleva enormes inconvenientes.

Edgardo Saux, quien forma parte de la posición doctrinaria —minoritaria— que tiene por inadmisibles la reparación del daño moral colectivo, funda su postura en las dificultades con las que tropieza el magistrado al momento de remediar este tipo de daño. En efecto, señala el autor que "*(...) la necesaria pluralidad de legitimados activos —a la que eventualmente podría adicionarse su inorganicidad, el real desconocimiento de la cantidad de afectados que pudieran registrarse—, torna sumamente riesgoso ponderar los singulares matices que el daño moral requiere en su cuantificación y en su prueba (...)*" porque entonces "*(...) o se calcula la asignación individual que por cada agravio moral se ha sufrido y se acciona por la sumatoria, dividiendo lo obtenido (...)*", lo cual sería impracticable, "*(...) o se globaliza el reclamo abarcando un litisconsorcio pasivo 'informe' (...)*" lo cual desnaturalizaría "*(...) totalmente el rol resarcitorio que el daño moral lleva en su esencia, y se aproxima nítidamente a la vieja idea de la sanción al dañador (...)*"²⁵.

Tradicionalmente, la reparación del daño puede realizarse de dos modos. El sistema alemán —o de la *restitución en especie*— postula que la única forma de subsanar el perjuicio ocasionado es volver las cosas al estado que hubiesen tenido de no haber ocurrido el hecho dañoso. Otro sistema —de origen romano— consiste en abonar una suma de dinero que remplace en el patrimonio del perjudicado el valor que representa el daño producido: la indemnización pecuniaria²⁶. Ambos sistemas tienen sus ventajas y desventajas; sin embargo, su análisis excede el marco de los objetivos propuestos en esta monografía.

²⁴ STIGLITZ, GABRIEL A., "Daño moral colectivo: reparación en especie. Rectificación de la publicidad abusiva", RCyS, 2006, 12.

²⁵ SAUX, EDGARDO I., "Acceso a la tutela de los 'derechos de incidencia colectiva' dentro del nuevo texto constitucional", en Revista de Derecho privado y Comunitario, n° 7, p. 133. SAUX, EDGARDO I., "Daño Moral Colectivo", RCyS, 2009-II, 25, LLCABA, 2-2009, 31. PIZARRO, RAMÓN DANIEL, *Daño Moral*, Hammurabi, Buenos Aires, 1996, p. 283.

²⁶ ORGAZ, ALFREDO, *El daño resarcible*, Depalma, Buenos Aires, 1967, p. 137.

En lo que sigue se aplicará este esquema general a la reparación del daño moral colectivo. En razón de la particular forma de dañar, se pondrá especial énfasis en las adaptaciones y los esfuerzos creativos que deben realizar los magistrados en pos de la disminución del menoscabo del bien jurídico que resulta dañado.

a) La recomposición o reparación en especie

El principio sentado en el art. 1083 del Código Civil acerca de la reparación “in natura” se ve reforzado en materia ambiental por lo dispuesto en el art. 41 de la Constitución Nacional, en cuanto establece “(...) *El daño ambiental generará prioritariamente obligación de recomponer (...)*”. La manda constitucional es reglamentada por el art. 28 de la ley 25.675 el cual, luego de establecer la responsabilidad objetiva del agente causante del daño ambiental, dispone la obligación “(...) *de su restablecimiento al estado anterior a su producción (...)*”. Sólo en caso de no ser “técnicamente factible”, es procedente la condena dineraria sustitutiva, la cual deberá ser depositada en un Fondo de Compensación Ambiental.

En los daños colectivos, se privilegian las técnicas de restitución a la situación anterior, que suelen traducirse en limpieza y restauración. Este objetivo puede lograrse mediante una condena dineraria —abonar el costo para reponer o reinstalar los componentes naturales afectados— o que imponga adoptar toda medida razonable que morigere el daño. Inclusive y en casos de imposibilidad, se propician los llamados “intercambios de naturaleza”, como medios sustitutivos —aunque no equivalentes— a los recursos ambientales menoscabados; por ejemplo la creación de un parque natural en zona próxima al perjudicado²⁷.

El paradigma ambiental exige un compromiso por parte de los tres órganos que conforman el Estado. Es necesario planear una labor conjunta y coordinada a fin de lograr un programa de recomposición del daño ambiental causado. Dentro de tal marco, comprobada la existencia de un menoscabo al medio ambiente, el Poder Judicial deberá plantear la necesidad de recomposición. Según la magnitud del daño, el juez podrá idear él mismo un plan de saneamiento, o encomendar su diseño a la Administración Pública. En otros supuestos, podrá cuantificar el daño y destinar la indemnización a algún fondo de afectación específica a cargo de algún sector de la Administración, partida presupuestaria, etc.

Atento la particular naturaleza del daño ambiental y del interés protegido, la decisión de este tipo de causas exige creatividad por parte de los magistrados. Téngase presente en este punto que el objetivo que se persigue con la decisión es restablecer el equilibrio de los ecosistemas y recuperar la identidad colectiva de los pueblos, cuales fueron menoscabados por el accionar del agente. Ello requiere “(...) *una ‘participación activa’ de la judicatura, que se traduce en un obrar acorde con la naturaleza de los derechos afectados y a la medida de sus requerimientos (...)*”²⁸.

En el cumplimiento de la sentencia que ordena la recomposición del daño, la administración pública cumple un rol fundamental, habida cuenta la

²⁷ ZAVALA DE GONZÁLEZ, MATILDE, “Los daños morales colectivos y su resarcimiento dinerario”, LLBA, 1997, 283.

²⁸ CAFFERATTA, NÉSTOR A., “Daño Ambiental. Jurisprudencia”, LA LEY, 2003-D, 1339.

especial naturaleza del objeto dañado, y la importancia que reviste el interés protegido para la sociedad. En razón de ello, habrá supuestos en los que la administración pública será receptora de la suma de dinero que el magistrado ordene pagar y la encargada de administrar dicho fondo en pos de la recomposición del daño. En otros supuestos, el particular será el obligado a efectuar la labor de restablecimiento al estado anterior, y la Administración Pública deberá cumplir actividades de control. En razón de lo expuesto, no resulta extraño encontrar en los decisorios, instrucciones sobre cómo debe hacerse la reparación, cuanto una orden genérica de acatar los dictados de la Administración al respecto.

Dentro de tal marco de análisis, cabe reseñar —a título meramente ejemplificativo— lo resuelto en autos “Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires c. GCBA” ya descrito. En esta causa —en lo que aquí interesa— el juez condenó al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires a que la puerta del inmueble, única parte que se pudo rescatar, sea emplazada “(...) *en alguna plaza pública del barrio en cuestión. Debidamente resguardada y dando plena cuenta de su historia mediante fotos y textos. Además deberá consignarse que el emplazamiento es fruto de una sanción judicial por haberse consumado un ilícito contra la memoria histórica del pueblo de la Ciudad de Buenos Aires (...)*”. Asimismo y con idéntica finalidad ordena que la empresa constructora demandada instale “(...) *una placa recordatoria en el lugar de emplazamiento original de la Casa Millán con expresa mención de su historia y de su significación (...)*”.

Asimismo, en la referida causa “C.T.I.”, el juez marplatense tuvo por configurado un supuesto de daño moral colectivo y condenó a la empresa a “(...) *publicar en la próxima edición dominical del diario Clarín, una contrapublicidad en igual tamaño y con igual tipografía que la utilizada en la publicidad objeto de autos, a los fines de rectificar el tenor de la anterior publicidad. El tenor de la misma deberá dejar en claro que es fundamental que el menor cumpla con su deber de realizar la tarea, y cumplir con las pautas impartidas en la escuela (...)*”. De este modo, a través de la rectificación de la publicidad abusiva, la autoridad propende a la reparación en especie del daño moral colectivo provocado por la empresa telefónica a toda la sociedad argentina.

b) Resarcimiento dinerario

La prioridad y trascendencia de los objetivos preventivos y de restablecimiento del estado fáctico anterior, no supone una subestimación del rol compensatorio de la indemnización dineraria por daños colectivos. Sin embargo, los supuestos de procedencia de este tipo de reparación son excepcionales, en la medida que sólo operan cuando el “*restablecimiento al estado anterior a su producción [del daño]*” no es “*técnicamente factible*” (art. 28 ley 25.675).

En razón de lo expuesto, se ha señalado que procede el pago de una suma de dinero en concepto de indemnización en los supuestos de *daño irreversible* y en el caso de *perjuicios comunitarios sufridos en el intervalo hasta que se concreta la reparación en especie*. De allí que, en algunas oportunidades, la indemnización dineraria operará como resorte complementario —no último, ni subsidiario— de los remedios restitutorio; en otras y ante perjuicios irreversibles, será el único recurso²⁹.

²⁹ ZAVALA DE GONZÁLEZ, MATILDE, ob. cit., p. 283.

Con relación a este punto, cabe referir —atento la importancia del decisorio— que, en el conocido fallo “Mendoza”³⁰, los vecinos reclamaron por “(...) *una indemnización en concepto de daño moral colectivo para reparar la minoración en el goce que la comunidad obtenía del bien dañado, a través de una compensación que deberá establecer el Tribunal dada la laguna legislativa existente al respecto, y que no tendrá un beneficiario en particular sino la comunidad vecinal toda (...)*”. Con relación al órgano destinatario de la suma indemnizatoria, solicitaron que “(...) *una vez constituido el fondo, su administración no quede a cargo de los estados demandados, ya que, según manifiestan, han sido ellos los que han omitido proteger el bien colectivo y de esa manera han contribuido a la afectación por la que reclaman (...)*”.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación destacó la *finalidad satisfactiva* de la indemnización solicitada y la necesidad de que la obra solicitada “(...) *implique un disfrute para la comunidad (...)*”. Sin embargo, dado que “(...) *no se aporta ningún elemento que permita identificar cuál sería esa obra y cuáles sus beneficios satisfactivos (...)*”, el Tribunal deriva la resolución del punto hasta tanto se aporten datos suficientes.

En el mismo sentido cabe destacar que, en los referidos autos “Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires c. GCBA” el juez, atento el carácter irreparable del daño al patrimonio cultural de la comunidad —el inmueble conocido como “Casa Millán” había sido demolido— ordena la recomposición del bien jurídico afectado —patrimonio cultural— a través de la compensación al daño material y moral colectivo.

El decisorio establece que la Defensoría del Pueblo será el organismo destinatario de la indemnización, “(...) *en tanto actor indiscutido de los derechos colectivos vinculados con la memoria histórica y el patrimonio cultural y órgano constitucionalmente habilitado para accionar por su preservación y cuidado (...)*”. Asimismo, fija una concreta finalidad a la cual la indemnización debe ser aplicada, “(...) *este resarcimiento resultará adecuado en la medida que su destino sea adecuado a la preservación, recuperación y difusión del patrimonio cultural, cualquiera sea su régimen jurídico y titularidad, la memoria y la historia de la ciudad y sus barrios. En particular, la preservación de lo que fue la puerta de la ‘Casa Millán’ y la difusión de lo que ella significó, para lograr de ese modo salvaguardar la memoria y conocimiento de nuestro pasado, en defensa de la identidad comunal presente y futura (...)*”.

En los referidos autos “Municipalidad de Tandil c. Transportes Automotores La Estrella y otro”, la sala 2ª de la Cámara Civil y Comercial de Azul ordenó que la Municipalidad de Tandil, a través de su Departamento Ejecutivo, “(...) *en representación globalizante de todos y cada uno de los sujetos cuyo derecho difuso se ha vulnerado (...)*” sea la encargada de recibir y administrar la suma de dinero

³⁰ CSJN, 20/6/2006, “Mendoza, Beatriz S. y otros c. Estado Nacional y otros”, LA LEY, 11/7/2006, 4, con nota de Daniel Alberto Sabsay; LA LEY, 2006-D, 281, con nota de Daniel Alberto Sabsay; DJ, 2006-2, 706, con nota de Carlos Aníbal Rodríguez; LA LEY, 2006-D, 88, IMP, 2006-15, 1919, LA LEY, 2006-E, 41, con nota de Andrés Gil Domínguez; RCyS, 2006, 1359, LA LEY, 2006-E, 318, con nota de Gala Barbieri; LA LEY, 2/11/2006, 6, con nota de Leila Devia; Paula Nosedá; Agnès Sibileau; LA LEY, 2006-F, 355, con nota de Leila Devia; Paula Nosedá; Agnès Sibileau; LA LEY 29/11/2006, 9, con nota de Pedro Zambrano; LA LEY, 2006-F, 634, con nota de Pedro Zambrano; LA LEY, 21/3/2007, 8, con nota de Néstor A. Cafferatta; LA LEY, 2007-B, 424, con nota de Néstor A. Cafferatta.

mandada a pagar en concepto de daño moral colectivo. Ello atento su carácter de “(...) *dueña de la escultura dañada, obligada a su cuidado y conservación (...)*”.

Con relación al destino de la indemnización, el Tribunal sostuvo que “(...) *ha quedado consentido por la actora que el monto por daño moral colectivo se destine a un patrimonio de afectación, para obras de ornato y salubridad del presupuesto municipal. De este modo, haciéndome cargo de la dificultad de la cuestión, el Estado local, dueño y guardián de la escultura, resarce a través suyo el daño extrapatrimonial de toda la colectividad afectada porque, aunque difuso o fragmentado, se tutela un derecho general, de incidencia colectiva, que el Estado debe preservar en consonancia con la postura del resarcimiento pleno del daño injustamente causado (...)*”.

VI. Cuantificación del daño moral colectivo

a) Complejidad de la cuestión

La determinación de la suma de dinero suficiente para reparar un daño es una cuestión de por sí problemática. Sin embargo, dicha dificultad es aún mayor en los denominados daños extrapatrimoniales, como es el caso del daño moral. En este sentido, se ha señalado que el dinero no representa en la reparación de daños morales la misma función de equivalencia que en los daños materiales, sino que en aquellos la función es de compensación o satisfacción a quienes han sido injustamente heridos en sus sentimientos o afecciones³¹.

La cuantificación del daño moral es una de las cuestiones que mayores divergencias ha generado tanto a nivel doctrinario cuanto jurisprudencial. Sin embargo, las dificultades en la materia no deben erigirse en un obstáculo a la procedencia de la indemnización dineraria, pues “(...) *una incógnita de técnica jurídica no puede revertir en contra de una directiva axiológica: la imperatividad y la justicia de la reparación de todo daño inmerecido (...)*”³². Atento ello, cobra especial relevancia el apego a las circunstancias del caso y sus particularidades; el juez debe aplicar la normativa vigente de acuerdo a las circunstancias de tiempo, persona y lugar.

La gravedad de la problemática descrita se magnifica en los supuestos de daños colectivos. Ello pues, “(...) *nuestra mente está más preparada para evaluar los montos por perjuicios individuales, así sean plurales, pues la atención se focaliza caso por caso, víctima por víctima, y después se procede a la suma de los montos antes calculados singularmente (...)*”. El perjuicio colectivo consiste en el menoscabo de un interés de un grupo indeterminado de personas, deben valorarse las circunstancias del caso, con la diferencia de que se juzgan desde una perspectiva comunitaria.

Atento el carácter indivisible de este tipo de daño, la metodología a utilizar a fin de cuantificar la suma indemnizatoria *única* —que permita disminuir al máximo el menoscabo sufrido— ha de ser distinta. La determinación de la indemnización se dificulta en estos supuestos por el desconocimiento de la can-

³¹ BUSTAMANTE ALSINA, JORGE, “El daño moral colectivo es un daño jurídico resarcible”, LA LEY, 1998-A, 1033, *Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales*, t. III, 115.

³² ZAVALA DE GONZÁLEZ, MATILDE, *Resarcimiento de daños. Daños a las personas*, t. 2 a, Hammurabi, Buenos Aires, 1990, p. 507.

tividad de afectados, de sus identidades personales y la magnitud del perjuicio sufrido por cada uno. La masificación del perjuicio conlleva el anonimato de los lesionados; el juez no puede “visualizarlos”, sino sólo en la característica grupal que los aúna³³.

La situación descripta ha llevado a un sector de la doctrina a calificar la valuación del daño como *acto de discrecionalidad relativa*, sujeto a pautas que deben ser explicadas en los fundamentos del fallo³⁴. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha considerado que es fundamental que se brinden los elementos necesarios para poder deducir las razones que llevan a la fijación de las sumas indemnizables por los juzgadores³⁵.

Dada la dificultad de la cuantificación de este tipo de daños, reviste especial interés el análisis de situaciones concretas. En razón de ello, en lo que sigue se somete a análisis una serie de fallos con el objetivo de destacar los elementos que consideraron los jueces al momento de determinar el *quantum* suficiente a fin de reparar el daño moral colectivo.

b) Doctrina judicial

En autos “Municipalidad de Tandil c. Transportes Automotores La Estrella S. A. y otro” se planteo la cuestión de la valoración y cuantificación del daño moral colectivo sufrido como consecuencia de la colisión de un ómnibus de la empresa accionada contra el grupo escultórico “Las Nereidas” emplazada en la intersección de la calle Avellaneda y Pujol y Diagonal del Parque de la ciudad de Tandil.

El Tribunal consideró que se configuraban los requisitos de procedencia del daño moral colectivo. Ello pues, si bien el daño no fue total —pues existía la posibilidad de recuperar gran parte de la obra— la imposibilidad de volver la obra al estado anterior a la ocurrencia del hecho configura un daño a la comunidad por pérdida del goce estético.

El juez de primera instancia cuantificó el daño en la suma de diez mil pesos. A fin de justificar la valuación, destacó la *especial ubicación del bien*, el cual se halla en el inicio del ascenso a un paseo tradicional de la ciudad. Asimismo, tuvo en cuenta la *gran cantidad de acontecimientos* —religiosos, culturales, sociales y deportivos— que se desarrollan en el lugar.

En segunda instancia, dichos argumentos no fueron valorados de igual manera, por lo que la Cámara decidió reducir considerablemente la suma indemnizatoria por este concepto, y cuantificó el daño en la cantidad de mil ochocientos pesos. El Tribunal adoptó como pauta inicial, *la entidad y gravedad de la lesión*; no, en cambio, el juicio de reproche a la conducta del dañador.

Asimismo, tuvo en cuenta las características de la obra que traducían su *valor artístico e histórico*. El “valor económico” acreditado —US\$ 150.000— sólo fue considerado como mero referente indirecto, pues no se vinculaba con un bien destinado a cotizarse en el mercado. Téngase en cuenta que una obra con un valor económico reducido, puede tener un valor comunitario importante.

³³ ZAVALA DE GONZÁLEZ, MATILDE, “Los daños morales colectivos y su resarcimiento dinerario”, LLBA, 1997, 283.

³⁴ TRIGO REPRESAS, FÉLIX A. - LÓPEZ MESA, MARCELO J., *Tratado de la Responsabilidad Civil*, t. V, La Ley, Buenos Aires, p. 25.

³⁵ CSJN, “L., E. A. y otro c. Nestlé S.A.”, DT, 1997-B, 1991.

El Tribunal valoró también el *tiempo necesario para la restauración*, pauta razonable, pues es el lapso en que la comunidad se vería privada del disfrute de la obra.

Por otro lado, en autos “Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires c. GCBA” se inicia acción tendiente al resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados en virtud de la demolición de un inmueble conocido como “Casa Millán”, ubicado en la Ciudad de Buenos Aires.

Con relación a la reparación del perjuicio, el juez de primera instancia destaca en primer lugar la función de “control policial del agente dañoso” que cumple el sistema de la responsabilidad civil. En razón de ello, estima viable la reparación del daño moral colectivo mediante el resarcimiento dinerario. Con relación a la cuantificación del daño, el magistrado sostiene que no existen fórmulas matemáticas, ni el juzgador se halla constreñido a fijar un capital hipotético; los únicos elementos que se deben considerar son los hechos y datos comprobados en el expediente.

En base a dichas premisas, el juez tuvo por procedente la reparación del daño moral colectivo y cuantificó la suma indemnizatoria a pagar en un millón de pesos. A fin de llegar a dicho monto, el magistrado tuvo en especial consideración los *caracteres propios del inmueble*, el valor histórico de la propiedad. La importancia del bien radicaba en tres circunstancias: a) era la construcción más antigua del barrio Flores en ese momento en pie; b) conservaba su estructura original casi totalmente y, c) tenía un valor simbólico de haber pertenecido a uno de los cofundadores de lo que fuera el pueblo de San José de Flores, Don Antonio Millán.

Asimismo, valoró las *circunstancias que hicieron a su destrucción*. En este punto es menester destacar, con relación al juicio de reproche que le cabe a la empresa constructora demandada —Ciada Construcciones— que la Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires había solicitado una medida cautelar de no innovar a fin de evitar el inicio de labores tendientes a la demolición del inmueble; lo cual había sido concedido por el juez. No obstante ello, la empresa desobedeciendo la orden judicial, demolió el inmueble. En el mismo sentido, con relación a la responsabilidad que cabe achacarle al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, es de destacar que la “Casa Millán” había sido catalogada por la Legislatura como integrante del “patrimonio cultural”. Sin embargo, el Poder Ejecutivo autorizó a realizar la demolición del inmueble. La gravedad de la conducta desempeñada por ambas partes ha sido un importante ítem a considerar por el magistrado en la cuantificación del daño.

Por último, el magistrado valora las *consecuencias históricas y sociales* que se derivan del hecho dañoso. La afectación de los vecinos de la ciudad, en particular los vecinos del Barrio de Flores y la pérdida de chance de futuras generaciones.

En segunda instancia, la Cámara —por mayoría— cuantifica la procedencia del daño moral colectivo en la cantidad de \$ 550.000 a cargo del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y en la suma de \$ 500.000 a cargo de Ciada Construcciones.

A tal fin el Tribunal de grado puso especial atención en el *valor de pertenencia histórico del que fue privada —ilegalmente— la comunidad*. En este sentido, destaca que se trata de una vivienda de principios del siglo XIX, que perteneció a uno de los fundadores del barrio Flores.

Asimismo, destaca atento la repercusión pública que generó el caso, la *aflicción que sufrieron los vecinos*. El tribunal destaca diversos artículos periodísticos, así como las actividades que desarrollaron distintas asociaciones de vecinos.

Por último, es interesante destacar la función disuasiva que el Tribunal le atribuye al daño moral colectivo y tiene en cuenta a fin de cuantificar el daño. En efecto, la Cámara merita que se haya efectuado un “(...) desembolso para la compra del bien —al año 2000— de U\$S 320.000, destinado a la construcción de un complejo habitacional regido por la ley 13.512 (...)”. En razón de ello, estima que “(...) el monto de la condena se presenta como un modo de conjugar los intereses comerciales con la protección de bienes sociales y, de tal manera, disuadir que el auge del comercio inmobiliario se transforme en una causal de daño a la comunidad (...)”.

VII. Palabras finales

La necesidad de proteger el medio ambiente del accionar del hombre es el gran desafío que enfrenta el ser humano en la actualidad; nunca antes la humanidad tuvo ante sí un reto de semejante calibre. La magnitud de la problemática exige decisiones adecuadas y rápidas pues, de lo contrario, las generaciones venideras verán notoriamente disminuida su calidad de vida.

La gravedad de la situación del planeta provocó que el hombre tomara conciencia de la importancia del *entorno* que lo rodea y la necesidad de protegerlo. En la actualidad, no es posible concebir un adecuado desarrollo del ser humano sin un contexto que lo permita. En razón de ello, la necesidad de proteger el “patrimonio natural” —que posibilita la supervivencia del ser humano en el planeta— conllevó el amparo del “patrimonio cultural”, como medio de proteger su calidad de vida. Ello en el entendimiento que los bienes culturales permiten la pervivencia de rasgos y valores aglutinantes de una sociedad determinada. Se trata de preservar la identidad de los pueblos, a través de la tutela de su memoria histórica.

El reconocimiento del daño moral colectivo es el medio a través del cual el ordenamiento jurídico tutela la *identidad de la persona* en cuanto integrante de un grupo. El reconocimiento de la necesidad e importancia de brindar adecuada protección a este tipo de interés, es una idea compartida por casi la totalidad de la doctrina especializada consultada. En el ámbito jurisprudencial —si bien no se han hallado gran cantidad de fallos que refieran a la temática— el alto contenido intelectual de los decisorios analizados permite vislumbrar que, día a día se irá incrementando la cantidad de reclamos por afectación de esta clase de interés, y así, logrando paulatinamente mayor reconocimiento por parte de los magistrados.

La problemática ambiental es sumamente novedosa, compleja y está aún en desarrollo. La tutela del medioambiente requiere de la labor conjunta y coordinada de todos los actores sociales. Todos los órganos del Estado, organismos centralizados y descentralizados, sector privado, organizaciones sociales, etc., deberán aportar su cuota de esfuerzo a fin de proteger el entorno natural/cultural que nos rodea. Sólo con la colaboración de *todos* miembros de la sociedad, será posible hacer cumplir la sentencia judicial que ordene la reparación del daño ambiental.

El reconocimiento normativo de la necesidad de proteger el medioambiente ha sido una conquista que ha llevado mucho tiempo. El esfuerzo se vio recompensado y, en la actualidad, es posible hallar en la legislación comparada profusa cantidad de normas que refieran a la cuestión ambiental. Hoy en día la problemática se centra en hacer realidad la intención que el legislador plasmó en la ley. Ello demandará el compromiso de todos los actores sociales, quienes deberán invertir tiempo y mucho esfuerzo. Sin embargo, el objetivo lo vale; se trata de garantizarles a nuestros hijos y nietos que puedan seguir disfrutando del planeta tal como nosotros lo hacemos.

Bibliografía específica

JONAS, HANS. *El principio de responsabilidad. Ensayo de una ética para la civilización tecnológica*, Herder, Barcelona, 1995.

MOSSET ITURRASPE, JORGE, *Introducción al Derecho Ambiental*, Voces Jurídicas, Buenos Aires, 1996.

— *Responsabilidad por Daños*, Ediar, Buenos Aires, 1986.

ORGAZ, ALFREDO, *El daño resarcible*, Depalma, Buenos Aires, 1967.

PIZARRO, RAMÓN DANIEL, *Daño Moral*, Hammurabi, Buenos Aires, 1996.

TRIGO REPRESAS, FÉLIX A. - LÓPEZ MESA, MARCELO J., *Tratado de la Responsabilidad Civil*, La Ley, Buenos Aires, 2005.

ZAVALA DE GONZÁLEZ, MATILDE, *Resarcimiento de daños. Daños a las personas*. Hammurabi, Buenos Aires, 1990.



LOS ACTOS AISLADOS DE LAS SOCIEDADES CONSTITUIDAS EN EL EXTRANJERO Y LA PROBLEMÁTICA DE SU CALIFICACIÓN*

Candela Noelia Villegas**

Resumen: Las sociedades comerciales en la actualidad no desarrollan su vida social sólo en el Estado donde se constituyen, sino que buscan cada vez más expandir sus fronteras hacia otros Estados. De ese modo se torna imprescindible el estudio de la actuación de las sociedades comerciales constituidas en el exterior y que llevan a cabo su actividad en un país distinto de aquel, delimitando el alcance del criterio 'actos aislados' y su diferenciación con el supuesto de ejercicio habitual.

Palabras clave: Sociedades constituidas en el extranjero - Ejercicio habitual - Actos aislados - Concepto - Efectos.

En este mundo globalizado, desde hace varias décadas somos testigos de la creciente internacionalización de la economía. Como nos explica Boaventura de Sousa Santos, la globalización ha tenido un impacto uniforme en todas las regiones del mundo y en todos los sectores de actividades y que sus arquitectos, las empresas multinacionales, son infinitamente innovadores y tienen una capacidad organizativa suficiente para transformar la nueva economía global en una oportunidad sin precedentes¹. En consecuencia se torna imprescindible estudiar críticamente y con vista a una mejora del sistema, las formas de actuación de las sociedades comerciales constituidas en el exterior que llevan a cabo su actividad en un país distinto del que fueron constituidas.

Puntualmente con esta investigación nos hemos propuesto realizar una primera aproximación a la problemática del alcance que tiene el concepto *actos aislados*, en el derecho internacional privado (DIPr) de fuente autónoma o interno, ley 19.550. Comenzaremos con identificar una de las consecuencias positivas del tipo legal de la norma indirecta (art. 118, 1º y 2º párrs.), el conflicto de las calificaciones, para luego plantear un panorama de la situación actual, principalmente desde el punto de vista de las discusiones doctrinarias. Finalizaremos con una mirada hacia los efectos que genera esta problemática en nuestro país.

De esta manera sentaremos las bases de la próxima investigación que será en miras al planteo de posibles soluciones ya que estamos convencidos que todo Estado necesita reglas claras y coherentes, y que la ausencia de ellas genera desorden, oportunismo económico y una gran inseguridad jurídica, tanto para los miembros de nuestra sociedad, como para aquellos inversores extranjeros que eligen nuestro país como destino.

* Recibido el 22/12/14. Aprobado el 18/05/15.

** Abogada egresada de la Facultad Derecho y Ciencias Sociales - UNC. Becaria Doctoral de CONICET. Doctoranda en Derecho y Ciencias Sociales, UNC. Maestranda en Derecho y Argumentación, UNC. Adscripta en las Cátedras de Derecho Internacional Privado y Derecho Privado IV de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales UNC. Adscripta en la Cátedra de Derecho Societario de la Carrera de Abogacía, Universidad Blas Pascal. Adscripta a la Cátedra de Derecho Internacional Privado, Carrera de Abogacía, Universidad Empresarial Siglo 21.

¹ BOAVENTURA DE SOUSA, SANTOS, *La caída del Angelus Novus: Ensayos para una nueva teoría social*. Colección En Clave de Sur, 1ª edición, ILSA, Bogotá D.C., Colombia, enero de 2003.

El DIPr presenta una ventaja metodológica, fruto de su carácter cosmopolita y dinámico, que nos permite adaptarnos a la realidad subyacente cambiante. Más que ningún otro saber jurídico, el DIPr ha evolucionado históricamente en busca de un paradigma con el que enfrentarse a su consustancial complejidad, al caos que introduce en la coherencia y la congruencia del cosmos jurídico el mero hecho de la pluralidad jurídica, de la existencia de distintos universos jurídicos².

I. Marco normativo

Nuestra Ley de Sociedades Comerciales (LSC) 19.550³, en el art. 118 contempla la situación de las sociedades que constituidas en un Estado extranjero, pretenden realizar actividad en nuestro país, ya sea mediante la forma de actos aislados, como de ejercicio habitual. Las exigencias según nos encuadremos en un supuesto legal o en el otro, varían significativamente, como así también los efectos que estas distintas formas de actuación generan.

El art. 118 nos plantea:

“Art. 118. — La sociedad constituida en el extranjero se rige en cuanto a su existencia y formas por las leyes del lugar de constitución.

Se halla habilitada para realizar en el país actos aislados y estar en juicio.

Para el ejercicio habitual de actos comprendidos en su objeto social, establecer sucursal asiento o cualquier otra especie de representación permanente, debe:

1) Acreditar la existencia de la sociedad con arreglo a las leyes de su país.
2) Fijar un domicilio en la República, cumpliendo con la publicación e inscripción exigidas por esta ley para las sociedades que se constituyan en la República;

3) Justificar la decisión de crear dicha representación y designar la persona a cuyo cargo ella estará.

Si se tratare de una sucursal se determinará además el capital que se le asigne cuando corresponda por leyes especiales.”

II. El problema de las calificaciones

Desde una perspectiva histórica, la elaboración científica del problema de las calificaciones, cronológicamente se puede atribuir en sus comienzos al jurista alemán Franz Kahn y al jurista francés Etienne Bartin. Kahn lo planteó como un problema de conflicto entre normas de conflicto, Bartin lo analizó a partir del conocido caso de la “viuda maltesa”⁴.

Boggiano al respecto nos explica este problema exponiendo que acontece cuando dos normas de conflicto de sistemas diversos, aunque coinciden en

² SÁNCHEZ LORENZO, SIXTO, “Estado democrático, postmodernismo y el derecho internacional privado”, Revista de Estudios Jurídicos n° 10/2010 (Segunda Época) ISSN 1576-124X. Universidad de Jaén (España). Versión electrónica: rej.ujaen.es.

³ Sanción y promulgación 3/4/1972. Publicación B.O. 25/4/1972. Modif. por ley 22.903. BO, 30/3/1984. Texto ordenado por decreto 841/84, B.O. 30/3/1984.

⁴ Caso de la viuda maltesa: “Anton vs. Bartholo”, fallo de la Corte de Casación Francesa del año 1889. Se planteó si la institución del usufructo de la “cuarta parte del cónyuge pobre” pertenecía al régimen patrimonial matrimonial o era una institución de derecho sucesorio. En el primer supuesto, resultaría aplicable la ley de Malta, en el segundo se aplicaría la ley francesa.

la definición del punto de conexión, difieren en la definición de la cuestión que debe resolverse. Así una norma de conflicto puede ver una cuestión como sucesoria y la otra como una cuestión de régimen patrimonial del matrimonio. Una como cuestión de forma, la otra como cuestión de substancia. Éste es estrictamente el problema de las calificaciones⁵.

Las posibilidades para resolver el conflicto varían, según los autores, en calificación según *lex fori*, calificación según *lex causae* y calificaciones autárquicas. Dentro de los que resuelven según las definiciones de la ley del foro encontramos a Kahn, Bartin y Vélez Sarsfield (en los arts. 10 y 11 del Código Civil). Por el sistema de calificación según *lex causae* se inclinaron juristas como Despagnet, Clunet, defendiendo la postura que las definiciones debían surgir del derecho indicado por la norma indirecta.

Calificaciones autárquicas. Fue el jurista austríaco, Ernest Rabel, quien ensaya la doctrina de la calificación autónoma o autárquica. Para Rabel, incluir las definiciones dentro de los tratados internacionales sería también una opción viable.

Ejemplo de ello, encontramos el art. 2° de CIDIP II sobre Conflicto de leyes en materia de sociedades mercantiles⁶, que define o califica el *lugar de constitución* como “el Estado donde se cumplen los requisitos de forma y fondo requeridos para la creación de dichas sociedades”.

Para Fernández Arroyo, la calificación de la relación jurídica en una u otra categoría determinará en última instancia la aplicación de uno u otro derecho material interno. Para determinar cuál es esa única categoría donde corresponde ubicar a la relación jurídica en cuestión, es necesario determinar el alcance extensivo de las distintas categorías, teniendo en cuenta el cuadro de categorías del subsistema de DIPr aplicable. Para determinar el alcance extensivo de una categoría, es necesario interpretar la norma de DIPr, lo cual debe hacerse conforme el principio rector de que toda norma debe ser interpretada *in ordine*, o sea conforme a las pautas y los criterios interpretativos del orden jurídico a que dichas normas pertenecen, ya sea el orden jurídico nacional o internacional⁷.

Desde el punto de vista del Derecho Comparado, tanto en doctrina como jurisprudencia, tiene preeminencia la postura que no existe un único modo de calificar, dependiendo así, de los casos concretos y sus correspondientes normas indirectas.

III. Actos aislados. Problema de calificación en el DIPr de fuente autónoma

Partiendo de una interpretación literal del término “acto”⁸, se lo define como “manifestación de voluntad, hecho o acción acorde con la voluntad humana”⁹.

⁵ BOGGIANO, ANTONIO, *Curso de Derecho Internacional Privado*, Abeledo Perrot, 2ª edición, Buenos Aires, Argentina, p. 209.

⁶ Montevideo 1979. Ley aprobatoria 22.921 (B.O. 27/9/1983). Ratificaciones: Argentina, Brasil, Guatemala, México, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela.

⁷ FERNÁNDEZ ARROYO, DIEGO, *El Derecho Internacional Privado de los Estados del Mercosur*, Zavalía, Buenos Aires, 2003, pp. 277-278.

⁸ OSSORIO, MANUEL, *Diccionario de Ciencia Jurídicas, Políticas y Sociales*, 1ª edición electrónica, Datascan S.A., Guatemala.

⁹ Definición completa de “Acto”: Manifestación de voluntad o de fuerza. | Hecho o acción de lo acorde con la voluntad humana. | Hecho o acción, como simple resultado de un movimiento. | Instante en que se concreta la acción. | Ejecución, realización, frente a proyecto, proposición o tan solo

Advertimos que un acto ejecutado por una sociedad constituida en el extranjero podrá ser calificado como acto aislado, o incluirse en el concepto de ejercicio habitual, en virtud del criterio sentado por el art. 118 de la LSC. Pero la cuestión no es tan simple como parece, ya que analizando las distintas posturas en doctrina y jurisprudencia nacional, encontramos que el límite entre ellos es muy frágil y la cuestión se torna muy delicada al momento de establecer los efectos que genera que el acto o los actos encuadren en un supuesto legal o en el otro.

Es de suma importancia destacar la necesidad de definir o denotar el término de una manera precisa y concluyente. Diversos especialistas de la doctrina nacional han ensayado posibles interpretaciones del mismo. Así se han ido planteando análisis de la temática, para afrontar la ausencia de definición legal y delimitar su naturaleza.

Repasaremos las distintas posturas de doctrina autorizada, que en referencia a este tema ofrecen su opinión, con la finalidad de observar las diferentes aristas de la problemática.

Para Boggiano "...es fluida la caracterización o tipología de los 'actos aislados'... Lo aislado es gradual. Por tanto, es fluido el límite entre el ejercicio habitual, substancial y continuado de negocios y la celebración de actos aislados, ocasionales, que no alcanzan a ser parte substancial de los negocios"¹⁰. Expresa que no encuentra razón alguna para adoptar un criterio restrictivo de interpretación como el defendido por Rovira.

Eduardo Roca se inclina por adherir a la postura de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial en el fallo Frinet, destacando que: "La Sala¹¹ acepta que el aplicable no es un criterio meramente numérico sino también cualitativo, según el cual el acto aislado 'no requiere para su ejecución de un representante permanente; se trata —agrega— de una actuación ocasional en el sentido de que no genera habitualidad, permanencia, asiento o sucursal'; además, señala expresamente que 'ello no significa que la actuación sea única; de hecho la ley determina en plural actos aislados'¹²".

Nissen resume y expone las dos grandes posturas en doctrina: "El concepto de acto aislado ha dado sin embargo motivo a diferentes interpretaciones, haciéndolo en sentido restrictivo: Zaldívar, Rovira, y Benseñor-Pérez Lozano, entre otros, para quienes el art. 118, 2º párr., debe reservarse para aquellos actos desprovistos de signos de permanencia, y que en definitiva se caracterizan por lo esporádico y accidental... En sentido contrario, y por un criterio amplio del concepto de actos aislados, se pronuncia Boggiano, para quien en definitiva el concepto depende del caso que se presente, pero su apreciación no debe conducir a la derogación implícita del 2º párr. del art. 118, por vía de una interpretación sustancialmente extensiva del tercer párrafo del artículo citado, que no se ajusta a la intención del legislador"¹³.

intención. | Hecho, a diferencia de la palabra, y más aun del pensamiento. | Celebración, solemnidad. | Reunión. | Período o momento de un proceso, en sentido general. | El empleo de la palabra como *documento* es galicismo, infiltrado en algunos códigos civiles de hispanoamérica, y propenso a crear equívocos con otros significados del vocablo (L. ALCALÁ-ZAMORA).

¹⁰ BOGGIANO, ANTONIO, *Curso de Derecho Internacional Privado*, 2ª edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, p. 646.

¹¹ Haciendo referencia a la CNCom., sala B, 4/5/2007, "Inspección General de Justicia c. Frinet S.A."

¹² ROCA, EDUARDO, "Sociedades extranjeras. Acto aislado", LA LEY, 2007-F, 287.

¹³ NISSEN, RICARDO A., *Ley de Sociedades Comerciales Comentada, anotada y concordada*, Tomo 1, Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1982, p. 332.

Drucarof Aguiar¹⁴, refiriéndose a la sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones¹⁵, luego de relacionarla con el articulado de la Ley de Sociedades concluye que el criterio del tribunal resulta avalado, por lo que el concepto de acto aislado configura un supuesto excepcional, cuya interpretación debe ser restrictiva, atendiendo a las necesidades del caso concreto. La sentencia de esa manera contribuiría desde un punto de vista fáctico a la delimitación del concepto.

Para Truffat, analiza lógicamente el artículo, concluyendo que el art. 118 de la LSC parece presentar un defecto harto común en la legislación nacional: (a) señalar (aunque más no sea a *contrario sensu*) quién (o qué acto) está excluido de cierto dispositivo y (b), a renglón seguido, estatuir quién (o qué acto) queda incluido en el mismo. Se trata de un yerro lógico que puede reconocerse en un sinnúmero de dispositivos¹⁶.

Continúa su crítica advirtiendo que el art. 118 “establece una regla prohibitiva implícita, al estatuir la excepción (‘los actos aislados’), pero no sigue una línea coherente (como hubiera sido prescribir que para todo acto que no fuera aislado, —tal como el ejercicio habitual de actos comprendidos en su objeto social, establecer sucursal, asiento o cualquier otra especie de representación permanente— la sociedad constituida en el extranjero deberá... salvo cuando esta ley establezca otros requisitos) sino que pasa a regular supuestos particulares sin sentar de modo claro la regla genérica”¹⁷.

Berta Kaller de Orchansky¹⁸, en relación con el tema propuesto, explica que las normas de fuente interna adoptan el sistema de la extraterritorialidad parcial el cual “no es una creación doctrinaria o de la ciencia del DIPr, sino que nace con los Tratados de Montevideo”¹⁹. Dicho sistema no atiende a la naturaleza jurídica de la sociedad en sí, sino que se fundamenta en la naturaleza de los actos que ésta realiza. Distingue dos categorías de actos: - Los que son común a todo ente colectivo dotado de personalidad jurídica y que hacen a su capacidad genérica o potencial ’—vgr. actuar en juicio como actora, demandada o tercerista; recibir, donaciones, legados, etc.—. En estos supuestos impera la extraterritorialidad total, es decir, para la realización de estos actos no se requiere que la sociedad se someta a la ley territorial de donde pretende actuar, bastará con justificar que se constituyó legalmente para que su capacidad sea reconocida de pleno derecho. Aquellos actos referidos al espectro del objeto social y que configuran la capacidad específica, supuestos en los que impera el territorialismo, para ejercer este tipo de actos deberá, además de acreditar su existencia, conforme a su estatuto personal, someterse a las leyes del país en que pretenda actuar. Queda

¹⁴ DRUCAROFF AGUIAR, ALEJANDRO, “El acto aislado: Supuesto excepcional de interpretación restringida”, LA LEY, 2009-C, 308.

¹⁵ CNCom., sala E, 7/10/2008, “Representaciones de Telecomunicaciones S.A. s/concurso preventivo s/incidente de escrituración (por RT Holding S.A. - RTH)”.

¹⁶ TRUFFAT, DANIEL, “¿Cuán aislados eran mis actos!”, Derecho Comercial Sociedades Doctrinas Esenciales, Tomo IV, 14/4/2005, p. 221.

¹⁷ Ídem anterior.

¹⁸ Conf. KALLER DE ORCHANSKY, BERTA, “El Sistema de Extraterritorialidad Parcial”. Conferencia Colegio de Escribanos, setiembre de 1983.

¹⁹ Tratado de Derecho Comercial Internacional de Montevideo de 1889 y Tratado de Derecho Comercial Terrestre Internacional de Montevideo de 1940.

formulada esta teoría intermedia que sirve para explicar el funcionamiento de las normas proveniente de fuentes autónomas y convencionales²⁰.

A través de un ejemplo Vítolo nos representa como funciona el límite de los supuestos del art. 118. Nos dice que el acto de adquirir un inmueble —urbano o rural— como inversión inmobiliaria por parte de una sociedad constituida en el extranjero puede considerarse *prima facie* como acto aislado. Pero si el mismo es dado en alquiler o es explotado, lo que originariamente podría calificarse como un acto aislado ha generado una actividad habitual en el país, más aún si se vincula con actos comprendidos en el amplio espectro del objeto social de la sociedad²¹.

La falta de definición a nivel legislativo de lo que debe entenderse por *actos aislados*, genera que la doctrina ensaye diferentes respuestas a los fines de interpretar esta normativa.

En sentido estricto, *interpretación* se emplea para referirse a la atribución de significado a una formulación normativa en presencia de dudas o controversias en torno a su campo de aplicación: un texto, se dice, requiere interpretación (sólo) cuando su significado es oscuro o discutible, cuando se duda sobre si es aplicable o no un determinado supuesto de hecho. Bajo esta acepción, en suma, “interpretación” significa en pocas palabras: decisión en torno al significado no de un texto cualquiera en cualquier circunstancia, sino (sólo) de un texto oscuro en una situación dudosa²².

En el variado abanico de posibilidades que plantean las técnicas interpretativas, acudimos también a la técnica interpretativa correctora de la voluntad del legislador. En una de las variantes, la voluntad del legislador se identifica con la voluntad del legislador histórico. La voluntad de los hombres que históricamente participaron activamente en la redacción y aprobación del documento normativo de que se trate²³.

Para ello, estudiamos los trabajos preparatorios de la ley 19.550. La Exposición de Motivos nos señala: “la comisión, persuadida de la trascendencia del asunto, trató de conjugar los intereses en juego y de poner en un pie de paridad a las sociedades constituidas en el país y a las constituidas en el extranjero, tratando de no caer en un tratamiento peyorativo, ni en un trato preferencial que contradiga, en todo caso, el precepto constitucional de igualdad ante la ley”. Si bien la Exposición de Motivos no nos realiza ningún aporte respecto de la conceptualización del término *actos aislados*, nos sirve para identificar el hilo conductor del articulado de la ley, por el cual el legislador ha querido dar un tratamiento de acuerdo al principio de igualdad.

Si nos situamos cronológicamente en el tiempo, entenderemos que en el momento de sanción de esta normativa, la política legislativa estaba inclinada hacia el fomento de las inversiones extranjeras en nuestro país, a los fines de constituirnos en un atractivo polo de asentamiento de este tipo de sociedades.

²⁰ Conf. KALLER DE ORCHANSKY, BERTA, “El Sistema de Extraterritorialidad Parcial”. Conferencia Colegio de Escribanos, setiembre de 1983.

²¹ VÍTOLO, DANIEL ROQUE, “Sociedad constituida en el extranjero, realización de actos aislados, y capacidad para estar en juicio”, LA LEY, 9/9/2004.

²² GUASTINI, RICCARDO, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1999, pp. 3 y 4.

²³ GUASTINI, RICCARDO, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1999, p. 33.

IV. Actos aislados. Efectos negativos de la falta de definición

Para adoptar un criterio en la definición de *actos aislados* es importante un análisis integral de la temática, evaluando las características del acto en sí mismo, como también todos aquellos efectos que generará como consecuencia de su realización.

El mayor conflicto de este tipo societario se plantea cuando bajo la apariencia de actos aislados se pretende realizar actividad económica en nuestro país.

Se generan diversos efectos, que derivan principalmente de la omisión de inscripción en los registros de nuestro país y permiten la evasión del derecho argentino. Las disposiciones de orden público interno exigen las inscripciones como forma de publicidad y protección a los terceros²⁴.

La evasión del régimen societario a través de la falsificación del punto de conexión permite utilizar este tipo de sociedades en actividades relacionadas con:

- *Lavado de dinero*, para encubrir el origen ilícito de los fondos, materia hoy agravada por el auge del terrorismo.

- *Evasión fiscal*, para no tributar los impuestos a las ganancias o al patrimonio. Dicho uso es frecuente tanto en empresas multinacionales, mediante los “precios de transferencia” que procuran trasladar la ganancia imponible a un paraíso fiscal, como en residentes que ocultan su patrimonio local o exterior.

- *Insolvencia personal ficta frente a familiares o acreedores*.

- *Dificultad para la citación en juicio*.

- *Interposición ficta de terceros en negocios propios* en los que está vedada la actuación personal por inhabilitación o incompatibilidades.

- *Fraude contable* mediante el mecanismo de creación de ganancias ficticias por operaciones con sociedades *off shore* no incluidas como controladas en el balance consolidado²⁵, etc.

V. Control a la realización de actos aislados. Creación del Registro de Actos Aislados

La Inspección General de Justicia (IGJ) es un organismo nacional creado por ley nacional. Desde el año 2003 en adelante este organismo dictó Resoluciones Generales²⁶ cuyo destinatario de aplicación son las sociedades constituidas en el extranjero. La resolución general de la IGJ 7/2005²⁷ realiza una recopilación de la normativa vigente dictada por este organismo. Con la resolución 8/03 se crea el denominado “Registro de Actos Aislados” con la finalidad de controlar y fiscalizar la actuación de los entes foráneos en nuestro país y evitar el “abuso del acto aislado”²⁸.

²⁴ RICHARD, EFRAÍN HUGO, “Actividad Ilícita y Sociedad extranjera no inscripta”, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. <http://www.acaderc.org.ar/doctrina>, p. 5.

²⁵ FAVIER DUBOIS, EDUARDO M., “Competencia de los jueces Argentinos en un pedido de quiebra contra una sociedad ‘off shore’ Uruguay: el criterio del domicilio comercial efectivo en un fallo de la Corte Suprema”, *elDial* - DC1042, p. 3.

²⁶ Resoluciones: 7/03 (B.O. 25/9/03); 8/03 (B.O. 22/10/03); 9/03 (B.O. 17/11/03); 11/03 (B.O. 17/11/03); 12/03 (B.O. 4/12/03); 2/05 (B.O. 17/2/05), 3/05 (B.O. 10/3/05) y 4/05 (B.O. 6/4/05).

²⁷ B.O. 25/8/05. Título III “Sociedades Constituidas en el Extranjero”, arts. 188-250.

²⁸ MARTÍNEZ, SILVINA, “Sociedades extranjeras y el registro de actos aislados”, LA LEY, 2006-A, 1.

Determinadas sociedades amparándose en el art. 118, 2º párr. no se inscriben en los registros correspondientes evitando la publicidad que correspondería por la entidad de actos que llevan a cabo, excediendo, a consideración de la IGJ, la calidad de *acto aislado*.

Esta creación ha sido muy criticada desde el punto de vista de la legitimación de la IGJ para instituir este tipo de Registro. También fue motivo de críticas por parte de diferentes sectores, especialmente representados por aquellos empresarios que se benefician con este régimen y se niegan a los mayores controles, argumentado que disminuirían las inversiones. Otro punto álgido de esta resolución es su ámbito espacial de aplicación, el cual queda limitado a la jurisdicción de la IGJ (sólo en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, debido a que cada provincia cuenta con su propia autoridad administrativa en materia societaria). Esta situación torna abstracto el control con el solo hecho de escapar del territorio sometido a su jurisdicción.

En el caso Frinet S.A.²⁹ el Dictamen de la Fiscal de Cámara Dra. Alejandra Gils Carbó expresa: “El designio de la citada Resolución General³⁰ no es instrumentar una cruzada nacionalista destinada a los inversores foráneos, sino que pretende revertir un fenómeno de la realidad jurídica que crea un grado de desigualdad de las personas ante la ley, deletéreo del orden normativo. Todo el sistema de publicidad que inspira la registración de personas jurídicas, nacionales y extranjeras, se dirige a dar seguridad a los terceros en sus relaciones comerciales y a las relaciones de responsabilidad que se susciten en virtud de la actuación del ente ideal. Sin embargo, los evasores de la ley siempre encuentran antes que la justicia los resquicios que deja el sistema legal o los ámbitos poco reglamentados para llevar a cabo sus propósitos.”

Queremos destacar dos artículos de la resolución supra que nos interesan a los fines del estudio que estamos realizando.

Por un lado, el art. 1º, nos enuncia la formación del Registro, estableciendo que se formará con las constancias de actos inscriptos relativos a bienes inmuebles sitios en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, cuyo objeto sea la constitución, adquisición, transmisión o cancelación de derechos reales sobre los mismos, en los cuales hayan participado sociedades constituidas en el extranjero, que el Registro de la Propiedad Inmueble de la jurisdicción mencionada informe a la IGJ como realizados bajo la calificación, atribuida unilateral o convencionalmente, de actos aislados, accidentales, circunstanciales, esporádicos o similar.

Por su parte, el art. 3º establece una serie de criterios a tener en cuenta para reconocer si la actuación de la sociedad queda incluida en el supuesto de actos aislados o de ejercicio habitual. Expresa que la IGJ analizará la información obrante en el Registro, a los fines de determinar aquellos supuestos en los cuales, por:

- la reiteración de los actos,
- su significación económica,
- destino de los bienes
- u otras circunstancias relativas a su celebración, sea posible advertir elementos caracterizantes de una actuación habitual o principal de parte de la sociedad constituida en el extranjero que participó en los mismos.

²⁹ CNCom., sala B, 4/5/2007, “Inspección General de Justicia c. Frinet S.A.”

³⁰ Haciendo referencia a la resolución general 8/2003 de la Inspección General de Justicia.

Si bien la creación de este Registro no nos ha aportado una solución integral al problema, nos sirve como puntapié inicial para comenzar a definir el término *actos aislados*, ya que aporta criterios útiles de diferenciación.

VI. Conclusiones

La primera consideración que debemos realizar es que adherimos a una calificación del instituto según *lex fori*, siendo nuestro derecho el adecuado para definir el concepto de *actos aislados*. No contamos a nivel legislativo con ninguna definición, por lo que creemos que es necesario dar una respuesta. La textura abierta de las normas genera en su destinatario una incertidumbre que sólo puede ser suplida a través del pronunciamiento del juez en el caso concreto o a través de una modificación legislativa.

Nuestro objetivo es evitar llegar a esta situación, en la cual las diferentes decisiones jurisdiccionales no sólo puedan resultar contradictorias, sino que además desde un punto de vista procesal, van en contra del principio de economía en el proceso, a lo que sumamos que la falta de una definición fomenta el redundante casuismo.

Las interpretaciones doctrinarias son variadas, están quienes defienden una postura de interpretación restrictiva, mientras que en la posición contraria se sitúan quienes están a favor de una interpretación en el caso concreto.

Estamos en presencia de una fragilidad de criterios de argumentación, que en definitiva concluyen en que ninguna definición o enumeración del conjunto de propiedades insistas a la condición de acto aislado dice o agrega algo a los efectos de delimitarlo.

En la actualidad no contamos con ningún mecanismo fehaciente de control y es de suma importancia para nuestro país conocer los entes que realizan actividades en la República.

El límite de los supuestos del art. 118 es impreciso, no siendo una tarea fácil identificar los casos, suelen presentarse zonas grises.

Es importante considerar, que si bien hemos desarrollado en este trabajo predominantemente el problema desde la óptica de los daños que puede generar en los terceros, acreedores, al estado y a la sociedad en sí, no debemos dejar de tener en cuenta que este límite impreciso genera una gran inseguridad jurídica no sólo para ellos, sino también para la sociedad que constituida en el extranjero actúa en nuestro país, ya que desconoce cómo serán considerada su actividad.

Todo Estado necesita reglas claras y sistematizadas de manera coherente con nuestro sistema interno como así también con los tratados internacionales que hemos ratificado. Es necesario lograr un equilibrio entre el incentivo a las inversiones extranjeras, la defensa de los intereses de quienes intervienen en el tráfico mercantil local y la necesidad de evitar el tratamiento desigual de las facultades que se le otorgan a las sociedades foráneas frente a las constituidas en el país, o con sede en la misma, respetando el derecho de igualdad y dotando a nuestro sistema de seguridad jurídica en las transacciones.

De esta manera, con una correcta técnica legislativa, mediante la reforma de la ley 19.550 la cual en este punto no fue modificada en el recientemente

aprobado Código Civil y Comercial de la Nación, y una concordante inserción de la temática en el DIPr, se evitaría que la Argentina se convierta en una zona libre para la comisión de fraude.



SECCIÓN IV
DERECHO PROCESAL

LA CASACIÓN EN LO CIVIL Y COMERCIAL EN LA LEY NACIONAL 26.853/2013 POR LA CAUSAL LEGAL DE ARBITRARIEDAD*

Rosa A. Ávila Paz de Robledo**

Resumen: El presente artículo analiza el recurso de casación civil y comercial, con particular referencia a la causal legal de arbitrariedad. En primer lugar, se analizan diversos aspectos conceptuales, históricos y procesales, concernientes al recurso de casación. En segundo lugar, se analiza comparativamente la reglamentación del recurso de casación en los diversos ordenamientos procesales provinciales. En tercer lugar, se analizan los principales lineamientos de la Ley 26.853/2013, los diversos argumentos y posturas esgrimidas en el trámite parlamentario, así también como sus principales aspectos procesales. Finalmente, culminamos con nuestras conclusiones reflexivas.

Palabras clave: Casación pura - Casación impura - Recurso de casación en lo civil y comercial - Causal legal de arbitrariedad- Cámara Federal y Nacional de Casación en lo Civil y Comercial.

1. Preliminares

El presente trabajo procura analizar el recurso de casación civil y comercial, con particular referencia a la causal legal de arbitrariedad¹, a la luz de las reformas introducidas al CPCCN por parte de la Ley Nacional 26.853/2013².

Ahora bien, teniendo presente que se trata de una norma vigente, pero que aún no se ha implementado, exploremos el escenario que supone la casación civil y comercial diseñada por la Ley Nacional 26.853/2013, explicitando los

* Recibido el 06/05/15. Aprobado el 03/09/15.

** Doctora en Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, UNC. Doctora Honoris Causae, Universidad Nacional de La Rioja, UNLaR. Profesora Titular (Catedrática) Cát. "A" de Teoría General del Proceso, Catedrática, Cát. "B" de Derecho Procesal Civil y Comercial, Catedrática de asignatura opcional Aspectos Jurídicos Procesales e Institucionales del Derecho a la Salud. Profesora Responsable en la Carrera de Especialización de Derecho Procesal y Profesora del Doctorado en Derecho y Ciencias Sociales, U.N.C. Directora del Programa de Trabajo de Derecho Procesal, con modalidad de 1ª Década 1991-2000, 2ª Década 2001-2010, Jornadas de Reflexión 2011 y 2012 y Homenaje a la UNC, por 400 años (19-06-1613-2013), en la UNC. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Docente Investigadora, UNC. Categoría 1- Ministerio de Educación de la Nación. E-mails: avilapaz@arnet.com.ar / rosaaavilapaz@gmail.com.

¹ La doctrina de la arbitrariedad fue pergeñada pretorianamente por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, como causal del Recurso Extraordinario Federal (art. 14 Ley 48), en Fallos: 112:384, "Rey, Celestino M. c. Rocha, Alfredo y otro", 02/12/1909. En tal oportunidad, el Tribunal sostuvo "Que el requisito constitucional de que nadie puede ser privado de su propiedad, sino en virtud de sentencia fundada en ley, da lugar a recursos ante esta Corte en los casos extraordinarios de sentencias arbitrarias, desprovistas de todo apoyo legal, fundadas tan solo en la voluntad de los jueces, y no cuando haya simplemente interpretación errónea de las leyes, a juicio de los litigantes, porque si así no fuera, la Suprema Corte podría encontrarse en la necesidad de rever los fallos de todos los tribunales de toda la República en toda clase de causas, asumiendo una jurisdicción más amplia que la que le confieren los arts. 100 y 101 de la Constitución Nacional, y 3º y 6º de la ley 4055".

² La Ley Nacional N° 26.853 de creación de las Cámaras Federales de Casación, sanc. 24-04-2013, promulg. 9-05-2013 y publ. B.O. 17-05-2013 integra la normativa para la Reforma Judicial "Hacia la Democratización de la Justicia".

núcleos comunes y diferencias en el marco nacional y en el derecho comparado interno³.

Desde esta perspectiva, procuraremos desarrollar: **a)** Una conceptualización amplia del recurso de casación (“casación pura” y “casación impura”), con sus presupuestos y fines propios. **b)** El recurso de casación civil y la causal legal de arbitrariedad en el derecho comparado interno. **c)** El recurso de casación civil y comercial en la Ley Nacional 26853/2013. **d)** Y, finalmente, culminaremos con nuestras reflexiones conclusivas.

2. Recurso de casación

2.1. Conceptualización y algunos presupuestos impugnativos

Desde el punto de vista etimológico, casación es la traducción castellana del francés “*cassation*” que deriva del verbo *casser*, anular y del latín “*quassare*” que significa sacudir violentamente, romper.

En este sentido, Jorge Clariá Olmedo, enseña que “La casación constituye una garantía para la mejor realización del orden jurídico, y con esa orientación está actualmente en pleno desarrollo. En nuestro país es propio del ámbito local, pero ha trascendido en el ordenamiento procesal de la Nación como inaplicabilidad de la ley; esto porque en realidad es más característico de la única instancia. La regulación más amplia se encuentra en los códigos que legislan el juicio oral, tanto en materia penal como laboral. Se trata de una impugnación devolutiva⁴, limitada en su fundamentación a motivos de derecho, Estos motivos pueden ser tanto de juicio como de actividad: in iudicando como in procedendo. De ahí que queden excluidas todas las cuestiones de hecho sobre el mérito (el in iudicando in factum, en cuanto a su fijación y a la apreciación de la prueba). Esto no significa lo que podríamos denominar ‘hechos del proceso’ en cuanto fundamentadores de los vicios in procedendo”⁵.

Inferimos de este concepto que la casación es el recurso que cuenta con la mayor técnica en su legislación.

Ahora bien, girando nuestro análisis hacia sus presupuestos procesales, tenemos el siguiente panorama:

El recurso de casación, en lo que hace a su *impugnabilidad subjetiva*, es deducido por la parte con sentido lato (incluye a las partes singulares y plurales, sean principales o eventuales como son los terceros adhesivos, litisconsorciales, etc. y al ministerio público fiscal y de la defensa), que se sienta agraviada únicamente con un agravio casatorio, fundado en un motivo legal tarifado y dentro del cual pueden invocarse uno o más hechos casatorios⁶.

³ En este trabajo por derecho comparado interno comprende a los ordenamientos procesales civiles y comerciales de las provincias, delimitándolo, exclusivamente, hacia aquellas que regulan la causal legal de arbitrariedad, en el recurso de casación civil, con sus propias peculiaridades.

⁴ La impugnación devolutiva se caracteriza porque requiere la necesaria existencia de dos tribunales con competencia funcional diferente, de modo tal que en un proceso civil escrito el tribunal de 2ª instancia, que es la Cámara de Apelaciones Civil y Comercial cordobesa, a los fines del recurso de casación interviene como *A quo*, en tanto que el TSJ interviene como *Ad quem*, es decir como el tribunal que va a conocer y resolver el recurso de casación.

⁵ CLARIÁ OLMEDO, JORGE A., *Derecho Procesal*, Depalma, Buenos Aires, 1983, t. II, pp. 330/331.

⁶ La motivación del fallo en crisis puede contener varias contradicciones respecto de los diferentes medios de prueba (vgr. testimonial, pericial, absolución de posiciones, etc. Inclusive, dentro de un

El objeto impugnabile en la casación, en cuanto a su *impugnabilidad objetiva*, son las sentencias definitivas o las resoluciones equiparables, como son aquellas que pongan fin al proceso, haciendo imposible su continuación y las que causen un gravamen irreparable. A su vez, estas resoluciones son emitidas por la Cámara en los *procesos orales* de instancia única o por los tribunales de alzada o de 2ª instancia, como son las Cámaras de Apelaciones en lo Civil en los *procesos civiles escritos*.

Los *motivos de la casación civil*, comprenden:

a) Con un criterio clásico, la casación civil abarca sólo las *cuestiones de derecho*, y quedan excluidas las cuestiones de hecho. En este sentido, los códigos procesales civiles regulan estos motivos casatorios como vicios en el juzgar (*vicios in iudicando*) y en el procedimiento en sí o en la propia sentencia (*vicios in procedendo*)⁷.

b) Con un criterio actual y acorde a los requerimientos actuales, la casación civil comprende las *cuestiones de derecho* y también las *cuestiones de hecho*, dentro de la cual ubicamos a la causal legal de arbitrariedad, contemplada en la Ley Nacional 26.853/2013, para un proceso civil escrito.

El recurso de casación civil se deduce ante el *A quo* (que es el tribunal que emitió la resolución judicial en crisis) por escrito y fundado. Seguidamente, se corre traslado a la contraria para que evacue el traslado respectivo, y luego, se practica un primer juicio de admisibilidad formal. En caso de ser favorable, se elevan las actuaciones por ante el tribunal *Ad quem*, esto es, la Corte o Superior Tribunal o Corte Suprema de Provincia⁸, a fin de que efectúe un segundo juicio de admisibilidad formal y, eventualmente, de ser favorable, ingresará al tratamiento de su procedencia.

2.2. Sus principales antecedentes

Enrique Vescovi, parafraseando a Piero Calamandrei, señala que si bien el recurso de casación civil tiene sus antecedentes remotos en el derecho romano y germánico, existe una opinión más que aceptada en la doctrina en cuanto que esta vía recursiva tiene su origen en el antiguo Derecho francés. En este aspecto, entiende que fueron el Rey o el Príncipe, quienes instituyeron esa vía con la finalidad de someter a su control las decisiones de los Parlamentos (tribunales judiciales) o de las Cortes Soberanas, en lo que hacía a la aplicación de las ordenanzas reales. En efecto, en el Derecho francés existía el instituto del "*Conseil des parties*" (subdividido del antiguo "*Conseil du Roi*"), del cual nació la casación. Precisamente, en esa lucha que se daba entre el poder real y los parlamentos rebeldes se afianza la autoridad real en defensa de sus prerrogativas porque este instituto permitía anular (*casser*) las sentencias de dichas Cortes Soberanas⁹.

mismo medio probatorio como es la testimonial puede incurrirse en contradicciones respecto de los dichos de uno o de más testigos. Ahora bien, como en un mismo fallo puede haber muchas contradicciones, hacemos hincapié que cada contradicción constituye un hecho casatorio. De ahí, que dentro de un mismo motivo legal casatorio, el casacionista puede invocar uno o más hechos casatorios.

⁷ ÁVILA PAZ DE ROBLEDO, ROSA A., *Manual de Teoría General del Proceso*, Advocatus, Córdoba, 2006, t. II, p. 268.

⁸ Se trata del órgano a quien, tradicionalmente, las constituciones provinciales le atribuyen competencia derivada para conocer en este recurso extraordinario de la casación civil.

⁹ VESCOVI, ENRIQUE, "La casación nacional. Reforma y futuro de la Casación nacional", en *Actas y ponencias del Xº Congreso Nacional de Derecho Procesal*, Salta 5, 6 y 7 de octubre de 1979, pp. 191-192.

Luego, la Revolución Francesa adopta ese modelo de casación, en el marco de una fuerte “*desconfianza*”¹⁰ para con los jueces pertenecientes al “*ancien regime*” y ello se extiende a los demás jueces. De ahí, que esta época diezochesca —del siglo XVIII—, se caracteriza porque los jueces no tienen un rol independiente.

En esta línea, precisa Gozaíni que: “sobre esa base ideológica la casación inspira un sistema de lucha contra el poder interpretativo de los jueces, a quienes, entonces, se aprisiona con un esquema político —no jurisdiccional— creando el Tribunal de Casación, con la única finalidad de anular toda sentencia que contenga una contravención expresa al texto de la ley”¹¹.

Así pues, Francia instituyó el Tribunal de “*Cassation*” con sustento en las ideas de la revolución francesa y sobre todo en los escritos de Rosseau y Montesquieu, que ponderaban la omnipotencia de la ley y la igualdad de todos los ciudadanos ante ella.

Además, desde su origen, el Tribunal de “*Cassation*” integró un binomio con el recurso de casación, que fue establecido mediante el decreto del 27 de noviembre (1° de diciembre de 1790).

En esta *primera etapa judicial-legislativa*; la casación se caracterizó porque se trataba de un mecanismo de control de los jueces “*puesto al lado del Poder Legislativo*”, a los fines de “*evitar la rebelión contra la ley*”¹². Aquí, el Tribunal de Casación constituía un órgano político, adscripto al Poder Legislativo y al Ejecutivo, cuya competencia era puramente negativa, toda vez que anulaba (casaba) las sentencias contrarias a las leyes. Y luego, con el “*référé obligatoire*” (del cual deviene el actual instituto del reenvío), remitía al Legislativo la causa para que la resolviera. De ahí que en esta etapa la Corte de Casación era un órgano judicial y para-legislativo.

Esta aludida *1ª etapa judicial-legislativa*, concluyó con la Ley del 1° de abril de 1837, conforme a la cual se dispuso abolir el “*référé obligatoire*” y se confiere al “Tribunal de Cassation” la nueva denominación de “*Cour de Cassation*”. Mas lo valioso de esta *2ª etapa judicial* es que el recurso de casación pasa a tramitarse íntegramente en el Poder Judicial, el cual ejerce ambas competencias, tanto la *negativa*, para anular (*casser*) el fallo en crisis, como así también la *positiva*, con la modalidad del reenvío a otro tribunal para que falle el caso. Consecuentemente, a partir de esta transformación la Corte de Casación es únicamente un órgano judicial.

Ahora bien, y con el propósito de perfilar a la casación francesa, se la denomina “*casación pura*” porque recae —únicamente— sobre las cuestiones de cuestiones de derecho.

A posteriori, la casación francesa tuvo una significativa difusión, a raíz que se fue recepcionando en Europa, en los principales países como Italia, Alemania y España y, desde esa metrópolis nos llegó a los países latinoamericanos.

¹⁰ BORDALI SALAMANCA, ANDRÉS, “La función judicial de defensa del orden constitucional”, en AA.VV., *Derecho Procesal Constitucional*, coord. EDUARDO FERRER MAC-GREGOR, t. I, Publicación del Colegio de Secretarios de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, A.C., Ed. Porrúa, México, 2003, p. 7.

¹¹ GOZAÍNI, OSVALDO A., *Tratado de Derecho Procesal Civil*, La Ley, Buenos Aires, 2009, t. V, Recursos Ejecuciones, pp. 299/300.

¹² VESCOVI, ENRIQUE, *La Casación Civil*, 1ª edición, Ediciones EJEA, Montevideo, Uruguay, 1979, p. 12.

Mas en estas recepciones, cada país le fue imprimiendo a la casación sus adecuaciones locales.

En este sentido, cabe destacar que España al receptor a la casación, se inclinó por la llamada "*casación impura*", toda vez que la casación española recae sobre las *cuestiones de derecho* y también sobre las *cuestiones de hecho* (vgr. error en la valoración de la prueba documental y arbitrariedad en la aplicación de las reglas de la sana crítica racional) a los fines de alcanzar la justicia, en el caso concreto.

A nivel latinoamericano, Enrique Vescovi señala que la casación fue recepcionada de manera diferente. En particular, citando el caso de Uruguay, precisa que en el año 1909 se establecieron los recursos de casación y revisión para el ámbito penal, y que recién en el año 1979, se incorporó la casación al proceso civil a través de la Ley 14.861 (08/01/1979), lo cual mereció reparos a causa de su escasa praxis en la casación¹³.

A nivel nacional, desde fines del siglo XIX se viene receptando la casación en forma sucesiva y con especificidades singulares, en más de la mitad de las provincias argentinas, que —por lo general— tienen en común la adopción de un proceso civil escrito. En cambio, a nivel nacional a través de la Ley Nacional 26.853/2013, se legisla en forma específica al recurso de casación civil federal y nacional, que sustituye en forma expresa a los artículos 288 al 301 de la Sección 8ª Recurso de Inaplicabilidad de la Ley del capítulo IV Recursos del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

2.3. Los fines de la casación civil: Casación pura y casación impura o bastarda

Los fines tradicionales del recurso de casación son: a) La defensa de las leyes (**función monofiláctica**) y b) La unificación de la Jurisprudencia (**función unificadora**). Asimismo, con posterioridad, se le incorpora otra finalidad atinente a: c) La realización de la justicia en el caso concreto (**función dikelógica**).

a) **Función nomofiláctica:** deriva del griego "nomo" que significa ley y "pilasso" que es guardar. Concretamente, cuando en sus inicios la Corte de Casación era un órgano judicial y para-legislativo "*esta función tenía por finalidad proteger la inmutabilidad de las leyes frente a los excesos de los jueces*." Se justificó en las propias circunstancias políticas de la Revolución Francesa al momento en que se crea el recurso de casación y el órgano de aplicación que era el Tribunal de Casación, cuya función judicial consistía en casar (anular) el fallo en crisis y, luego, a través del "référé obligatoire" (hoy instituto del reenvío), le remitía la causa al Poder Legislativo a los fines que pronuncie el fallo. Luego, cuando la Corte de Casación se transforma en un órgano jurisdiccional ejerce esta función "*como un control de la legalidad del fallo y no de la justicia del caso*"¹⁴, de ahí que el interés casacional se corresponde únicamente con las cuestiones de derecho.

¹³ VESCOVI, ENRIQUE, "La casación nacional...", cit., p. 193.

¹⁴ SC Mendoza, sala I, marzo 10-965, LA LEY, 118-419; ídem, "*mediante el recurso de casación se pueden revisar conceptualizaciones jurídicas, pero no comprobaciones de hecho*" (SC Mendoza, sala II, junio 23-965, LA LEY, 120-255, ídem, "*el error de hecho no abre jamás la vía del recurso de casación*" (SC Mendoza, sala II, marzo-970, LA LEY, 143-590 (26.779-S); ídem, "La Corte de Justicia puede revisar los juicios de derecho, pero no tiene facultades para rever el juzgamiento de hechos que hayan pronunciado los tribunales ordinarios" (CJ San Juan, agosto 25-964, Rep. La Ley, XXV, 1317, sum. 215.

b) Finalidad unificadora se asienta en el principio de igualdad (art. 16 CN) a raíz que la jurisprudencia contradictoria lesiona la igualdad dado que en dos casos iguales sometidos a jueces distintos, sus fallos son disímiles y contradictorios entre sí, lo cual afecta seriamente la seguridad jurídica y la paz social. Por lo tanto, esta finalidad uniformadora ha sido una respuesta frente a las desigualdades que sufrían los ciudadanos ante ley.

Es así, que Jorge Bóveda señala que “la finalidad uniformadora tiene carácter eminentemente político porque está dirigida a satisfacer un interés de carácter general como es la igualdad de la ley ante los ciudadanos”¹⁵.

c) Finalidad dikelógica, en realidad, ésta es más propia del proceso judicial y de la actividad jurisdiccional, que del recurso de casación. En este aspecto, Jorge C. Bóveda sostiene que “la finalidad dikelógica se ha incorporado al recurso de casación con el propósito de corregir la desviación inicial que desestimaba la justicia del caso concreto para hacer prevalecer las otras dos funciones políticas: la tutela de la ley y la uniformidad de la jurisprudencia”¹⁶.

En su consecuencia, y desde el punto de vista conceptual, se denomina *casación pura* al sistema que regula las dos primeras finalidades (nomofiláctica y unificadora) y *casación impura* cuando se adiciona la tercera finalidad (dikelógica).

Cabe señalar que la “casación pura” francesa que “constituyó un medio eficaz para que los jueces no se apartaran de la estricta aplicación de la ley, cualesquiera fuere su texto y su significado”, con el transcurso del tiempo, viene reclamando un cambio —a causa de las transformaciones políticas y la complejidad de los problemas—. Esta reformulación de la casación, que importa su evolución, es lo que se denomina “casación impura”¹⁷.

En Argentina, algunas de las provincias que legislan el recurso de casación siguen el modelo español impuro con diferentes alcances, tal como se desarrollará en el punto 3) del presente trabajo. En este aspecto, Gladys E. de Midón señala que “por la vía de las doctrinas de arbitrariedad (de la Corte Suprema) y del absurdo (en los tribunales supremos de las provincias), veremos que la casación cumple el cometido de la llamada ‘impura’ o ‘bastarda’. ‘Impura’ o ‘bastarda’ en relación a la ‘pura’, pero justa”¹⁸. Es más, sostiene que: “(...) la casatoria de la Corte Suprema, aun que no constituye una tercera instancia ordinaria, se aproxima. Es un modelo intermedio eficiente, dice Morello. En nuestro país, en efecto, la casación ya no tiene el perfil que se le diera en la época de las guillotinas. La ‘pura’ ha debido aceptar convivir, entre nosotros, con su hermana ‘bastarda’”¹⁹.

Por nuestra parte, adherimos a la casación bastarda teniendo muy presente que los tribunales tienen la misión de impartir justicia en el caso concreto.

¹⁵ BÓVEDA, JORGE C., *El recurso de casación en el proceso civil riojano*, Lerner Editora SRL, 2005, p. 57.

¹⁶ BÓVEDA, JORGE C., ob. cit., p. 59.

¹⁷ PARODI REMON, Carlos, “Dos mitos que desaparecen”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal*, Año II, N°3, 2003, impresos en Talleres Gráficos Lux S.A., Santa Fe, 2003, p. 62.

¹⁸ E. DE MIDÓN, GLADYS, *La casación “control del juicio de hecho”*, Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, 2001, p. 53.

¹⁹ *Ibíd.*, p. 54.

2.4. Recurso de casación y las cuestiones de hecho en el ámbito doctrinario

En el escenario de la casación y las cuestiones de hecho contamos con un sector minoritario de la doctrina, entre los cuales podemos citar a Juan Carlos Hitters, Jorge Zinny y muy particularmente al maestro Augusto M. Morello, quien nos enseña que el justiciable tiene el derecho constitucional a que su sentencia definitiva “no afecte al sentido de lo justo y de la verdad jurídica objetiva desde ninguno de los ángulos en mira: la plataforma fáctica y el correcto derecho que la rige”. Por lo que, para no configurar una infracción constitucional, la casación lo debe enmendar. En este sentido, expresa: “Sabemos que estamos en minoría y que las reflexiones que auspiciamos desde hace más de cuatro décadas están en franca soledad Sin embargo, el resultado que en Argentina muestra el fascinante flanco del absurdo, la arbitrariedad y el exceso de ritual de sentencias (y en medida menor el error patente en el derecho español), nos alienta a perseverar en ese enfoque que en la praxis muestra, las dimensiones totales en que funciona, cabalmente amplio y conveniente espacio y de revisión sentencia en la moderna práctica de la casación²⁰ (...) Sostener a rajatabla la tesis tradicional es afirmar una verdad absoluta que debe ceder a la acreditación de esos graves defectos de tratamiento y fundamentación demostrados en cuestiones decisivas de la prueba y su correcta valoración”²¹.

Con un pensamiento coincidente, desde Panamá, Jorge Fábrega Ponce nos enseña: “Los modernos autores franceses, más conciliadores, hablan de la finalidad pedagógica, tendiente a asegurar el respeto del Juez a la obligación de motivar y de verificar la coherencia interna de la motivación de los fallos. Sólo en el supuesto de casación en interés de la ley, se puede hablar de una finalidad —nomofiláctica— y tal figura, como hemos expuesto, carece de trascendencia en nuestra vida jurídica y en Italia se le reconoce como una figura inútil.

El carácter formalista impide, en numerosos casos, que opere la tesis de la “defensa objetiva de la Ley”.

La doctrina establece que el vicio o defecto incurrido ha de tener influencia en la decisión del litigio, circunstancia ésta que robustece la tesis en contra del carácter nomofiláctico de la casación.

La importancia de las cuestiones de hecho desvirtúan el carácter nomofiláctica de la casación. Si bien podría argumentar que se trata de un instrumento para establecer los hechos y que opere el derecho objetivo, no debe desconocer que ello es en atención a un caso específico y dista de la “defensa material”²².

Entendemos que concebir con interés casacional a las causales de arbitrariedad implica una transformación necesaria de la casación civil, toda vez que constituye una vía procesal que se articula “en” y “para” un servicio de justicia efectivo y eficaz los requerimientos reales de los justiciables, que piden justicia en el caso concreto.

²⁰ MORELLO, AUGUSTO M., “El mito de las cuestiones de hecho y derecho en la casación”, *Revista Jurídica Argentina La Ley, Derecho Procesal Civil y Comercial Doctrina Esenciales*, ADOLFO ALVARADO VELLOSO (director), La Ley, Buenos Aires, 2010, tomo IV, p. 880.

²¹ *Ibidem*, p. 881.

²² FÁBREGA PONCE, JORGE, *La falacia de la función nomofiláctica de la casación-La enmienda de los agravios inferidos por las resoluciones judiciales*, Cultural Portobello, Pequeño formato, 464, Casación-Derecho Procesal, Panamá, 2011, pp. 15/16.

2.5. Recurso de casación y las cuestiones de hecho en Congresos y Ateneos de Derecho Procesal

Entre otros antecedentes más, nos permitimos parafrasear a nuestro siempre recordado Mariano Arbonés, quien magistralmente nos reseña cómo la casación nacional en nuestro país dio lugar a diversos y valiosos aportes en nuestra historia. Así, entre los Proyectos Legislativos Nacionales hace hincapié en:

1) El Tratado interprovincial de 1856 entre Tucumán, Salta, Jujuy y Santiago del Estero, que establecía que debían contribuir al establecimiento de una Corte, con asiento en Tucumán y cuyas funciones se asemejaban a las de la Casación. Mas nunca funcionó.

2) El debate parlamentario de la Ley 4055. En esa época (1901), la CSJN era Tribunal de Apelación y precisamente por la aludida ley se crearon las Cámaras Federales de Apelación. En ese debate parlamentario, rescatamos que el Dr. Argañaraz, Diputado por Santiago del Estero, en disidencia, *“sostuvo la necesidad de dividir la CSJN. en tres salas, estableciendo un recurso de revisión, en caso de sentencias contradictorias del mismo tribunal, dictadas dentro de un mes; lo cual insinúa el Concepto u objetivo político de la Casación”*.

3) El debate parlamentario de la Ley 7055, mediante la cual se instituye un tribunal plenario *“convocable por las mismas Cámaras (art. 6) con el objeto de lograr la ‘unidad de la jurisprudencia’, que algunos autores estiman como valioso antecedente de institución de la Corte de Casación Nacional”*.

4) El Decreto Nacional del 8 de mayo de 1931, con arreglo al cual se establece la *“Convocatoria a elecciones generales en las Provincias, para gobiernos locales y representación parlamentaria nacional”*.

A posteriori, en el XVº Congreso Nacional de Derecho Procesal (Córdoba, 16 al 19-08-1989) sobre esta temática se suscitaban estas dos posturas: **a)** Se sostuvo que los supuestos de exceso de poder, absurdo o arbitrariedad quedan comprendidos dentro de los vicios de la actividad procesal o del quebrantamiento sustancial de las formas procesales, sin ser necesario captarlos de manera independiente en los motivos de casación. También, que el error de hecho en el examen, apreciación y valoración de las pruebas referentes a la comprobación negativa o positiva del *factum* es extraño a la competencia del tribunal de casación, que sólo realiza el juicio de Derecho, consistente en su meritación jurídica, no pudiéndose extender al ámbito de conocimiento en tal sentido, aunque se invoquen situaciones de injusticia. **b)** En disidencia, los Dres. Juan Carlos Hitters y Jorge H. Zinny sostienen que en la regulación del recurso de casación debe prevalecer la posibilidad excepcional de que el tribunal analice las cuestiones de hecho, o valoración de prueba, cuando el fallo incurra en absurdo o arbitrariedad²³.

Luego, en el año 2011, se trabajó el Recurso de Apelación y Casación en el *“Ateneo Permanente de Derecho Procesal/2011-En pos de Solidaridad Académica, dedicado a las 1ª (1991-2000) y 2ª (2001-2010) Décadas del Programa de Trabajo de Derecho Procesal de las Cat. “A” de Teoría Gral. del Proceso y Cat. “B” de Derecho Proc. Civ.”*, Fac. de Derecho y Cc. Ss. UNC (30-06-2011), con los lineamientos ya referenciados.

²³ QUIRÓS FERNÁNDEZ, JUAN CARLOS, “Congresos Nacionales de Derecho Procesal, Conclusiones, I al XIXº Congreso Nacional 1939-1997”, *Rev. de Derecho Procesal*, Asociación Argentina de Derecho Proc., Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 12 de agosto de 1999, pp. 192-193.

3. La casación civil y comercial en los ordenamientos procesales civiles y comerciales provinciales

En el ámbito provincial, advertimos que la casación civil fue recepcionada a partir de fines del siglo XIX de manera sucesiva y no uniforme. Con lo cual se vienen perfeccionando diferentes sistemas casatorios civiles provinciales con diversas denominaciones y, dentro de ellas, sólo una minoría legisla en forma expresa la causal legal de arbitrariedad.

Los lineamientos legislativos son los siguientes: Regular al recurso de casación civil provincial por vicios "*in procedendo*" en la sentencia o, en la sentencia y en el procedimiento, siempre que los mismos no hubieran sido consentidos por el casacionista.

Ello hace que exista una gran diversidad de sistemas casatorios civiles provinciales, según se detalla a continuación:

- Las provincias que *sí regulan el recurso de casación civil por los vicios in procedendo en la sentencia, mas no regulan la causal legal de arbitrariedad* son: San Luis²⁴, Santiago del Estero²⁵, Río Negro²⁶ y Tucumán²⁷.

- La provincia que *sí regula el recurso de casación civil por los vicios in procedendo en la sentencia y sí regula la causal legal de arbitrariedad* es: Catamarca.

- Las provincias que *sí regulan el recurso de casación civil por los vicios in procedendo en la sentencia y en el procedimiento que la precede, mas no regulan la causal legal de arbitrariedad* son: Córdoba²⁸, San Juan²⁹, Santa Cruz³⁰, Mendoza³¹ y Jujuy³².

- Las provincias que *sí regulan el recurso de casación civil por los vicios in procedendo en la sentencia y en el procedimiento que la precede, y sí regulan la causal legal de arbitrariedad con diversos alcances*, son: Chubut, La Rioja y Tierra del Fuego.

- Las provincias que *si prescriben el recurso de inaplicabilidad de la ley, mas no establecen la causal legal de arbitrariedad* son: Buenos Aires³³, Chaco³⁴, Entre Ríos³⁵, Formosa³⁶ y Salta³⁷. Incluimos aquí también a La

²⁴ CPCC de San Luis, L.P. 20 de Febrero de 1970, B.O. 8/04/1970. Su texto puede consultarse en: Id Infojus: LPD0003341.

²⁵ CPCC de Santiago del Estero, L.P.6910, B.O. 16/09/2008. Su texto puede consultarse en <http://www.jussantiago.gov.ar/jusnueva/Normativa/ley6910/ley6910.pdf> (consulta 19/12/2014).

²⁶ CPCC de Río Negro, L.P.142, B.O.5/09/2011. Su texto puede consultarse en: Id Infojus: LPR 2004142.

²⁷ CPCC de Tucumán, B.O.22/01/1991. Su texto puede consultarse en: Id Infojus: LPT0006176.

²⁸ CPCC de Córdoba, L.P. 8465, B.O.8/06/1995. Su texto puede consultarse en: Id Infojus: LPO0008465.

²⁹ CPCC y de Minería de San Juan, L.P.7942, B.O.4/02/2009. Su texto puede consultarse en: Id Infojus: LPJ 000742.

³⁰ CPCC de Santa Cruz, L.P. 1418, B.O. 22/09/1981. Su texto puede consultarse en: Id Infojus: LPZ0001418.

³¹ CPCC de Mendoza, L.P.2.269, B.O. 9/12/1953. Su texto puede consultarse en: Id Infojus: LPM0002269.

³² CPCC de Jujuy, L.P. 1967, B.O. 21/07/1949. Vigente, de alcance general. Su texto puede consultarse en: Id Infojus: LPY0001967.

³³ CPCC de Buenos Aires, Dec. L.P. 7425/68, B.O. 24/10/1968. Su texto puede consultarse en: Id Infojus: LPB0007425.

³⁴ CPCC de Chaco, L.P. 968, B.O. 6/09/1969. Fe de erratas, 24 de Julio de 1972. Su texto puede consultarse en: Id Infojus: LPH0000968.

³⁵ CPCC de Entre Ríos, L.P. 4.870, B.O. 15/05/1970. Su texto puede consultarse en: Id Infojus: LPE0004870.

³⁶ CPCC de Formosa, L.P. 1445, B.O. 19/12/2002. Su texto puede consultarse en: Id. Infojus: LPP 1001445.

³⁷ CPCC de Salta, L.P. 5.233, B.O. 2/06/1978. Su texto puede consultarse en: Id Infojus: LPA0005233

Pampa³⁸ y Santa Fe³⁹ porque con otras denominación, más sí con el carácter de recursos extraordinarios.

• Las provincias que *sí prescriben el recurso de inaplicabilidad de la ley y que prescriben las causales legales de arbitrariedad y del absurdo* son: Corrientes, Misiones y Neuquén.

A continuación, nos permitimos graficar estos dos análisis comparativos, circunscriptos a los ordenamientos procesales civiles y comerciales que regulan el recurso de casación o el recurso de inaplicabilidad de la ley y, en ambos, a la causal legal de arbitrariedad y del absurdo.

Gráfico N° 1: Análisis comparativo del Recurso de Casación en el derecho comparado interno provincial, con particular referencia a las causales de Arbitrariedad y del Absurdo

Recurso	Causal	Provincia	Normativa	Texto
Casación	Arbitrariedad	Catamarca	Código Procesal Civil y Comercial de Catamarca, art. 298	<p>“Art. 298.— <i>Causales</i>. El recurso de Casación deberá fundarse en alguna de las causas siguientes:</p> <p>a) Que la sentencia haya aplicado o interpretado erróneamente la Ley.</p> <p>b) Que la sentencia haya aplicado o interpretado erróneamente la doctrina legal.</p> <p>c) Que la sentencia fuere <u>arbitraria por no reunir las condiciones mínimas necesarias para satisfacer adecuadamente el derecho a la jurisdicción</u>”. (El resaltado nos pertenece).</p>
		Chubut	Código Procesal Civil y Comercial de Chubut, art. 291.	<p>“Art. 291.— <i>Violacion de la ley o doctrina legal</i>. Habrá lugar al recurso de casación por violación de la ley o doctrina legal cuando la sentencia:</p> <p>a) Se fundare en una interpretación de la ley que hubiere influido sustancialmente en su dispositivo, y que fuere contraria a la hecha por otro Tribunal colegiado de única o última instancia de la Provincia, dentro de un lapso no mayor de TRES (3) años.</p> <p>b) Recayere sobre cosas no demandadas o contra distinta persona de aquella contra la cual se interpuso la demanda.</p> <p>c) Otorgare más de lo pedido, excepto en causas del fuero laboral, o no contuviere declaración sobre alguna de las pretensiones oportunamente deducidas en el juicio.</p> <p>d) Contuviere disposiciones manifiestamente contradictorias.</p> <p>e) Fuere <u>arbitraria</u>” (El resaltado nos pertenece)</p>

³⁸ CPCC de La Pampa, L.P. 1.828 (B.O.12-03-1999). Su texto puede consultarse en: Id Infojus: LPL0001060.

³⁹ CPCC de Santa Fe, L.P., 30 de Octubre de 1961, B.O. 29/01/1962. Su texto puede consultarse en: Id Infojus: LPS0000136.

Recurso	Causal	Provincia	Normativa	Texto
		La Rioja	Código Procesal Civil y Comercial de La Rioja, art. 257.	<p>“Art. 257.— <i>Motivos de casación.</i> Procederá el recurso de casación, en los siguientes casos:</p> <p>1) Cuando se hubiere incurrido en violación o errónea aplicación de la Ley sustantiva.</p> <p>2) Cuando se hubiere incurrido en violación u omisión de las formas procesales establecidas en este Código, siempre que el recurrente no haya concurrido a producirla, ni la consintió expresa o tácitamente, ni resulte cumplida, pese a la violación u omisión, la finalidad de la norma vulnerada.</p> <p>3) Cuando se hubiere incurrido en errónea apreciación de la prueba, siempre que se fundare en instrumentos públicos o privados, debidamente reconocidos en juicio, y que de ellos resultare, en forma evidente, la equivocación del juzgador.</p> <p>4) Cuando se hubiere incurrido en manifiesta arbitrariedad en la aplicación de las reglas de la sana crítica”^{***} (El resaltado nos pertenece).</p>
	Absurdo	Tierra del Fuego	Código Procesal Civil Comercial Laboral Rural y de Minería de Tierra del Fuego, art. 287	<p>“Art. 287. — <i>Causales de casación.</i></p> <p>287.1. El recurso sólo podrá fundarse en la existencia de una infracción o errónea aplicación de la norma de derecho, de fondo o de forma. Se entenderá por tal, inclusive, la infracción a las reglas legales de admisibilidad o de valoración de la prueba, cuando se ha incurrido en absurdo.</p> <p>287.2. No se tendrán en cuenta los errores de derecho que no determinaren la parte dispositiva de la sentencia.</p> <p>287.3. En cuanto a las normas de procedimiento, sólo constituirá causal la infracción o errónea aplicación de aquellas que sean esenciales para la garantía del debido proceso y siempre que la respectiva nulidad no haya sido subsanada en forma legal”^{****} (El resaltado nos pertenece).</p>

* Código Procesal Civil y Comercial de Catamarca (T.O. 2008). Ley 2.339. B.O. 29/02/2008. Su texto puede consultarse en: Id Infojus: LPK0002339.

** Código Procesal Civil y Comercial de Chubut, Ley XIII - N° 5 (Antes Ley 2.203). B.O. 01/06/2010. Su texto puede consultarse en: Id Infojus: LPU1000005.

*** Código Procesal Civil y Comercial de La Rioja, Ley 1.575, B.O. 3/10/1950. Id Infojus: LPP0001575.

**** Código Procesal Civil Comercial Laboral Rural y de Minería de Tierra del Fuego. B.O.: 17/08/1994. Su texto se encuentra disponible en la Página Oficial del Poder Judicial de Tierra del Fuego <http://www.justierradelfuego.gov.ar/wordpress/wp-content/uploads/2014/08/C%C3%B3digo-Procesal-Civil-2012.pdf> (consulta: 19/12/2014).

Gráfico N° 2: Análisis comparativo del Recurso de Inaplicabilidad de la ley en el derecho comparado interno provincial, con particular referencia a las causales de Arbitrariedad y del Absurdo

Recurso	Causal	Provincia	Normativa	Texto
Inaplicabilidad de la ley	Arbitrariedad	Neuquén	Código Procesal Civil y Comercial de Neuquén	Art. 15.— <i>Causales</i> : El recurso de inaplicabilidad de ley tendrá que fundarse en alguna de las siguientes causales: “a) Que la sentencia haya violado la ley o doctrina legal; b) que la sentencia haya aplicado o interpretado erróneamente la ley o la doctrina legal; c) que la sentencia fuera arbitraria por no reunir las condiciones mínimas necesarias para satisfacer adecuadamente el derecho a la jurisdicción ; d) que la sentencia contradiga la doctrina establecida por el Tribunal Superior de Justicia en los cinco años anteriores a la fecha del fallo recurrido, o por una Cámara, cuando aquel no se hubiera pronunciado sobre la cuestión, y siempre que el precedente se hubiera invocado oportunamente” (El resaltado nos pertenece).
		Misiones	Código Procesal Civil y Comercial de Misiones, art. 296.	“Art. 296.— <i>Causales</i> . El recurso de inaplicabilidad de Ley tendrá que fundarse en alguna de las siguientes causales: 1) que la sentencia haya violado la Ley o la doctrina legal; 2) que la sentencia haya aplicado erróneamente la Ley o la doctrina legal; 3) que la sentencia recurrida haya conculcado derechos esenciales consagrados en la Constitución de la Provincia de Misiones, en la Constitución Nacional y Leyes Federales; 4) que la sentencia fuere arbitraria por no reunir las condiciones mínimas necesarias para satisfacer adecuadamente el derecho a la jurisdicción ” (El resaltado nos pertenece).
	Absurdo	Corrientes	Código Procesal Civil y Comercial de Corrientes	“Art. 278.— <i>Plazo. Fundamentación</i> . El recurso se interpondrá dentro de los diez días de notificada la sentencia definitiva, ante el tribunal que la pronunció. El escrito en que se lo deduzca tendrá que fundamentarse necesariamente en alguna de las siguientes causas: 1. Que la sentencia haya violado la ley. 2. Que la sentencia haya aplicado erróneamente la ley. 3. Que en la sentencia se hubiere incurrido en una causal caracterizante de la doctrina del absurdo . Del escrito recursivo se dará traslado a la otra parte por el plazo de diez días” (El resaltado nos pertenece).

* Código Procesal Civil y Comercial de Neuquén, Ley 912, Neuquén, 24 de Octubre de 1975, B.O. 10/11/1975. Id Infojus: LPQ0000912. Reforma introducida por medio de la Ley 1.406 (con las modificaciones de las leyes 1596 y 2241), B.O. 18/2/83. Su texto se encuentra disponible en la página oficial del Poder Judicial de la Provincia de Neuquén: <http://www.jusneuquen.gov.ar/index.php/normativas-provinciales/leyes-provinciales/1090> (Consulta 19/12/2014).

** Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Misiones. Ley XII - N° 6 (Antes Ley 2335). Su texto se encuentra disponible en la Página oficial de Representantes de la Provincia de Misiones: http://www.diputadosmisiones.gov.ar/digesto_juridico/content.php?id_category=206&bus_rama=ok (consulta: 19/11/2014).

*** Código Procesal Civil y Comercial de Corrientes. B.O.: 23/03/2000. Su texto se encuentra disponible en la Página Oficial del Poder Judicial de Corrientes. <http://www.juscorrientes.gov.ar/home.php> (Consulta: 19/12/2014).

Dentro de este panorama procesal civil y comercial provincial, resulta interesante el caso de la provincia de La Rioja, dado que, como sostiene Jorge Bóveda: “El código de La Rioja se ha inclinado decididamente por el sistema español o de casación ‘impura’, previendo expresamente la posibilidad de revisar los hechos —además de la aplicación del derecho— con el fin de lograr la justicia en el caso concreto. Para lograr esa revisión ha establecido dos motivos de casación: por una parte, el error en la meritación de documentos auténticos; por la otra, la arbitrariedad en la aplicación de las reglas de la sana crítica”⁴⁰. Inclusive, precisa que: “En la implementación del recurso de casación se han tenido en cuenta también las modalidades del proceso civil riojano, en particular la instancia única y la oralidad. En esta provincia todos los juzgados y tribunales, resuelven las litis en una sola instancia.

Ello ha determinado una política legislativa y jurisprudencial dirigida a ampliar los alcances del recurso. Se ha compensado la falta de revisión amplia de la doble instancia, con la apertura de la casación en el punto referido al examen de los hechos, pero siempre dentro de las limitaciones propias de este recurso circunscripto a los errores expresamente ‘tipificados’ en los motivos respectivos”⁴¹. Como dato útil se subraya, que en el foro riojano se la utiliza en una proporción muchísimo mayor que los demás recursos extraordinarios⁴². E inclusive, la mayoría de las casaciones civiles y comerciales se plantean por las causales de arbitrariedad⁴³.

⁴⁰ BÓVEDA, JORGE C., *Estudios sobre el proceso civil riojano*, Editorial Pandemia, La Rioja, octubre de 2000, p. 44.

⁴¹ *Ibidem*, pp. 44-45.

⁴² Exposición de motivos del Código Proc. Civil y Com. de la prov. de La Rioja, Ley 3372, edición oficial, 1973, p.190.

⁴³ “Conforme a reiterada jurisprudencia de este tribunal, el motivo de arbitrariedad requiere para su procedencia que la decisión que se pretende abatir no tenga fundamentos suficientes en las circunstancias de hecho y prueba de la causa, de manera que sus conclusiones no constituyen derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las circunstancias probadas de la misma, por lo que aparece desprovisto de todo apoyo legal y sostenido en tan solo la mera voluntad de los jueces, resultando descalificable como acto judicial (ver en este sentido Expte.N°11892-F-2006, caratulados: ‘Ferreira, Juan Carlos-Casación’, fallo del 11 de abril de 2008).(...) el tribunal de grado anterior ha lesionado gravemente el principio de razón suficiente, enunciado como un desarrollo intelectual constituido por elementos aptos para producir razonablemente un convencimiento cierto o probable sobre el hecho, cuestión que resulta indispensable para no producir tacha de arbitrariedad (cfr. De la Rúa, Fernando, en ‘El recurso de casación’, edit. Zavalía, Bs.As.1968, pag.184 y ss.). Por ello, la falta de motivación de la conclusión expuesta por el tribunal de mérito que acoge la excepción, constituye un caso paradigmático de arbitrariedad, que así debe ser calificado y que autoriza el progreso del recurso, con costas a las partes vencidas, artículos 158 y 159 del CPC, lo que así declaro. 5. Conforme al artículo 262, 3º párrafo in fin del CPC, corresponde que decida el fondo de la cuestión objeto de decisión, esto es la procedencia o rechazo de la excepción de prescripción planteada por los terceros coadyuvantes y repelida por el Estado Provincial” (TSJ La Rioja, 2 de mayo de 2013, Expte. N°13.988, Letra “E” -año 2012, “Estado Provincial-Casación (Autos T.G.N. c/ Estado Provincial -Daños y perjuicios”), disponible en http://tesauro.justicialarioja.gov.ar/tb_exped_list.php (consulta 19-11-2014).

4. La casación civil y la cámara federal y nacional de casación civil y comercial en la Ley Nacional 26.853/2013

En nuestro análisis vamos a ocuparnos de algunos de los aspectos más importantes de esta reforma nacional.

4.1. Su aplicación

Girando ahora nuestro análisis al plano nacional, se advierte que, recientemente, a partir del 2013, se crea la casación federal y nacional civil y comercial, la cual viene a coexistir con los regímenes provinciales por nuestra forma representativa y federal de gobierno (art. 1º CN).

Claro que la creación de la casación civil federal y nacional acarrea la derogación por sustitución del recurso de inaplicabilidad de la ley en el CPCCN artículos 288 a 301 de la Sección 8ª del capítulo correspondiente al Título IV del Libro Primero del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Sin embargo, la citada casación civil no se ha implementado aún, hasta la instalación y funcionamiento de la *Cámara Federal y Nacional de Casación Civil y Comercial*, como consecuencia de las acciones judiciales⁴⁴ planteadas.

Tal circunstancia motivó que el Alto Cuerpo Nacional dictara la Acordada 23/2013, conforme a la cual se declaró que la operatividad del recurso de casación se halla supeditada a la instalación y funcionamiento de la Cámara Federal y Nacional de Casación en lo Civil y Comercial, no previéndose ningún plazo.

En este aspecto, hacemos hincapié que el art. 15 de la Ley Nacional 26853/2013, entra en vigor a partir de su publicación, con lo cual dicha normativa legal se encuentra vigente a la fecha. Asimismo, cuando queden constituidas las Cámaras y Salas respectivas, la aludida reforma se aplica a todos los juicios, incluyéndose a los que se encuentren en trámite. De ahí que los alcances de aplicación de la Ley Nacional 26853/2013 sean amplios.

4.2. Proyecto de ley - Expte. P.E. 006-13 (Mensaje N° 376)

El Poder Ejecutivo Nacional, mediante expte. P.E. -006-13 (Mensaje 376), ingresó con fecha ocho de abril de 2013, un proyecto de ley con arreglo al cual, dispone la creación de la Cámara Federal de Casación en lo Contencioso Administrativo Federal, la Cámara Federal y Nacional de Casación del Trabajo y la Seguridad Social y la Cámara Federal y Nacional de Casación en lo Civil y Comercial, conjuntamente con la reglamentación del recurso de casación, entre otras vías recursivas⁴⁵.

En la exposición de motivos, en lo concerniente al “recurso de casación” —en general— y de la causal de “arbitrariedad” —en particular—, se esgrimió que:

“..En el Estado constitucional de derecho vigente en la República, el derecho al recurso —entendido como mecanismo de impugnación y revisión de las

⁴⁴ Juzgado Nacional de 1ª Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal, N° 6, 10-07-13, “*Fargozí Alejandro Eduardo c. Estado Nacional-Poder Ejecutivo Nacional-Ley 26853*”, en *Diario Jurídico de Córdoba*, 18-07-2013, Año 11, N° 2577, p. 7.

⁴⁵ Cabe puntualizar que, si bien la Ley 26.853 (B.O. 26/05/2013) y su respectivo proyecto, reglamentaron los recursos de revisión y de inconstitucionalidad, su tratamiento y análisis excede los límites del presente trabajo.

decisiones emanadas de los tribunales unipersonales o colegiados— se erige, en salvaguarda de los principios y valores que protegen la Constitución Nacional, los tratados y las leyes en el caso concreto.

En este modelo de Estado, el recurso forma parte de la garantía fundamental de la tutela judicial efectiva, la que comprende el derecho a una decisión encausada dentro del principio de juridicidad.

El retraso de los procesos judiciales –derivado de la magnitud y la diversidad de tareas que conciernen al desarrollo de la función judicial- produce una situación irregular, que erosiona el contenido esencial del derecho a una decisión judicial útil, oportuna y fundamentada en Derecho, adquiriendo una dimensión más evidente cuando por su conducto se desnaturaliza la básica relación de equilibrio entre los intereses individuales y el interés público.

Las modificaciones normativas que aquí se propician están llamadas a mejorar ese estado de situación, a través del proyectado recurso de casación que habilita la impugnación de decisiones jurisdiccionales en los específicos supuestos que se determinan.

El proyecto que se propicia establece que las causales habilitantes del recurso de casación son:

- inobservancia o errónea aplicación o interpretación de la ley sustantiva.*
- arbitrariedad.*
- inobservancia de las formas procesales esenciales.*
- unificación de la doctrina cuando en razón de hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales se hubiere llegado a pronunciamientos diferentes.*

A la básica función nomofiláctica, consistente en evitar que los errores en la aplicación del derecho sustancial se perpetúen, al recurso de casación propuesto se le añade una función purificadora sustentada en el principio general de interdicción de la arbitrariedad con respecto a todo acto de las autoridades públicas (artículos 28 y 43, primer párrafo, de la Constitución Nacional).

Desde esta perspectiva, al incluir la causal de arbitrariedad como una de las que habilita la impugnación de decisiones judiciales, el proyecto busca poner a disposición de los justiciables un dispositivo procesal llamado a corregir aquellas resoluciones jurisdiccionales, encuadrándolas técnicamente, dentro de los estándares desarrollados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación —designada en los gobiernos de jure desde hace décadas—.

De este modo, al tiempo que se descomprime el cúmulo de tareas que retrasan la labor del Alto Tribunal, el recurso de casación que se propone posibilitará una respuesta jurisdiccional adecuada y efectiva a favor de quienes padezcan un agravio imputable a una decisión jurisdiccional grave y ostensiblemente anti-jurídica.

La garantía fundamental a la tutela judicial efectiva (artículos 18, 43 y 75 inciso 22 de la Constitución Nacional – XVIII y XXIV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 8° y 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 8° y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 2° inciso 3° apartados a y b, y 14 inciso 1° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) justifica la creación de tribunales que específicamente entiendan en esta compleja situación.

(...)

El proyecto prevé también que si la decisión judicial recurrida no hubiere observado la ley sustantiva, la hubiere aplicado o interpretado erróneamente o hubiere incurrido en arbitrariedad, el tribunal la casará y resolverá el caso con arreglo a la ley y a la doctrina cuya aplicación declare. Más si hubiera inobservancia de las formas procesales esenciales, la Cámara de Casación anulará lo actuado y remitirá el proceso al tribunal que corresponda para su sustanciación..."

(...)

Razones de celeridad, seguridad y equidad, hacen necesario crear nuevos órganos que no sólo agilicen los procedimientos existentes, sino que generen una uniformidad de criterios, en cuanto a la jurisprudencia y la doctrina que se aplica.

*De esta forma, se coadyuva a la seguridad jurídica, tan requerida por los protagonistas de los procesos judiciales y los ciudadanos, en general*⁴⁶.

Inferimos de ello como una novedad que se instituya el recurso de casación en lo civil y comercial por la causal de arbitrariedad con fundamento en nuestra CN y en los tratados a los cuales se aluden, que tienen jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22, CN con la reforma de 1994).

4.3. Dictámenes de las Comisiones de Asuntos Constitucionales, de Justicia y de Presupuesto y Hacienda

Desde las Comisiones de Asuntos Constitucionales, de Justicia, y de Presupuesto y Hacienda, se elaboró un dictamen de mayoría⁴⁷, por el cual se propiciaba la *aprobación* del proyecto de ley en cuestión y siete dictámenes de minoría⁴⁸ que votaban por su *rechazo*.

4.4. Sistematización de las diferentes posturas y argumentos

De la lectura de la exposición de motivos del proyecto (punto 4.2.), así también como de los dictámenes mencionados en el apartado precedente (punto 4.3.), es posible sistematizar, en líneas generales, los principales argumentos a favor y en contra.

⁴⁶ Texto disponible en la página oficial de la Agencia Nacional de Noticias (TELAM): <http://www.telam.com.ar/advf/documentos/2013/04/5166a8850529b.pdf> (consulta: 10/11/2014).

⁴⁷ El Dictamen de mayoría fue suscripto por Diana B. Conti, Roberto J. Feletti, Jorge A. Landau, Anabel Fernández Sagastí, Eric Calcagno y Maillman, María L. Alonso, Marcos Cleri, Pablo F. J. Kosiner, Jorge Rivas, José R. Uñac, Oscar E. N. Albriue, Andrés R. Arregui, Raúl E. Barrandeguy, Luis E. Basterra, Nora E. Bedano, Susana A. Bertone Gloria Bidegain, Daniel A. Brue, Jorge A. Cejas, Stella Maris Córdoba, Alfredo C. Dato, Eduardo E. De Pedro, Juan C. Díaz Roig, Omar C. Félix, Juan C. Forconi, Fabián M. Francioni, Andrea F. García, María T. García, Graciela M. Giannettasio, Leonardo Grosso, Mónica E. Gutiérrez, Carlos S. Heller, Carlos M. Kunkel, Mario A. Metaza, Carlos J. Moreno, Juan M. Pais, Julia A. Perié, Rubén A. Rivarola, Héctor P. Recalde, Gladys Soto, Javier H. Tineo, Fernando Yarade, María E. Zamarreño, Alex R. Ziegler.

⁴⁸ El *primer dictamen de minoría* fue suscripto por Mario R. Negri, Olga I. Brizuela y Doria De Cara, Miguel Á. Giubergia, Jorge L. Albarracín, Jorge M. Álvarez, Miguel Á. Basse, Manuel Garrido, Ricardo R. Gil Lavedra, Juan P. Tunessi, Enrique A. Vaquié.

El *segundo dictamen de minoría* fue suscripto por Gustavo A. H. Ferrari, Natalia Gambaro, Graciela Camaño, Carlos A. Carranza, Daniel Germano, Alberto J. Pérez.

El *tercer dictamen de minoría* fue suscripto por Omal A. Duclós, Liliána Parada, Gerardo F. Milman, Margarita R. Stolbizer, Graciela S. Villata, Juan C. Zabalza.

El *cuarto dictamen de minoría* fue suscripto por Pablo G. Tonelli, Laura Alonso, Julián M. Obiglio, Alberto J. Triaca.

El *quinto dictamen de minoría* fue suscripto por Elisa M. A. Carrió, Carlos A. Favario, Alicia Terada.

El *sexto dictamen de minoría* fue suscripto por Jorge R. Yoma.

El *séptimo dictamen de minoría* fue suscripto por Eduardo P. Amadeo.

4.4.1. Argumentos a favor

- a) Fortalece la garantía de la tutela judicial efectiva —en general— y el derecho al recurso —en particular—.
- b) Posibilita la obtención de una decisión judicial “útil”, “oportuna” y “fundamentada en derecho”.
- c) Descongestiona el cúmulo de causas de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.
- d) Contribuye a la celeridad, seguridad y equidad en la órbita judicial.

4.4.2. Argumentos en contra

a) Vulnera la garantía de la tutela judicial efectiva —en general— y el acceso a la justicia, el plazo razonable y el derecho a una sentencia útil y eficaz —en particular—.

a.1.) Afecta el acceso a la justicia, toda vez que los nuevos Tribunales se radican en la Capital Federal. Razón por la cual, para poder litigar, hay que constituir domicilio dentro del radio respectivo, impactando de modo negativo, principalmente, en los sectores más vulnerables.

a.2.) Afecta el plazo razonable y el derecho a una sentencia útil y eficaz, en tanto la introducción de una nueva instancia, contribuye a dilatar los procesos judiciales, impidiendo el cumplimiento de la sentencia, en perjuicio de los particulares.

b) El derecho al recurso ya se encuentra satisfecho en todos los fueros con las Cámaras de Apelaciones y, particularmente, en el ámbito penal, con la Cámara de Casación Penal.

c) Se compromete la responsabilidad internacional de Estado, al incumplir con el deber de adecuar la normativa interna a los estándares internacionales de derechos humanos.

d) No se contribuye al descongestionamiento de causas de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, toda vez que el Alto Cuerpo —según su propia jurisprudencia— no tiene tradicionalmente funciones casatorias en asuntos de derecho común y procesal.

e) Compromete la independencia del Poder Judicial de la Nación, a mérito del trámite abreviado dispuesto en su articulado, en orden a la designación de magistrados para su conformación.

f) Invade competencias de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

4.5. Algunos lineamientos de la Ley Nacional 26.853/2013

Algunos de los principales lineamientos de la Ley nacional 26853/2013, son los siguientes:

En un primer plano, destacamos la creación de la Cámara Federal y Nacional de Casación en lo Civil y Comercial, como un tribunal propio que tiene competencia material y funcional o por grado, en los recursos de casación en lo civil y comercial y, en los recursos de inconstitucionalidad y de revisión, que derogan por sustitución al actual recurso de inaplicabilidad de la ley del CPCCN.

En un segundo plano, observamos que se recepta en el ámbito federal y nacional una casación civil y comercial reformulada, como una vía de control de las cuestiones de derecho y, también de las cuestiones de hecho por vía de la causal legal de la arbitrariedad, cuyos límites no se encuentran legislados. Esto

es importante y va a propiciar, seguramente, un debate doctrinario y jurisprudencial.

En un tercer plano, apreciamos que su ámbito de aplicación corresponde a las causas de índole federal que se radican en los tribunales federales de todo el país y en la C.A.B.A. y, también en las causas que se radican en los tribunales nacionales de la C.A.B.A., que —aun cuando actualmente dependen de la CSJN— lo que prestan es un servicio de justicia ordinaria hasta tanto no se realice el traspaso de dichos servicios a la C.A.B.A. (art. 129 CN, con la reforma de 1994). Por ende, entendemos que esta última situación planteada no tiene carácter definitivo dado que los servicios de justicia civil y comercial —que actualmente son de carácter nacional— en algún futuro tienen que traspasarse a la C.A.B.A. para que pasen a integrar su propio Poder Judicial acorde a la Constitución de la C.A.B.A. y de sus reglamentaciones. Lo expresado, en un futuro, va a dar origen a un gran debate no sólo judicial, sino también político, económico y social.

5. Conclusiones reflexivas

Nuestras conclusiones reflexivas son las siguientes:

1. En el sistema jurídico argentino, actualmente, se contempla la “arbitrariedad” como causal legal del recurso de casación, tanto en el ámbito federal (Ley 26.853, con las aclaraciones formuladas sobre su implementación) y provincial (Catamarca, Chubut y La Rioja) —en todos los casos, con diferentes alcances—.

Asimismo, se advierte el “absurdo” como causal legal del recurso de casación, en la provincia de Tierra del Fuego.

2. La Cámara Federal y Nacional de Casación en lo Civil y Comercial es un tribunal intermedio, con competencia material y funcional de carácter específico para conocer y resolver los recursos de casación en lo civil y comercial y los recursos de inconstitucionalidad y recurso de revisión en todos los juicios, aun en los que se encuentren en trámite en los tribunales federales de todo el país y en los tribunales federales y nacionales de la C.A.B.A.

3. La recepción legislativa nacional de la casación en lo civil y comercial por la causal legal de “arbitrariedad”, aun cuando sus límites no se encuentren fijados legislativamente, constituye un antecedente importante para aquellas provincias que todavía no la legislaron en sus respectivos ámbitos locales y, en el marco de sus correspondientes reformas judiciales integrales.



LA UNIFICACIÓN DE LA DOCTRINA EN EL ÁMBITO NACIONAL —EN REFERENCIA AL RECURSO DE INAPLICABILIDAD DE LA LEY CON LA REFORMA DE LA LEY 26.853/2013 EN MATERIA DE CASACIÓN EN LO CIVIL Y COMERCIAL—^{*}

Miguel Robledo ^{**} y Diego Robledo ^{***}

Resumen: El presente trabajo tiene por objeto analizar el recurso de inaplicabilidad de la ley en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, con la reforma introducida por la Ley Nacional 22.434. Asimismo, se complementa con el estudio de la nueva Ley Nacional 26.853/2013, con arreglo a la cual se crea la Cámara Federal y Nacional de Casación en lo Civil y Comercial y, consecuentemente, el recurso de casación civil y comercial en tal fuero. En particular, se focaliza en la causal casatoria tendiente a lograr la unificación de la doctrina de fallos diferentes, emitidos frente a casos sustancialmente iguales.

Palabras claves: Cámara Federal y Nacional de Casación en lo Civil y Comercial - Casación civil y comercial - Doctrina legal - Fallos plenarios - Unificación de la doctrina legal.

1. Introducción

Como punto de partida, cabe señalar que dos casos judiciales con hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, pueden originar interpretaciones legales diferentes y contradictorias.

Tal circunstancia asume importancia superlativa, máxime si tenemos presente las reflexiones vertidas en el *VIº Congreso Nacional de Derecho Procesal*, celebrado en Mendoza, los días 9 al 14 de octubre de 1972, donde se concluyó que: *“La jurisprudencia contradictoria en la interpretación de la ley aplicable al caso concreto puede constituir violación de la igualdad jurídica”*¹.

Desde el punto de vista procesal, a los fines de procurar la unificación de la jurisprudencia contradictoria, el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (en adelante CPCCN), estableció el *recurso de inaplicabilidad de la ley*.

^{*} Recibido el 06/05/15. Aprobado el 31/08/15.

^{**} Abogado, Egresado Sobresaliente y Cuadro de Honor de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales-UNC. Premio Universidad (UNC). Distinción Talentos 2007. Cursando actualmente el Doctorado en Derecho y Ciencias Sociales (UNC). Magíster en Derecho Procesal (UNR). Magíster en Dirección de Negocios —MBA— (UNC). Especialista en Derecho Procesal Constitucional (UBP). Profesor de Derecho Procesal Civil y Comercial, Derecho Procesal Constitucional y Taller de Jurisprudencia I en la FD y CS (UNC). E-mail: ab_miguelrobledo@hotmail.com.

^{***} Becario Doctoral de tipo II CONICET. Abogado, Egresado sobresaliente, Distinción al Mérito, Cuerpo de Abanderados y Escoltas *supp.* de la Facultad de Derecho y Cs. Sociales de Universidad Nacional de Córdoba. Doctorando en Derecho y Cs. Ss. (NC). Estudiante de Maestría Derecho y Argumentación (UNC), de la Maestría de Derecho Procesal (UNR) y de la Especialización en Derecho Procesal Constitucional (UBP). Profesor de Filosofía del Derecho, Cat. “A” FD y CS de UNC. Email: drobledoavilapaz@gmail.com.

¹ QUIROZ FERNÁNDEZ, JUAN CARLOS, “Congresos Nacionales de Derecho Procesal-Conclusiones I al XIX Congreso Nacional 1939-1997”, *Revista de Derecho Procesal, Asociación Argentina de Derecho Procesal*, Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, 1999, pp. 92/93.

Ahora bien, en el año 2013, mediante el dictado de la Ley Nacional 26.853, se introdujeron dos reformas de importancia superlativa: la sustitución de tal vía recursiva por el *recurso de casación* y la creación de las *Cámaras Federal y Nacional Civil y Comercial*.

Sin embargo, la normativa no se operativizó, primero, por una resolución judicial del Juzgado Nacional Contencioso Administrativo Federal N° 6² y, luego por la Acordada 23/2013 del Alto Cuerpo Nacional, conforme a la cual se dispuso “Declarar que la operatividad de los recursos procesales que contempla la ley 26.853 se halla supeditada a la instalación y funcionamiento de las cámaras federales nacionales que crea”³.

Bajo esta perspectiva, el presente trabajo procurará analizar tres planos y formular, finalmente, una reflexión: **(i) primero**, un panorama general del recurso de casación; **(ii) segundo**, un panorama particular del recurso de inaplicabilidad de la ley y; **(iii) tercero**, algunos aspectos procesales de la Ley 26.854; **(iv)** una reflexión respecto de la garantía de igualdad, y por último, nuestras conclusiones.

2. Recurso de casación: consideraciones conceptuales

De Santo, parafraseando a Ossorio, sostiene que el recurso de casación “es el que se interpone ante el Tribunal Supremo contra fallos definitivos o laudos, en los cuales se suponen infringidas leyes o doctrina legal, o quebrantada alguna garantía esencial del procedimiento”⁴.

A partir de este concepto, se desprende que el recurso de casación procede en contra de sentencia definitiva o de laudos arbitrales por los motivos legales de infringir la ley o la doctrina legal o por la vulneración de garantías esenciales durante el procedimiento, ya sea por haber incurrido en la omisión o, en la errónea aplicación de las normativas procesales pertinentes.

Ossorio le adjudica como “principal finalidad unificar jurisprudencia, pues sin esa unificación no hay seguridad jurídica”⁵. Otros, en cambio, sostienen que apuntala al ordenamiento jurídico dotándolo de mayor certeza y que se refuerza la previsibilidad de respuestas de los jueces frente a casos semejantes —y

² Al respecto, precisa Rosa Ávila Paz de Robledo que en los autos “Fargozi, Alejandro E. c. Estado Nacional - Poder Ejecutivo Nacional - Ley 26853”, Diario Jurídico de Córdoba del 18/7/2013, año 11, n. 2577, p. 7, el Juzgado Contencioso Administrativo Federal n° 6 dictó una resolución con fecha 18/07/2013, por la cual admitió una medida cautelar para suspender la aplicación de la Ley 26.853 y, declaró inconstitucional la normativa en cuestión (conf. ÁVILA PAZ DE ROBLEDO, ROSA A., “Revisión de la cosa juzgada y acción autónoma de nulidad”, Suplemento de Jurisprudencia Argentina sobre *Los Tribunales de Casación y los Recursos de Casación, Revisión e Inconstitucionalidad*, Coordinador RAMIRO ROSALES CUELLO, Fascículo 5, Buenos Aires, 30/10/2013, p. 52).

³ En otras palabras, consideramos que, hasta el momento que se verifiquen las circunstancias dispuestas mediante la Acordada 23/13 CSJN, sigue aplicándose el recurso de inaplicabilidad de la ley. Ello es así toda vez, desde nuestra perspectiva, la intención del legislador no ha sido la de *derogar* el recurso de inaplicabilidad de la ley, sino que ha perseguido la “sustitución” (art. 11 de la Ley 26.853) de esta vía recursiva, entre otros, por el recurso de casación. De manera tal que, no encontrándose operativa la reforma precitada, es razonable interpretar que subsiste la vigencia del recurso de inaplicabilidad de la ley. De lo contrario, se privaría a los justiciables de una herramienta procesal para unificar la jurisprudencia contradictoria. Máxime, en aquellos asuntos que —como regla— no constituyen competencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

⁴ DE SANTO, VÍCTOR, *Diccionario de derecho procesal*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1991, p. 368.

⁵ OSSORIO, MANUEL, *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, 33ª ed. corregida y aumentada por Guillermo Cabanellas de las Cuevas, Ed. Heliasta, Buenos Aires, 2008, p. 157.

dicha previsibilidad impacta en la dimensión económica del proceso—; aunque también podría señalarse que impacta en la garantía de la igualdad de los ciudadanos⁶.

Complementariamente, Vescovi expresa que la casación presenta los siguientes caracteres:

a) Su *carácter es público*, de acuerdo al fin que persigue la casación, en tanto se da “*en interés de la ley*”. Como dato útil, subrayamos que la casación podrá ser deducida por la parte agraviada únicamente por los motivos legales de la casación, y a su vez, el tribunal de casación sólo podrá resolver la casación dentro de los motivos planteados por el casacionista.

Asimismo, el carácter público de la casación surge del propio carácter público que reviste el proceso judicial⁷.

b) Es de *carácter extraordinario*, porque procede luego que se han agotado los recursos ordinarios (ejemplo, recursos de apelación, de nulidad, etc.) y como una última *ratio*.

Además, el recurso de casación se deduce contra resoluciones definitivas no firmes, ergo su planteamiento impide que se configure la cosa juzgada.

c) Se trata de un recurso extraordinario limitado teniendo en consideración diversos aspectos:

1. No procede contra todas las resoluciones judiciales, sino solamente contra algunas de ellas, como son los fallos definitivos o resoluciones judiciales equiparables a sentencias definitivas, porque le provocan al casacionista un gravamen irreparable no susceptible de ser reparado en una vía ulterior.

2. Procede cuando se invoca la violación de una norma legal o doctrina legal y no admite que se planteen cuestiones de hecho.

3. Los motivos casatorios son limitados y se encuentran regulados en la normativa procesal. Su enumeración es taxativa y de interpretación restrictiva.

4. Consecuentemente, el límite legal de los motivos casatorios y el principio de congruencia limitan los poderes del Tribunal de Casación, que sólo puede fallar dentro de estos motivos casatorios deducidos por el casacionista⁸.

3. La doctrina legal: concepto y alcances

En este apartado corresponde efectuar algunas precisiones, en torno a la interpretación de las normas —en general—, y la interpretación judicial —en particular—, como antesala para ingresar al análisis de la doctrina legal.

Con respecto al *primer eje*, Carlos María Cárcova sostiene que: “interpretar las normas es un proceso complejo, heurístico, hermenéutico, político y cultural, carente de resultados unívocos”⁹.

⁶ A éstos Taruffo los agrupa como los valores de la casación. TARUFFO, MICHELE, “La jurisprudencia entre casuística y uniformidad”, *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Chile (Valdivia). Dic. 2014, vol. 27, N° 2, pp. 9-19, accedido a través de http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502014000200001&lng=es&nrm=iso. ISSN 0718-0950.

⁷ ÁVILA PAZ DE ROBLEDO, ROSA A. (dir.), *Manual de Teoría General del Proceso*, Ed. Advocatus, Córdoba, 2005, t. I, p. 24.

⁸ VESCOVI, ENRIQUE, *La casación civil*, 1ª edición, Ediciones IDEA, Montevideo, Uruguay, 1979, pp. 30 y 31.

⁹ CARCOVA, CARLOS, “¿Hay una traducción correcta de las normas?”, en ALARCÓN CABRERA, CARLOS y VIGO, RODOLFO LUIS (coords.), *Interpretación y argumentación jurídica. Problemas y perspectivas*

En lo atinente al *segundo eje*, Juan Carlos Hitters sostiene que, en la mayoría de los casos, la interpretación judicial de una misma norma legal tiene como resultado un abanico de posibilidades, en tanto lo que se persigue es la aplicación justa de esa norma acorde a los valores vigentes en la época¹⁰.

En esta línea, la circunstancia que la doctrina legal se acuñe con la propia jurisprudencia, no importa que permanezca cristalizada e inmutable a lo largo de los tiempos. Por el contrario, es pasible de sufrir cambios y modificaciones, a los fines de dar una cabal respuesta a las exigencias actuales de la vida social y así, poder servir para la realización de la justicia en cada caso concreto¹¹.

Desde nuestra perspectiva, concebimos a la **doctrina legal** como aquella elaborada por los jueces plenaristas, en orden a impedir que, a través de una jurisprudencia contradictoria, se produzcan diferentes interpretaciones y consecuentes aplicaciones de las leyes substanciales, agravando a las partes de un proceso judicial, al colocarlos frente a una desigualdad ante la ley.

A los efectos de unificar la jurisprudencia contradictoria, existen dos vías procesales: los recursos de casación y de inaplicabilidad de la ley, reglamentados con alcances disímiles.

Por un lado, en el ámbito provincial, los Tribunales Superiores de Justicia (en adelante TSJ) son los órganos competentes para conocer y decidir en los recursos de casación y, consecuentemente, son los que unifican la jurisprudencia contradictoria cuando emiten sus fallos casacionales.

Por otro lado, en el ámbito nacional, actualmente, se utiliza el recurso de inaplicabilidad de la ley (arts. 288 a 303 del CPCCN, con la reforma de la Ley Nacional 22434); a pesar que el mismo se encuentra sustituido por derogación de los arts. 288 al 301 de la Sección 8ª, del capítulo correspondiente al Título IV del Libro Primero del CPCCN por la Ley Nacional 26.853/2013, que instituye el recurso de casación civil (arts. 4º y 11).

Puntualmente, como consecuencia de los cambios operados en el ámbito nacional, Francisco A. Hankovits propone distinguir la noción de "*doctrina legal*"¹² y "*doctrina casacional*", de acuerdo al órgano que las origina. Así pues,

actuales, Asociación Argentina de Filosofía del Derecho, Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política y Marcial Pons, Buenos Aires, 2011, p. 162.

¹⁰ HITTERS, JUAN CARLOS, *Técnica de los recursos extraordinarios y de la casación*, Ed. LEP, La Plata, 1998, p. 288, citado por HANKOVITS, FRANCISCO A., "Casación, doctrina legal y valor del precedente", en ROSALES CUELLO, RAMIRO (coord.), "Los tribunales de casación y los recursos de casación, revisión e inconstitucionalidad", Jurisprudencia Argentina, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 30-10-2013, Fascículo 5, Suplemento especial, p. 30.

¹¹ El art. 436 del ordenamiento procesal civil riojano establece esta regla de interpretación judicial tendiente a que la aplicación de las leyes se efectúe teniendo en cuenta los requerimientos sociales actuales al momento de su aplicación (Ver: JOSÉ JUAN FRANCISCO, *Código Procesal Civil y Comercial de La Rioja, Ley 3372 y sus modificaciones*, Lerner Editora, Córdoba, 2003, p. 198). Dentro de este orden de ideas, no puede soslayarse la doctrina del Máximo Cuerpo Nacional, conforme a la cual "...Las leyes no pueden ser interpretadas sólo históricamente, sin consideración a las nuevas condiciones y necesidades de la comunidad, porque toda ley, por naturaleza, tiene una visión de futuro, está destinada a recoger y regir hechos posteriores a su sanción: 'Las leyes disponen para lo futuro', dice el art. 3º del Cód. Civil, con un significado trascendente que no se agota, por cierto, en la consecuencia particular que el precepto extrae a continuación..." (CSJN, Fallos: 240:291, "S.R.L. Samuel Kot", 05/09/1958).

¹² En esta línea, desde el plano terminológico, Ibáñez Frocham precisa que "...Ha sido el legislador quien, al reglamentarlo lo ha designado por 'recurso de inaplicabilidad de la ley o doctrina legal', con lo que otro legislador podría rebautizarlo cuando lo estimara oportuno. Lo que acaso fuera conveniente" (IBÁÑEZ FROCHAM, MANUEL, *Los Recursos en el Proceso Civil*, Ed. Sociedad Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1943, p. 130).

considera “*doctrina legal*” aquella producida por la jurisprudencia *latu sensu*, y “*doctrina casacional*” aquella emanada de las Cámaras de Casación Nacional y Federal Civil y Comercial¹³.

4. Recurso de inaplicabilidad de la ley en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación

Vamos a analizar sólo los aspectos del recurso de inaplicabilidad del CPCCN, que guarden relación con la igualdad de los ciudadanos ante la ley en el proceso judicial, atento la extensión del presente trabajo.

4.1. Concepto

El CPCCN —actualmente vigente— sin la reforma que le introdujo la Ley Nacional 26.853/2013 de la cual nos vamos a ocupar en el punto siguiente, legisla que la unificación de la jurisprudencia, dentro de las distintas cámaras nacionales de apelaciones, se efectúa por medio del recurso de inaplicabilidad de la ley, o bien, de oficio, por iniciativa de cualesquiera de las salas de la cámara respectiva (art. 303 del CPCCN).

Palacio nos ilustra señalando que el art. 288 del CPCN, dispone que el “*recurso de inaplicabilidad de la ley sólo será admisible contra la sentencia definitiva que contradiga la doctrina establecida por alguna de las salas de la cámara en los últimos diez años anteriores a la fecha del fallo recurrido y siempre que el precedente se hubiera invocado con anterioridad a su pronunciamiento*”. Luego la Ley 22.434 le introdujo a este mismo artículo el siguiente agregado: “*si se tratare de una cámara federal, que estuviere constituida por más de una sala, el recurso será admisible cuando la contradicción exista entre sentencias pronunciadas por las salas que son la alzada propia de los juzgados civiles federales o de los juzgados en lo contencioso-administrativo federal*”. Así pues, esta norma sólo se aplica a las cámaras federales con asiento en las provincias que tengan como mínimo dos salas con competencia asignada para conocer de los recursos de apelación, deducidos en contra de las sentencias dictadas por los juzgados federales en materia civil, comercial o contencioso-administrativo o por los juzgados del mismo fuero con competencia específica en esas materias¹⁴.

En esta perspectiva, Roland Arazi y Jorge Rojas definen al recurso de inaplicabilidad de la ley como “un recurso extraordinario que se otorga contra las sentencias definitivas dictadas por una sala de una cámara de apelaciones, por medio del cual el tribunal en pleno establece la doctrina legal aplicable. La cámara en pleno no juzga la justicia o injusticia de la sentencia de la sala, sino exclusivamente, su legalidad”. En consecuencia, el sentido y finalidad del recurso de inaplicabilidad de la ley, es “fijar una única doctrina legal, para evitar contradicción en la interpretación y consecuente aplicación de una norma jurídica”¹⁵.

¹³ HANKOVITS, FRANCISCO A., “Casación, doctrina legal y valor del precedente”, en ROSALES CUELLO, RAMIRO (coord.), *Los tribunales de casación y los recursos de casación, revisión e inconstitucionalidad*, Jurisprudencia Argentina, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 30-10-2013, Fascículo 5, Suplemento especial, p. 31.

¹⁴ PALACIO, LINO E., *Manual de Derecho Procesal Civil*, 18ª ed. actualizada, Lexis Nexis-Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2004, p. 629.

¹⁵ ARAZI, ROLAND y ROJAS, JORGE, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Comentado y anotado*. Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2003, p. 366.

Advertimos que esta unificación de la jurisprudencia la efectúa el tribunal plenario, dentro de un fuero, a través del dictado de un fallo plenario, que establece la doctrina plenaria, la cual tiene carácter obligatorio para la cámara que lo dictó y para los jueces de la primera instancia respecto de los cuales sea aquella tribunal de alzada (art. 303 CPCCN).

4.2. Antecedentes

Roland Arazi reseña que el recurso de inaplicabilidad de la ley registra como primer antecedente a la Ley 7.055, la cual en su art. 6° establecía: *“En caso de producirse contienda de competencia entre las dos cámaras, el presidente de la primera hubiese conocido, las reunirá en tribunal y la decidirá por mayoría de votos. Si hubiese empate se dará intervención a un miembro de las otras cámaras, elegido a la suerte. Igual procedimiento se observará en los casos en que al celebrarse el acuerdo para dictar sentencia definitiva, cualquiera de las dos cámaras entendiera que en cuanto al punto en debate, es conveniente fijar la interpretación de la ley o de la doctrina aplicable”*. Esta ley no disponía en forma expresa la obligatoriedad de la doctrina plenaria, ni tampoco la facultad de las partes para pedir la reunión plenaria del tribunal.

La Ley Nacional 12.327, en su art. 5° dispuso la reunión de plenarios de la Cámara en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal.

Luego, al dividirse en Salas las Cámaras de Apelaciones en lo Civil y la Cámara de Apelaciones en lo Comercial, por Ley Nacional 12.330, se autorizó la convocatoria de tribunal plenario, a petición de la mayoría de los miembros de una de las dos Cámaras. Asimismo, cada sala podía integrarse con dos miembros de la otra: de oficio o a petición de parte, planteada antes del llamamiento de autos para sentencia. Además, la Cámara podía reunirse si contaba con la conformidad de las dos terceras partes de sus miembros para poder modificar un plenario anterior. Dicha ley no fijaba la obligatoriedad de la doctrina de los fallos plenarios, ni tampoco establecía el recurso contra las sentencias definitivas.

A su vez, la Ley Nacional 11.924 que reglamentaba el procedimiento ante los tribunales de la eliminada justicia especial en lo civil y comercial (antes justicia de paz letrada), dispuso que la Cámara de Paz se reuniría en pleno, para unificar la jurisprudencia, cuando cualquiera de las salas pidiera fijar la interpretación de la ley o de la doctrina aplicable. Por cierto, la doctrina fijada por la mayoría de la Cámara debía ser aplicada en lo sucesivo, en las resoluciones que emitieran cada una de las salas. Fue en el año 1941 que la Cámara de Paz decidió que la doctrina plenaria era obligatoria para los jueces de primera instancia (Cám. Paz Letrada, en pleno 11-08-1941, L.L. 23-463). A su vez, esta obligatoriedad fue ratificada por el Decreto-ley 4555/43.

En la Constitución de 1949, se unificaron los fueros en la Capital Federal, eliminándose la distinción entre los jueces nacionales y los jueces federales. Asimismo, se estableció que la CSJN actuaría como tribunal de casación y que la interpretación que nuestro Máximo Tribunal hiciera de los Códigos y Leyes, por vía del recurso de casación, sería aplicada obligatoriamente por los jueces y tribunales nacionales y provinciales (art. 95). A lo dicho, se sumó la reglamentación de los plenarios por la Ley 13.998 y Acordada de la CSJN del 17 de diciembre de 1952 disponiendo que cada sala de la cámara debía informarse de la jurisprudencia de las otras salas de la misma cámara, e —incluso— cuando no hubiera coinciden-

cia, la sala debía abstenerse de emitir su fallo y se reuniría en tribunal pleno. De este modo, la acordada precitada, la convocatoria de un tribunal plenario dejó de tener un carácter facultativo para cada sala y se convirtió en un deber¹⁶.

Posteriormente, la Revolución Libertadora de 1955, deroga la Constitución de 1949 y sus reglamentaciones y es el decreto-ley 1285/58, el que reglamenta la reunión del tribunal plenario y del recurso de inaplicabilidad de la ley, con similares alcances al actual Código Procesal Civil y Comercial (arts. 288 a 303), con las modificaciones de la Ley 22.434, tendientes a subsanar la gran demora que este instituto, tenía en su tramitación.

4.3. Naturaleza jurídica

En torno a la naturaleza jurídica del recurso de inaplicabilidad de la ley, se discute acerca de si constituye o no un recurso.

Por un lado, Enrique Falcón entiende que “dudosamente puede considerarse un recurso extraordinario pues se trata para el apelante de una apelación ordinaria en tercera instancia, pero no para discutir el acierto o desacierto de la sentencia cuestionada, sino la contradicción entre los fallos de un fuero, pues significa más bien el corregimiento de una situación de incompatibilidad lógica del sistema”¹⁷. Es otras palabras, para este autor no configura un recurso extraordinario, ni tampoco es un recurso para el caso concreto.

Por otro lado, Lino E. Palacio enseña que en el recurso de inaplicabilidad de la ley, sí se asemeja a la casación por errores “*in iudicando*”¹⁸, de los cuales constituyen especies los recursos de inconstitucionalidad nacional y provincial y el recurso de inaplicabilidad de la ley. Además, en el instituto en estudio, al igual que en los sistemas de casación civil tradicional, queda excluida de la competencias de las cámaras en pleno la revisión de los hechos resueltos por la sentencia de la sala. Es más, tampoco puede pedirse la revisión de los hechos por “arbitrariedad” o por el “absurdo”, como tampoco puede ante el tribunal plenario ofrecerse prueba o denunciar hechos nuevos, ni recusar con o sin causa a los miembros del Tribunal (art. 291 CPCCN). Lo que ocurre es que el tribunal plenario que conoce y resuelve el recurso de inaplicabilidad de la ley tiene sólo una competencia negativa, pues debe limitarse a fijar la doctrina aplicable a la causa, a anular el fallo recurrido cuando su doctrina no se ajuste a aquélla y a disponer que pasen las actuaciones a la Sala que resulte sorteada para que dicte una nueva sentencia acorde a la doctrina plenaria establecida (art. 300 CPCCN)¹⁹. En consecuencia, el tribunal plenario lo que emite es un fallo plenario en el cual unifica la jurisprudencia contradictoria, por unanimidad o por mayoría.

¹⁶ ARAZI, ROLAND, “Recurso de inaplicabilidad de la ley”, en *Revista de Derecho Procesal*, 3, *Medios de Impugnación. Recursos II*, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 3 de septiembre de 1999, pp. 224-225.

¹⁷ FALCÓN, ENRIQUE, *Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial...*, cit., t. VIII, pp. 351-352.

¹⁸ El vicio por error *in iudicando* es aquel que se evidencia a través de “errores de juzgamiento derivados de una desacertada aplicación de la ley o de la valoración de la prueba”, y por otro lado, el vicio *in procedendo* o de actividad es aquel que error generado “a causa de la inobservancia de los requisitos procesales que condicionan la validez de la correspondiente resolución o concernientes a la irregularidad del procedimiento que precedió a su dictado” (cfr. PALACIO, LINO E., *Derecho Procesal Civil*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2005, online Abeledo Perrot N°: 2508/000418).

Ello autoriza a hablar, en términos generales, de un vicio producido por carencia de los presupuestos de la formación material de la sentencia.

¹⁹ PALACIO, LINO E., *Manual de Derecho Procesal...*, cit., p. 630.

En esta perspectiva, Osvaldo Gozáni sostiene que: “es un remedio procesal extraordinario, cuya finalidad es armonizar y unificar la jurisprudencia que pronuncia un tribunal de apelaciones en el orden nacional o federal, toda vez que está pensada para Cámaras Nacionales de Apelaciones (de competencia ordinaria y federal) con sede en la ciudad de Buenos Aires y las restantes cámaras federales del país”²⁰. Y, adiciona que los alcances de este instituto son: “la uniformidad de la jurisprudencia en materia de interpretación de la ley, dentro de un fuero y con la condición de que se esté en presencia de sentencias contradictorias. Comporta, de tal modo, un aspecto reducido del recurso de casación, puesto que se marginan de su ámbito propio las contradicciones o criterios desiguales cuando éstos se dan entre las cámaras nacionales distintas”²¹.

Por nuestra parte, consideramos que el recurso de inaplicabilidad de la ley sí constituye un *recurso* cuando es deducido por las *partes* y no, por el contrario, cuando es practicada *de oficio* por las salas que integran la misma cámara. En este sentido, adherimos a la postura con arreglo a la cual el instituto de que se trata configura una subespecie de la casación. Ello es así, toda vez que sólo persigue la finalidad de la unificación de la jurisprudencia contradictoria, para un mismo fuero y, para un mismo tribunal.

4.4. Los fallos plenarios y el “*stare decisis*”

Aquí nos ocuparemos de trazar algunos aspectos conceptuales de los fallos plenarios, tanto a nivel interno (respecto a las leyes y acordadas), como a nivel externo (en relación a la doctrina anglosajona del “*stare decisis*”).

Primero, la circunstancia que los *fallos plenarios* fijen una doctrina legal y que la normativa procesal le atribuya carácter obligatorio (art. 303 CPCCN), no importa confundir esta resolución judicial con una *ley*.

Precisamente, las leyes se caracterizan por su carácter abstracto, de alcance general y que atiende a las futuras situaciones que se pudieran plantear. En cambio, los fallos plenarios configuran resoluciones que emanan de los jueces que integran el tribunal plenario para dar una solución frente a un caso concreto²².

Segundo, los *fallos plenarios* tampoco pueden equipararse a las *acordadas judiciales*, dictadas por los altos cuerpos de los Poderes Judicial nacional y provinciales. Ello es así, toda vez que aquellas constituyen normas prácticas para dotar de una mayor eficacia al servicio de justicia que el Estado presta a través del Poder Judicial. En este sentido, las acordadas judiciales no se dictan en el marco del ejercicio de la jurisdicción judicial dentro de la cual se resuelven —únicamente— los casos concretos, sino que la CSJN y los TSJ y CS provinciales los dictan en ejercicio de los poderes de superintendencia, y los instrumentan con la forma de “*acordada judicial*” o de “*acuerdo*”. Razón por la cual, las acordadas judiciales conforman las llamadas “*normativas domésticas*”, cuyo alcance

²⁰ GOZAINI, OSVALDO A. *Tratado de Derecho Procesal Civil*, La Ley, 2009, t. V, p. 485.

²¹ *Ibíd.*, t. V, p. 487.

²² El vocablo “caso concreto” que utilizamos en este trabajo lo hacemos con el alcance de que el mismo consiste en un conflicto de intereses de carácter público y/o privado en el marco de lo jurídico y lo judicial (art. 19 CN).

es resolver las cuestiones prácticas y cotidianas de la prestación del servicio de justicia²³; pero no se aplican para resolver un caso concreto judicial.

Tercero, en lo concerniente a las diferencias de los *fallos plenarios* con el régimen del precedente anglosajón y, particularmente, la doctrina del “*stare decisis*”²⁴, cabe tener en consideración lo expresado por Nino, acerca de que “(...) en nuestro país, a diferencia de los precedentes en el *common law*, no se constituye con una sola decisión, sino que exige una serie concordante de decisiones. El único caso que en nuestro sistema se reconoce obligatoriedad a un fallo judicial para futuras decisiones es cuando se produce un ‘plenario’ (que consiste en una reunión de todas las salas que componen una Cámara de Apelaciones con el objeto de unificar doctrinas judiciales contradictorias, siendo entonces la decisión obligatoria para toda la Cámara y los jueces que dependen de ella). Sin embargo, un fallo plenario no es un precedente en sentido estricto, ya que no se origina en la fundamentación de cierta decisión sino que es una regla estipulada deliberadamente; es el único caso fuera de las reglamentaciones internas que puede sancionar un tribunal, en que un órgano judicial puede dictar, deliberadamente, normas generales”²⁵.

En esta línea, en el sistema jurídico anglosajón existe un derecho consuetudinario, motivo por el cual, al no existir un derecho positivo, necesariamente hay que invocar el precedente para que se pueda resolver el caso concreto. Al respecto, Michele Taruffo explica que en este sistema, el “*stare decisis*” consiste en “la atribución a una decisión anterior, y esencialmente a la *ratio decidendi* que justifica jurídicamente su resultado, la capacidad de influir en la decisión de un caso sucesivo, idéntico o análogo”²⁶. Es adherirse a los fundamentos —constituidos por la *ratio decidendi*— de un caso resuelto precedentemente.

Dentro de este orden de ideas, Enrique M. Falcón, señala que en los países anglosajones la obligatoriedad de los precedentes se hace “(...) a través del *stare decisis* (estar a lo decidido, en realidad es: *stare decisis et quieta non movere*,

²³ En la pág. web de la CSJN, se puede consultar las acordadas judiciales de nuestro máximo tribunal que se encuentran disponibles en el sitio: http://www.csjn.gov.ar/docus/documentos/cons_tipo.jsp?tipo=AC.

²⁴ En su denominación completa “*stare decisis et quieta non movere*” quiere decir estar a lo decidido y no modificar lo ya establecido, lo que está quieto. El *Black’s Law Dictionary* advierte que en Estados Unidos el “*stare decisis*” está circunscripto a la materia constitucional cfr. 298 U.S. 38, 94 en GIFIS, STEVEN H., *Law Dictionary*, 6th ed. Barron’s Legal Guides, Estados Unidos, 2010, p. 513. En el *Common Law*, “precedent” se refiere a un caso previamente decidido —cosa juzgada— al cual se le reconoce autoridad dispositiva para decidir nuevos casos (cfr. GIFIS, STEVEN, ob. cit., p. 408).

²⁵ NINO, CARLOS SANTIAGO, *Introducción al análisis del Derecho*, 16ª reimpression, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2012, pp. 152/153. Guibourg al explicar sobre las fuentes del derecho sostiene que “[e]n sistemas donde rigen normas sobre la casación y fallos plenarios, la propia ley confiere atribución a los jueces, en condiciones determinadas, para establecer *doctrinas obligatorias*. En este sentido los órganos judiciales pueden asimilarse a órganos legislativos de jerarquía inferior a la del parlamento y acotada por los procedimientos (Entelman, 1964, 18). Pero tal condición es relativamente rara entre las normas a las que se atribuye origen judicial. La mayoría de éstas se entienden creadas a partir de simples fallos individuales, especialmente si la doctrina se repite en numerosas decisiones y más aún si es aceptada por tribunales de alta jerarquía: para ello no se requiere autorización legislativa alguna” (GUIBOURG, RICARDO, “Fuentes del Derecho” en GARZÓN VALDÉS, ERNESTO y LAPORTA, FRANCISCO, *El Derecho y la Justicia, Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía*, 2ª ed., Ed. Trotta, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, España, 2000, p. 185).

²⁶ TARUFFO, MICHELE “La jurisprudencia entre casuística y uniformidad”, *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Chile (Valdivia). Dic. 2014, vol.27, N°2, p.9-19, accedido a través de http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502014000200001&lng=es&nrm=iso. ISSN 0718-0950.

es decir ‘estar a las decisiones y no provocar inseguridad en las cosas que están establecidas’), que no es extraña a nuestros tribunales como política de aplicar el precedente, aunque en el sistema inglés y los que lo siguen, como el americano, las decisiones precedentes (*Doctrine of binding precedent*) han sido desarrolladas por los jueces y resultan obligatorias, con la salvedad de que la doctrina del precedente se aplica sobre las cuestiones decidida y no sobre los temas *obiter dictum* (dicho como al pasar)²⁷.

Por su parte, Luiz Guilherme Marinoni sostiene que: “El principio *treat like cases alike* es la base secular del *stare decisis* y, por ende de los presupuestos obligatorios en el *common law*. El *common law*, en virtud de la plena conciencia de que el juez participa en la producción del Derecho, desde sus orígenes, cuida para que el producto de la actividad judicial no signifique violación de la igualdad. El *civil law*, al suponer que el juez puede limitarse a describir la norma contenida en el texto legislativo nunca se preocupó con la igualdad de los ciudadanos delante de las decisiones, habiendo proclamado siempre sólo la igualdad ante la ley”²⁸.

En virtud de lo explicitado precedentemente, consideramos que el alcance vinculante que tiene el precedente en el sistema anglosajón no puede equiparse con la obligatoriedad de alcance de los fallos plenarios en el ámbito nacional de nuestro, a mérito que nuestro sistema jurídico es de derecho positivo.

4.5. Paralelismo del recurso de inaplicabilidad de la ley y del recurso de casación civil

A los fines de establecer el paralelismo que existe entre el recurso de inaplicabilidad de la ley y el recurso de casación civil clásica²⁹ precisaremos sus principales semejanzas y diferencias:

Comparación	Objeto impugnabile (semejanza)	Naturaleza jurídica (diferencia 1)	Vicio <i>iuris in iudicando</i> (diferencia 2)	Vicio <i>in procedendo</i> (diferencia 3)
Recurso de Casación	Contra sentencias definitivas y aquellas resoluciones que pueden equiparse con las sentencias definitivas porque hacen imposible su continuación.	Recurso extraordinario.	En la casación civil clásica se invoca el vicio <i>in iudicando</i> por haberse incurrido en la violación o errónea aplicación de la ley sustantiva*.	En la casación civil se invocan los vicios <i>in procedendo</i> (son de carácter procesal) que se den en la sentencia y en el trámite, siempre que los mismos no se encuentren consentidos y firmes.

²⁷ FALCÓN, ENRIQUE, *Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial...*, cit., t. VIII, pp. 354-355.

²⁸ MARINONI, LUIZ GUILHERME, “De la Corte que declara el sentido ‘El Sentido Exacto de la Ley’ a la Corte que instituye precedentes”, en *XXIV° Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal-Instituto Colombo Panameño de Derecho Procesal, Panamá, 2014, p. 77.

²⁹ Entendemos por casación civil clásica la que cumple las funciones de control de legalidad y de unificación de la jurisprudencia contradictoria. No incluimos a la actual apertura de la casación penal a los hechos según la CSJN. Fallos: 328:3399, “*Matías Eugenio Casal y otros*”, 20/09/2005.

Comparación	Objeto impugnabile (semejanza)	Naturaleza jurídica (diferencia 1)	Vicio <i>iuris in iudicando</i> (diferencia 2)	Vicio <i>in procedendo</i> (diferencia 3)
Recurso de Inaplicabilidad de la Ley	Contra sentencias definitivas y aquellas resoluciones que pueden equiparse con las sentencias definitivas porque hacen imposible su continuación.	La doctrina no es pacífica sobre su naturaleza jurídica teniendo en cuenta que la unificación de la jurisprudencia por fallo plenario puede hacerse de oficio o por pedido de la parte agraviada mediante esta vía impugnativa.	La invocación del vicio <i>in iudicando</i> está condicionada a la existencia de un precedente, emitida por una de las salas de la cámara, que sea contradictorio con la doctrina fijada en la sentencia recurrida. Asimismo, este precedente debe haber sido dictado dentro de los diez años anteriores a la fecha del fallo recurrido y siempre que el precedente se hubiese invocado con anterioridad a su pronunciamiento (art. 288).	No puede invocarse los vicios <i>in procedendo</i> en este recurso

* Art. 257 inc. 1 del Código Procesal Civil y Comercial de La Rioja, Ley 3372 y sus modificatorias.

A modo de conclusión, sostenemos que la casación civil clásica es un recurso extraordinario abarcativo del control de legalidad y de unificación jurisprudencial, mientras que el recurso de inaplicabilidad de la ley comprende como única y exclusiva finalidad el lograr la unificación de la jurisprudencia, dentro de cada uno de los tribunales de alzada de la justicia nacional.

4.6. Recurso de inaplicabilidad: ámbito de aplicación

El ámbito material de aplicación del recurso de inaplicabilidad de la ley, comprende a la sentencia definitiva emitida por una sala, que contradice la doctrina sentada por otra de las salas de la cámara, en los últimos diez años.

En esta línea, Carlos Colombo señala que se “busca que la interpretación de la ley sea la expresión de la voluntad de la Cámara y no aisladamente de cada una de las salas. El precedente jurisprudencial no debe ser de fecha anterior a los diez años, con lo que se trata de evitar la *cristalización del derecho* y debe haber sido invocado con anterioridad al pronunciamiento de la sentencia que se impugna porque este recurso no persigue sólo un propósito de estética jurídica sino la evitación de perjuicios reales”³⁰.

³⁰ COLOMBO, CARLOS J., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación- Comentado y anotado*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1975, t. I, p. 461.

Asimismo, se establece que el precedente no tenga una antigüedad mayor a diez años³¹ porque los cambios de épocas son permanentes. Al respecto Enrique M. Falcón, expresa que se establece la antigüedad de un precedente atendiendo a la fecha de su emisión y no de su publicación, porque lo que se persigue es la “revisión temporal de la doctrina aplicable a la luz del proceso de la ciencia en general y del Derecho en particular”³².

Desde otro costado, siguiendo Roland Arazi “son ineficaces los precedentes dictados en función de un régimen legal diferente (Cám. Nac. Civ. en pleno 24-9-73, L.L. 152-321); también lo son los que han sido revocados por la CSJN, pues en tales condiciones el criterio sustentado no es doctrina legal (Cám. Nac. Civ. en pleno, 25.10.74, L.L. 1975-B-957, N° 1186)”³³. Asimismo, también tenemos que atender, entre otras situaciones, a los cambios jurisprudenciales que se produzcan como consecuencia de una reforma legislativa o de una nueva integración del tribunal o de los cambios de criterios en la misma sala.

4.7. Presupuestos

En lo atinente a los presupuestos de la vía impugnativa en cuestión, resulta preciso analizar: a) la legitimación del recurrente, b) el objeto de esta vía impugnativa, c) la interposición y trámite del recurso de inaplicabilidad de la ley.

a) Legitimación del recurrente. El recurso debe ser deducido por las partes y los terceros que con la calidad de partes eventuales intervengan proceso y que necesariamente invoquen un agravio. En este punto, cabe tener presente que el dictado de jurisprudencia contradictoria provoca un escándalo jurídico y lesiona gravemente el principio de igualdad del recurrente agraviado.

b) Objeto impugnabile. Procede contra las *sentencias definitivas*, que son las que terminan el pleito o hicieren imposible su continuación (art. 289 CPCCN).

c) Respecto a los requisitos de admisibilidad, es menester detenernos en: 1. El plazo para recurrir. 2. Las formalidades para la interposición del recurso de inaplicabilidad de la ley.

1. En lo concerniente al *plazo para recurrir* es de diez días hábiles y se trata de un plazo perentorio fatal, que no se interrumpe por el planteamiento de un pedido de aclaratoria del recurrente (art. 292 CPCCN).

2. En lo que atañe al *planteamiento* del recurso de inaplicabilidad de la ley, el recurrente lo deberá hacer por escrito fundado ante la sala que pronunció el fallo en crisis. Al respecto, Laura Iglesias sostiene que los requisitos que el recurrente debe acreditar, son los siguientes.

- La “*contradicción que se da entre la sentencia recurrida y otra dictada por la una sala distinta del mismo tribunal*”. A su vez, esta contradicción

³¹ La jurisprudencia sostiene que “El fallo invocado cuya antigüedad es superior a la prevista por el art. 288 del Cód. Procesal (ADLA, XXVII-C, 2649), no es idóneo a los fines del recurso de inaplicabilidad. CNCiv. en pleno, mayo 9-972, LA LEY, 147-383. Ídem, “De los precedentes invocados al plantear el recurso de inaplicabilidad de ley, debe descartarse el que tiene mayor antigüedad que la prevista por el art. 288 del Cód. Procesal (ADLA, XXVII-2649), CNCiv. en pleno, mayo 19-972, LA LEY, 147-466.

³² FALCÓN, ENRIQUE, *Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial...*, cit., t. VIII, pp. 355-356.

³³ ARAZI, ROLAND, “Recurso de inaplicabilidad de la ley”, en *Revista de Derecho Procesal*, 3, *Medios de Impugnación...*, cit., p. 230.

debe recaer sólo en “*cuestiones de derecho, interpretación de texto legal, sin que se pueda juzgar el error, injusticia o acierto de la sentencia*”³⁴.

- **Haber invocado el precedente en forma expresa y precisa con anterioridad al fallo** que ahora recurre. El mismo, debe tener diez años anteriores a la fecha del fallo recurrido. Inclusive, la oportunidad para hacerlo “es oportuna aun en segunda instancia, en la expresión de agravios, en su contestación o memoriales, según sea la forma del recurso”³⁵.

- **Fundar el recurso atendiendo que la contradicción tiene carácter decisivo**, porque, precisamente, a partir de ella, se generaría una jurisprudencia contradictoria y, tal circunstancia provoca el escándalo jurídico que se patentiza en la violación del principio de igualdad (art. 292 CPCCN).

- Presentado el escrito fundado de interposición del recurso de inaplicabilidad de la ley ante el tribunal que emitió el fallo recurrido, éste efectuará un examen formal sobre el cumplimiento de los requisitos para su interposición, y si el recurrente no lo cumplió se declarará inadmisibile. En cambio, si entiende que los cumplimentó se dará traslado a la otra parte por el término de diez días (art. 292 CPCCN).

A su vez, en lo concerniente al *trámite del recurso de inaplicabilidad de la ley*, cabe remarcar lo siguiente:

- Constituye un acierto de la Ley 22.434, asignarle a la Sala que sigue en turno a la que dictó el fallo que decida sobre su admisibilidad previo haber verificado los requisitos ya analizados. Por lo tanto, la Sala puede resolver:

- a) La inadmisibilidad del recurso de inaplicabilidad de la ley y por ello su remisión a la Sala de origen. Este rechazo puede ser porque el recurrente incurrió en el incumplimiento (ejemplo: interposición extemporánea) o en cumplimiento erróneo de los requisitos regulados para su interposición (ejemplo: la fundamentación defectuosa del recurso, permite que se pueda declarar su deserción). Con el rechazo del recurso de inaplicabilidad de la ley, el fallo recurrido queda firme y consentido.

- b) La concesión del recurso de inaplicabilidad de la ley, es con efecto suspensivo, razón por la cual la resolución cuestionada no podrá ser ejecutada, hasta que la Cámara —en pleno— resuelva. Asimismo, se remite el expte. al Presidente del tribunal para que lo tramite (art. 293 CPCCN).

- c) En consecuencia, el Presidente del Tribunal deberá efectuar la redacción del cuestionario de las cuestiones a decidir en el plenario (art. 294 CPCCN). Luego, en forma simultánea lo debe remitir a cada uno de los integrantes del tribunal (art. 296 CPCCN). Una vez vencido el plazo, el Presidente decide si mantiene las cuestiones a resolver fijadas o si las modifica de acuerdo a la sugerencias que los demás vocales le hubieran formulado (art. 296 CPCCN), de este modo queda fijado el tema del plenario.

- d) Luego, el Presidente convocará a un acuerdo y los vocales pueden emitir su voto en forma conjunta e impersonal (art. 298 CPCCN). La decisión se

³⁴ IGLESIAS, LAURA, “Sección octava-Recurso de inaplicabilidad de la ley”, en LÓPEZ MESA, MARCELO (dir.), ROSALES CUELLO, RAMIRO (coord.), *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación - Comentario, concordado con los códigos procesales de las provincias argentinas y anotado con jurisprudencia de todo el país*, La Ley, Buenos Aires, 2012, t. III, pp. 57-58.

³⁵ *Ibidem*.

adopta por el voto de la mayoría de los jueces que integran la cámara. En caso de empate decide el Presidente (art. 299 CPCN).

La nota particular que tiene el recurso de inaplicabilidad de la ley es que se integra con la convocatoria de oficio, por el tribunal para el dictado de un fallo plenario.

5. Casación civil y la unificación de la doctrina legal en la Ley Nacional 26.853/2013

La nueva casación civil dispuesta por la Ley Nacional 26.853/2013³⁶ sustituye al recurso de inaplicabilidad de la ley previsto en los arts. 288 a 303 del CPCCN, actualmente vigente, conforme las consideraciones *supra* explicitadas.

5.1. Proyecto de ley. Expte. P.E. 006/13 (Mensaje 376)

El proyecto de ley presentado por el Poder Ejecutivo Nacional, con fecha 8 de abril de 2013, por ante el Congreso de la Nación, en lo concerniente al recurso de casación, por unificación de jurisprudencia contradictoria, sostuvo que: *“...El recurso de casación también está concebido para unificar la doctrina, cuando en razón de hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales se hubiera llegado a pronunciamientos diferentes o contradictorios.*

Frente a la pluralidad de Salas que quedarán bajo la competencia de las Cámaras de Casación que aquí se crean, el recurso de casación se presenta como un mecanismo idóneo para revisar las diferentes interpretaciones de una misma norma jurídica. De ese modo, se asegura la uniformidad e igualdad en la aplicación del derecho vigente. Frente al desconcierto que produce la dispersión de interpretaciones diversas de tribunales de un mismo grado, el recurso de casación tenderá a garantizar la unidad de doctrina y con ello satisfará la previsibilidad y seguridad jurídica.

Para asegurar adecuadamente esos fines se considera conveniente disponer la creación de TRES (3) Cámaras de Casación con sede en la Capital Federal, llamadas a conocer y decidir los recursos de casación interpuestos contra las sentencias dictadas por las Cámaras de Apelación respectivas (la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, por las demás Cámaras Federales de Apelaciones del país en causas contencioso-administrativas y civiles y comerciales federales, la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, la Cámara Federal de la Seguridad Social, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y la Cámara de Apelaciones en lo Comercial).

(...)

Razones de celeridad, seguridad y equidad, hacen necesario crear nuevos órganos que no sólo agilicen los procedimientos existentes, sino que generen una uniformidad de criterios, en cuanto a la jurisprudencia y la doctrina que se aplica.

De esta forma, se coadyuva a la seguridad jurídica, tan requerida por los protagonistas de los procesos judiciales y los ciudadanos, en general³⁷.

³⁶ Ley Nacional 2853/2013, sanción: 24-04-2013, promulgación: 9-05-2014 y publicación: 17-05-2013.

³⁷ El texto está disponible en la página oficial de la Agencia Nacional de Noticias (TELAM): <http://www.telam.com.ar/advf/documentos/2013/04/5166a8850529b.pdf> (consulta: 05/11/2014).

En otras palabras, la Ley Nac. 26853/2013 instituye a la casación en lo civil y comercial en el nuevo su art. 289 y en su inc. 3 establece como una de las causales casatorias a la *“Unificación de la doctrina cuando en razón de los hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales se hubiese llegado a pronunciamientos diferentes.”*

5.2. Análisis de la Ley 26.853

De la lectura de la Ley 26.853, inferimos que se alude a la unificación de la doctrina, sin ninguna otra adición.

Al respecto, Francisco A. Hankovits sostiene que: “[e]n el texto adjetivo nacional (art. 289, inc. 3) se acentúa claramente, desde este instituto en tratamiento, una de las funciones primordiales de la casación, cual es la unificación de la jurisprudencia como modo de brindar seguridad jurídica, predictibilidad a las decisiones y previsibilidad en el intercambio jurídico, asegurando el principio de igualdad en sede judicial (art. 16, CN) ante idénticas situaciones en juzgamiento, más allá de actuar también la función nomofiláctica tendiente a fiscalizar la correcta aplicación del derecho objetivo.(...) La necesidad de verificar la resolución de situaciones idénticas de igual modo se impone con énfasis dentro del seno de la casación, para mantener así la necesaria coherencia decisoria que la dotará de plena autoridad y le reservará un lugar de reconocimiento social en el plano jurídico. En definitiva, con la casación, a través de la doctrina de sus fallos, la jurisprudencia en general se consolida en el sistema jurídico continental”³⁸.

Entonces, advertimos que la Cámara Federal y Nacional de Casación Civil va a desenvolver su labor de unificación de jurisprudencia contradictoria de los tribunales inferiores, con la finalidad de brindar seguridad jurídica y certeza en el derecho, de modo tal de garantizar en plenitud la igualdad ante la ley en el proceso judicial. Sin embargo, cabe precisar que la normativa de que se trata no especifica los tribunales inferiores a cuáles abarca. Entendemos que corresponde a todos los tribunales inferiores, aunque hubiera sido pertinente que así se desprenda de la propia letra de este nuevo art. 289 inc. 3. A modo de paralelismo con el ordenamiento procesal civil y comercial cordobés, señalamos que en la casación civil cordobesa, en esta causal legal, sí se individualizan a todos los tribunales inferiores³⁹.

Otro aspecto a ponderar es que, el nuevo art. 289 inc. 3, no legisla sobre la contradicción que también se configura cuando el fallo emitido por un tribunal inferior contraría a un fallo pronunciado por la cámara federal y nacional civil. Entendemos que esta otra contradicción también resulta atrapada en el aludido art. 289 inc. 3; sin embargo, comprendemos muy pertinente que este supuesto específico también debió haberse legislado en forma expresa. Aun más, si seguimos con el paralelismo de la casación civil cordobesa, debemos señalar que con-

³⁸ HANKOVITS, FRANCISCO A., “Casación, doctrina legal y valor...”, cit., p. 31.

³⁹ El CPCC de la Provincia de Córdoba, Ley 8465, dispone en su art. 383 *Procedencia*: El recurso de casación procederá por los siguientes motivos: (...) inc. 3 Que el fallo se funde en una interpretación de la ley que sea contraria a la hecha, dentro de los cinco años anteriores a la resolución recurrida, por el propio tribunal de la causa, por el Tribunal Superior de Justicia, un tribunal de apelación en lo civil y comercial, u otro tribunal de apelación o de instancia única, de esta Provincia. Si el fallo contradictorio proviniera de otra sala del Tribunal Superior de Justicia, o de un tribunal de otro fuero, el tribunal de casación se integrará con la Sala Civil y con la sala que corresponda, del Tribunal Superior de Justicia.

figura otra causal legal específica cuando se contraríe la última interpretación de la ley que realice el Tribunal Superior de Justicia⁴⁰.

Por ello, consideramos que la Ley Nacional 26.853/13, presenta estas importantes reformas:

Primero, instituye un órgano jurisdiccional específico como es la Cámara Federal y Nacional de Casación Civil, que —de esta manera— pasa a tener una competencia propia y exclusiva para conocer, tramitar y resolver este recurso de casación en lo civil y comercial y los recursos de inconstitucionalidad y de revisión.

Segundo, legisla como una de sus causales legales a la de unificación de la doctrina cuando frente a pretensiones sustancialmente iguales se hubiere llegado a pronunciamientos diferentes.

Tercero, consideramos relevante puntualizar que, el futuro de esta institución, va a estar inescindiblemente vinculado con los mecanismos de designación de sus integrantes, que garanticen su independencia e imparcialidad. Ello, teniendo presente lo dispuesto en el segundo y tercer párrafo del art. 7° de la Ley 26.853⁴¹.

6. Reflexiones acerca de la garantía de la igualdad

La tarea de la uniformidad de la jurisprudencia contradictoria presenta una relación directa con la garantía de igualdad, tal como enseña Rosa A. Ávila Paz⁴².

Al respecto, la premisa de la cual debemos partir es que, la garantía de igualdad se proyecta en diferentes planos en el proceso judicial⁴³, principalmente, en lo que atañe a la interpretación de la ley.

⁴⁰ El Código Prov. Civil y Comercial de la Prov. de Córdoba, Ley 8465, establece en su *art. 383 Procedencia*: El recurso de casación procederá por los siguientes motivos: (...) inc. 4 Que el fallo contraríe la última interpretación de la ley hecha por el Tribunal Superior de Justicia en ocasión de un recurso fundado en el inciso precedente.

⁴¹ Ley 26.853, art. 7° "Los miembros de las Cámaras creadas por la presente ley serán designados de conformidad a lo prescripto en la normativa vigente en la materia.

En los casos en que resulte necesario, se podrán establecer procedimientos abreviados para la designación de los jueces a los efectos de otorgar mayor celeridad al trámite de las causas.

Hasta tanto las Cámaras de Casación creadas por el artículo 1° de la presente ley sean compuestas conforme el presente artículo, se integrarán por jueces subrogantes o conjueces para iniciar su funcionamiento".

⁴² ÁVILA PAZ, ROSA A. "La garantía de la igualdad y la jurisprudencia contradictoria", en *Cuadernos del Instituto de Derecho Procesal*, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 1980, pp. 56-74.

⁴³ En este sentido, podemos mencionar algunos aspectos generales de los otros planos:

En primer lugar, se les debe garantizar a todas las partes (vgr. actor y demandado en el proceso civil) para que puedan ejercer en plenitud su garantía de defensa en juicio, en su doble rol de carácter activo, para el actor y de carácter pasivo, para el demandado, lo cual a su vez requiere necesariamente de la existencia de un juez independiente, imparcial e imparcial. Ello hace que si el juez quiebra su imparcialidad porque quiere favorecer a una de las partes en detrimento de la otra, lo que hace es quebrantar igualdad de las partes. Aquí el concepto de independencia del juez lo utilizamos con el alcance de la independencia que debe existir entre los tres poderes del estado de derecho, como un modo de afianzar la independencia que debe tener el poder judicial. El concepto de imparcialidad lo empleamos con referencia a la capacidad subjetiva que debe tener el juez que conoce el caso en el sentido que el mismo no debe tener impedimentos legales como ser el cónyuge o tener un vínculo consanguíneo o político muy cercanos, o ser socio, o ser amigo íntimo o enemigo, etc. El concepto de imparcialidad lo utilizamos haciendo hincapié que el juez es un tercero, respecto de las partes, precisamente porque debe estar por encima de ellas.

En segundo lugar, con la reforma constitucional de 1994 de nuestra CN, y con la incorporación de los tratados con jerarquía constitucional se afianza la necesidad de garantizarse la igualdad de las partes entre sí, en lo relativo a su acceso a la justicia. Ello es así, porque esta igualdad procesal no basta, ni

En esta línea, debe atenderse que las partes de diferentes causas judiciales, que tienen en común hechos, cuyos fundamentos y pretensiones son sustancialmente iguales, tienen derecho al dictado de sentencias con soluciones iguales, de ahí la necesidad de que se prevea una solución legal para la unificación de la jurisprudencia contradictoria, a fin de garantizar a las partes el principio de igualdad (art. 16 CN). Podría decirse que esta garantía de igualdad supone: * igualdad ante la jurisdicción; * igualdad en el proceso, igualdad al proceso e igualdad durante el proceso, * igualdad en el proceso de decisiones judiciales, * “igualdad ante la ley e igualdad ante la interpretación de la ley”⁴⁴. Y también, * igualdad de garantías; es decir también igualdad dentro del proceso con igualdad entre las partes e igualdad de oportunidades procesales.

Bidart Campos expresaba que “todo cuanto en la interpretación del derecho aplicable conduzca razonablemente a que en los procesos judiciales sobre casos análogos las sentencias los resuelvan acogiendo una igual interpretación del derecho aplicable, tiene para nosotros el valor de un test aprobatorio de la constitucionalidad. A la inversa, es inconstitucional interpretar y aplicar la misma ley a casos semejantes de manera diferente. Seguramente porque, acudiendo a García Pelayo, podemos coincidir en que la ley no es únicamente el texto normativo tal cual salió del Congreso, sino ese texto normativo ‘más’ la interpretación judicial que de él se ha hecho y se hace en su tránsito por los Tribunales. La igualdad ante la ley se eclipsa inconstitucionalmente cuando no deriva de una verdadera igualdad ante la jurisdicción. Entonces, ¿cómo podrá vituperarse la obligatoriedad de los fallos plenarios, si su mecanismo aplicativo viene, precisamente, a garantizar que la misma ley sea objeto de una misma interpretación judicial en casos análogos?”⁴⁵.

Siguiendo la línea premisa bidartiana, nos preguntamos: *¿Se da en la unificación de jurisprudencia contradictoria la dicotomía unificado o no unificado? ¿Es que hay a caso distintos grados parciales de unificación de la jurisprudencia contradictoria? ¿Cómo puede la uniformidad incluir diferencias (situación de los vulnerables por ejemplo)?*⁴⁶.

El razonamiento de los jueces al decir de Taruffo se debate entre dos paradigmas extremos, el *universalismo jurídico* según el cual “existen reglas generales que deben ser aplicadas por los jueces y de que la decisión respectiva se justifica sólo si el caso particular puede ser ‘subsumido’ en una norma general

resulta suficiente cuando existe una desigualdad real Dentro de este orden de ideas, puede citarse como un avance, las “100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad” dictadas en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, las cuales deben ser aplicadas por los tribunales argentinos de conformidad a lo que dispone nuestra CSJN en la Acordada 5/2009.

⁴⁴ MARINONI, LUIZ GUILERME, “Precedente na dimension da igualdade” en http://s3.amazonaws.com/manager_attachs/cms/downloads/2013/07/21-Luiz_Guilherme_Marinoni_-_Precedente_e_igualdade.pdf?1373037105 (consultada 18-12-2014).

⁴⁵ BIDART CAMPOS, GERMÁN, “La jurisprudencia obligatoria”, en Columna de Opinión, LA LEY, 2001-F, 1492.

⁴⁶ En estos términos Neil Maccormick nos enseña que “se você deve tratar igualmente casos iguais e diferentemente casos distintos, então novos casos que tenham semelhanças relevantes com decisões anteriores devem (prima facie, pelo menos), ser decididos de maneira igual ou análoga aos casos passados” MACCORMICK, NEIL, *Retórica e o Estado de Direito*. Trad.: Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 191 en SILVA, ANDERSON LUIZ “The argument by precedents according to the Theory of Neil Maccormick: assumptions, reasons and limits” en *Revista Eletrônica do Mestrado do Direito da UFAL*, Brasil, Vol. 5, N° 1, 2014. <http://www.seer.ufal.br/index.php/> (15-09-2014). Asimismo, ÁVILA PAZ, ROSA A., “La garantía de la igualdad y la jurisprudencia contradictoria”, cit.

que debe aplicarse a todos los casos iguales o semejantes⁴⁷ y el *particularismo jurídico*, por el que “la decisión debería fundarse solamente en las circunstancias particulares del caso concreto, sin ninguna referencia a normas”⁴⁸. A través de la casación civil se propicia una regla general —universalismo—; sin embargo, llegado el caso de ponderar la igualdad habrá que tener presente las situaciones particulares —como por ejemplo la situación de vulnerabilidad—.

7. Conclusiones finales

En virtud de lo expresado precedentemente, concluimos que:

1) La unificación de la doctrina legal y de la jurisprudencia contradictoria realizan el derecho fundamental y la garantía a la igualdad en la aplicación de la ley —y en la adjudicación de derechos— en un proceso judicial.

2) La casación en lo civil y comercial es la vía legal más adecuada para garantizar la igualdad de las partes ante la ley en un proceso judicial civil, con este mecanismo de unificación de la doctrina legal y de la jurisprudencia contradictoria.

3) La Ley Nacional 26853/2013 (a la fecha no implementada su aplicación) instituye el recurso de casación en lo civil y comercial y, entre sus diversos motivos casatorios, establece expresamente: “*la unificación de la doctrina cuando en razón de los hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales se hubiere llegado a pronunciamientos diferentes*”.

En definitiva, creemos que, para nuestra época actual, esta nueva vía procesal, con base en esta esta causal, puede contribuir a una eficaz tutela de la igualdad de los ciudadanos ante la ley en el proceso judicial (art. 16 CN y ccs.).



⁴⁷ TARUFFO, MICHELE, ob. cit., p. 14.

⁴⁸ *Ibidem*.

SECCIÓN V
HISTORIA DEL DERECHO -
HISTORIA CONSTITUCIONAL

LA ASAMBLEA DEL AÑO XIII - “EL PRIMER DOCUMENTO INSTITUCIONAL DE RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE”*

*Gladys Elder Gauna Donalizio***

Resumen: La declaración de la libertad de vientres de las esclavas de la Asamblea del año XIII es el Primer Documento de los Derechos Humanos que se dictó en nuestro país. El tráfico de esclavos en el Río de la Plata, la vida social, los beneficios económicos que se obtenían, el contexto histórico internacional, los antecedentes legislativos y el espíritu abolicionista, demuestran que las ideas de libertad de los hombres de Mayo fue la declaración de la independencia y la proclamación de la libertad del hombre y de los pueblos como un derecho natural.

Palabras clave: Esclavos - Tráfico - Conflicto con Brasil - Revolución Francesa - Derechos del Hombre.

I. Introducción

A doscientos años de la Asamblea del año XIII, es importante destacar no sólo el valor que tuvo en la formación de los principios rectores de nuestro país, sino también el contenido humanista que tuvieron muchas de las medidas que tomaron. Lamentablemente no logró cumplir con sus dos cometidos principales que fueron la de declarar la independencia y la de dictar la constitución, pero logró otros objetivos de gran importancia para el desarrollo de las instituciones del Río de la Plata; pues todas las materias que trató la Asamblea Constituyente del Año XIII hicieron que se configure en un verdadero hito en la formación institucional de nuestro país, las que luego fueron receptadas en la Constitución de 1853.

La Asamblea del Año XIII, proclamó la teoría de la representación política; declaró el principio de la soberanía del pueblo; resolvió la libertad de las provincias rioplatenses; aprobó el uso de varios símbolos patrios, como el Escudo Nacional Argentino, encargó la composición del Himno Nacional Argentino, autorizó el uso de la escarapela argentina; mandó acuñar la primera moneda nacional en oro y plata; suprimió el uso de la efigie del rey de España sustituyéndola por el escudo nacional; declaró fiesta cívica al 25 de Mayo; dictó la libertad de vientres de las esclavas; puso fin al tráfico de esclavos, eliminó los mayorazgos; derogó el servicio personal de los indios como la encomienda, la mita y el yanacazgo; libró a los indios de pagar el tributo; suprimió los títulos de nobleza; abolió la Inquisición; determinó que la religión católica era el culto oficial del

* Mención Especial, categoría Profesores Titulares y Adjuntos, del concurso “Bicentenario de la Asamblea de 1813”.

** Abogada, Diplomada en Derecho Municipal, Profesora Adjunta en la asignatura Economía, Profesora Asistente en la materia Introducción a los Estudios de la Carrera de Abogacía, de la Facultad de Derecho y Cs. Ss. de la UNC, Profesora de Introducción a la Ciencia Economía de la Facultad de Derecho de UCC, Profesora D. Administrativo y Principios de Economía de la carrera a distancia de Abogacía UE Siglo XXI de Córdoba. gladysgauna2013@hotmail.com.ar.

Estado; declaró la libertad de culto; estableció el patronato; aprobó un estatuto reglamentario, reemplazó al poder ejecutivo colegiado, como era el Triunvirato, por un poder ejecutivo unipersonal, creando así el Directorio; promulgó el Reglamento de Justicia, creando las Cámaras de Apelaciones; suprimió la práctica de la tortura y quemó los elementos en las plazas públicas; declaró una amnistía para los expatriados por causas políticas; proclamó la libertad de imprenta; ordenó realizar un censo nacional; otorgó franquicias para el comercio.

Como vemos son muchas las medidas que se pueden examinar por la importancia de cada una de ellas, pero el estudio de todas las mismas excederían el marco de este trabajo; por ello el objeto de nuestra investigación es analizar “el contenido humanista de las medidas adoptadas por los constituyente” puesto que fueron muchas las medidas tomadas por la Asamblea del Año XIII que nos muestra su preocupación por los derechos humanos, tal como se puede observar cuando eliminó el mayorazgo; cuando derogó el servicio personal de los indios como la encomienda, la mita y el yanaconazgo; y cuando suprimió la práctica de la tortura y quemó los elementos en las plazas públicas.

Pero nuestra investigación se enfoca especialmente en el examen de la “declaración de la libertad de vientres de las esclavas” por la trascendencia de la medida, y sostenemos que es el *Primer Documento Institucional de Reconocimiento de los Derechos del Hombre que se dictó en nuestro país*. Para abordar el tema nos introducimos al tráfico de esclavos en el Río de la Plata, al tratamiento que éstos recibían, la vida social que llevaban en el Virreinato del Río de la Plata, los beneficios económicos que los comerciantes, los hacendados y los propietarios de los esclavos obtenía de su mano de obra.

También para lograr nuestro objetivo hacemos un análisis del contexto histórico nacional e internacional existente en la primera década del siglo XIX, de los antecedentes legislativos sobre la libertad de los esclavos, del espíritu abolicionista que tenían los Asambleístas, y en la conclusión arribamos a que las ideas de libertad de los hombres de Mayo no sólo se circunscribieron a lograr la independencia de España sino que su ideario fue proclamar la libertad de los pueblos como un derecho natural que les pertenecía a ellos; y los Asambleísta del Año XIII imbuidos de esas ideas, fueron más allá y reconocieron que “la libertad” es un derecho de los hombres por ser persona, y así lo plasmaron en su declaración cuando declararon la “Libertad de Vientre”. Si bien es cierto que recién en la Constitución de 1853 se abolió la esclavitud, esto no le quita en modo alguno a la Asamblea del Año XIII el mérito por el avance institucional en nuestro país en el reconocimiento de los derechos individuales del hombre, cuando declaró dicha medida.

II. Método

El método de investigación que utilizamos es el analítico-sintético. Se trabajó haciendo un estudio de la vida social colonial, sus costumbres, su estructura social, la importancia económica del tráfico de esclavos en el Virreinato y en especial en la zona geográfica del Río de la Plata; analizamos las cuestiones étnicas, el sistema económico capitalista de la época basada en la agricultura, la evangelización de los jesuitas, y las nuevas ideas que nacían en Europa, el ideario de los hombres de Mayo que sirvieron de punto de partida para interpretar y

explicar los motivos que llevaron a los Asambleístas del Año XIII, a reconocer a los hijos nacidos de las esclavas desde el 31 de enero de 1813 como personas libres, y que podían gozar los mismos derechos que los hombres blancos, aunque en la práctica no tuvieron iguales oportunidades que los blancos hasta la tercera década del siglo XX; también comparamos e interpretamos las legislaciones que se fueron dictando no sólo en nuestro país sino en los distintos países de Europa y América y cómo influyeron en la declaración de la Libertad de Vientres.

III. El Virreinato en el siglo XVIII

1. Ingresos de los esclavos al Virreinato del Río de la Plata

La población indígena útil para el trabajo de la hacienda, minas e ingenios, tuvo una disminución; por ello la introducción de negros en el Virreinato fue el mejor recurso que mantendría la economía colonial en funcionamiento.

Ante esta afirmación la pregunta sería ¿por qué la raza negra? España estableció en las colonias las “Leyes de Indias” y allí se determinó una rígida estratificación social, donde ser blanco o descendiente de éstos y en algunos casos, sea por nacimiento o educación, le permitía participar del ambiente en el que se desempeñaba la clase dominante, y para el indiano significaba la apertura de las puertas de la administración colonial, del comercio, de los colegios, seminarios y universidades, sectores vedados por regla general a los negros, mulatos y zambos. Para ellos todo deseo de integración era inalcanzable. Los documentos coloniales, desde el siglo XVI y hasta el XIX denominaban personas de mala raza a quienes poseían entre sus antecesores sangre africana, mora o judía, impidiéndole el casamiento con los pobladores considerados blancos¹. Mirta Fachini escribe “... Además se creía que la causa de la esclavitud estaba en el pecado, un castigo de Dios por las culpas de los pecadores. Así se consideró en estas tierras, a los negros: ‘viles e infames’ sin futuro. Ellos solo podían ser salvados a través de la obediencia y la catequización. Los blancos españoles tomaron textualmente las leyes divinas y las del hombre, y asumían a la esclavitud como un ‘beneficio espiritual’, sin tener en cuenta los excesos cometidos en pos de esa idea”².

De acuerdo con los conceptos imperantes de la época colonial, la esclavitud constituía un estigma jurídico exclusivo del negro. Según la legislación aplicada en las colonias se podía definir al esclavo como una “cosa” dependiente de otro, es decir del amo, y sujeta a normas jurídicas. Se estableció que la esclavitud se heredaba por línea materna en todos los casos, y era esclavo aunque su padre fuera blanco; pero éste tenía derecho a comprarlo en venta y con preferencia a cualquier otra persona; este derecho, no lo tenía si el progenitor era indio y menos si era negro.

La situación jurídica del negro, considerado un “bien o cosa”, permitió el comercio legal e incluso el contrabando de esclavos.

La Corona ponía en manos de comerciantes, llamados asentistas, la tarea de abastecer a sus dominios ultramarinos de mano de obra esclava. El cruce del

¹ RODRÍGUEZ MOLAS, RICARDO, “El negro en el Río de la Plata”, en *Historia Integral Argentina*, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, tomo 1.

² FACHINI, MIRTA, *Susurros Negros*, primera reimpresión, Ediciones del Boulevard, febrero de 2013, p. 155.

Atlántico desde las factorías africanas se realizaban en veleros que los portugueses denominaban *tumbeiros* (tumbas), calificación que aludía a las condiciones posibles de sanidad y navegación, donde sólo podía sobrevivir al viaje un porcentaje aproximado de un cincuenta por ciento, e incluso menos, de los hombres embarcados. Llegado el velero al puerto, los oficiales reales controlaban la carga humana, cobraban los derechos correspondientes y en señal de conformidad aplicaban sobre la piel del africano una marca de plata puesta al rojo que dejaba una marca imborrable (carimbo). Esta marca se hacía sobre ciertas partes del cuerpo; como la cabeza, brazos, pecho y espalda. Los dibujos eran variados y similares a las marcas del ganado; tales como cruces, círculos, iniciales, etc. Recién se dejó sin efecto esta bárbara costumbre en 1784 que se había extendido en América durante más de tres siglos.

Junto al tráfico legal de esclavos a fines del siglo XVI, el contrabando de esclavos constituía una actividad muy productiva. Entre las varias vías empleadas para ingresar la mercadería de contrabando en el siglo XVIII, la más común era pasar a los negros por la extensa y despoblada frontera entre Brasil y la Banda Oriental o por intermedio de la Colonia de Sacramento cuando la ocupaban los portugueses; también empleaban pequeñas embarcaciones que con esa facilidad arribaban a las costas del Plata y no pocas veces operaban abiertamente y con la complicidad de gobernadores y autoridades locales.

Durante varias décadas y mediante reales órdenes se autorizaba a las personas relacionadas con la Corte a introducir esclavos. Los permisos otorgados por la Corona para la importación de mano de obra esclava estaban directamente asociados a la influencia que el interesado tenía en España. Estas personas que obtenían los permisos, los vendían a armadores dispuestos a emprender la comercialización de esclavos, que los adquirían en las posesiones de Portugal que tenía en América y en las factorías del litoral africano. Recién en 1778 se permitió el comercio libre, pero con la condición de efectuarlo en veleros con bandera española, luego se extendió a países neutrales como Francia (en ese tiempo España e Inglaterra estaban en guerra) y se beneficiaron con ello. Al finalizar la guerra entre España e Inglaterra (con la firma del Tratado de Versalles), se acordó mayor libertad al comercio marítimo e internacional.

2. La vida de los esclavos en el Virreinato

a. Aspecto social

En el Río de la Plata la estructura social presentaba características similares a las de otros ámbitos de Hispanoamérica; estaba asociada íntimamente con los prejuicios raciales que situaba al blanco en la cima de la escala y al negro en último lugar, y era imposible la movilidad social del negro por medio del matrimonio y menos por línea materna. Las normas que regían a los negros, aunque fueran libres, eran rígidas; por ejemplo, el negro tenía la obligación de permanecer bajo las órdenes de un amo, de convivir bajo la tutela de personas conocidas cuando el amo lo dispusiera, no podía andar libremente de noche, las mujeres no podían adornarse con joyas, ni vestidos de seda. El sistema de castas determinaba diferencias en las penas a los negros, con relación al blanco, ante los mismos delitos. Los castigos corporales eran con más intensidad para negros y mulatos, podemos mencionar la cita que hace Fachini en su libro, que dice: "En 1758 el

*governador de Córdoba establece la aplicación de una marca de hierro candente sobre el cuerpo de quienes por ser vagos, jugadores y envidados, se considera rebelde, pero siempre que los inculpados sean indios, negro o mulatos... doscientos azotes y sea marcados con erre de a geme...*³; en muchos casos se aplicaba la pena sin la confección del correspondiente sumario, pues no era necesaria la actuación de jueces ni la exposición de testigos. En la misma cita agrega: “..El Cabildo de Córdoba, recordaba en 1789, que a los ladrones siendo mulatos o negros, siempre se los azotó ‘sin más figura ni perder tiempo en procesarlos.’ Los bandos de los gobernadores y virreyes en todos los casos ordenaban la flagelación de los reos considerados de ‘color baxo’ como denominación a negros y mulatos...”⁴.

Dentro de la estructura social de castas de las colonias, en Buenos Aires como en el interior del virreinato, el trabajo doméstico estuvo a cargo de esclavos. En la ciudad vivían con sus amos en la misma casa, ocupando el tercer patio, lejos de las habitaciones principales; las casonas de las familias aristocráticas tenían tres patios y en el tercero vivían los esclavos de propiedad de la familia. Allí crecían los muleques⁵ en compañía de los hijos de sus amos, que solían jugar con ellos en el segundo patio. Las negras acompañaban a las amas a la misa, cocinaban, lavaban la ropa, realizaban costuras y otros trabajos similares. En algunos casos, cuando la familia no disponía de suficientes ingresos, las negras salían a vender pasteles y confituras para solventar los gastos a sus dueños.

En Córdoba las tareas de los esclavos eran fundamentalmente domésticas o rurales ya que éstas demandaban el agotamiento humano en aras a una mayor producción. Un esclavo por la época, valía unos 300 pesos y eso era mucho dinero, por lo cual no era negocio abusar del rendimiento del siervo. Hubo esclavos con notables habilidades para las artesanías. Lo cierto es que el trabajo de los esclavos contribuyó a enriquecer a muchas familias cordobesas⁶.

Los hombres de color, libres o esclavos, mulatos o negros atezados⁷, también estaban totalmente excluidos de las enseñanzas de las primeras letras, por expresa disposición de las autoridades. El Cabildo de Buenos Aires el 8 de mayo de 1723, le ordenó al maestro Alonso Pacheco que no debía enseñar a los negros a leer, escribir o contar; sólo estaba autorizado, pero “teniéndolos separados”, a darles nociones de religión, e incluso podían participar de los actos públicos, pero siempre separados de los españoles para que “no se juntaran”⁸. En términos generales estas disposiciones perduraron hasta algunos años después de 1810, y sólo se atenuaron lentamente.

b. Aspecto económico

La comercialización de los esclavos generaba apreciables ganancias. Un negro bozal⁹ recién llegado de África se vendía en la costa del Brasil a un precio

³ Cfr. FACHINI, MIRTA, ob. cit., nota (14). Fuente: ERNESTO QUESADA, *La vida colonial Argentina*, Ediciones del Boulevard, Buenos Aires, 1917, primera reimposición febrero de 2013.

⁴ *Ibidem* pp. 233-234.

⁵ Negros entre siete y diez años.

⁶ Cfr. FACHINI, MIRTA, ob. cit. MOLINARI, RICARDO LUIS, *Historia Argentina*, Editorial Codex, tomo I; BISCHOFF, EFRAIN U., *Historia de Córdoba*, tomo 1.

⁷ Nombre para designar a los esclavos negros sin influencias árabes y que no son mestizos.

⁸ RODRÍGUEZ MOLAS, RICARDO, “El negro en el Río de la Plata”, en *Historia Integral Argentina*, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, tomo 1.

⁹ Negro bozal, era la denominación con la que se conocía al esclavo recién llegado a Indias y que no conocía las costumbres ni el idioma.

que oscilaba entre 90 y 120 pesos y en Buenos Aires a 250 pesos, cifra que podía duplicarse en el Perú de acuerdo a lo oferta y la demanda del momento. Un velero que arribaba al puerto de Montevideo con trescientos esclavos dejaba a su propietarios una ganancia no menor de setenta y cinco mil pesos; para tener un parámetro del valor comercial de un esclavo y los grandes beneficios que se obtenían de su venta, tomamos el sueldo de un peón de campo en esa época, que oscilaba entre cinco y ocho pesos mensuales¹⁰. Vendida la carga humana, entre Buenos Aires y Montevideo, el comerciante de esclavos podía adquirir cueros para exportarlos.

A partir del siglo XVII, quienes disponían de cierto dinero invirtieron con frecuencia en la adquisición de mano de obra esclava para alquilarla, recibiendo una renta; ésta era mayor si el negro tenía algún oficio, de allí el interés por enseñarles el oficio de carpintería, zapatería, sastrería, herrería, peluquería, albañilería, etc. Los beneficios derivados de estos alquileres debieron ser sustanciales, porque a fines del siglo XVIII los contratos de trabajo aumentaron en forma importante. Los comerciantes, funcionarios y hacendados constituyeron los principales propietarios de esclavos entre la población civil y fueron quienes se dedicaron con mayor frecuencia a alquilar sirvientes. El sistema se extendió en exceso, durante el transcurso de las dos últimas décadas del siglo XVIII, hubo informes oficiales, reales cédulas y comentarios de periódicos que deseaban el alejamiento de los esclavos y personas de color en general, de las actividades artesanales a las que estaban dedicados muchos negros, y perjudicaba a los blancos.

Por su parte los jesuitas empleaban en todas sus estancias mano de obra africana. En Córdoba en el año 1686, poseían trescientos esclavos, 11.000 ovejas, 5.000 caballos, 3.000 vacunos y 1.000 mulas. En 1767, en la estancia de Alta Gracia la peonada para atenderla ascendía a 140 negros y 170 negras, cantidad excesiva para atender no más de quince mil cabezas de ganado¹¹. En Buenos Aires en las estancias de Magdalena y la de Areco ocupaban en total más de ciento veinte esclavos. La expulsión de los jesuitas no introdujo cambios en las estancias.

La mano de obra esclava generaba grandes ganancias; para el circuito económico de las colonias, el esclavo era un factor productivo. En el cultivo de productos como el azúcar, el algodón y el tabaco, donde los costos de producción se ven apreciablemente reducidos en unidades más vastas, el propietario de esclavos, con su producción a gran escala y su cuadrilla de esclavos organizada, podía obtener más provecho en el uso de la tierra que el pequeño granjero o campesino propietario. Por otra parte, el esclavo era un "bien o cosa" y su propietario podía arrendarlo y obtener una renta como retribución por el uso de su propiedad; a su vez los locatarios de los esclavos lo utilizaban para la producción de los bienes o servicios y así producían con bajos costos porque tenían mano de obra barata, con lo cual obtenía mayores beneficios. También los hacendados utilizaban sus esclavos para las tareas domésticas y rurales a un bajo costo, que eran los gastos de la manutención de los mismos, es decir, casa, comida y ropa.

¹⁰ Lastarria era un cronista colonial y fue testigo de aquel momento rioplatense. Fuente. RODRÍGUEZ MOLAS, RICARDO, "El negro en el Río de la Plata".

¹¹ CRACIA, JOAQUÍN, "Los jesuitas en Córdoba", Buenos Aires, 1940, p. 371; citado en *Historia Integral Argentina*, Tomo V, *De la Independencia a la Anarquía*, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1970.

Con esto podemos decir que la mano de obra de los esclavos hizo funcionar la economía de las colonias por las ganancias que se obtenía con ellos. El sistema capitalista en las Indias era sostenido en gran medida por la mano de obra de esclavos. Por ello, el sistema de mercado hacía que los recursos se destinaran a la comercialización de éstos, y como era un mercado muy redituable, el precio se fijaba por la oferta y la demanda de esclavos. Por su parte el precio del esclavo era muy alto en el Virreinato del Río de la Plata porque, como ya señalamos, las condiciones infrahumanas en que eran trasladados los negros desde el continente africano hasta el Río de la Plata hacía que muchos de ellos murieran en el viaje, es por ello que al arribar a las Indias, llegaban muy pocos negros con relación a los embarcados, con lo cual la oferta de esclavos era escasa. Por otra parte en las Indias había una gran demanda de esclavos, a los españoles de estas tierras no les gustaba mucho el trabajo rudo porque consideraban las tareas manuales como una degradación de su estirpe, esto hacía que el mercado fijara el precio del esclavo muy alto; sólo las familias adineradas podían adquirirlos, y siguiendo las reglas del mercado, esto es, los votos monetarios son lo que hacen que los bienes vayan hacia los que más dinero tienen, los esclavos eran comprados por los hacendados, comerciante y los funcionarios, que eran los que poseían más dinero; cabe destacar que por aquel tiempo la riqueza de las personas estaba conformada por la tenencia de dinero (monedas de oro y plata) y por la propiedad de bienes materiales (tierras y esclavos), es así como las familias que eran propietarias de una gran cantidad de esclavos adquirían un alto status social; por ese motivo había mucha demanda de parte de las personas que gozaban de un gran patrimonio y querían pertenecer a la alta sociedad de las Indias.

El Estado también se favorecía con la mano de obra esclava, era el dueño de un buen número de esclavos que atendían los servicios domésticos, los coches, las plazas, etc.; muchos habían sido conseguidos por el bando del 13 de enero de 1812. Por otra parte el Estado también reclutaba negros como soldados, mandándolos a los fortines para guerrear contra los malones del sur. Es sabido que las guerras generan el aumento del gasto público, dado que los gastos en la defensa nacional se incrementan considerablemente, es por ello que el Estado, en la guerra por la independencia, incorporó a los negros en las milicias como soldados, y por sus servicios recibían una pequeña paga para su manutención. Así el Estado redujo enormemente el gasto público reclutando negros esclavos, ya que el gasto hubiese sido mayor si solamente hubiese contratado a los blancos para ser soldados. Por otra parte los negros se incorporaban al ejército como soldados porque después de prestar cinco años de servicio en la milicia se les otorgaba el derecho a la libertad y esto era lo que más anhelaban los negros esclavos. Pero esta posibilidad de adquirir el derecho a la libertad lo gozaron muy pocos soldados negros; muchos murieron en las batallas antes de que transcurrieran los cinco años. Tampoco el prestar servicio en las milicias, en la guerra por la independencia, los libró a los negros de sufrir discriminación. San Martín reconocerá el valor de sus tropas negras, pero estos batallones no se unieron con los blancos, porque sus amos no querían pelear a su lado. Los esclavos morirían en la lucha por la Independencia solos —negros con negros— en riguroso apartamiento de los blancos¹².

¹² MORLACHETTI, ALBERTO, "Los Negros"; Nota de opinión, *voltairenet.org*.

IV. Contexto histórico y antecedentes institucionales

1. Francia

La Revolución Francesa fue el cambio político más importante que se produjo en Europa, a fines del siglo XVIII. No fue sólo importante para Francia, sino que sirvió de ejemplo para otros países, en donde se desataron conflictos sociales similares, en contra de un régimen anacrónico y opresor, como era la monarquía. Esta revolución significó el triunfo de un pueblo pobre, oprimido y cansado de las injusticias, sobre los privilegios de la nobleza feudal y del estado absolutista. La Asamblea Nacional Constituyente francesa del 26 de agosto de 1789, aprueba la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, que es uno de los documentos fundamentales de la Revolución en cuanto define los derechos personales y colectivos como universales, influenciados por la doctrina del derecho natural.

2. Colonias francesas

Llegan a América las ideas que se plasmaron en la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano, y en términos políticos los sectores sociales oprimidos especialmente los esclavos fueron influenciados por las mismas. Siempre hubo gente que no quería vivir esclavizada, y aún más importante, gente que pudo explotar algunas debilidades del sistema esclavista. Y esto es importante, porque sin duda mucha gente quería escaparse de sus amos, lo que efectivamente hizo. Muchas cosas influyeron en la capacidad de huir y de permanecer en un estado de libertad e independencia: la geografía, la densidad de la población, la fuerza del estado colonial, las milicias, el conocimiento de la tierra, la intensidad del deseo de ser libre aún en circunstancias difíciles. Todas estas circunstancias hicieron que hubiera varias revueltas de los esclavos, especialmente en las colonias francesas ubicadas en el Caribe, y es así como, en la noche del 22 al 23 de agosto de 1791 en la Saint Domingue (Santo Domingo) los esclavos se levantaron en armas y enfrentaron la resistencia de sus amos para iniciar grandes revueltas en esta zona. La sublevación de los esclavos de Santo Domingo destruyó el sistema colonial del Caribe provocando una insurrección general que desembocó en la abolición de la esclavitud en la Isla y en la independencia de Haití. Así quedó abierto un triple proceso de destrucción: la del sistema de la esclavitud, la de la trata negrera, la del sistema colonial.

3. España

Durante la ocupación de España por parte de Bonaparte, 1808-1814, la sociedad se organizó en Juntas provinciales que, reunidas en Cádiz, asumieron el gobierno de España, sostuvieron la lucha contra Napoleón y la elaboración de la Constitución de 1812. La reunión de las Cortes de Cádiz y su Constitución fue un hito que marcó la transición hacia la independencia en América y un ensayo de lo que serían los derechos de los habitantes de América. En la reunión de la Corte de Cádiz, dado que una importante cantidad de la población en Centroamérica era descendiente de africanos, uno de los temas relevantes fue la discusión sobre si podían ser considerados españoles los americanos descendientes de africanos. En el debate ante la Corte de Cádiz el sacerdote Don Florencio del

Castillo, intervino y sus palabras nos dan una idea de las álgidas discusiones del momento: *“Vuestra Merced acaba de aprobar (...) los medios y condiciones por las que el extranjero y sus hijos pueden obtener el honor de ser ciudadanos españoles: pero estos medios se limitan sobre manera cuando se trata de aquellos españoles que traen su origen del África. En el artículo 21, que acaba de aprobarse, se dispone que los hijos de extranjeros naturalizados que no hayan salido de España (...) que habiendo cumplido veintiún años y se hayan vecindados en algún pueblo del territorio español, con oficio u ocupación conocida, serían ciudadanos: ¿por qué bajo estas mismas condiciones no se les ha de conceder este derecho a aquellos originarios del África, cuyos mayores se establecieron durante la monarquía española desde el largo espacio de doscientos años? ¿Por qué el hijo del extranjero españolizado puede ser ciudadano y los descendientes de África que pueden contar entre sus abuelos cuatro o cinco generaciones ya naturalizadas son excluidos de este honor? Verdaderamente, Señor, que no comprendo la causa de esta desigualdad. ¿Por ventura será la razón de esto porque los descendientes de los ardientes climas del África tienen el color atezado, moreno o negro? ¿Se dirá que porque los descendientes del África traen su origen de esclavos son excluidos del honor de ciudadanos?...”*¹³.

4. América del Sur

Del mismo modo sucedió en México cuando el jefe del ejército insurgente Miguel Hidalgo y Costilla, firmó el Bando como “Generalísimo de América” e Ignacio López Rayón ofició como secretario de Hidalgo, declara la libertad de los esclavos el 6 de diciembre de 1810 en el marco de la Guerra de Independencia de México. El Bando en el primer artículo abolía la esclavitud, y otorgaba a los dueños de esclavo un término de diez días para liberar a sus esclavos, *so pena de muerte* a quien transgrediera dicho artículo, y en el segundo artículo abolía los tributos y exacciones que pesaban sobre los indígenas y castas; el documento cerraba con la orden de promoción del mismo para que llegara la noticia a todos y tuviera el debido cumplimiento mediante su publicación en Guadalajara y demás ciudades, villas y lugares conquistados.

En Chile, también se instalaron en el gobierno las ideas abolicionistas, es así como en el Acta de la sesión del 11 de octubre de 1811 del Supremo Congreso Nacional declaró “la libertad para todos los hijos de esclavos que nazcan a partir de hoy”. Chile dictó la libertad de vientres.

En nuestro país, “Las Provincias Unidas del Río de la Plata”, en el Gobierno del Segundo Triunvirato a los efectos de preparar las materias que debían discutirse y sancionarse en la Asamblea se designó una comisión, por el decreto de fecha 18 de noviembre de 1812, para que prepararan un proyecto de Constitución; en este proyecto se establecía la propia ciudadanía y declaraba que eran ciudadanos todos los hombres libres nacidos y residentes en el territorio de la República y que ningún hombre nacía esclavo en su suelo, adquiriendo la libertad los que se introdujeran del extranjero, por el solo hecho de pisar las tierras de la

¹³ ALVARADO, FRANKLIN, “Los descendientes de africanos en las Cortes de Cádiz”, en *Del olvido a la memoria: esclavitud, resistencia y cultura*, CÁCERES GÓMEZ, RITA (ed.), 1ª ed., Oficina Regional de la UNESCO para Centroamérica y Panamá, San José, C.R., 2008.

República. Así comenzaba la idea de institucionalizar la libertad de los esclavos y con ello el reconocimiento de los derechos del hombre en nuestro territorio.

V. La Asamblea del Año XIII

1. Libertad de vientres

La Asamblea tomó quizá su medida más revolucionaria en la primera sesión, el día 2 de febrero de 1813, a moción de Carlos María Alvear, que oficiaba de Presidente, se sanciona la Libertad de Vientres. El Bando publicado ese día consigna: *“Siendo tan desdorado, como ultrajante a la humanidad, el que en los mismos pueblos, que con tanto tesón y esfuerzo caminan hacia su libertad, permanezcan por más tiempo en la esclavitud los niños que nacen en todo el territorio de las provincias unidas del Río de la Plata, sean considerados y tenidos libres, todos los que en dicho territorio hubiesen nacido desde el 31 de enero de 1813 inclusive en adelante, día consagrado a la libertad por la feliz instalación de la Asamblea general, baxo las reglas y disposiciones que al efecto decretará la Asamblea general constituyente. Lo tendrá así entendido el Supremo Poder Ejecutivo para su debida observación. Buenos -Ayres 2 de 1813. Carlos Alvear, Presidente, Hipólito Vieyte, Diputado Secretario”*¹⁴.

La Asamblea así inició el camino para que la Constitución Nacional de 1853 declarara la abolición de la esclavitud. Los Asambleístas con una capacidad inagotable de trabajo acudieron a la protección de la clase humilde; se puede observar en varios de sus postulados la filosofía del progreso de los derechos de la persona humana, consagrando la libertad e igualdad como derechos básicos de la persona.

La Asamblea se inspiró en el clima imperante de entonces, los hechos mundiales acontecidos en ese tiempo que se iniciaron con la Revolución Francesa, que introdujo una estructura social y política diferente para Francia, la que surgió de las resoluciones de la Asamblea legislativa francesa que dispuso la libertad del hombre en todas sus formas y la igualdad entre ello. Estos postulados traspasaron la frontera de Francia y se proyectaron al mundo; en España surge la proclamación de la abolición de la esclavitud y estas ideas llegaron a América y revolucionaron a todo el continente, las primeras se iniciaron en Haití con revuelta de los esclavos, luego los decretos de México y de Chile; fueron muchas las manifestaciones de libertad que se dieron en América, en las Provincias Unidas del Río de la Plata se plasmaron esas ideas en el proyecto de constitución redactado por la comisión creada por el gobierno del Segundo Triunvirato; posteriormente al año 1813, también existieron manifestaciones al respecto en Perú, Uruguay y en el territorio de la actual Colombia.

Los asambleístas del año 1813, llenos de este espíritu de libertad y firme en ese propósito, el 4 de febrero en otra sesión sancionaron: *“...que todos esclavos de países extranjeros, que de cualquier modo se introduzca desde este día en adelante queden libres, por solo el hecho de pisar el territorio de las Provincias unidas”*¹⁵.

¹⁴ ORTIZ PELLEGRINI, MIGUEL ÁNGEL, BORGARELLO ESTHER SUSANA, AGUIRRE SUSANA LILIANA, *Nociones de Historia del Derecho Argentino*. Sección Documental. Editora Córdoba Marcos Lerner, Córdoba.

¹⁵ CANTER, JUAN, Academia Nacional de la Historia. *Historia de la Nación Argentina (desde los orígenes hasta la organización definitiva en 1862)*, Vol. VI, *La Independencia y la Organización Política*

El 6 de febrero la Asamblea dictó un Reglamento para la educación y ejercicio de los libertos. Se establecía que la liberación de los hijos de esclavos se fiscalizaba por medio de los párrocos; éstos estaban obligados a pasar mensualmente al intendente policía, al juez respectivo o a la justicia ordinaria, una lista de niños de negros que hubiesen bautizado con expresión de sexo, cuartel, y nombre de sus padres y patronos. También los jefes de familias debían dar cuenta al alcalde correspondiente a su cuartel. Posteriormente en la sesión de 7 de marzo con motivo de una solicitud se debatió una ampliación del Reglamento y se dispuso que los individuos que habían obtenido su libertad gratuitamente de sus amos antes del decreto de la libertad de vientres, y no tuvieran más de 15 años de edad podían ser incluidos en las gracias y pensiones del reglamento del 6 de febrero de 1813. Frente al reconocimiento del derecho de los esclavos a obtener la libertad, las resoluciones de la Asamblea fueron resistidas, a pesar del prudente procedimiento para la extinción sucesiva de la esclavitud. La Asamblea tuvo interés de no lesionar el patrimonio de los patronos, pero fue clara su intención de un abolicionismo progresivo.

2. Problemas con Brasil

La Asamblea inspirada en su espíritu abolicionista, cuando llegó el momento de preparar la celebración del 25 de mayo expresó su voluntad de manumitir seis esclavos, y decidió conceder *“la libertad a la esclava del estado Damasia, que perteneció a Josefa Martínez y que había implorado tal gracia con motivo del aniversario ‘del nacimiento de la patria’..Oficio de la Asamblea al Ejecutivo, Buenos Aires, 21 de mayo de 1813”*¹⁶.

Por su parte el Ejecutivo liberó a la hija del benemérito ciudadano Antonio Videla, mediante un decreto honorífico, que decía: *“No siendo decoroso y si cediendo en deshonor de la Patria, el que subsista por más tiempo en esclavitud la hija del valiente y benemérito ciudadano Antonio Videla, cuya memoria debe recordarse con la más tierna emoción facultase al Excmo. para que de sus fondos como la solicitada, extraiga la cantidad que cubra el valor de la indicada hija... Acuerdo del 23 de junio de 1813”*¹⁷.

La Asamblea, siguiendo con el mismo espíritu, decidió liberar a muchos esclavos por el servicio a la patria; se presentaron a la Asamblea muchas peticiones de libertad, en estos casos el trámite que le daba la Asamblea era siempre el traslado del asunto a la Cámara de Apelaciones con intervención del Defensor de pobres. Así fue con el caso de un esclavo perteneciente a José Calzena y Echeverría donado para el Ejército de la Banda Oriental que pidió la libertad del mismo; la Asamblea formó el expediente “Gobierno, 1813, el legajo N° 2, Presentación de Calzena y Echeverría, Buenos Aires, 27 de septiembre de 1813”¹⁸.

Todas estas medidas iban directamente contra los intereses de uno de los vecinos regionales, el Reino del Brasil. La economía brasilera tenía una fuerte dependencia de la mano de obra esclava, por lo que la presencia de un país vecino abolicionista podía generar una situación de inestabilidad social en la zona

(desde la Asamblea General Constituyente hasta el Congreso Constituyente de 1824), 2ª ed., El Ateneo, Buenos Aires, 1947.

¹⁶ *Ibidem*, cita 295, p. 136.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ *Ibidem*.

fronteriza. Brasil se sintió lesionado en “aquellos principios de una buena inteligencia recíproca”, y hasta lo consideró como un acto hostil la liberación de los esclavos que entraran en el territorio de las Provincias Unidas del Río de la Plata. El Reino de Brasil temía la deserción de sus negros por el decreto del 4 de febrero de 1813 que dictó la Asamblea, donde decía “que todos esclavos de países extranjeros, que de cualquier modo se introduzcan desde este día en adelante queden libres, por solo el hecho de pisar el territorio de las Provincias unidas”.

Una vez conocido el decreto, la Corte portuguesa instalada en Río de Janeiro comenzó a gestionar la anulación de la medida y solicitó la colaboración del embajador británico lord Stranford y en coordinación con la Corte inglesa, el 27 de noviembre de 1813 elevó una nota al gobierno del Segundo Triunvirato en la que aseguró que su gobierno era “*sumamente sensible*” frente a cualquier medida que pudiera perjudicar la “*seguridad y tranquilidad del Brasil y advertía que cualquier ataque injusto que se le hiciera no sería jamás indiferente a la Corte de Londres*”¹⁹. La Corte de Portugal días después también envió una misiva solicitando la revisión de ese decreto en un tono diplomático.

Frente a este panorama y ante la presión conjunta de Inglaterra y Portugal, del Poder Ejecutivo de acuerdo a las facultades extraordinarias con las cuales se encontraba investido, suspendió el ejercicio del decreto del 4 de febrero de 1813, y resolvió la devolución al Estado de Brasil de los esclavos fugados, y dispuso que serían devueltos todos los esclavos que se fugaran en el futuro. Tomada esta medida se le hizo conocer a la Corte que se suspendía el decreto ante “*las inquietudes, contrarias a los deseos del gobierno, que habían causado en la Corte de Brasil*” y “*desea conservar y promover la buena de inteligencia establecida entre ambas posesiones*”. Con motivo de la suspensión del decreto el Triunvirato convocó a la Asamblea, que estaba en receso, a una sesión extraordinaria. En la sesión del 21 de enero de 1814 el Ejecutivo dio cuenta de la resolución adoptada ante las reclamaciones de la Corte de Brasil y expresó el justo interés de calmar las alarmas de un poder vecino, motivo por el cual había decidido suspender el decreto y dar cuenta de esta medida a la Asamblea, mientras se disponían las modificaciones. Con esta determinación del Ejecutivo se buscó responder no sólo a los reclamos de Bretaña y Portugal sino también frenar la presión libertaria que se había generado en la región de la frontera del Reino de Brasil y Misiones y la Banda Oriental.

La Asamblea General después de una amplia discusión en la sesión del 21 de enero de 1814 con Valentín Gómez como Presidente e Hipólito Vieytes como Diputado Secretario declaró, que el decreto del 4 de febrero de 1813 que daba por libre a todo esclavo que de cualquier modo se introdujera a las Provincias Unidas, debía entenderse que eran libres los esclavos que se introdujeran por vía de comercio o venta; no así los esclavos fugados de los países extranjeros o los esclavos introducidos en el país en calidad de sirviente, pues éstos eran de propiedad de sus amos quienes seguían conservando su dominio; pero de ningún modo se podía enajenar al esclavo sirviente, ni pasar la propiedad del mismo por cualquier otro título; y se le encargaba al Poder Ejecutivo la más estrecha vigilancia para que de modo alguno se pudiera eludir el decreto.

¹⁹ CAMOGLI, PABLO, *Asamblea del Año XIII: historia del primer congreso argentino*, 1ª ed., Aguilar, Altea, Taurus, Alfaguara, S.A., Buenos Aires, 2013.

Si bien es cierto que liberar a los esclavos era una manifestación de independencia y libertad de un pueblo, que era el ambiente que se respiraba desde la Revolución, la Asamblea se encontró limitada por intereses de política internacional.

La buena relación con los países extranjeros y primordialmente con los países vecinos era una cuestión de Estado y se requería tomar medidas rápidas y diplomáticas con Brasil, puesto que no se podía desviar el objetivo trazado desde la Revolución de Mayo que era la declaración de independencia y dictar una Constitución para la organización del país. La modificación del decreto del 4 de febrero de 1813 en modo alguno significó un retroceso en las medidas abolicionistas, puesto que los asambleístas desde el momento que sancionaron la libertad de vientres demostraron que la libertad de los esclavos iba hacer de manera progresiva. Declarar la abolición de la esclavitud en ese momento podía haber traído no sólo conflictos internacionales, sino también sociales y económicos dentro del Río de la Plata y con ello se demorara el dictado de la Constitución. Lamentablemente se tuvo que esperar hasta 1853 para que se dictara la Constitución Nacional y con ello se lograra abolir la esclavitud en nuestro país. Pero no fueron los intereses esclavistas lo que llevó tantos años lograr la libertad de los esclavos, sino fue la disputa del poder entre Buenos Aires, que quería concentrar el poder, y las Provincias del interior que querían conservar el poder que les pertenecía; en esta lucha mucho se perdió en nuestro país.

Siguiendo con nuestro análisis la intención abolicionista continuó en el país pese a que la Asamblea del Año XIII no lograra su objetivo. Basta con observar las distintas normativas que se dictaron; como el Decreto del 7 de diciembre de 1816 prohibiendo la extracción de esclavos; en 1821 se dispuso el cese del rescate de esclavos con el objeto de destinarlos a las tropas veteranas; también en 1821 se decretaron medidas para impedir la salida de criadas esclavas embarazadas y de ningún liberto hasta que no hubiera cumplido la edad de emancipación; con fecha 15 de noviembre de 1824 se dictó una ley declarando como acto de piratería la trata de negros en las costas de África; por el Tratado con Gran Bretaña y las Provincias Unidas del 2 de febrero de 1825, quedaban obligadas a cooperar con los ingleses en la abolición del comercio de esclavos; más tarde en 1839 Gran Bretaña y la Confederación Argentina firmaron un tratado y correspondientes adicionales para la abolición del tráfico de esclavos. Hemos citado algunos de los decretos que se firmaron después del cese de la Asamblea del Año XIII, y que siguieron proclamando la libertad de los esclavos y el reconocimiento que como personas no podían ser objeto del comercio, razón por la cual se prohibía el tráfico de esclavos.

VI. La libertad de vientres. El primer reconocimiento institucional de los Derechos Humanos en nuestro país

En la Revolución de Mayo hubo dos ideas centrales, constituir una nación sobre la bases de las libertades individuales. Mariano Moreno en la Gaceta de los días 1, 6 y 13 de noviembre y 6 de diciembre de 1810 en su artículo *"Sobre las Miras del Congreso que acaba de Convocarse y Constitución del Estado"* escribía lo siguiente: *"Los progresos de nuestra expedición auxiliadora apresuran el feliz momento de la reunión de los diputados que deben reglar el estado político*

de estas provincias. Esta asamblea respetable, formada por los votos de todos los pueblos, concentra desde ahora todas sus esperanzas, y los ilustres ciudadanos que han de formarla, son responsables a un empeño sagrado, que debe producir la felicidad o ruina de estas inmensas regiones. Las naciones cultas de Europa esperan con ansia el resultado de tan memorable congreso..." (sic) "...Es justo que los pueblos esperen todo bueno de sus dignos representantes; pero también conveniente que aprendan por sí mismo lo que es debido a sus intereses y derechos. Felizmente, se observa que nuestra gente, que sacudido el antiguo adormecimiento, manifiestan un espíritu noble, dispuesto para grandes cosas y capaz de cualquier sacrificios que conduzcan a la consolidación del bien general. Todos discurren ya sobre la felicidad pública, todos experimentan cierto presentimiento de que van a alcanzarla a su consecución; pero quizá no todos conocen en qué consiste esa felicidad general a que se consagran sus votos y sacrificios; y desviados por preocupaciones funestas de los verdaderos principios a que está vinculada la prosperidad de los estados, corren el riesgo de muchos pueblos a quienes una cadena de la más pesada esclavitud sorprendió en medio del placer con que celebraban el triunfo de su naciente libertad..." (sic) "...Nuestros representantes van a tratar sobre la suerte de unos pueblos que desean ser felices, pero que no podrán serlo, hasta que un código de leyes sabias establezca la honestidad de las costumbres, la seguridad de las personas, la conservación de sus derechos..." (sic) "...¡Cuántas veces hemos visto pervertir el sentido de aquel sagrado texto: Dad al César lo que es del César! El precepto es terminante, de no dar al César sino lo que es del César; sin embargo, los falsos doctores, empeñados en hacer a Dios autor y cómplice del despotismo, han querido hacer dar al César la libertad que no es suya, sino de la naturaleza..." (sic)²⁰. Leyendo estos extractos de los artículos escritos por el Dr. Mariano Moreno vemos que para los hombres de Mayo la independencia de los pueblos devenía de "la libertad que les pertenecía por naturaleza"; y la misma Junta en el orden del día de la sesión de 6 de diciembre de 1810 decía: "...La libertad de los pueblos no consiste en palabras, ni debe existir en los papeles. Cualquier despota puede obligar a sus esclavos a que canten himnos a la libertad; y este cántico maquinal es muy compatible con las cadenas y opresión de los que lo entonan. Si deseamos que los pueblos sean libres, observemos religiosamente el sagrado dogma de la igualdad..."²¹. Podemos apreciar claramente que el pueblo del Río de la Plata ansiaba la independencia de la metrópolis, pues sentía la opresión de los esclavos y gritaban por su libertad. La libertad fue el motor de todos los esfuerzos que se hicieron desde 1810 hasta el año 1813 para lograr la independencia y dictar una constitución, es por ello que la Asamblea Constituyente del Año XIII representando al pueblo de las Provincias Unidas del Río de la Plata en su primera sesión de fecha 2 de febrero de 1813 expresa "siendo tan desdoloroso, como ultrajante a la humanidad, el que en los mismos pueblos, que con tanto tesón y esfuerzo caminan hacia su libertad, permanezcan por más tiempo en la esclavitud los niños que nacen en todo el territorio de las provincias unidas del Río de la Plata..." y con este contundente fundamento la Asamblea declara la Libertad de Vientres.

Al hacer todo este análisis podemos afirmar que la Asamblea del Año XIII al declarar la libertad de vientres, se convierte en el primer reconocimiento ins-

²⁰ Cfr. PELEGRINI ORTIZ, MIGUEL ÁNGEL, BORGARELLO, ESTHER SUSANA, AGUIRRE SUSANA LILIANA, ob. cit., p. 120.

²¹ Ibídem, p. 123.

titucional de los Derechos Humanos en nuestro país. Sostenemos esto, porque históricamente el tema de los derechos humanos se inicia en Europa como una demanda de la burguesía frente al poder y los privilegios de las monarquías. Fueron los derechos civiles y políticos, también denominados “libertades clásicas” los primeros derechos que exigió y formuló el pueblo en la Asamblea Nacional durante la Revolución Francesa, que desembocó en la Declaración de los Derechos del Hombre; de igual modo, aunque con diferencias muy significativas, la Constitución Norteamericana plantea por primera vez una concepción de los derechos del hombre que le corresponde por el solo hecho de serlo. Esto que parece actualmente obvio, no lo era en un contexto donde los únicos derechos concedidos en la práctica, eran concesiones que el monarca o los grupos de poder que de manera unilateral realizaban graciosamente a grupos específicos, para devolver favores o reconocer méritos, y que como tales podían ser revocados en cualquier momento. De allí que Mariano Moreno en su artículo decía “...;Cuántas veces hemos visto pervertir el sentido de aquel sagrado texto: *Dad al César lo que es del César! El precepto es terminante, de no dar al César sino lo que es del César; sin embargo, los falsos doctores, empeñados en hacer a Dios autor y cómplice del despotismo, han querido hacer dar al César la libertad que no es suya, sino de la naturaleza...*”.

La historia del reconocimiento de los derechos del hombre es la lucha por la conquista de la normativización definitiva de este derecho, es decir su inclusión como derecho subjetivo en un sistema legal. La Asamblea del Año XIII fue un avance muy importante para el reconocimiento de los derechos humanos, tal como hoy los llamamos; fue por primera vez que, en nuestro territorio, un órgano con facultades legislativa plasmara en una norma el reconocimiento de que “las personas son libres” tan solo por ser un derecho inherente a ella. Las luchas de los pueblos llevó a que se lograra el reconocimiento como auténticos derechos de todas las personas, sin distinción de raza, color, idioma, posición social o económica, el derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad jurídica, a no estar sometido a la esclavitud, a la servidumbre, a no estar sometido a las torturas ni penas o tratos crueles, o trato inhumanos o degradantes, ni ocasionar daño físico, psíquico o moral; pues se reconoce que todo individuo tiene derecho a la libertad de pensamiento, de religión, de opinión y expresión de ideas; es decir se reconocen todos los derechos civiles y políticos, que hoy los llamamos derechos humanos de primera generación, puesto que son los derechos que trataban sólo del miedo a la violencia y la inexistencia de la libertad; los derechos humanos se fueron ampliando, ante la necesidad de reconocer otros derechos con motivo de distintos hechos ocurridos en la historia de la humanidad, y así hablamos en la actualidad de los derechos humanos de segunda y tercera generación.

No se puede desconocer que la Asamblea del Año XIII tuvo desde el inicio un espíritu humanista, lo demuestran los fundamentos que encontramos en la declaración de la Libertad de Vientres; ellos entendieron que un país que reclamaba por su libertad no podían permitir que siguieran naciendo niños esclavos en un territorio que clamaba por la misma, continuar con esa situación era mancillar los ideales de los hombres de la gesta de Mayo. Todos estos hombres estaban formados en el ideario de la Revolución Francesa y por la filosofía de la corriente iusnaturalista; por ello no se puede decir que la modificación al decreto de fecha 4 de febrero de 1813 fue un retroceso a la política abolicionista. Afirmar

esto sería desvalorizar la tarea humanista que realizó la Asamblea y además descontextualizar los motivos reales que la misma tuvo para realizar la reforma al decreto mencionado.

No compartimos la idea de algunos de que la Asamblea del Año XIII retrocedió en sus intenciones de abolir la esclavitud, como si la Libertad de Vientres hubiera sido solamente una medida de oportunidad política y no un verdadero reconocimiento a la libertad como parte de la dignidad del hombre tan solo por ser persona. No se pueden achacar intereses de política o intereses económicos internos del Río de la Plata lo que llevó a la reforma del decreto del 4 de febrero de 1813 que establecía “que todos los esclavos de países extranjeros, que de cualquier modo se introduzcan desde este día en adelante queden libres, por solo el hecho de pisar el territorio de las Provincias Unidas;” sino que fue el reclamo internacional que el Reino de Brasil le hizo al Poder Ejecutivo de la Provincias Unidas por el alcance que tenía dicho decreto, que afectaba los intereses económicos y políticos de Brasil. Esta fue la razón por lo que el país vecino invocó que el decreto lesionaba “aquellos principios de una buena inteligencia recíproca” y hasta lo consideró como un acto hostil el dictado del decreto de fecha 4 de febrero de 1813 por parte de la Asamblea Constituyente

Esta situación internacional implicó una grave situación para las Provincias Unidas del Río de la Plata, que seguramente los asambleístas no vislumbraron al momento de dictar el decreto; por eso no se puede decir que por cuestiones de política económica internacional se dejó de lado la política abolicionista de la Asamblea; ésta tenía un objetivo trascendental, que era declarar la independencia y dictar una constitución y para lograr ese cometido no sólo se necesitaba el consenso y la voluntad del pueblo, sino también que las Provincias Unidas del Río de la Plata fueran reconocidas como Estado independiente en el concierto de las naciones.

No tenemos duda que ante el inminente peligro de que se desatara un conflicto con Brasil, Portugal y Gran Bretaña, el Gobierno tomara la decisión de suspender el decreto.

Aquí transcribimos las notas que se enviaron. Lord Strangford, el embajador británico en Río de Janeiro, elevó una nota al Poder Ejecutivo y expresó: *“El gobierno de S.A.R. el príncipe regente del Brasil me ha dirigido tiempo ha las más fuertes quejas, y á la verdad las más bien fundadas sobre el decreto publicado por la Asamblea general en 4 de febrero último”*, agregaba, a fin de desvanecer inquietudes y después de invocar el tratado de Rademaker lo siguiente: *“Con todo, no puedo dudar que V.E. obre en esta ocasión con su acostumbrada franqueza y con conocida prudencia, y por consiguiente me lisonjeo que V.E. me dará sin demora alguna satisfacción de poder anunciar al Señor ministro del Brasil, que el gobierno de las Provincias Unidas del Río de la Plata tomará las medidas convenientes para poner fin al fatal efecto del sobredicho decreto, y para tranquilizar los justos recelos de esta Corte”*²².

Ante esta situación y frente a un posible conflicto con el país vecino el Poder Ejecutivo, dictó la suspensión del decreto: *“El gobierno dio un decreto suspendiendo el de la Asamblea del 4 de febrero de 1813 y resolvió que todo esclavo perteneciente a los Estados del Brasil que hubiesen fugado o fugare en adelante a*

²² Cfr. CANTER, JUAN, ob. cit.

nuestra Provincias, sea devuelto escrupulosamente á sus amos” (cfr.: Gazeta ministerial, N° 85, 29 de diciembre de 1813)²³.

Luego de la medida, el Gobierno apuntó en su respuesta: *“Este gobierno espera con la más ilimitada confianza que V.E. enviara la suspensión del citado decreto como prueba irrefragable, entre otras que anteriormente se han dado por parte de estas Provincias Unidas, de la sinceridad con que desea conservar y promover la buena inteligencia establecida entre ambas posesiones a un flujo de la respetable interposición de V.E.; y querrá hacerlo así entender á los ministros de esa corte y á los de S.M.B.”²⁴.*

Inmediatamente después, el Triunvirato convoca a la Asamblea con carácter extraordinario y en la sesión del 21 de enero de 1814 el Poder Ejecutivo dio cuenta de la resolución adoptada ante las reclamaciones de la Corte del Brasil y expresó: *“el justo interés de calmar las alarmas de un poder vecino, declarando el verdadero espíritu de aquella ley; ha sido el gran motivo que ha tenido el Gobierno para convocar la Asamblea, y dar cuenta de haber suspendido los efectos, mientras resolvía el Cuerpo Soberano, hacer las modificaciones convenientes”*. Puesta en conocimiento de lo sucedido y la medida tomada, los asambleístas luego de un gran debate y ante los intereses que estaban en juego decidieron “limitar la medida” y se consignó que en la prohibición del tráfico de esclavos, no debían comprenderse los que hubiesen transugado o introducido en el país en calidad de sirvientes, y se recomendaba al Ejecutivo la vigilancia de estos últimos para que no fueran enajenados.

Después de examinar las notas con los reclamos formales que se le hicieron al gobierno del Triunvirato y la medida adoptada por la Asamblea, podemos sostener que este incidente internacional no se puede dejar de analizar cuando sostenemos que la Asamblea dictó el Primer Documento Institucional de Reconocimiento de los Derechos del Hombre en nuestro país. Primero, porque esta modificación al decreto ha sido interpretada por otros investigadores como un retroceso a la política abolicionista, y segundo, porque nosotros entendemos que la modificación se hizo realmente para limitar el alcance del decreto, puesto que de la redacción de la norma surge, que si bien el ámbito de aplicación era el territorio de las provincias, su alcance afectaba al derecho de propiedad, cuando ingresaba al territorio de la Provincias Unidas, de los viajeros extranjeros dueños de esclavo que tenían como sirvientes; y además afectaba los intereses de la estructura política, social y económica de los países extranjeros, y mucho más a países vecinos como Brasil, cuya economía funcionaba con la mano de obra de los esclavos; por el decreto de fecha 4 de febrero de 1813 al fugarse los esclavos del Brasil e ingresar a nuestro territorio eran hombres libres, aunque fuera de manera ilegal, y esto perturbaba la situación económica y política de Brasil. Con todo este estudio se puede aseverar que los motivos de la reforma obedecieron a limitar el alcance de la medida sólo a los habitantes del territorio de la Provincias Unidas; pero en modo alguno cercenó el reconocimiento de los derechos del hombre como persona humana, puesto que mantuvo la prohibición de la comercialización de los esclavos y la libertad de los niños nacidos de esclavas desde el 31 de enero de 1813.

²³ *Ibíd*em, nota n° 208, p. 137.

²⁴ *Ibíd*em p. 137.

VII. Conclusiones

A esta altura de la tarea investigativa podemos decir a modo de conclusión que ante una sociedad estratificada donde el color de la piel colocaba a las personas como objeto de comercialización; en una sociedad donde el negro debía recibir una pena mayor que el blanco, ante la comisión de igual delito, tan sólo por ser baxo; en una sociedad donde la economía funcionaba con la mano de obra esclava; en una sociedad donde el propio Estado reclutaba negros esclavos como soldados porque no le incrementaba el gasto público para solventar la guerra por la independencia; en una sociedad donde los negros esclavos morían por la independencia de los blancos; podemos llegar a afirmar sin temor a equivocarnos que la Asamblea Constituyente del Año XIII inspirada en los valores de la consagración de la vida humana, de la libertad, la igualdad, la garantía de los derechos individuales, en la primera sesión de fecha 2 de febrero de 1813 declaró la “Liberad de Vientres” y así se instituyó en la Asamblea Legislativa que dicto el *“Primer Documento Institucional de Reconocimiento de los Derechos del Hombre de nuestro país”*.

El camino que se tuvo que recorrer desde el año 1813 hasta el dictado de la Constitución Nacional de 1853 cuando recién se abolió de la esclavitud, no menoscaba el valor institucional que tuvo la Asamblea del Año XIII en todas las medidas que adoptó y que fueron receptada en la Constitución Nacional; las marchas y contramarchas que tuvieron las distintas medidas dictadas sobre los esclavos, en modo alguno altera el valor institucional de su declaración. Sabemos a través de la historia de los pueblos, que se luchó por un derecho hasta el momento de lograr el reconocimiento legal del mismo; pero también sabemos que su declaración formal no hace que se ponga automáticamente en marcha sino que necesita de tiempo para su internalización; es por ello que la historia nos muestra que cuando hubo hombres que se propusieron cambiarla, la declaración formal de los derechos fue el basamento para que generaciones futuras los gocen como algo natural a la persona.



UN JURISTA EN TIEMPOS DE TRANSICIÓN: RELECTURAS DE LA TRADICIÓN EN LA PRIMERA MITAD DEL SIGLO XIX*

*Esteban F. Llamosas***

Resumen: El artículo pone en discusión las posiciones historiográficas que sostienen una ruptura jurídica después de la Revolución de 1810, e intenta caracterizar a la Córdoba de la primera mitad del siglo XIX en el marco de una cultura jurídica de transición. A tal fin, revela el papel de los juristas formados en el período colonial, que luego, en el nuevo contexto, dotarán de sentidos diferentes a la tradición jurídica. Especialmente, el análisis se centra en la figura de José Gregorio Baigorri, doctor en teología, redactor de la constitución cordobesa de 1821 y reformador del Plan de Estudios de la Universidad.

Palabras clave: José Gregorio Baigorri - Cultura jurídica de transición - Siglo XIX.

Refracción, localización y readaptación para una cultura jurídica de tránsito

Hay tiempos que imaginamos inaugurales. Las voces de sus protagonistas, las fuerzas que liberan, las huellas que parecen borrar o enviar al fondo de la historia, nos inclinan a suponerlos decisivos. Algunas veces esta operación es promovida por los propios contemporáneos, pero en la mayoría de los casos resulta posterior. No es sólo la potencia de los hechos, sino la reiterada persistencia del relato historiográfico, la que convierte en hito inaugural a un momento determinado. Los ejemplos abundan: batallas que desvían el rumbo de la historia, revoluciones que habilitan un orden nuevo, leyes que afectan los modos del comportamiento social. Este tipo de procedimiento, que simplifica, contrapone y categoriza, sin duda colabora con una sencilla didáctica del pasado, pero su costo es demasiado alto. Simplifica suprimiendo los matices, contrapone comparando dos objetos que se obliga a diferenciar radicalmente, y categoriza (congelando rasgos y características) para lograr explicar cada etapa por sí misma. Este procedimiento no hace más que subvertir el pasado y devaluar su estudio, en aras de un didactismo que se agota en sí mismo, pero no ayuda a comprender mejor la densidad de los acontecimientos o las ideas.

El estudio del pasado jurídico argentino del siglo XIX, y por arrastre del cordobés, que aparece así integrando una entidad política que por entonces se definía, no ha podido evitar estos esquemas clasificatorios. A veces la Revolución de Mayo, a veces la irrupción del Iluminismo, o la Constitución y los Códigos, han servido para establecer mojones que abren nuevas etapas jurídicas, arrumbando y escondiendo en el pasado los rasgos de una cultura destinada a desintegrarse. Por otra parte, otro rostro de la misma operación, aunque opuesto, es aquel que minusvalora el peso de los cambios y las transformaciones, resaltando

* Recibido el 04/05/15. Aprobado el 21/5/15.

** Director del CIJS, Investigador de CONICET, Profesor Adjunto de Historia del Derecho Argentino. E-mail: ellamosas@hotmail.com.

las numerosas continuidades y persistencias que podemos detectar en los llamados “tiempos nuevos”. Esta última operación (como la otra, no ajena al debate ideológico), suele arraigar en posturas más conservadoras, utilizadas en algún momento para leer el siglo XIX sólo en clave antigua.

La historia jurídica, desde hace tiempo, viene revisándose a sí misma y observando con atención estos problemas, a fin de dar mejor cuenta de los dispositivos institucionales, las ideas y las leyes del pasado que pretende analizar. Aunque hay aportes previos, buena parte del esfuerzo se debe a la llamada historia crítica del derecho, preocupada por definir teóricamente los caracteres de los períodos de transición, y también por remarcar el asiento local que todo derecho tiene. En esta línea, resultan interesantes los trabajos de C. Garriga¹, y especialmente para Córdoba, A. Agüero².

Estas reflexiones en progreso, que se completarán con el estudio de nuevas fuentes y figuras del período, derivan a su vez de otros artículos en los que ya he abordado la cuestión³. En ellos, reflejaba la preocupación por evitar las comprensiones rupturistas en la enseñanza jurídica de la Universidad de Córdoba, considerando los préstamos intelectuales, las reelaboraciones y nuevas adaptaciones realizadas en la primera mitad del siglo XIX. A estos fines, en algún caso sirvieron las fórmulas de juramento de los graduados, y en otro las reformas al plan de estudios del deán Funes, especialmente las de 1818 y 1823.

La premisa de estas notas es lograr un equilibrio en la lectura del pasado jurídico cordobés, que permita un mejor entendimiento de una cultura jurídica usualmente reducida a dos extremos contrapuestos. O todo es ruptura decisiva que inaugura Patria y prefigura Estado y Constitución, o todo es continuidad colonial con tintes pragmáticos hasta bien entrada la centuria. Frente a estas nociones, insertos en la línea teórica mencionada, proponemos la descripción de una cultura jurídica diferente, que adaptando y modificando, asumiendo y reelaborando, no es ni una ni la otra. De este modo, entendemos la cultura jurídica cordobesa (y no sólo ésta, por supuesto) de la primera mitad del siglo XIX (1810-1853), como una cultura de transición, una cultura mestiza que se apropia y reescribe tradiciones añejas de un modo práctico, al tiempo que utiliza las novedades con las limitaciones que el propio orden social le fija. Para realizar un análisis de este tipo, nos resultan de utilidad algunos conceptos ya trabajados por la historiografía, como los de refracción, localización y readaptación.

La noción de “refracción” no fue incorporada por la historia crítica del derecho. En uno de sus tantos estudios de historia de la cultura, D. Rípodas Arda-

¹ GARRIGA, CARLOS, “Continuidad y cambio del orden jurídico”, en GARRIGA, CARLOS (coord.), *Historia y Constitución. Trayectos del constitucionalismo hispano*, CIDE, Instituto Mora, México, 2010, pp. 59-106.

² AGÜERO, ALEJANDRO, “Formas de continuidad del orden jurídico. Algunas reflexiones a partir de la justicia criminal de Córdoba (Argentina), primera mitad del siglo XIX”, *Nuevo Mundo, Mundos Nuevos [en ligne]*, Débats, mis en ligne le 23 mars 2010, consulté le 23 avril 2015. URL: <http://nuevomundo.revues.org/59352>; DOI:10.4001/nuevomundo.59352; y “Derecho local y localización del derecho en la tradición jurídica hispana. Reflexiones a partir del caso de Córdoba del Tucumán”, en TAU ANZOÁTEGUI, VÍCTOR –AGÜERO, ALEJANDRO (COORDS.), *El derecho local en la periferia de la Monarquía hispana. Río de la Plata, Tucumán y Cuyo. Siglos XVI-XVIII*, IIHD, Buenos Aires, 2013, pp. 91-120.

³ LLAMOSAS, ESTEBAN F., “La Universidad de Córdoba frente a la Revolución de 1810: Continuidad doctrinal, adaptación de discurso y juramento de obediencia”, *Jahrbuch für Geschichte Lateinamerikas*, Vol. 51, Böhlau Verlag Köln Weimar Wien, 2014, pp. 239-256; y “La enseñanza jurídica en un contexto de transición: la reforma de José Gregorio Baigorri en la Universidad de Córdoba (1823)”, *Revista de Historia del Derecho* 49, junio 2015, online.

naz, en un excelente trabajo donde analiza los modos en que circulaban las ideas en Hispanoamérica colonial, utilizó esta metáfora para referirse a la apropiación y adecuación de materiales intelectuales europeos⁴. Las ideas originales, al chocar contra el medio local, se desvían de su cauce, refractan, y adquieren nuevos matices. Buen ejemplo de este procedimiento lo encuentra en las variaciones a las ideas de Bossuet, presentes en la *Cartilla* mandada formar por el gobernador de Moxos, Lázaro de Ribera, y en el *Catecismo Real* del obispo José de San Alberto.

La idea de “localización”, de que todo derecho debe analizarse en su medio, afectado por las tensiones, coyunturas e intereses locales, ya que allí encontrará sus posibilidades y límites, además de los operadores que lo interpreten y apliquen según unas determinadas circunstancias, ha sido trabajada por V. Tau Anzoátegui y A. Agüero⁵.

Y la noción de “readaptación”, trata de poner el acento en las múltiples utilizaciones que se puede hacer de las tradiciones jurídico-políticas en tiempos diferentes y distantes. Unas doctrinas que ya habían refractado en el siglo XVIII, vuelven a prestar servicio en la centuria siguiente, adaptándose otra vez, “readaptándose” de modo práctico a otras necesidades o sirviendo de justificación a nuevos dispositivos institucionales⁶.

No desconocemos que hasta hace pocos años, los estudios del ochocientos cordobés se planteaban bajo la fuerza rupturista de Revolución, Constitución y Estado. En lo que a nuestro tema respecta, la enseñanza jurídica en la Universidad se presentaba “nueva” desde la Patria, desde que el deán Funes, en Plan inaugural y celebrado, “abrierá” los viejos pórticos coloniales a las luces de la ilustración y al derecho propio, a las ideas de una revolución en plena marcha. A partir de esta premisa, que evidentemente derivaba de otra que asumía exclusivamente moderna a la Revolución del diez, todo lo que venía después en la enseñanza no podía sino continuar en una línea que evolucionaba, empujada por el liberalismo, hacia el constitucionalismo y la estatalidad. Pero resulta que el Plan del deán Funes tan moderno no era, que más bien hundía sus raíces en los viejos planes del reformismo borbónico, y que en su afán de equilibrar las novedades con la tradición, claramente se inclinaba por esta última, cerrando esos mismos pórticos a cualquier doctrina “peligrosa” que pudiese desconfigurar el orden social católico⁷.

Así es que sin negar las novedades, intentaremos rastrear la manera en que fueron apropiadas y utilizadas, y sin desconocer las persistencias, intentaremos encontrar sus variaciones, su operatividad en un nuevo contexto. Lo haremos bajo el resguardo teórico de unas investigaciones que ya aportan la noción de cultura jurídica de transición, y desde nuestro particular punto de vista para observarla, nuestro particular laboratorio donde esa cultura experimenta tensio-

⁴ RÍPODAS ARDANAZ, DAISY, *Refracción de ideas jurídicas en Hispanoamérica colonial*, Ediciones culturales argentinas, Buenos Aires, 1983.

⁵ TAU ANZOÁTEGUI, VÍCTOR, “La configuración del derecho indiano provincial y local. Cuestiones metodológicas y desarrollo de sus fases históricas”, en TAU ANZOÁTEGUI V. y AGÜERO A. (coord.), *El derecho local en la periferia de la Monarquía hispana. Río de la Plata, Tucumán y Cuyo, siglos XVI-XVIII*, IIHD, Buenos Aires, 2013, pp. 13-90; AGÜERO, ALEJANDRO, “Derecho local y localización del derecho...”, cit.

⁶ LLAMOSAS, ESTEBAN F., “La Universidad de Córdoba frente a la Revolución de 1810...”, cit.

⁷ LLAMOSAS, ESTEBAN F., “Un contraveneno para las luces: *Las fuentes de la impiedad* de Valsecchi en el Plan de Estudios de 1813 de la Universidad de Córdoba”, en *Actas del XVIII Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*, Córdoba (en prensa).

nes, conflictos, y a la par que se conforma, se difunde. Lo haremos (no con exclusividad, por supuesto), desde la historia de la enseñanza jurídica en la Universidad de Córdoba, a estas alturas del siglo XIX, ya dos veces centenaria.

La formación de los juristas del ochocientos, que no sólo dirimirán pleitos privados, sino que participarán en asambleas constituyentes, redactarán reglamentos y constituciones, serán jueces civiles y canónicos, y justificarán jurídica y políticamente el orden de la Revolución, se nos ocurre indispensable para completar el cuadro de esta cultura en tránsito. ¿Cómo se formaba un jurista de comienzos del siglo XIX?, ¿qué autores leía, que doctrinas aprendía?, ¿y qué hacía luego con ellas? Casi todos los que actúan en las primeras décadas del período patrio han estudiado antes de 1810, por lo que se moldearon y prepararon para desempeñarse bajo criterios de Antiguo Régimen. ¿Puede decirse que quienes pasaron por la Universidad después de la Revolución se formaron dentro de un modelo distinto? Muchos de ellos, educados durante la regencia franciscana, tuvieron actuación profesional, pública y privada, durante la etapa colonial. ¿Les había brindado la Universidad alguna herramienta para asimilar los cambios y resignificar lo aprendido en un nuevo contexto?, ¿o debieron aprenderlo solos, urgidos por la velocidad de unos tiempos que exigían otras justificaciones y otras actitudes?

El término “juristas,” evidentemente, no se limita aquí a los graduados en la Facultad de Jurisprudencia. En todo caso, estos conocían el derecho romano, el canónico (ya radicado en esta sede desde la reforma provisoria de 1808), el real y quizás el incipiente derecho patrio. También incluimos en el término a algunos teólogos, no sólo porque los cánones se enseñaron tradicionalmente en la Facultad de Teología, sino porque en otras de sus disciplinas, como la Moral, las Antigüedades y a veces la Dogmática, se debatían y planteaban asuntos de conciencia o del régimen político, que daban cuenta del orden social mejor que el derecho. Sobre la formación de los juristas en este tiempo hay abundante bibliografía⁸.

Ejemplos de juristas que actuaron en los dos tiempos, o de juristas formados en la colonia con desempeño relevante luego del diez, tenemos de sobra. Allí están el deán Gregorio Funes, el más conocido, que adhirió al nuevo gobierno con más de sesenta años y una extensa carrera previa en la justicia episcopal, el cabildo catedralicio y la propia Universidad⁹; fray Pantaleón García, rector durante la regencia de los franciscanos, panegirista del rey absoluto y luego orador público y apologista de la emancipación¹⁰; Jerónimo Salguero y Cabrera, uno de

⁸ PESET REIG, MARIANO, “La enseñanza del derecho y la legislación sobre universidades, durante el reinado de Fernando VII (1808-1833), en *Anuario de Historia del Derecho Español*, tomo XXXVIII, 1968, pp. 229-375; Roberto I. Peña, *Los sistemas jurídicos en la enseñanza del derecho en la Universidad de Córdoba (1614-1807)*, Academia Nacional de Derecho y Cs. Ss. de Córdoba, Vol. III, 1986; ALONSO ROMERO, PAZ, “La formación de los juristas,” en Carlos Garriga (coord.), *Historia y Constitución. Trayectos del constitucionalismo hispano*, CIDE, Instituto Mora, México, 2010, pp. 107-137.

⁹ Ver HALPERÍN DONGHI, TULLIO, “El letrado colonial como intelectual revolucionario: el deán Funes a través de sus Apuntamientos para una biografía,” en *Los curas de la revolución*, Emecé, Buenos Aires, 2002, pp. 35-57; y MIRANDA LIDA, *Dos ciudades y un deán. Biografía de Gregorio Funes, 1749-1829*, Eudeba, Buenos Aires, 2006.

¹⁰ LLAMOSAS, ESTEBAN F., “Rector de Antiguo Régimen, orador de la Revolución: fray Pantaleón García, un franciscano entre dos tiempos,” en *Memoria del XVII Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*, Editorial Porrúa y Benemérita Universidad Autónoma de Puebla (México), 2011, pp. 533-563.

los primeros alumnos de la cátedra de Instituta, defensor de las potestades mayestáticas y de la obediencia al rey, luego firmante del acta de independencia en Tucumán¹¹; el profesor José Felipe Funes, licenciado en ambos derechos por la Universidad del Cuzco en 1806, quien inauguró el curso de Instituta de 1813 y avaló, con argumentos antiguos, el plan político de la Asamblea que acababa de instalarse¹²; y Miguel Calixto del Corro, el menos jurista de todos aún con nuestros parámetros flexibles, muestra clara de cómo se podía promover la independencia y al mismo tiempo la permanencia del orden social de la colonia¹³. Y a todos ellos, en este trabajo, agregaremos uno más: José Gregorio Baigorri (1778-1858), teólogo, canonista, provisor eclesiástico, rector de la Universidad, reformador de su Plan de Estudios y redactor de la constitución cordobesa de 1821.

La formación de un jurista: teología y cánones para constituir una patria

Si hemos elegido a José Gregorio Baigorri como ejemplo de lo que afirmamos, no es sólo porque le toca desempeñarse en este período de transición. Cumple, cabalmente, con una serie de requisitos que lo vuelven un extraordinario objeto de estudio. Formado intelectualmente como teólogo y canonista durante la dirección franciscana de la Universidad¹⁴, adquirió unas doctrinas políticas que ya no le servirían directamente luego de la Revolución, pero que le permitirían, utilizando esa flexibilidad tan típica de los hombres de Antiguo Régimen, un sinnúmero de adaptaciones y justificaciones. Después de la expulsión de los jesuitas, cumpliendo las reiteradas órdenes de la monarquía, los franciscanos enseñaron y reafirmaron una teología y unos cánones de signo regalista, que buscaban fortalecer en los escolares la obediencia al rey. Proliferaron así los moralistas, como Daniel Concina, que sostenían el probabiliorismo y rigorismo allí donde antes los jesuitas habían sostenido el probabilismo; se reemplazó el pactismo escolástico para avalar el origen de las potestades, por la doctrina del derecho divino de los reyes; se obligó jurar a los graduados que “detestaban” la posibilidad del tiranicidio, al tiempo que el rector controlaba con más celo textos y conclusiones; se fortaleció el regalismo defendiendo los recursos de fuerza para atraer al fuero ordinario algunas causas eclesiásticas; y se aseguró que la exención de pagar tributos de que gozaban los clérigos, no tenía origen pontificio sino real¹⁵. Está claro que el ambiente de la enseñanza universitaria en el tiempo en que Baigorri pasó por las aulas, estaba lejos de prepararlo para un nuevo orden, donde ese rey tan rodeado de garantías de obediencia, no tuviera lugar.

¹¹ PEÑA, ROBERTO I., *Conclusiones jurídicas defendidas en la Universidad de Córdoba a fines del siglo XVIII*, Imprenta de la Universidad, Córdoba, 1952; y MOYÁ, SILVANO BENITO, *Reformismo e Ilustración. Los Borbones en la Universidad de Córdoba*, Centro de Estudios Históricos “Prof. Carlos S. A. Segreti”, Córdoba, 2000, pp. 358-380.

¹² ALTAMIRA, LUIS, *José Felipe Funes. Una vida breve y fecunda*, Instituto de Estudios Americanistas, Número X, Imprenta de la Universidad, Córdoba, 1947; y LLAMOSAS, ESTEBAN F., “Universidad en tiempos convulsos: temor religioso y justificación política en el *Discurso de Apertura del Aula de Jurisprudencia del año 1813*”, *Revista de la Facultad*, Vol. IV, No. 2, Nueva Serie, Facultad de Derecho y Cs. Ss. de la UNC, pp. 119-134.

¹³ CATURELLI, ALBERTO, *Historia de la filosofía en Córdoba (1610-1983), Siglo XIX*, tomo II, Establecimientos Gráficos Biffignandi, Córdoba, 1993, capítulo II.

¹⁴ Obtuvo los grados de Licenciado y Doctor en Teología el 14 de julio de 1802.

¹⁵ PEÑA, ROBERTO I., *Los sistemas jurídicos...*, pp. 224-225.

Las doctrinas canónicas, que por su época aún se enseñaban en sede teológica, además de inclinarse por el regalismo, característica común de las universidades borbónicas, también indicaban la prevalencia de los obispos y concilios frente a la autoridad papal. Este último rasgo, uno de los datos centrales del llamado “jansenismo” español¹⁶, se reforzaría en el Plan transitorio de 1808 con la incorporación como texto de las *Instituciones canónicas* de Berardi, y tendría una influencia decisiva para dirimir las disputas de jerarquía en la Iglesia posrevolucionaria, que debió funcionar largos períodos en sede vacante, esto es, sin obispo. Un jurista como Baigorri, miembro destacado del clero secular cordobés en esta etapa (ocupó los cargos de arcediano y deán en el cabildo catedralicio), provisor de la justicia canónica en el obispado entre 1848 y 1858, debió ser constantemente atravesado por esta discusión, que no era sólo una cuestión interna de la Iglesia, sino que se vinculaba al complejo entramado institucional del orden nuevo. La preferencia de Baigorri por la autoridad de los obispos frente a la del papa, fue varias veces sostenida por N. Dellaferrera, el más importante historiador del derecho canónico cordobés de los últimos años, y el mayor especialista en el Archivo del Arzobispado¹⁷. En el período de soberanía provincial que se abre en 1820 con el gobierno de Juan Bautista Bustos, el papel del clero sería decisivo y Baigorri formaría parte varias veces de la Sala de Representantes¹⁸.

¿De qué manera incidiría su educación jurídica colonial en su vida pública posterior? ¿Cómo reformularía esos rígidos principios de obediencia al monarca, que lo ataban en conciencia, para participar, como lo hizo, en la Asamblea General Constituyente de 1813, o para redactar la constitución de la provincia soberana de Córdoba en 1821¹⁹?

Nadie pone en duda que Baigorri acrecentó sus lecturas después de su paso por la Universidad, y de que al tiempo de redactar la constitución cordobesa conocía algún autor del iluminismo europeo y los cuerpos legales del racionalismo. Hay referencias muy notorias, en el texto que presenta a la Asamblea Constituyente, de la constitución norteamericana de Massachusetts. La pregunta, en todo caso, debería ser si las nuevas lecturas reemplazaron a las viejas, o se integraron con estas para modelar un pensamiento mixto, típico de los momentos de transición como el que analizamos.

Baigorri ha dejado numerosos testimonios para observar sus ideas en plena práctica. Algunos de ellos, porque requieren de búsqueda más específica, como sus dictámenes de provisor en la audiencia episcopal, serán motivo de otro trabajo. Igual que su actuación en el Seminario de Nuestra Señora de Loreto, donde se formaba el clero secular; y su desempeño como rector de la Universi-

¹⁶ Ver TOMSICH, MARÍA G., *El jansenismo en España*, Siglo XXI de España Editores, Madrid, 1972.

¹⁷ DELLAFERRERA, NELSON ha brindado datos sobre Baigorri en varios trabajos, entre ellos, “Los provisos de Córdoba”, *Cuadernos de Historia* 6, Academia Nacional de Derecho y Cs. Ss. de Córdoba, 1996, pp. 69-119. En ninguno de ellos ha dejado asentada explícitamente la afirmación sobre su jansenismo, que sin embargo sostuvo públicamente en varias conferencias y jornadas de su especialidad.

¹⁸ Lo haría en 1830, 1832-1833 y 1835. Ver AYROLO, VALENTINA, *Funcionarios de Dios y de la República. Clero y política en la experiencia de las autonomías provinciales*, Editorial Biblos, Buenos Aires, 2007, p. 217.

¹⁹ No nos detendremos aquí en la discusión sobre su denominación como “reglamento” o “constitución”, para lo que remitimos al trabajo que nos sirve de guía en este punto: FERRER, JUAN, *Orígenes del constitucionalismo en el Río de la Plata: el caso de la Provincia de Córdoba (1821-1855)*, Capítulo 1, “Génesis y sanción del Reglamento provisorio de 1821”, Tesis inédita, Córdoba, 2015.

dad desde 1830. Sí nos dedicaremos, en los párrafos que siguen, a explicar cómo readaptó y reelaboró su pensamiento en la reforma del Plan de Estudios de la Universidad de 1823, en algún expediente en que el claustro lo invitó a expedirse sobre la ortodoxia de una doctrina teológica que él había mantenido en su reforma, y especialmente, en algunos pasajes sensibles de la constitución cordobesa de 1821.

Viejas ideas, nuevos contextos: raíz borbónica, teología heterodoxa, constitución católica

El primer ejemplo de reutilización de viejas ideas en tiempos diferentes, lo tenemos con la reforma del Plan de Estudios de la Universidad, presentada y aprobada a comienzos de 1823²⁰. Después del ascenso de Juan Bautista Bustos al gobierno de la provincia, Baigorri fue designado visitador de la Universidad, con la tarea de revisar el plan de enseñanza. Aunque éste había sido modificado pocos años antes por Manuel Antonio de Castro²¹, y Baigorri repetiría muchos de esos cambios, las circunstancias políticas lo llevaron a obviar cualquier mención al reformador anterior. Por otra parte, la explícita admiración por el deán Funes, lo inclinó a conservar en lo fundamental su Plan de Estudios aprobado en 1815. Estas reiteraciones son reveladoras, ya que más allá de algunas exageraciones rupturistas de la historiografía, el plan de Funes se nutría de las viejas reformas borbónicas del último cuarto del setecientos²². Así, en la Facultad de Teología, sede donde aún se enseñaban los fundamentos ontológicos y morales de la obediencia a las autoridades, más allá de algunas leves variaciones, Baigorri mantuvo la organización y duración de los estudios, y la orientación de los textos. El *Lugdunense*²³ para la Dogmática, y Antoine²⁴ para la Moral, eran autores ya conocidos en la Universidad, y representaban las tendencias jansenistas y rigoristas dominantes desde la regencia franciscana. Se conservó también la tradición arrastrada de tiempos borbónicos de controlar las opiniones que afectarían el dogma, a través de su determinación por el catedrático. Claro está, el mecanismo que en la colonia servía para evitar doctrinas heterodoxas y poco regalistas, ahora era útil para sostener las nuevas autoridades de la patria. En la otra facultad mayor, la de Jurisprudencia, Baigorri tampoco alteró los cuatro años de duración de los estudios. Continuó la enseñanza de Instituta, ya por el libro del valenciano Juan Sala, que compendia y cotejaba la versión más compleja de Vinnio; se conservó la enseñanza canónica en esta Facultad, (aunque fue obligatorio para los teólogos tomar el curso), ampliándose el tiempo dedicado al texto

²⁰ Ver LLAMOSAS, ESTEBAN F., "La enseñanza jurídica en un contexto de transición..." cit.

²¹ TORRES, FÉLIX, *Manuel Antonio de Castro y la primera reforma universitaria en Córdoba*, Editorial de la Municipalidad de Córdoba, 2000.

²² LLAMOSAS, ESTEBAN F., "Luz de razón y religión: El Plan de Estudios del deán Funes para la Universidad de Córdoba (entre Antiguo Régimen y orden nuevo)", *Revista Mexicana de Historia del Derecho*, Volumen XXIV, Julio-Diciembre, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2011, pp. 35-58. <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/HistoriaDerecho/24/esc/esc2.pdf>

²³ Se refiere a las *Institutiones Theologicae Auctoritate D. D. Archiepiscopi Lugdunensis ad usum scholarum suae dioecesis editae*, publicadas en 1780, obra del francés JOSÉ VALLA, profesor del Seminario de Lyon.

²⁴ ANTOINE, PABLO GABRIEL (1679-1743), autor de *Theologia moralis*. La obra de este jesuita se oponía al sistema moral del probabilismo.

de Devoti²⁵; y se sinceró la dificultad de estudiar las pocas y recientes leyes patrias, indicando que “mientras los códigos españoles conserven su fuerza i hagan las veces de aquellas, enseñará el primero la instituta de Castilla i esplicará las Leyes de Toro por los Comentarios de Antonio Gómez, debiendo preferirse el compendio que de ellas hizo D. Pedro Nolasco de Llano”²⁶. Es decir, más allá de los reajustes prácticos, la reforma de Baigorri se caracterizó por la consolidación de las mismas líneas triunfantes desde la expulsión de los jesuitas, y por el hincapié en cierta simplificación de los estudios jurídicos, patente en el uso de la obras de Sala y de Llano.

Sobre el agrado de Baigorri por el jansenismo, que fue doctrina de amplia discusión en la España del siglo XVIII, no sólo resultan indicativas las obras señaladas en su reforma, sino también algunas opiniones evasivas ante las consultas puntuales del claustro universitario. El jansenismo español del setecientos, algo alejado de las connotaciones heréticas que tenía el término en el siglo anterior, hacía referencia a una compleja trama de ideas en que se asociaban regalismo, episcopalismo, severidad moral y antijesuitismo²⁷. Aunque no necesariamente se debía adherir a todos sus componentes, la mayoría de los universitarios cordobeses a partir de la segunda mitad del siglo XVIII, fruto del ambiente intelectual que lo propiciaba, adhirió a esta doctrina. Baigorri, por supuesto, no fue la excepción. En 1838, Pedro Ignacio de Castrobarros, celoso defensor de la ortodoxia dogmática, denunció que el *Lugdunense*, que se utilizaba en las cátedras de Teología desde hacía tres décadas, estaba incluido en el *Índice Romano* de libros prohibidos por su jansenismo. El claustro, tomando cartas en el asunto, formó una comisión para dictaminar sobre el tema, y designó en ella a Baigorri, que quince años antes había ratificado (y aumentado) la presencia de esta obra a través de su reforma. El dictamen de Baigorri, luego de intentar excusarse de la opinión, balancea delicadamente entre la crítica al fanatismo que detecta herejías en todos lados, y una defensa muy tenue de la obra, que buscaba evitar que él mismo se volviera objeto del ataque de una tendencia intolerante y cerrada del catolicismo que parecía avanzar en la Universidad. Por ello, situándose en una posición moral equilibrada, expresó que se “respete en los teólogos la libertad de pensar y de opinar, marchando siempre por un justo medio en que solamente es dado, se encuentre la verdad...”²⁸. Esta prudencia respecto al *Lugdunense*, a pesar de las acusaciones y más allá de la buena reputación que la obra tenía para muchos teólogos, no era ajena al servicio que ésta había prestado y podía seguir prestando para justificar la obediencia a las autoridades. Lo interesante es que esta prudencia, algunos años después, en 1852, transmutó en franco ataque cuando el mismo Baigorri, ya como provisor del obispado, propuso a la Universidad la formación de otra comisión para analizar la acusación de jansenismo. Esta nueva comisión, finalmente, terminaría aconsejando la prohibición del libro, para alejar a los jóvenes de las “fuentes corrompidas..., en las que se beben malhadadas doctrinas”, como la que “en nuestros días comanda la secta

²⁵ *Institutionum canonicarum*, del profesor del Colegio de la Sapienza, JUAN DEVOTI (1744-1820). La obra se consideraba cercana a las posiciones papales en la discusión de las jerarquías eclesíásticas.

²⁶ Cit. por GARRO, JUAN M., *Bosquejo histórico de la Universidad de Córdoba*, Imprenta y Litografía de M. Biedma, Buenos Aires, 1882, p. 289.

²⁷ MESTRE, ANTONIO, “La actitud religiosa de los católicos ilustrados”, en GUIMERÁ, AGUSTÍN (ed.), *El reformismo borbónico*, Alianza Universidad, Madrid, 1996.

²⁸ Citado por GREÑÓN, PEDRO, “Historia de un texto universitario. 1831-1855”, en *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba*, Año XXV, Vol. 7-10, Imprenta de la Universidad, Córdoba, 1939, p. 1058.

jansenista”²⁹ ¿Qué había cambiado?, ¿la opinión sobre el libro, el contexto de la Universidad y la Iglesia, o la propia posición de Baigorri en la justicia eclesiástica, que lo inclinaba a mirar con recelo lo que antes había defendido?

Un año antes de iniciar su visita a la Universidad y reformar el plan de estudios, Baigorri había prestado un servicio mayor a la provincia. En septiembre de 1820, la Asamblea Provincial lo designó, junto a Norberto Allende y Lorenzo Villegas, en la comisión encargada de redactar un Reglamento Provisorio. El trabajo, del que Villegas finalmente no tomaría parte, fue concluido y elevado al gobernador Bustos tres meses después, a comienzos de 1821, y sancionado en corto tiempo por la asamblea, ya vuelta cuerpo constituyente. Aunque es difícil de comprobar la autoría en soledad que algunos autores atribuyen a Baigorri³⁰, no caben dudas sin embargo de su fuerte impronta intelectual en el *Reglamento provisorio para el régimen y administración de la Provincia de Córdoba*. En este punto encontramos un interesante punto de observación para explicar el mestizaje de ideas que llevaban adelante los juristas de transición. Generalmente, suelen destacarse los rasgos y las influencias modernas del texto constitucional, en especial la referencia ineludible a la constitución del Estado de Massachusetts. Así escribió R. I. Peña, que “el Dr. Baigorri, aunque hombre de Iglesia, tenía una mente de estadista y una gran versación en el Derecho Político de su época”, y que “para redactar el estatuto utilizó con inteligente comprensión la constitución del estado de Massachusetts de 1780, adaptándola a las circunstancias argentinas y a nuestras modalidades”³¹. Este conocimiento de las obras modernas tampoco fue ignorado por sus contemporáneos, y así Vicente Fidel López lo juzgó un “sabio y adelantadísimo presbítero, espíritu crítico y refinado”³²

La vinculación con el constitucionalismo norteamericano proviene especialmente de la inclusión de una “Declaración de Derechos” en el Capítulo XXIII del *Reglamento*, en la que pueden encontrarse claras identificaciones textuales con las constituciones estatales de Virginia, Pennsylvania y Massachusetts. Es posible que Baigorri tomara estas referencias de una obra de buena circulación en la época, que aparece en la biblioteca final del deán Funes, a quien admiraba. Se trata de *La independencia de la Costa Firme justificada por Thomas Paine treinta años ha*, una selección y traducción de distintas obras de este filósofo y revolucionario angloamericano, realizada y publicada en Filadelfia en 1811 por Manuel García de Sena. El libro incluye algunos textos políticos decisivos de los Estados Unidos, como la declaración de independencia, la Constitución federal, y las constituciones de Massachusetts, Connecticut, New Jersey, Pennsylvania y Virginia. Por otra parte, en una actitud usual hacia las obras destinadas a fomentar la independencia de las antiguas colonias hispanas que presentaban ataques a la religión, García de Sena se cuidó muy bien de eliminar los pasajes de Paine que resultaban más ofensivos a la fe católica³³.

²⁹ AGHUNC, Documentos, Libro 26 (Varios).

³⁰ MELO, CARLOS R., “La escuela jurídico-política de Córdoba”, en *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba*, Vol. 29, No. 1-4, 1942, p. 96.

³¹ PEÑA, ROBERTO I., “Juan B. Bustos y el federalismo doctrinario de Córdoba”, en *Cuadernos de Historia 4*, Junta Provincial de Historia de Córdoba, 1980, p. 49.

³² Cit. por PEÑA, ROBERTO I., “Juan B. Bustos y el federalismo...”, p. 49.

³³ ECHEVERRI, ÁLVARO, “La independencia de la Costa Firme justificada por Thomas Paine treinta años ha, en traducción de Manuel García de Sena (1811)”, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2013. <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcd6m4>.

De todos modos, ni las referencias del *Reglamento* a la protección del derecho a la vida, reputación, libertad, seguridad y propiedad, como la inviolabilidad del domicilio, la proclamada libertad de prensa, o la sección de los “Derechos que competen al hombre en sociedad”, admiten una exclusiva lectura textual, porque termina resultando excluyente de otros significados. La lectura de los derechos debe contextualizarse con el resto de las secciones, y especialmente con los límites que les imponía la cultura jurídica donde debían operar³⁴. Como sucede con los discursos públicos de la época, cuya fuerza rupturista se amortigua en el lecho de un orden social que no ha variado, y con los reiterados reglamentos y estatutos que postulan garantías y crean dispositivos que necesariamente se amoldan al cauce conocido de una sociedad todavía ordenada por la religión, los derechos de raíz liberal presentes en el *Reglamento* cordobés de 1821, se resignifican a la luz de los capítulos sobre los “Deberes del Cuerpo Social” y “De la Religión”.

Establecer que el catolicismo es la religión del Estado y que todos sus magistrados tienen como primer deber “su protección, conservación, pureza e inviolabilidad”, prohibir en el territorio de la provincia cualquier otro culto público y la enseñanza de doctrinas contrarias, además de castigar estas faltas como “una violación de las leyes fundamentales del Estado”, indudablemente licúa la fuerza declarativa de algunos derechos, especialmente el de la libertad de opinión a través de la prensa. Estos rasgos, típicos en los textos hispanoamericanos de la primera mitad del siglo XIX, ya han sido bien caracterizados en los estudios del “constitucionalismo católico”³⁵ o el “constitucionalismo jurisdiccional”³⁶.

Para que quede claro, no me estoy refiriendo aquí a unos obvios contenidos religiosos en el *Reglamento*, esperables por ser Baigorri un hombre de la Iglesia, más allá de su conocimiento de los cuerpos legales modernos. Lo que aquí se expresa es algo que incluso supera la condición eclesíástica del autor, para enmarcarse en una cultura que determina las nuevas lecturas y obliga a interpretarlas bajo el signo de la tradición heredada. Cualquier declamación de derechos tiende a diluirse en el contexto de una sociedad que encuentra en la intolerancia religiosa una garantía de orden e identidad. La propia Universidad de Córdoba, pocos años antes, ya había puesto el acento en este tópico, cuando en su primer plan de estudios luego de 1810 mandó estudiar la obra del italiano Valsecchi, un apologista y férreo defensor de la intolerancia religiosa, tratando de evitar que una avalancha de ideas modernas resquebrajara el orden conocido³⁷.

Tampoco es posible encontrar en el *Reglamento* una noción de ley abstracta y general, que reemplace claramente la vieja tradición casuista y acumulativa del Antiguo Régimen. En la sección sexta se expresa que “subsistirán todos los códigos legislativos, cédulas, Reglamentos y demás disposiciones generales y particulares del antiguo Gobierno Español, que no estén en oposición directa

³⁴ Al respecto, resulta indispensable el pormenorizado estudio realizado por FERRER, JUAN, *Orígenes del constitucionalismo en el Río de la Plata...*, cit., Capítulo II, “Ingeniería constitucional cordobesa de 1821”, de quien tomo aquí contenido y perspectivas de análisis.

³⁵ PORTILLO VALDÉS, JOSÉ MARÍA, “La constitución en el Atlántico hispano, 1808-1824”, en *Fundamentos: Cuadernos monográficos de teoría del estado, derecho público e historia constitucional*, No. 6, Universidad de Oviedo, 2010, especialmente 168-174.

³⁶ GARRIGA, CARLOS -LORENTE, MARTA, *Cádiz, 1812. La constitución jurisdiccional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.

³⁷ LLAMOSAS, ESTEBAN F., “Un contraveneno para las luces...”, cit.

o indirecta con la libertad e independencia de Sud América...” Esta indicación, habitual en otras normas del período, no sorprende. El mismo Baigorri, poco tiempo después, indicaría en su reforma universitaria que los escolares de jurisprudencia debían aprender los “códigos españoles”, matizando así el anhelo del deán Funes de unos estudios basados sólo en la nueva legislación patria.

Modernidad declamada, entonces, en contexto tradicional. Derechos del hombre, con la contracara de unos deberes que seguían modelando sujetos de Antiguo Régimen. Ciudadano liberal sin sociedad de libertades. El mismo *Reglamento* lo expresa: “Ninguno es hombre de bien, ni buen ciudadano, si no observa las leyes fiel y religiosamente, si no es buen hijo, buen hermano, buen amigo, buen esposo y buen padre de familia”³⁸.

Conclusión provisoria, perspectivas de avance

Tal como adelantaba al comienzo de este artículo, estas reflexiones deben completarse. Baigorri tuvo una larga actividad pública y ha dejado numerosos testimonios que necesitan de revisión, para trazar mejor su perfil de jurista en tiempos de transición. Contamos con información sobre sus lecturas, ya que hay *ex libris* suyos en varias obras de la biblioteca del Seminario de Nuestra Señora de Loreto³⁹; también tenemos noticia de su labor en esta institución destinada a la formación del clero secular⁴⁰; merece una investigación su desempeño como rector de la Universidad a partir de 1830, ya que en ese período se creó la cátedra de Derecho Público y se señalaron textos en los que seguramente tuvo influencia⁴¹, además de participar directamente en las lecciones; contamos con un gran repositorio documental como el Archivo del Arzobispado de la Provincia de Córdoba, cuyos procesos canónicos fueron perfectamente catalogados y sistematizados⁴², en el que es posible rastrear su actuación como provisor eclesiástico; tenemos su actividad como diputado en la Sala de Representantes de la provincia; y por último, su rol como redactor del *Reglamento de 1821*, que aunque aquí adelantamos algo, necesita de un mayor detenimiento.

Lo que aquí tratamos, sin embargo, basta para delinear unos rasgos y consolidar unas percepciones. Alcanza para comprender mejor, sin los preconceptos de la persistencia, la ruptura o la contradicción, la labor pública de un jurista formado para un tiempo que empezaba a mutar, y que utilizaba con flexibilidad, para construir el nuevo, los viejos materiales intelectuales provistos por la cultura de la colonia.



³⁸ Cit. por PEÑA, ROBERTO I., “Juan B. Bustos y el federalismo...” p. 49.

³⁹ AUDISIO, CARLOS S., *La biblioteca del Real Colegio de Nuestra Señora de Loreto*, Biblioteca Mayor, Córdoba, 1975.

⁴⁰ AUDISIO, CARLOS S., *El Seminario conciliar de Nuestra Señora de Loreto, Colegio Mayor de la Universidad de Córdoba*, Imprenta de la Universidad, Córdoba, 1943; y DELLAFERRERA, NELSON, “Hombres que gravitaron en nuestra historia: Alumnos del Real Colegio Seminario Nuestra Señora de Loreto (1795-1832)”, en *Cuadernos de Historia 7*, Academia Nacional de Derecho y Cs. Ss. de Córdoba, 1997, pp. 45-107.

⁴¹ YANZI FERREIRA, RAMÓN PEDRO, “La enseñanza de los derechos constitucional y procesal constitucional en la Universidad Nacional de Córdoba. Siglos XIX y XX”, en *Cuadernos de Historia 19*, Academia Nacional de Derecho y Cs. Ss. de Córdoba, 2009, pp. 64, 65.

⁴² DELLAFERRERA, NELSON, *Procesos canónicos. Catálogo (1688-1888)*. Archivo del Arzobispado de Córdoba, Editorial de la Pontificia Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, 2007.

EN EL CAMINO DE LA LIBERTAD. DE LA REVOLUCIÓN A LA CONSTITUCIÓN*

Jorge Orgaz**

Resumen: Pese a su gran importancia, la labor de la Asamblea del Año 1813 ha sido soslayada en muchas ocasiones, quizás porque se desarrolló entre dos acontecimientos fundamentales en los orígenes de la Nación Argentina, como fueron la Revolución de Mayo de 1810 y la Declaración de la Independencia de 1816. Este trabajo intentará recuperar los principales aportes institucionales de este congreso, no sólo en su tiempo, sino también en su proyección sobre la propia Constitución Nacional.

Palabras claves: Asamblea del Año 1813 - Principales aportes- Proyección constitucional.

I. Introducción

Todos aquellos que aún transitamos sus galerías siguiendo la huella de viejas y nuevas generaciones que abriendo el camino orientan el rumbo, que poblamos sus aulas disfrutando del saber de sus profesores, que agigantaron desde su vocación la nuestra y compartiendo estudio, amistad y sueños con cientos de alumnos, que fuimos y son hoy, o que navegamos en el profundo silencio del inmenso mar de su Biblioteca Mayor, en donde cada libro emerge como un islote al que aferrarnos frente a las embestidas de la incertidumbre y la ignorancia, seguro compartimos un sincero orgullo por ser protagonistas en la vida de la Universidad Nacional de Córdoba.

Reconociendo que su misión institucional y social atraviesa los muros de sus claustros, advertía Jorge Orgaz que, *“en nuestro pasado nacional y universitario hay algo evidente: la dirección histórica con que marchamos desde la hora inicial del país que somos y anhelamos ser. Marchamos hacia la organización de la mejor sociedad posible, hacia una democracia efectiva, con cultura propia, justicia y libertad. Esta dirección de marcha nos condiciona como individuos y como pueblo”*¹. El desafío, entonces, se renueva para cada uno de nosotros de forma permanente.

Por ello, ante todo, deseamos felicitar a las autoridades de su Facultad de Derecho y Ciencias Sociales por el acierto de organizar el presente concurso de monografías en homenaje a sus cuatrocientos años de existencia, porque nos permite, en primer lugar, participar de tan significativa celebración y, en segun-

* Primer Premio, categoría Profesores Auxiliares, del concurso “Bicentenario de la Asamblea de 1813”.

** Doctorando en Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Magíster Iuris de la Universidad Complutense de Madrid. Especialista en Derecho Público de la Universidad Nacional de Córdoba. Profesor de Derecho Constitucional, Derecho Procesal Constitucional, Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Profesor de Derecho Constitucional, Derecho Público Provincial y Municipal y Derecho de la Integración Regional de la Universidad Empresarial Siglo 21 de Córdoba. E-mail: jorgaz@arnet.com.ar.

¹ ORGAZ, JORGE, *La Universidad de Córdoba. En su 365 aniversario*, Editorial del Poder Legislativo de la Provincia de Córdoba, Córdoba, 1990, p. 3.

do término, indagar acerca de la profusa y compleja labor desarrollada por la Asamblea General Constituyente de 1813 —de ahora en más, simplemente “la Asamblea”— y, a partir de allí, reconocer y rescatar su legado de cara a un nuevo siglo que los argentinos apenas comenzamos a transitar.

En una primera aproximación al objeto del presente trabajo, podría pensarse que la tarea no ofrece mayores dificultades teniendo en cuenta que ha sido reconocida como uno de los hitos políticos e institucionales de nuestro país por la casi unanimidad de los muchos y destacados historiadores y publicistas de nuestro medio que, desde hace ya largo tiempo, abordan su estudio². Sin embar-

² En tal sentido, son más que elocuentes las palabras de Luís Varela cuando expresa que a causa de la Asamblea, “*la independencia de las Provincias Unidas del Río de la Plata, data oficial e institucionalmente, desde el año XIII, y no desde su solemne declaración, hecha, más tarde, por el Congreso nacional de Tucumán en 1816*” (cfr. VARELA, LUIS V., *Historia Constitucional de la República Argentina*, Tomo Segundo, Editorial Lajouane, La Plata, 1910, p. 269). Partiendo de su clásica e ineludible obra sobre los procesos constitucionales argentinos, Emilio Ravignani, se apura en aclarar que si bien aquélla no alcanzó a sancionar una constitución, “*dio una rica legislación revolucionaria*” (cfr. RAVIGNANI, EMILIO, *Asamblea Constituyentes Argentinas*, Tomo Primero, Peuser, Buenos Aires, 1937, p. XXIX). Elogiando sus primeras decisiones —que serán, quizás, las de mayor trascendencia—, Juan Canter también señala que, “*la asamblea se inicia...en forma pujante y vigorosa. Muestra una capacidad inagotable de trabajo y acude en protección de la clase humilde. Varios de sus postulados registran un significado igualitario*” (cfr. CANTER, JUAN., “La Asamblea General Constituyente”, en *Historia de la Nación Argentina*, 2ª edición, Vol. VI, Editorial El Ateneo, Buenos Aires, 1947, p. 132). Bartolomé Mitre, comparte su asombro frente a su primera sesión preparatoria porque “*nunca se había visto una asamblea política más respetable por sus hombres, ni más homogénea por sus tendencias*” (cfr. MITRE, BARTOLOMÉ., *Historia de Belgrano y de la independencia argentina*, Ediciones Anaconda, Buenos Aires, 1950, p. 261). Alfredo Palacios llega a la conclusión que la Asamblea dictó “*un conjunto de leyes orgánicas que virtualmente implicaban la independencia*” (cfr. PALACIOS, ALFREDO L., *Estevan Echeverría. Albacea del pensamiento de Mayo*, Claridad, Buenos Aires, 1955, p. 242). A su vez, Joaquín V. González, sostiene con énfasis que, “*son de tal importancia los actos emanados de la Asamblea General Constituyente de 1813, que su período puede considerarse de formación constitucional*” (cfr. GONZÁLEZ, JOAQUÍN V., *Manual de la Constitución Argentina*, Dirección General de Publicaciones de la Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 1964, p. 43 y ss.). Para Agustín de Vedia, la Asamblea hizo “*en realidad la revolución social, al legislar con nuevo espíritu, y con ello aseguró en todo momento el propósito de independencia nacional, con sanciones de inconfundible significado*” (cfr. DE VEDIA, AGUSTÍN., “Significación jurídica y proyección institucional de la declaración de la independencia”, en *Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales*, Eudeba, Buenos Aires, 1967, p. 31). Recurriendo a criterios similares, afirma Ricardo Levene que, 1813 “*fue el año de la nueva legislación que rompió los moldes jurídicos del antiguo régimen de la dominación española*” (cfr. LEVENE, RICARDO, *Manual de Historia del Derecho Argentino*, 4ª edición, Depalma, Buenos Aires, 1969, p. 289). Por su parte, Germán Bidart Campos, enseña que como consecuencia de la Asamblea, “*1813 marca una fecha vértice en el ciclo de los ensayos constitucionales y, a través de él, en todo el proceso constitucional*” (cfr. BIDART CAMPOS, GERMÁN J., *Historia e ideología de la Constitución Argentina*, Ediar, Buenos Aires, 1969, p. 73). Segundo Linares Quintana, a su turno, advierte que si bien la Asamblea no alcanzó a cumplir con uno de sus objetivos, cual era sancionar una constitución, “*es indudable que su obra se proyectó con hondura en la estructuración constitucional de la República*” (cfr. LINARES QUINTANA, SEGUNDO V., *Derecho constitucional e instituciones políticas*, Tomo II, 3ª edición, Editorial Plus Ultra, Buenos Aires, 1981, p. 618). También José López Rosas entiende que ella “*significa uno de los actos más trascendentales de nuestra vida histórica*” (cfr. LÓPEZ ROSAS, JOSÉ RAFAEL, *Historia constitucional argentina*, 4ª edición, Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 151). Enseña Helio Zarini que “*la elaboración de la Asamblea es tan intensa como fecunda, a tal punto que sus principios y hasta su letra misma han sido reproducidas en la Constitución nacional*” (cfr. ZARINI, HELIO JUAN, *Derecho constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 166). Para Alberto Bianchi, la Asamblea junto a la Revolución de Mayo y el Congreso de Tucumán, conforman los tres acontecimientos “*más destacados de la historia constitucional argentina desde 1810 hasta la Constitución de 1853*” (cfr. BIANCHI, ALBERTO B., *Un recorrido crítico por el período formativo del Derecho constitucional argentino 1810-1827*, Ediciones Rap, Buenos Aires, 2006, p. 34; *Historia de la formación constitucional argentina (1810-1860)*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007, p. 60). Resalta Noemí Goldman que gracias a ella, la Revolución de Mayo “*retomaba su ritmo y aparecía un mito fundante de una nueva legitimidad*” (cfr. GOLDMAN, NOEMÍ, *El pueblo quiere saber de que se trata! Historia oculta de la Revolución de Mayo*, Sudamericana, Buenos Aires, 2009, p. 173). Jorge Vanossi precisa que en el año 1813, “*quedó delineado el rumbo emancipa-*

go, creemos su obra ha sido injustamente soslayada en muchas ocasiones por razones de distinta naturaleza, que indisolublemente unidas entre sí, enunciamos a continuación para volver luego sobre ellas con mayor detenimiento.

La primera de ellas nos conduce a la situación histórica de la Asamblea, que desarrollándose entre dos acontecimientos fundamentales en los albores de la historia argentina, como fueron la Revolución de Mayo, en 1810 y la Declaración de la Independencia, apenas seis años más tarde que, creemos, acaparando la atención de muchos autores contribuyeron a eclipsar el interés por ella.

Sin embargo, desde el mismo momento de su instalación, se desprende de sus multifacéticos actos legislativos de claros perfiles constitucionales, que jugó un papel decisivo entre ambos sucesos al asegurar, pese a sus naturales vaivenes, la continuidad y desarrollo del incipiente y convulsionado proceso emancipador de la diluida monarquía española por culpa de Napoleón y proyectar el ideario libertario de los padres fundadores de la nueva nacionalidad que desde pocos años atrás, los tuvo como principales protagonistas.

Por otra parte, sostenemos que la circunstancia de no haber alcanzado la Asamblea los objetivos tenidos en miras al momento de su convocatoria, esto es, sancionar una constitución y declarar la independencia de las entonces Provincias Unidas del Río de la Plata, consolidó la tendencia de analizar ligera e, inclusive, despectivamente³, el resto de su innovador aporte político y legislativo.

Enfocados en los pormenores de las fuertes disputas entre los grupos políticos que pretendían gobernar la Revolución en marcha, estimamos que dichas posturas olvidan que la Asamblea no sólo formalizó la ruptura política definitiva con Fernando VII, anticipándose al congreso de Tucumán de 1816, sino que también muchas de las normas sancionadas en su seno influyeron notoriamente en el espíritu y la letra de varias de las disposiciones de la Constitución Nacional y en la arquitectura del poder del Estado federal plasmada por ella cuatro décadas más tarde. Es decir, que si bien no alcanzó inmediatamente sus propios fines, colaboró principalmente para que en otras instancias, más cercanas o más lejanas, del proceso histórico institucional argentino, se hicieran realidad.

Finalmente, al problema de la pérdida de las actas originales de la Asamblea, debe sumarse, convirtiéndose en causa y efecto de lo que hasta aquí venimos diciendo, en opinión que compartimos con Pablo Camogli⁴, el de la escasa bibliografía dedicada exclusivamente al estudio integral de la Asamblea, situación que no ha sido modificada pese a la celebración del bicentenario de la inauguración de sus sesiones, perdiéndose así una excelente oportunidad para rescatar su vastísima herencia institucional en forma de homenaje, circunstancia

dor y bosquejada la configuración republicana de nuestras instituciones políticas y sociales, merced a las numerosas resoluciones de la Asamblea que apuntaban al imperio de la igualdad, que es uno de los pilares que sostienen las repúblicas y las diferencias con las monarquías" (cf. VANOSI, JORGE R., "Año XIII: ¿un conclave frustrado o una asamblea precursora?", en <http://www.ancmyp.org.ar/user/files/03Vanossi.pdf>). Por encima de la compleja realidad política que la rodeó, manifiesta Pablo Camogli que la Asamblea "es un acontecimiento relevante en sí mismo" (cf. CAMOGLI, PABLO, *Asamblea del Año XIII. Historia del primer congreso argentino*, Aguilar, Buenos Aires, 2013, p. 21).

³ Prudencio Bustos Argañaraz, en severa crítica, expresa que la Asamblea apenas "se limitó a omitir la mención del rey Fernando VII en los papeles oficiales y su efigie en las monedas acuñadas en Potosí" (cf. BUSTOS ARGANARAZ, PRUDENCIO, "Los verdaderos alcances de la Asamblea del Año XIII", en *La Voz del Interior* del 31 de enero de 2013).

⁴ CAMOGLI, PABLO., *Asamblea del Año XIII. Historia del primer congreso argentino*, Aguilar, Buenos Aires, 2013, pp. 15 y ss.

que no hace otra cosa que respaldar la feliz iniciativa de esta convocatoria que, con la publicación de algunos de los trabajos seleccionados, contribuirá a suplir, al menos parcialmente, este preocupante vacío en la literatura política y jurídica argentina que se patentiza en los estantes despoblados de las bibliotecas a los que recurrimos cuando decidimos participar en ella.

Además, los artículos sobre la Asamblea con los que contamos actualmente, se insertan en obras de historia o derecho constitucional argentino, no son exhaustivos y se limitan a formular una simple enumeración de sus principales medidas, sin ahondar demasiado en el contenido y alcance de cada una de ellas. De esta forma, además, se coloca casi con idéntica relevancia y sin ningún criterio selectivo, por ejemplo, a la libertad de vientres con aquella norma, casi anecdótica, que exigía que el bautismo de los recién nacidos se realizara con agua tibia.

Por todo ello, en las páginas que siguen intentaremos, desde una visión más conceptual que cronológica, por un lado, apuntalar el alto significado político de la Asamblea, que obligada a sesionar en un escenario hartamente complejo, tanto en el ámbito externo como interno, aseguró la profundización de la Revolución que se encontraba sometida a las contradicciones lógicas de una nación en formación y, por el otro, destacar sus invalorable aportes normativos que, a la par de los diversos estatutos, reglamentos, acuerdos y de los proyectos constitucionales de 1819 y 1826, se inscriben entre los principales antecedentes de nuestra Ley Fundamental.

II. Tras la huella de la Revolución

II.1. Los caminos de la Revolución

“Cerca de tres años hemos corrido desde el principio de nuestra revolución a paso vacilante, y sobre sendas inciertas por falta de un plan que trazase distintamente las rutas de nuestra carrera y destino.”

JUAN JOSÉ PASO,

Discurso Inaugural de la Asamblea del Año XIII

La heroica y efectiva resistencia contra el invasor inglés, además de anticipar un tiempo de fuertes turbulencias políticas en el Río de la Plata, alumbró la férrea convicción y el fervor inagotable de un pueblo decidido a dar batalla por su libertad, que encontraría pocos años después su principal escenario en los sucesos transformadores de la Revolución de Mayo de 1810.

Los meses posteriores al estallido, que resultaban claves para consolidar y expandir su ideario liberal y las bases de la nueva nación, obligó a las primeras milicias criollas a enfrentar a las avezadas tropas españolas en numerosas y sangrientas batallas salpicadas por toda Sudamérica, y a los sucesivos gobiernos locales a sellar la independencia y conducirla hacia su propia constitución, con distintos resultados.

Es fácil advertir que la tarea no fue sencilla, pues a los problemas relacionados con la inexperiencia de las huestes revolucionarias y su abastecimiento económico, se sumaba un contexto político interno conmocionado a causa de las fuertes contiendas entre los grupos porteños y provincianos por el gobierno de la

Revolución, y otro externo, no menos dramático, en cuyo horizonte se insinuaba nuevamente la temida figura de Fernando VII como símbolo de la obsesión absolutista por recuperar su poder no sólo en la península ibérica sino también en las rebeldes tierras americanas.

Teniendo a la declaración de la independencia y la sanción de constitución como metas, la Revolución comenzaba su marcha por diferentes caminos que, plagados de obstáculos e incertidumbre, no lograron detenerla, torcer su derrotero o mellar el fervor patriota que la impulsaba, desempeñando la Asamblea un papel preponderante en tal sentido, al encauzar su causa redentora y formalizarla en cada una de sus decisiones.

II.1.1. Los sangrientos senderos de la guerra

Como responsable del Departamento de Guerra y Marina del primer gobierno patrio, y a sabiendas de la necesidad imperiosa de expandir y fortalecer rápidamente las bases políticas de la Revolución ganando terreno al enemigo, Mariano Moreno comenzó a trazar los que serían sus objetivos militares sin contar, como dijimos, con batallones capacitados para tamaña empresa y con los medios materiales suficientes para llevarla adelante. En este punto, advierte José Goyret que, inclusive, los pocos militares profesionales con los que contaban las tropas revolucionarias, ya habían demostrado en ocasión de las invasiones inglesas *“la rutina, la despreocupación por la instrucción propia y de los subordinados y mínimas exigencias disciplinarias”*⁵.

Pese a ello, dichos problemas no sólo no lograron desanimar a los integrantes del primer gobierno patrio en su inquebrantable decisión de llevar adelante y a cualquier precio el cambio político operado, sino que, por el contrario, se redoblaron los esfuerzos en ambos terrenos para iniciar cuanto antes las campañas en búsqueda de los bastiones españoles dispersos en los alrededores de las ciudades más importantes del sur americano.

En reemplazo de las precarias fuerzas existentes, se conformaron los primeros regimientos regulares, que luego de recibir los conocimientos mínimos de técnica militar, fueron desplazados en distintas direcciones: al norte, la Banda Oriental, Chile y Perú, contando con notables conductores como, entre otros, José de San Martín o Manuel Belgrano, quienes más allá de su distinta formación, el primero, militar de carrera y el segundo, abogado, sobresalieron por su arte⁶ y coraje en el campo de batalla, asumiendo un compromiso irrenunciable con la causa de la Revolución.

Trasladándonos primero al litoral, al tiempo de ser inauguradas las sesiones de la Asamblea, las fuerzas realistas ya habían sufrido dos graves derrotas en manos del ejército revolucionario que, comandado por José Gervasio Artigas y José Rondeau, había frustrado sucesivos intentos de levantar el sitio del estratégico enclave de Montevideo, en las batallas de *“Las Piedras”*⁷ y *“El Cerrito”*⁸.

El predominio criollo en la región, recibiría pocos días después un contundente espaldarazo con el triunfo de José de San Martín y sus *“Granaderos a*

⁵ GOYRET, JOSÉ TEÓFILO., “La guerra de la independencia”, en *Nueva Historia de la Nación Argentina*, Tomo 4, Academia Nacional de la Historia, Editorial Planeta, Buenos Aires, 2000, p. 274.

⁶ Cfr. GOYRET, JOSÉ TEÓFILO., “La guerra de la independencia”, en *Nueva Historia de la Nación Argentina*, Tomo 4, Academia Nacional de la Historia, Editorial Planeta, Buenos Aires, 2000, p. 274.

⁷ 18 de mayo de 1811.

⁸ 31 de diciembre de 1812.

caballo” sobre las tropas españolas, en el célebre combate de “*San Lorenzo*”, del 3 de febrero de 1813, que le permitió demostrar su inigualable inteligencia y destreza militar, pues, como grafica Bartolomé Mitre, “*la victoria que apenas había tardado tres minutos en decidirse, se consumó en menos de un cuarto de hora*”⁹.

Mientras tanto, en los desolados territorios del norte argentino en poder del ejército realista tras la batalla de “*Huachuqui*”¹⁰, el novato general Manuel Belgrano arremetía exitosamente contra las fuerzas a cargo del brigadier Juan Pío Tristán, en las batallas de “*Tucumán*”¹¹ y “*Salta*”¹², deteniendo su peligrosa incursión hacia el sur que tenía como destino la ciudad de Montevideo, escogida para, una vez reunido con la totalidad de las tropas aliadas allí radicadas, emprender el ataque sobre la ciudad de Buenos Aires, principal refugio de los revolucionarios¹³. Inmediatamente de finalizada esta última y cruenta¹⁴ contienda armada, el propio creador de la bandera nacional, sin poder ocultar su satisfacción por la importante conquista alcanzada, escribía al gobierno de Buenos Aires que “*El Dios de los ejércitos nos ha echado su bendición: la causa de nuestra libertad e independencia se ha asegurado a esfuerzos de mis bravos compañeros de armas*”¹⁵.

Sin duda, todos estos notables y urgentes triunfos patriotas lograron, por un lado, robustecer el proceso revolucionario en forma inversamente proporcional a la que se expandía el temor y la desazón en las filas españolas y, por el otro, propagar un inmejorable clima de optimismo entre los integrantes de la flamante Asamblea, que siguieron atentos y preocupados el desenvolvimiento de los acontecimientos.

No obstante, el ambiente de tensa calma y expectativa en el gobierno rebelde no se prolongaría por mucho tiempo ya que, además de convertirse en un testigo cercano del arribo a Montevideo de refuerzos militares provenientes de España, sin poder actuar en consecuencia al no contar con una flota propia que saliera al encuentro de los buques que los transportaban, arribaban las noticias de las estrepitosas derrotas de las fuerzas bajo las órdenes de Manuel Belgrano a merced del ejército realista que, aprovechando el benevolente trato que le dispensó luego ser batido en Salta, su posterior estancamiento allí por meses¹⁶ y su

⁹ MITRE, BARTOLOMÉ., *Historia de San Martín*, Talleres Gráficos Rosso, Buenos Aires, 1950, p. 54.

¹⁰ 20 de junio de 1811.

¹¹ 24 y 25 de septiembre de 1812.

¹² 20 de febrero de 1813.

¹³ Cfr. PÁEZ DE LA TORRE (H.), CARLOS, “La batalla de Salta, una gloriosa jornada” en *Todo es Historia*, Número 547, Buenos Aires, febrero de 2013, p. 62.

¹⁴ Según comenta Luis Varela, Belgrano en Salta “*libró una de las más sangrientas batallas*” de las muchas que tuvo el proceso de emancipación americano (cfr. VARELA, LUIS V., *Historia Constitucional de la República Argentina*, Tomo Segundo, Editorial Lajouane, La Plata, 1910, p. 265). Con la precisión que lo caracteriza, Bartolomé Mitre, nos brinda el resultado de la contienda expresando que, “*los trofeos de esta victoria memorable fueron: 3 banderas, 17 jefes y oficiales prisioneros en el campo de batalla, 481 muertos, 114 heridos y 2776 rendidos, incluso 5 oficiales generales, 93 de la clase de capitán a subteniente y 2683 individuos de tropa; en todo, 3398 hombres, que componían todo el ejército de Tristán, sin escapar uno solo. Además 10 piezas de artillería, 5 de ellas tomadas en combate; 2188 fusiles, 200 espadas, pistolas y carabinas, todo su parque, su maestranza y demás pertrechos de guerra. Los anales argentinos no recuerdan un triunfo más completo. La pérdida del ejército patriota consistió en 163 muertos, 433 heridos y 42 contusos: en todo 578 hombres*” (cfr. MITRE, BARTOLOMÉ, *Historia de Belgrano y de la independencia argentina*, Ediciones Anaconda, Buenos Aires, 1950, p. 270).

¹⁵ Cfr. MITRE, BARTOLOMÉ., *Historia de Belgrano y de la independencia argentina*, cit., p. 171.

¹⁶ Cfr. MITRE, BARTOLOMÉ., *Historia de Belgrano y de la independencia argentina*, cit., p. 271. Frente a las duras opiniones que recibía en su contra, en carta dirigida a Feliciano Chiclana, exclamaba el

natural inexperiencia en el terreno militar, tuvo tiempo suficiente para recuperarse y vencerlo en las batallas de “*Vilcapugio*”¹⁷ y “*Ayohuma*”¹⁸.

La compleja situación externa que obligó al gobierno a encomendar rápidamente la jefatura del ejército del norte al general San Martín con el objeto de evitar se consolidara el resurgir realista, se complementaba dramáticamente en el ámbito interno que, alarmado no sólo por las terribles novedades que fondeaban en el puerto de Buenos Aires, se disgregaba a causa de las fuertes discrepancias entre los líderes de los grupos dirigentes de la Revolución, que no encontraban una salida común que les permitiera abandonar los laberintos políticos que ellos mismos se habían encargado de construir, muchas veces, a causa de sus mezquinas ambiciones.

II.1.2. *Los intrincados laberintos de la política*

Paralelamente a las expediciones militares, el gobierno revolucionario llevó adelante los compromisos asumidos en sus primeras decisiones y así con la incorporación de los diputados del interior el 18 de diciembre de 1810 la Primera Junta se convirtió en la Junta Grande, cuya creación había sido precedida de una fuerte polémica —quizás, la primera a las que tan acostumbrados nos tiene la historia argentina— entre sus sectores más extremos y conservadores, que respondían a Mariano Moreno y a Cornelio Saavedra, respectivamente. Los morenistas entendían que el establecimiento de la Junta Grande, además de consolidar en el poder al grupo adversario, imprimía demasiada lentitud a la gestión de gobierno, en razón de su numerosa integración y retardaba injustificadamente la organización constitucional del nuevo Estado¹⁹.

La Junta Grande, sin pérdida de tiempo, impulsó diversas normativas que dirigidas a la creación de las juntas provinciales, la tutela de la libertad de imprenta, la eliminación de los tributos indígenas y el funcionamiento de los poderes públicos, entre otras, tuvieron como finalidad consolidar las instituciones de la embrionaria nación. Pese a ello, no logró aquietar las aguas del enrarecido ambiente político, que anticipaba otra grave controversia —la segunda en escaso tiempo y, quizás, consecuencia directa de la primera— entre los grupos centralistas, ligados a los intereses del puerto de Buenos Aires y federales, referentes de los pueblos del interior, a la hora del diseño institucional del poder, y cuyas nefastas derivaciones llegan, incluso, hasta nuestros días.

En lo que puede considerarse una victoria transitoria de los intereses porteños²⁰, el 23 de septiembre de 1811 la Junta Grande acordó, en primer lugar, la creación del “*Primer Triunvirato*”, cuyos vocales fueron Feliciano Antonio Chiclana, Manuel de Sarratea y Juan José Paso y sus secretarios, Bernardino Rivada-

prócer justificando su conducta con los vencidos en Salta que, “*siempre se divierten los que están lejos de las balas, y no ven la sangre de sus hermanos, ni oyen los clamores de los infelices heridos; también son ésos los más a propósito para criticar las determinaciones de los jefes; por fortuna, dan conmigo que me río de todo, y que hago lo que me dicta la razón, la justicia, y la prudencia, y no busco glorias, sino la unión de los americanos y la prosperidad de la Patria*” (cf. MITRE, BARTOLOMÉ., *Historia de Belgrano y de la independencia argentina*, cit., p. 171).

¹⁷ 1 de octubre de 1813.

¹⁸ 14 de noviembre de 1813.

¹⁹ Cfr. BIANCHI, ALBERTO B., *Un recorrido crítico por el período formativo del Derecho constitucional argentino 1810-1827*, cit., p. 23; *Historia de la formación constitucional argentina (1810-1860)*, cit., p. 43.

²⁰ Cfr. BIDART CAMPOS, GERMÁN J., *Historia e ideología de la Constitución Argentina*, cit., p. 71.

via, José Julián Pérez y Vicente López y, además, su propia conversión en la denominada *"Junta Conservadora"*, encargándosele al primero funciones ejecutivas, justificando tal decisión en la necesidad de garantizar *"la celeridad y energía"* en el manejo del gobierno, tantas veces estorbado por *"la multitud de los vocales, por la variedad de opiniones"* de aquella ²¹.

A su vez, el 22 de octubre de 1811 la novel Junta Conservadora sancionó a instancias del Deán Gregorio Funes el *"Reglamento de la división de poderes"* ²² que, después de reconocer en su introducción principios liminares del sistema republicano de gobierno, tales como la soberanía popular como fuente de legitimación del poder político, la tutela de los derechos fundamentales del hombre o la división de poderes, estableció en sus 27 artículos la organización de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial, remitiéndose por oficio en la misma fecha al gobierno, en la confianza que le diera *"el más pronto y debido cumplimiento"* ²³.

Gran sorpresa e inquietud causó la respuesta del Triunvirato que, también mediante un oficio de fecha 25 de octubre del mismo año, anunció que se tomaría el tiempo necesario para la *"meditación del acuerdo institucional"*, a la par que decidió ponerlo en conocimiento del Cabildo ²⁴ pese a su incompetencia en el asunto para tratar un asunto ajeno a su jurisdicción local. En verdad, bajo la fuerte influencia de su secretario, Bernardino Rivadavia, sus integrantes no estaban dispuestos a aceptar el reglamento porque su poder quedaba condicionado al de la Junta Conservadora, de acuerdo a lo establecido por el artículo 4º de su sección primera, que atribuía a ésta, entre otras tantas prerrogativas, la facultad de designar a los miembros del poder ejecutivo, y por el artículo 13 de la sección segunda, que los declaraba responsables de sus actos frente a ella. La Junta Conservadora entendió, con razón, que la actitud del gobierno constituía una provocación inaceptable y dirigiéndole un nuevo oficio, el 28 de octubre de aquel año, le hizo saber que la misma *"nos ha puesto en la dura alternativa, o de ahogar nuestros sentimientos, con depresión de la dignidad de los pueblos a quienes representamos, o de entrar en una abierta contienda. Sabemos que hemos sido llamados para sostener sus derechos, y por lo mismo no vacilamos un momento en abrazar este último partido"* ²⁵.

La ininterrumpida serie de comunicaciones entre el Triunvirato y la Junta Conservadora, que auguraba un nuevo e intenso capítulo en el conflicto que venían manteniendo el porteñismo y el provincialismo, por llamarlos de algún modo que facilite su individualización, culminó drásticamente el 7 de noviembre de 1811, cuando el gobierno decretó su disolución ²⁶ y sancionó un nuevo estatuto a la medida de sus pretensiones, el 22 de noviembre de dicho año, en el que intentando justificar infructuosamente el golpe de estado propinado, sostuvo en su introducción que, frente a los innumerables problemas políticos, militares y económicos que enfrentaba la patria, cuando pidió a la Junta un reglamento que le permitiera sortearlos y tranquilizar *"el espíritu público"*, sólo recibió de su parte un código constitucional en condiciones de precipitarla *"al abismo de su ruina"* ²⁷.

²¹ Cfr. RAVIGNANI, EMILIO, *Asamblea Constituyentes Argentinas*, cit., p. 931.

²² Cfr. RAVIGNANI, EMILIO, *Asamblea Constituyentes Argentinas*, cit., p. 599.

²³ Cfr. RAVIGNANI, EMILIO, *Asamblea Constituyentes Argentinas*, cit., p. 602.

²⁴ Cfr. RAVIGNANI, EMILIO, *Asamblea Constituyentes Argentinas*, cit., p. 602.

²⁵ Cfr. RAVIGNANI, EMILIO, *Asamblea Constituyentes Argentinas*, cit., p. 602.

²⁶ Cfr. RAVIGNANI, EMILIO, *Asamblea Constituyentes Argentinas*, cit., p. 603.

²⁷ Cfr. RAVIGNANI, EMILIO, *Asamblea Constituyentes Argentinas*, cit., p. 604.

La técnica legislativa utilizada en la redacción del primero de sus artículos, que establecía la remoción alternativa de sus vocales y el procedimiento de selección del candidato a reemplazarlo por parte de una asamblea general convocada a tal efecto, otorgando el carácter permanente a sus secretarios, reflejaba claramente la intención de Bernardino Rivadavia, de concentrar el máximo poder posible en su seno²⁸. Esta norma se aplicó por primera vez a comienzos del siguiente año, en ocasión de la selección del reemplazante de Juan José Paso en el Triunvirato. Producida la elección de los integrantes de la asamblea, digitada hasta el último detalle por el gobierno, ésta comenzó a sesionar el 5 de abril y, de arranque, en contra de todos los pronósticos, escogió a Juan María Pueyrredón y, en su reemplazo, a José Díaz Vélez, relegando a un exaltado Bernardino Rivadavia, hasta entonces confiado en ser el candidato natural a ocupar el lugar dejado vacante. Además, la asamblea se declaró *“autoridad suprema sobre toda otra constituida en las Provincias Unidas del Río de la Plata”*, generando la inmediata reacción del gobierno que la disolvió por ser *“nula, ilegal y atentatoria contra los derechos soberanos de los pueblos, contra la autoridad de este gobierno y contra el Estatuto constitucional jurado”*²⁹.

La nueva y arbitraria medida del Triunvirato profundizó aún más el desarticulado panorama político en el que se encontraban sumergidas las Provincias Unidas del Río de la Plata, situación que no pudo ser salvada siquiera por la convocatoria a una nueva asamblea que aquél realizó y que, iniciando sus sesiones el 6 de octubre del mismo año, terminó por naufragar apenas dos días después en medio de una revuelta popular alimentada por su irritable sesgo centralista y el descontento generalizado de quienes se oponían a posponer aún más la organización política definitiva de la Revolución, como Bernardo de Monteagudo y José de San Martín, distinguidos miembros de la Sociedad Patriótica y la Logia Lautaro, respectivamente, poniendo fin a su gobierno, al tiempo que se exigía la asunción transitoria de las autoridades locales en el poder y la convocatoria a un congreso general constituyente.

Respondiendo peticiones expresas de los impulsores del motín³⁰, el Cabildo designó a Juan José Paso, Antonio Álvarez Jonte y Nicolás Rodríguez Peña, como integrantes del denominado *“Segundo Triunvirato”*, que inmediatamente después de ser puesto en funciones, el 24 de octubre de 1812, mediante un extenso decreto, de valioso contenido político, ordenó la convocatoria a una asamblea general constituyente para organizar institucionalmente al nuevo Estado que, *“no tenía ley, jurisprudencia, forma, ni genio alguno cierto, y donde una serie de decretos contrarios habían servido hasta aquí de título y alimento a la arbitrariedad de los magistrados”*, considerando más que oportuno el llamado, cuando *“...una serie desgraciadamente necesaria de movimientos nos ha precisado a flotar de un gobierno en otro provisorio, excitando a su vez nuevas pasiones, odios y desconfianzas que privan a la república de aquella preciosa fuerza, que solo puede el resultado y fruto de la unión...”*³¹.

²⁸ Cfr. BIANCHI, ALBERTO B., *Un recorrido crítico por el período formativo del Derecho constitucional argentino 1810-1827*, cit., p. 28; *Historia de la formación constitucional argentina (1810-1860)*, cit., pp. 49 y ss.

²⁹ Cfr. LÓPEZ ROSAS, JOSÉ RAFAEL, *Historia constitucional argentina*, cit., pp. 146 y ss.

³⁰ Cfr. DÓMINA, ESTEBAN, “Asamblea del año XIII: un paso hacia la unión y la libertad”, en *La Voz del Interior* del 31 de enero de 2013.

³¹ Cfr. RAVIGNANI, EMILIO, *Asamblea Constituyentes Argentinas*, cit., Tomo Primero, p. 3.

Al menos circunstancialmente, los enmarañados laberintos de la política vernácula parecían haber hallado una salida que les permitía confluir en un camino común que, aunque no desprovisto de accidentes y malezas, dirigía su rumbo hacia la independencia y la constitución de la emergente nación. La Asamblea estaba llamada, entonces, sembrando sus múltiples e imperecederos mojones de libertad y esperanza, a erigirlo de la forma más breve posible. Como si fuera un atajo.

II.1.3. *El atajo de la Asamblea*

Como respetando el inexorable ritmo de la naturaleza, las grises jornadas del otoño e invierno que enmarcaron la convocatoria de los anteriores y frustrados congresos, quedaban definitivamente atrás y dejando su lugar a los luminosos días estivales que simbolizaban la inmensa y generalizada esperanza en torno a la Asamblea, que finalmente comenzó a sesionar el 31 de enero de 1813.

En los alrededores del edificio del consulado, el pueblo se agolpaba expectante, sucediéndose *“las primeras arengas, mientras los festejos proliferaban en la ciudad capital”*³², porque comprendía era ésta una nueva y excepcional oportunidad para encauzar el proyecto revolucionario y encaminarlo finalmente hacia su destino irrenunciable de libertad con forma de constitución.

Casi simultáneamente, las noticias provenientes desde el litoral del río Paraná y del extremo norte, daban cuenta de las grandes victorias alcanzadas por el ejército patriota bajo las órdenes de los generales José de San Martín y Manuel Belgrano, en las batallas de *“San Lorenzo”, “Tucumán”* y *“Salta”*, en lo que fue su bautismo de fuego con fuertes repercusiones políticas.

El optimismo reinante, llevó a Juan José Paso, en nombre del ejecutivo, a exclamar en la inauguración de las deliberaciones de la Asamblea que *“el Gobierno tiene mil motivos de esperar que los Sres. Representantes responderán dignamente a la distinguida confianza de sus destinos y yo el honor y satisfacción de congratularles; a nombre del gobierno en los felices momentos de su próxima inauguración”*³³.

Más allá del comprensible entusiasmo imperante, los asambleístas eran plenamente conscientes de la ardua tarea que les aguardaba y de su altísima responsabilidad política e histórica frente a los resultados de la misma, sumergidos en un entorno que ofrecía gravísimos problemas al gobierno, tanto en la esfera interna como externa, y frente a los cuales se presentaban como una alternativa en la búsqueda de las soluciones institucionales. Quizás por eso, desde las páginas de *El Redactor de la Asamblea* se los instaba, casi dramáticamente, a *“sostener con vuestros hombros el trono de la ley, renovad los juramentos que prestasteis en la memorable jornada del 25 de mayor de 810, auxiliad los conatos del orden y de*

³² Estas fueron, según Marcela Ternavasio, algunas de las demostraciones de algarabía popular que provocó la instalación de la Asamblea a la que también se sumaron *“desfiles de tropas, fiestas nocturnas con iluminaciones, adornos en la Plaza de la Victoria y el Cabildo, música y bailes, e incluso danzas indígenas representadas por individuos que, a falta de aborígenes en la ciudad, llevaban sus vistosos ropajes”*, agregando que, *“muestran la voluntad de los nuevos dueños del poder —la Logia Lautaro y la Sociedad Patriótica absorbida por la primera— por mostrar la importancia de ese gran acto y todo lo que se esperaba de la apertura del primer congreso constituyente reunido en el Río de la Plata”* (cfr. TERNAVASIO, MARCELA, *Gobernar la Revolución. Poderes en disputa en el Río de la Plata, 1810-1816*, Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires, 2007, p. 127).

³³ Cfr. RAVIGNANI, EMILIO, *Asamblea Constituyentes Argentinas*, cit., Tomo Primero, p. 5.

la justicia, cerrad ya el período de la revolución, abrid la época de la paz y de la libertad, y sed firmes con combatir a los agresores del interés público"³⁴.

La Asamblea inició su labor manifestando expresamente que en ella residía *"la representación y ejercicio de la soberanía de las Provincias Unidas del Río de la Plata"*, abandonando definitivamente la quizás, necesaria y estratégica política seguida por los revolucionarios y que conocida como *"la máscara de Fernando"*, imponía todos los actos y documentos públicos se realizaran en nombre del todavía rey cautivo español, hasta tanto se encaminara el cambio político inaugurado en 1810. Luego, en el frente externo, plagado de las lógicas y trágicas secuelas de la guerra, la autoridad de la Asamblea se propagó por toda Sudamérica de la mano de las tropas revolucionarias que le juraron respeto y obediencia, grabando a fuego su compromiso con la independencia de las Provincias Unidas del Río de la Plata³⁵.

Puertas adentro, sin embargo, la liminar declaración efectuada por la Asamblea despertó fuertes reparos por parte de los representantes de las provincias, quienes se vieron imposibilitados de plantear sus *"instrucciones"* con las que habían sido instruidos por sus respectivos pueblos, en el seno de la misma. En aquella oportunidad, según ilustra el nuevamente *El Redactor de la Asamblea*, se justificó la medida en el argumento según el cual, todos ellos *"son diputados de la nación, y que una vez constituidos en la Asamblea general, su inmediato representado es el todo de las provincias unidas colectivamente, quedando en consecuencia sujeta su conducta al juicio de la nación, y garantida por esta misma la inviolabilidad de sus personas"*³⁶.

³⁴ Cfr. RAVIGNANI, EMILIO, *Asamblea Constituyentes Argentinas*, Tomo Primero, cit., p. 14.

³⁵ Bartolomé Mitre, en un emotivo pasaje de su clásica obra dedicada a Manuel Belgrano en el que relata el acatamiento de sus tropas a la autoridad de la Asamblea a orillas del entonces río Pasaje, y desde entonces, Juramento, recuerda las propias palabras que el prócer dirigió al gobierno con motivo de tan solemne acto: *"Todos se felicitan por considerarse ya revestidos con el carácter de hombres libres, y las más ardientes protestas de morir antes de volver a ser esclavos, han sido las expresiones con que han celebrado tan feliz nueva, y que deben afianzar las esperanzas de cimentar muy en breve el gran edificio de nuestra libertad civil"* (cfr. MITRE, BARTOLOMÉ, *Historia de Belgrano y de la independencia argentina*, cit., p. 265).

³⁶ Cfr. RAVIGNANI, EMILIO, *Asamblea Constituyentes Argentinas*, Tomo Primero, cit., pp. 20 y ss. En realidad, como afirma Alberto Bianchi, tal decisión *"fue solamente un justificativo empleado por la política centralista de la Asamblea, en particular de algunas facciones como la de Carlos de Alvear"* (cfr. BIANCHI, ALBERTO B., *Un recorrido crítico por el período formativo del Derecho constitucional argentino 1810-1827*, cit., p. 37; *Historia de la formación constitucional argentina (1810-1860)*, cit., pp. 63 y ss.). También Marcela Ternavasio denuncia el oportunismo político del sector proclive al centralismo y de mayor poder en la Asamblea, al sostener una noción de *"soberanía nacional"*, para contrarrestar las ideas federales cristalizadas principalmente en las *"instrucciones"* de los diputados artiguistas, que habían descalificado, pocos meses atrás, para justificar el rechazo a las Cortes de Cádiz, escribiendo en *La Gaceta* del 18 de noviembre de 1812 que, *"esas doctrinas que tan escandalosas eran al común de los pueblos, hoy las vemos erigidas en dogma político y publicadas como leyes fundamentales de su gobierno. Ya todos saben que el único origen de toda autoridad pública es la voluntad de los pueblos...No se ignora que nadie representa a una Nación, sino los diputados que cada pueblo de ella haya nombrado libremente, y en número proporcional a su población; y que esos mismos diputados no tienen más poder que el que le hayan dado sus representantes"* (cfr. TERNAVASIO, MARCELA., "Ser insurgentes frente a la 'nación de dos hemisferios'. La disputa argumentativa en el Río de la Plata en los años posrevolucionarios", en *Debates de Mayo. Nación, cultura, política*, Gedisa, Buenos Aires, 2005, p. 85). En cambio, Jorge Vanossi, parece justificar la medida cuando expresa que, *"parece obvio que las 'instrucciones' a los diputados no se compatibilizaban con la representación 'libre' que enunciaba el Art. 1 de la 'ley fundamental' que se fijó la propia Asamblea. Visto a la distancia de dos siglos, mi impresión arroja una lectura de la confusión, como 'el árbol que no deja ver el bosque' (sic), toda vez que el tema de fondo era sacarse de encima a 'los godos' (por la denominación española) y no caer en*

Las fuertes pujas políticas que, como ésta, tuvieron a la Asamblea como principal escenario, impidieron que pudiera encaminarse hacia los objetivos que determinaron su convocatoria: declarar la independencia y sancionar la constitución de las Provincias Unidas del Río de la Plata. Aún sin lograrlo, cimentó con cada una de sus decisiones un importante atajo hacia cada uno de ellos, pues la primera se alcanzaría poco tiempo después de la clausura de sus sesiones, e influyó notoriamente en el contenido de la Constitución Nacional, que tendría que esperar la luminosidad de otro verano, cuarenta años más tarde, para irradiar ella también, su espíritu humanista.

III. Con la huella en la Constitución

III.1. La proyección de la Asamblea

“Las pasiones violentas son desde luego el resorte exclusivo de una empresa osada, pero esta no puede sostenerse mientras el silencio de la ley no termine el estrépito de las convulsiones, concentrando el influjo de la opinión y dando al interés de los particulares la dirección que convenga al interés público.”
El Redactor de la Asamblea, Sábado 27 de febrero de 1813.

La doctrina política de la Revolución, con sustento en los argumentos vertidos por el partido patriota en le célebre cabildo abierto del 22 de mayo de 1810 y los fundamentos las primeras medidas de su Junta de Gobierno, de nítida impronta humanista y republicana, sentó las bases del constitucionalismo argentino.

Los principios de la soberanía popular, la división de los poderes, la publicidad de los actos de gobierno, la periodicidad y la responsabilidad de los funcionarios en el ejercicio de sus cargos, el federalismo, entre otros, se plasmaron desde entonces en una serie ininterrumpida de reglamentos, estatutos, decretos y ensayos constitucionales que con distinto alcance, aseguraron su continuidad y proyección institucional.

Sin lugar a dudas, la Asamblea ocupa entre estos instrumentos un lugar de preferencia, al constituir, como enseña Alberto Bianchi ³⁷, el primer cuerpo normativo de naturaleza constitucional. En tal sentido, creemos no debemos distinguir entre los proyectos propiamente constitucionales presentados en su seno y su labor legislativa porque, superando las formalidades, aquéllos y ésta gozaron de carácter fundacional.

Como era de esperar, entonces, las innovadoras normas sancionadas por la Asamblea no sólo influyeron en el entorno social de su tiempo, sino que junto con los proyectos constitucionales de 1819 y 1826, conformaron un ciclo fundamental en la evolución del proceso constitucional de nuestro país que, finalizado con la irrupción de Juan Manuel de Rosas en el poder, reflejará su trascendente aporte en la Constitución Nacional en 1853.

caóticas riñas localistas. Algunas miras fueron cortas...” (cfr. VANOSI, JORGE R., “Año XIII: ¿un cónclave frustrado o una asamblea precursora?”, en <http://www.ancmip.org.ar/user/files/03Vanossi.pdf>).

³⁷ Cfr. BIANCHI, ALBERTO B., *Un recorrido crítico por el período formativo del Derecho constitucional argentino 1810-1827*, cit., p. 37; *Historia de la formación constitucional argentina (1810-1860)*, cit., pp. 63 y ss.

III.1.1. Los años de la Asamblea

El Consulado ofrecía un refugio propicio a los asambleístas para soportar el calor del verano porteño y también de los intensos debates que comenzaban a resonar no sólo en sus frescas instalaciones sino también en cada rincón de la ciudad, despertando el interés, cuando no la pasión, de los vecinos ³⁸.

Tal como acabamos de señalar, la totalidad de la tarea legislativa de la Asamblea merece ser calificada de “constitucional”, porque tanto desde una perspectiva axiológica como normativa reguló, con distinto alcance, cuestiones centrales en materia de derechos fundamentales y del sistema republicano de gobierno, con el propósito de cumplir sus objetivos de declarar la independencia y sancionar una constitución.

Apenas instalada, la Asamblea comenzó a elaborar su colosal obra institucional, destacándose en cada uno de sus actos un profundo sesgo humanista llamado a desterrar los vestigios del anciano régimen político y jurídico depuesto, asumiendo con plenitud su condición de autoridad soberana y procediendo en consecuencia, como si ejerciera el poder constituyente de un Estado absolutamente independiente.

Con la clara intención de ofrecer de arranque una prueba irrefutable de su compromiso irrenunciable con el reconocimiento y la protección de los derechos inalienables del hombre, entres sus primeras decisiones y teniendo en consideración la grave situación social que atravesaban los esclavos residentes en las Provincias Unidas del Río de la Plata, ³⁹ decretó la “libertad de vientres”, en la firme convicción que, “*siendo tan desdoloroso, como ultrajante a la humanidad, el que en los mismos pueblos, que con tanto tesón y esfuerzo caminan hacia la libertad, permanezcan por más tiempo en la esclavitud los niños que nacen en todo el territorio de las provincias unidas del Río de la Plata, sean considerados y tenidos por libres, todos los que en dicho territorio hubiesen nacido desde el 31 de enero de 1813 inclusive en adelante, día consagrado a la libertad por la feliz instalación de la Asamblea general constituyente*” ⁴⁰.

³⁸ Marcela Ternavasio nos brinda otro claro ejemplo del profundo impacto social generado por la instalación de la Asamblea, recordando una anécdota íntima extraída de la autobiografía de Manuel Alejandro Pueyrredón, quien relata que en su familia “había algunas personas del partido del Rey, enemigas de los patriotas. Algunas de mis primas estaban siempre chocándose y burlándose de mí porque era patriota, pillo; decían que todos los patriotas era pillos. Yo no sabía cómo vengarme de aquellos insultos, y como se estaba para reunir la asamblea del año XIII y yo estaba todo el día oyendo hablar de la asamblea, amenazaba a mis primas con la asamblea: peor fue para mí esto, porque empezaron a llamarme a gritos: ‘Asamblea, Asamblea.’ Enfurecido por este apodo las atropellé enojado” (cfr. TERNAVASIO, MARCELA., *Gobernar la Revolución. Poderes en disputa en el Río de la Plata, 1810-1816*, cit., p. 127).

³⁹ Explica Renato Rabbi-Baldi Cabanillas, que el tráfico de esclavos provenientes del continente africano entre los siglos XVI y XVIII, adquirió importancia en la región del Río de la Plata, precisamente, al convertirse su puerto en un punto estratégico para su ingreso con destino a la zona aledaña a lo que es hoy Bolivia y Perú (cfr. RABBI-BALDI CABANILLAS, RENATO., “La Asamblea del Año XIII y el camino del fin de la esclavitud”, en *La Ley*, Suplemento Actualidad, del 25 de julio de 2013, p. 2).

⁴⁰ Cfr. RAVIGNANI, EMILIO, *Asamblea Constituyentes Argentinas*, Tomo Primero, cit., p. 7. Subrayando la resonancia de dicho precepto legal, en su edición del 23 de febrero de 1813, “El Redactor de la Asamblea”, comentaba que, “después de instalada la Asamblea, y expedidos los decretos preliminares que reclamaba el decoro público de su solemne apertura, nada pudo disputar la preferencia que daba su celo al digno objeto de la sesión del 2, en que acordó la libertad de los que naciesen en el seno de la esclavitud desde el 31 de enero inclusive en adelante. Parece que la providencia consultando la inmortalidad de las acciones que honran la especie humana, inspiró a la Asamblea este filantrópico designio en los primeros instantes de su existencia moral, para que no pudiese transmitirse su memoria sin ofrecer un ejemplo de equidad y justicia. Este bárbaro derecho del más fuerte que ha tenido en consternación

En la misma línea de pensamiento con profunda raíz en la libertad y dignidad del hombre, según surge de las páginas de *El Redactor de la Asamblea*, ordenó la prohibición “*del detestable uso de los tormentos adoptados por una tirana legislación para el esclarecimiento de la verdad e investigación de los crímenes*”, así como también su destrucción, “*en la plaza mayor por mano del verdugo*”⁴¹, derogó los instrumentos legales de opresión de los aborígenes, tales como la mita, las encomiendas, el yanaconazgo y su servicio personal, exigiendo sean tratados como “*hombres perfectamente libres y en igualdad de derechos a todos los demás ciudadanos*”⁴², siendo prohibidos también los mayorazgos⁴³ y los títulos de nobleza, por encontrarse tan “*lejos de nosotros tan execrable, como odiosas preeminencias*” y porque “*un pueblo libre no puede ver delante de la virtud, brillar el vicio*”⁴⁴.

Aunque sin contar, quizás, con la misma jerarquía de las decisiones que venimos analizando, merece destacarse la innegable sensibilidad y la responsabilidad de la Asamblea, pues tras consultar a un grupo de expertos, centra su atención en mínimos detalles de la realidad social que debía regular, declara que “*habiendo conocido con dolor y perjuicio de la población, que la multitud de infantes que perecen luego de nacidos del mal vulgarmente llamado de los siete días, es originado de un espasmo que entre otras cosas lo ocasiona el agua fría con que son bautizados y habiendo al efecto oído a los Profesores ilustrados en la materia; no se bautice en pueblo alguno de los comprendidos en el territorio de las Provincias Unidas sino con agua templada en cualquier de las estaciones del año*”⁴⁵.

En el terreno institucional, mientras tanto, la Asamblea también ofrece un panorama colmado de resoluciones orientadas a inaugurar las instituciones republicanas de gobierno, entre las que sobresalen la que dispone que sus diputados no podían ser acusados, perseguidos ni juzgados por las opiniones que sostuvieran en sus sesiones⁴⁶, la que organizó el poder ejecutivo primero, manteniéndolo en cabeza de un órgano colegiado como el triunvirato para después, en razón de la sofocante atmósfera política que se respiraba por entonces en razón de los malogrados pasos en el campo militar y al que nos referimos anteriormente⁴⁷, unificarlo en una persona que sería ostentosamente designada como

a la naturaleza, desde que el hombre declaró la guerra a su misma especie, desaparecerá en lo sucesivo de nuestro hemisferio y sin ofender el derecho de propiedad, si es que este resulta de una convención forzada; se extinguirá sucesivamente hasta que regenerada esa miserable raza iguale a todas las clases del estado, y haga ver que la naturaleza nunca ha formado esclavos sino hombres, pero que la educación ha dividido la tierra en opresores y oprimidos” (cfr. RAVIGNANI, EMILIO, *Asamblea Constituyentes Argentinas*, Tomo Primero, cit., p. 15).

⁴¹ Cfr. RAVIGNANI, EMILIO, *Asamblea Constituyentes Argentinas*, Tomo Primero, cit., p. 44.

⁴² Cfr. RAVIGNANI, EMILIO, *Asamblea Constituyentes Argentinas*, Tomo Primero, cit., p. 24.

⁴³ Cfr. RAVIGNANI, EMILIO, *Asamblea Constituyentes Argentinas*, Tomo Primero, cit., p. 64.

⁴⁴ Cfr. RAVIGNANI, EMILIO, *Asamblea Constituyentes Argentinas*, Tomo Primero, cit., p. 43.

⁴⁵ Cfr. RAVIGNANI, EMILIO, *Asamblea Constituyentes Argentinas*, Tomo Primero, cit., p. 63.

⁴⁶ Cfr. RAVIGNANI, EMILIO, *Asamblea Constituyentes Argentinas*, Tomo Primero, cit., p. 22.

⁴⁷ En una nota presentada en la sesión del 21 de enero de 1814, el gobierno solicitaba a la Asamblea que, “*para dar el impulso que requieren nuestras empresas, y el tono que nuestros negocios exigen, la concentración del Poder en una sola persona es indispensable*”, agregando en razón de lo apremiante de la situación, que ésta “*no necesita de la pintura que ahora podría ofrecerse a su vista sobre la situación política de nuestras Provincias en este preciso momento*” y, reconociendo, finalmente con cierta resignación y orgullo que, “*esta es la vez primera en que un Poder constituido para regir los Pueblos se deja ver solicitando la creación de otra Autoridad que le subroge en sus grandes funciones*”. Se lee en *El Redactor de la Asamblea*, que la dura polémica que generó la discusión de esta medida, provocó que apenas abierta la sala de reuniones, quedara “*cubierta la barra de un inmenso Pueblo*”, reflejando

“Director Supremo de las Provincias Unidas”, que sería asistido por un “Consejo de Estado”, compuesto por nueve miembros, la que sancionó el reglamento para la administración de justicia⁴⁸ o la que suprimió los tribunales de inquisición y separó la jurisdicción estatal de la religiosa⁴⁹, entre otras.

En cuanto a los preceptos de contenido y efectos económicos, la Asamblea separó de sus empleos a los representantes eclesiásticos, civiles y militares y, quizás bajo la presión de cierto ánimo de revancha, a los españoles que no contarán con la carta de ciudadanía y no acreditaran, en caso de solicitarla, su incondicional adhesión al ideario revolucionario⁵⁰. También, en un tema que desde siempre ocupó uno de los primeros lugares de la agenda de gobierno argentina, se decretó el libre comercio internacional de harinas y granos, sin que sobre ella pueda recaer “la menor prohibición en su extracción, sino cuando se trate de exportarlos a países enemigos”⁵¹, promovió, en consonancia con los reclamos del gobierno, la actividad minera, porque era imposible “pensar sobre la importante materia de rentas públicas, sin que ocurra...el ramo de las minas en un país que parece ser el depósito común de las riquezas minerales”⁵², y en una evidente demostración de soberanía, mandó a acuñar las primeras monedas de oro y plata a Potosí, eliminando la efigie real y ordenando grabar las más que simbólicas frases “Provincias Unidas del Río de la Plata”, y “En Unión y Libertad”, junto a un sol, en su frente y reverso⁵³.

Por otra parte, y teniendo en cuenta la imperiosa necesidad de continuar y profundizar el proceso de construcción de una nueva nacionalidad en pleno proceso de formación desde la Revolución de 1810⁵⁴, la Asamblea instituyó la fecha del 25 de mayo como fiesta cívica nacional, y adoptó la pieza musical compuesta por Vicente López y Planes como himno nacional⁵⁵.

también que frente a las advertencias formuladas por algún diputado sobre el riesgo de la concentración del poder, no había que olvidar “que en el reinado de la ley, la arbitrariedad es un fantasma, y la esclavitud un nombre que solo sirve para exaltar las almas libres” (cfr. RAVIGNANI, EMILIO, *Asamblea Constituyentes Argentinas*, Tomo Primero, cit., pp. 82 y ss.). Desde entonces, el problema de la concentración del poder en el ejecutivo, sería recurrente en la doctrina constitucional argentina contemporánea llegando, inclusive, a plantearse como una distorsión del sistema republicano (cfr. NINO, CARLOS SANTIAGO, *Fundamentos de derecho constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1992, pp. 569 y ss.).

⁴⁸ Reproducido por *El Redactor de la Asamblea* en su edición del 11 de septiembre de 1813 (cfr. RAVIGNANI, EMILIO, *Asamblea Constituyentes Argentinas*, Tomo Primero, cit., p. 68).

⁴⁹ Según relata *El Redactor de la Asamblea*, en su edición del 27 de marzo de 1813 (cfr. RAVIGNANI, EMILIO, *Asamblea Constituyentes Argentinas*, Tomo Primero, cit., p. 30).

⁵⁰ En las páginas de *El Redactor de la Asamblea*, del 27 de febrero de 1813, los crudos argumentos a los que se recurre para justificar la resolución señalan que, “no ha habido pueblo sobre la tierra que al levantarse de la esclavitud no haya pronunciado un decreto de muerte, y exterminio contra antiguos opresores, olvidando en la explosión de su cólera toda máxima capaz de comprometer la seguridad de su empresa” (cfr. RAVIGNANI, EMILIO, *Asamblea Constituyentes Argentinas*, Tomo Primero, cit., p. 15).

⁵¹ De acuerdo a lo que surge de la edición de *El Redactor de la Asamblea*, del 27 de marzo de 1813 (cfr. RAVIGNANI, EMILIO, *Asamblea Constituyentes Argentinas*, Tomo Primero, cit., p. 29).

⁵² Puede verse en *El Redactor de la Asamblea*, del 1 de mayo de 1813, una extensa referencia acerca de la importancia de la riqueza minera en el desarrollo de un país (cfr. RAVIGNANI, EMILIO, *Asamblea Constituyentes Argentinas*, Tomo Primero, cit., pp. 35 y ss.).

⁵³ Tal cual las describe *El Redactor de la Asamblea* del 31 de julio de 1813 (cfr. RAVIGNANI, EMILIO, *Asamblea Constituyentes Argentinas*, Tomo Primero, cit., p. 59).

⁵⁴ Cfr. MYERS, JORGE, “Revolución de Mayo y soberanía”, en *Debates de Mayo. Nación, cultura y política*, Gedisa, Buenos Aires, 2005, p. 74.

⁵⁵ Advierte Alberto Bianchi que “el decreto que sería de fecha 14 de mayo de 1813, no aparece en *El Redactor*, pero está recopilado en el Registro Oficial de la República Argentina que comprende los documentos expedidos entre 1810 y 1873. Buenos Aires, Imprenta de la República, 1879, Tomo I” (cfr. BIANCHI, ALBERTO B., *Un recorrido crítico por el período formativo del Derecho constitucional argen-*

Finalmente, si nos detenemos en el análisis de los proyectos constitucionales presentados en el seno de la Asamblea, pese a que ninguno de ellos fue sancionado, observaremos que más allá de las lógicas diferencias de sus respectivos contenidos, respetan en lo esencial su línea ideológica, pues se estructuran sobre la base de un Estado soberano y republicano. De un estudio comparativo en lo general de los proyectos constitucionales elaborados por el gobierno —y por tal motivo, conocido como “oficial”—, la Sociedad Patriótica, una comisión de la Asamblea —denominado “tercer proyecto”— y el último, titulado como “proyecto federal” por autores anónimos, surge que todos ellos parten del principio rector de consagrar a las Provincias Unidas del Río de la Plata como un Estado independiente. Además, coinciden la adopción de la forma republicana de gobierno que, partiendo del principio básico de la división de poderes, instituye un congreso bicameral, un poder ejecutivo unipersonal o colegiado y un sistema judicial compuesto por una corte suprema y tribunales inferiores. Quizás, una de las divergencias más importantes entre estas iniciativas, la hallamos al momento de analizar la forma de Estado que proponen, puesto que sólo la denominada “federal”, precisamente, diagramaba un sistema de distribución de competencias entre el gobierno nacional y los gobiernos locales, mientras que los tres restantes se decidían por un modelo de rasgos unitarios, que daban por tierra las autonomías provinciales⁵⁶.

Luego de realizar esta apretada reseña sobre los aspectos más relevantes de la frondosa labor legislativa llevada adelante por la Asamblea, es oportuno recordar que ella mayoritariamente encuentra su origen en el año 1813, porque luego, sumergida en las serias dificultades que agitaban como nunca las aguas del Río de la Plata, fue relegando su protagonismo, primero, robusteciendo los poderes del gobierno para finalmente, clausurar sus actividades, ya bastante languidecidas y limitadas a la rúbrica de sus actos, el 26 de enero de 1815.

Fueron los breves y convulsionados años de la Asamblea que, sin embargo, junto con los demás precedentes constitucionales y la propia Constitución Nacional, lograron asegurar y proyectar una larga y preciada tradición republicana de la que, con sus idas y vueltas, somos herederos.

III.1.2. El año trece de la Asamblea

Al comenzar estas breves reflexiones, sostuvimos que una de las causas por las que la Asamblea no ocupa un lugar de mayor relevancia en los estudios historiográficos y constitucionales nacionales pese a su vastísima e influyente obra, radica en que no alcanzó los objetivos para los que fue convocada de de-

ino 1810-1827, cit., p. 40; *Historia de la formación constitucional argentina (1810-1860)*, cit., p. 68). Horacio López de la Rosa luego de rastrear los antecedentes históricos y precisar el valor cultural de nuestro himno nacional, recordando a Carlos Vega, rescata su valor político, señalando que, “no se ha prestado especial atención a la trascendencia continental que a su tiempo tuvo nuestro himno y la extraordinaria eficiencia de la función que cumplió allí donde la revolución exaltó los espíritus y promovió la esperanza o los beneficios de la libertad. El Himno argentino no fue una música oficialmente administrada por funcionarios tranquilos; fue el canto impresionante, enardecido de emoción, por igual significativo para los señores, los humildes y hasta los esclavos de las ciudades y los campos de América” (cfr. LÓPEZ DE LA ROSA, HORACIO., “Historia del Himno Nacional Argentino” en *Historia*, Año V, Nro. 19, Buenos Aires, 1985, p. 19).

⁵⁶ Cfr. BIANCHI, ALBERTO B., *Un recorrido crítico por el período formativo del Derecho constitucional argentino 1810-1827*, cit., pp. 40 y ss.; *Historia de la formación constitucional argentina (1810-1860)*, cit., pp. 68 y ss.

clarar la independencia y sancionar la constitución de las Provincias Unidas del Río de la Plata.

Allí mismo, anticipamos que dicha posición, además de superflua, no se ajusta estrictamente a la verdad porque, como hemos intentado demostrar a lo largo de nuestro trabajo, si la Asamblea no consiguió sus metas de forma inmediata, como seguramente se esperaba, jugó un papel fundamental para que pudieran materializarse posteriormente, en el congreso de Tucumán, pocos años después y en el congreso constituyente de Santa Fe, más lejano en el tiempo y resultado de un prolongado, complicado y muchas veces violento proceso político, por circunstancia ajenas a la voluntad de sus integrantes.

En relación al primer punto, porque las contundentes manifestaciones soberanas de la Asamblea, en cada una de sus decisiones, desde el inicio hasta el final de sus deliberaciones, reflejan la total ruptura con sistema político colonial y el comportamiento de un Estado verdaderamente autónomo, y por ende, una declaración “*tácita*” de independencia⁵⁷.

Por otro lado, si le resultó imposible sancionar formalmente una constitución como corolario de su trascendente tarea institucional, tal circunstancia no fue obstáculo, ni mucho menos, para que varias de sus disposiciones tuvieran espíritu supremo e influyeran visiblemente en todos los proyectos constitucionales que le siguieron, especialmente en el de 1826, asegurando de esta forma su proyección hasta la sanción de la propia Constitución Nacional⁵⁸.

El “*año trece de la Asamblea*”, 1826, entonces, a partir de su proyecto constitucional, cierra un ciclo fundamental en la evolución del constitucionalismo argentino que, interrumpido drásticamente y largamente por el régimen rosista, facilitó la continuidad y desarrollo del ideario liberal de Mayo, con el que aquélla estaba profundamente consustanciada, y cuyo rumbo sería retomado recién en 1853.

Por último, podemos afirmar que varias de las disposiciones de la Ley Fundamental de los argentinos, reconocen la vital influencia de la Asamblea⁵⁹ como sus artículos 15, que complementando la libertad de vientres, concreta la libertad definitiva de los esclavos, sin ninguna clase de distinciones temporales; 16, que consagra el principio de igualdad ante la ley, que ilumina al resto del sistema republicano y democrático de gobierno y que reconoce en la lejana prohi-

⁵⁷ Cfr. VARELA, LUIS V., *Historia Constitucional de la República Argentina*, Tomo Segundo, cit., p. 268; PALACIOS, ALFREDO L., *Estevan Echeverría. Albacea del pensamiento de Mayo*, cit., p. 242; DE VEDIA, AGUSTÍN, “Significación jurídica y proyección institucional de la declaración de la independencia”, en Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, Eudeba, 1967, p. 31; LEVENE, RICARDO, *Manual de Historia del Derecho Argentino*, cit., p. 289, entre otros autores.

⁵⁸ Cfr. VARELA, LUIS V., *Historia Constitucional de la República Argentina*, Tomo Segundo, cit., p. 247.

⁵⁹ Cfr. CANTER, JUAN., “La Asamblea General Constituyente”, en *Historia de la Nación Argentina*, 2ª edición, Vol. VI, Editorial El Ateneo, Buenos Aires, 1947, p. 132; Cfr. GONZÁLEZ, JOAQUÍN V., *Manual de la Constitución Argentina*, Dirección General de Publicaciones de la Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 1964, pp. 43 y ss.; Cfr. BIDART CAMPOS, GERMÁN J., *Historia e ideología de la Constitución Argentina*, Ediar, Buenos Aires, 1969, p. 73; Cfr. LINARES QUINTANA, SEGUNDO V., *Derecho constitucional e instituciones políticas*, Tomo II, 3ª edición, Editorial Plus Ultra, Buenos Aires, 1981, p. 618; Cfr. ZARINI, HELIO JUAN., *Derecho constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 166; Cfr. BIANCHI, ALBERTO B., *Un recorrido crítico por el período formativo del Derecho constitucional argentino 1810-1827*, Ediciones Rap, Buenos Aires, 2006, p. 34; *Historia de la formación constitucional argentina (1810-1860)*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007, p. 60; Cfr. VANOSI, JORGE R., “Año XIII: ¿un conclave frustrado o una asamblea precursora”, en <http://www.ancmip.org.ar/user/files/03Vanossi.pdf>, entre otras opiniones.

bición de títulos de nobleza, entre otras medidas, un antecedente incuestionable; 44, que establece que los diputados representan a la “Nación”; en consonancia con una de las primeras declaraciones formuladas por la Asamblea apenas instalada y que provocó la reacción de los diputados de la entonces Banda Oriental; 68, que regula la inmunidad de opinión de los miembros del congreso, casi de la misma forma como la ella lo hizo con sus integrantes; 99, que estableciendo las facultades del poder ejecutivo, nos remite a la ley del 27 de febrero de 1813, por sus notorias similitudes, por citar sólo algunos de los ejemplos más relevantes.

Si partimos de un análisis conceptual, en lugar de uno estrictamente cronológico de los acontecimientos que rodearon a la Asamblea, podremos advertir que la Asamblea logró sus objetivos, porque anticipó la declaración de la independencia y como órgano soberano, cada una de sus disposiciones formó un cuerpo constitucional disperso, que adquiriría cierta firmeza en los proyectos que precedieron a la sanción de la Constitución Nacional y después, en su propio texto. La Asamblea fue, como su denominación lo afirma, constituyente.

III.1.3. Los doscientos años de la Asamblea

Nuestro país se encuentra desde hace algunos años inmerso en una etapa de celebración del bicentenario de diversos acontecimientos que sentaron sus bases institucionales, políticas y culturales, y posibilitaron iniciar el camino de la búsqueda de su propia identidad como nación. Hasta ese momento, como bien describe Marcos Aguinis, “éramos un caldero donde intentaban cocinarse juntos el viejo estatismo de la monarquía española, el anticlericalismo de Francia, el federalismo de los Estados Unidos y el *laissez faire* económico de Gran Bretaña. Demasiado”⁶⁰.

La Revolución de Mayo, la Declaración de la Independencia, las batallas de San Lorenzo, Tucumán y Salta, los natalicios de Juan Bautista Alberdi y Domingo Faustino Sarmiento, entonces, lejos de entenderse como simple datos históricos, nos ofrecen una inmejorable oportunidad para reflexionar, rescatando el pasado pero con la mirada puesta en el futuro.

En esta empresa, también, consideramos imprescindible evocar y revivir el legado político e institucional de avanzada de la Asamblea, por el valor intrínseco del mismo y por la voluntad inquebrantable de sus integrantes de llevarla adelante frente a toda clase de adversidades que, en parte, y sólo momentáneamente, impidieron alcanzara sus nobles objetivos vestidos de independencia y constitución.

La tenacidad de sus diputados, entonces, opacó la ausencia de recursos humanos, la insuficiencia de medios económicos, los embates del ejército español y la inexperiencia de las fuerzas revolucionarias, las violentas disputas internas por el poder, su falta de conocimientos jurídicos, muchas veces, imprescindibles para institucionalizar el cambio político, sembrando de optimismo el duro camino iniciado en 1810 y que aún hoy seguimos transitando.

Fortaleza para sortear los obstáculos, decisión para transformar la realidad, sensibilidad para regularla jurídicamente, coraje para impulsar el cambio, convicción para profundizarlo y, fundamentalmente, esperanza para adivinar un destino más venturoso para todos, simbolizan la fuerza espiritual de la Asamblea

⁶⁰ AGUINIS, MARCOS, *El atroz encanto de ser argentinos*, Planeta, Buenos Aires, 2001, p. 28.

y constituyen un espejo en el cual reflejarnos como sociedad, de cara a un nuevo tiempo que ya lleva treinta años de vida democrática.

Esa esperanza es la que nos impulsa, y lo hará siempre, a levantarnos una y mil veces de nuestros fracasos. Esa esperanza es la que, como enseña Víctor Massuh, luego de recogerlos para llorar por nosotros mismos, *“nos recobramos, recomponemos el ánimo y salimos a ganar”*⁶¹.



⁶¹ MASSUH, VÍCTOR, *La Argentina como sentimiento*, Sudamericana, Buenos Aires, 1982, p. 139.

DOS MOMENTOS IMPORTANTES EN LA HISTORIA DE LA FACULTAD DE DERECHO: LAS TESIS ESCRITAS Y LOS CASOS DE JOSÉ DEL VISO Y RAMÓN J. CÁRCANO*

Félix A. Torres**

Resumen: Durante el primer gobierno de Julio Argentino Roca (1880-1886) se produjeron en la Universidad de Córdoba varios hechos importantes en el ámbito académico de esta institución. En primer lugar, la Facultad de Derecho aprueba en julio de 1883 un Plan de Estudios en donde por primera vez se autoriza a los alumnos a presentar tesis escritas para optar al grado de doctor. Esta “nueva” forma venía a suplantar la ignaciana de los tiempos coloniales. Meses después en ese mismo año el Consejo Superior universitario dictamina la absoluta libertad para las opiniones y doctrinas expresadas en las tesis doctorales, terminando así con centurias de cepto ideológico. Finalmente, entre 1883 y 1884 se presentaron en la Facultad de Derecho dos tesis muy controversiales en su tiempo: las de los estudiantes José del Viso y Ramón J. Cárcano. Ambas son aprobadas en la facultad y en el Consejo Superior luego de arduos debates, porque la relación de fuerzas en ambas corporaciones ha variado en beneficio del sector liberal positivista. De esta forma se abre el largo camino que conducirá años después a la Reforma de 1918.

Palabras claves: Historia del Derecho Argentino- Historia de la Universidad de Córdoba- Facultad de Derecho- José del Viso - Ramón J. Cárcano.

Este artículo forma parte de un trabajo de mayor envergadura sobre la historia de la Facultad de Derecho en la Universidad de Córdoba que comprende desde su creación en 1791 hasta 1935.

El tema tratado aquí está incluido en la tercera parte de la investigación que transita el período de 1881 en adelante; los años anteriores conforman la historia de la institución en dos tomos ya publicados. Así entonces, podemos decir que este avance de un estudio en curso de larga duración —comprende al menos 145 años de historia— es apenas un fotograma, para decirlo en lenguaje cinematográfico, de una extensa película que al final permitirá tener una apreciación de conjunto, desde una perspectiva histórica total, de la evolución de la facultad.

Evolución que contiene las complejidades propias de la historia de una institución educativa que incorpora, por ejemplo, los trabajos de Stephen Ball, sobre “la micropolítica de la escuela”, en este caso la universidad.

También utilizamos como marco teórico los paradigmas de Michel Foucault, especialmente los referidos a “los medios del buen encauzamiento” para

* Recibido el 21/11/14. Aprobado el 01/06/15.

** 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*; *Tomo II, 1821-1880*. Actualmente trabaja en la 3ª parte del proyecto de investigación Historia de la Facultad de Derecho en la Universidad de Córdoba (1881-1940).

todo aquello relacionado con la disciplina —en sus múltiples facetas— del ámbito universitario a través de distintas épocas, y corroborados empíricamente en mi trabajo.

Asimismo recurrimos a los aportes de Pierre Bourdieu a la sociología de la educación y su correspondiente reflejo empírico desarrollado en la presente investigación.

Esta explicación previa antes de abordar el contenido del artículo, me obliga también a advertir que no corresponde por razones metodológicas, detenerme demasiado en desenvolver extensamente cada acontecimiento ocurrido a lo largo del tiempo investigado, porque si no se pierde la idea de proceso y de síntesis que son objetivos principales de un trabajo de estas características. Tampoco es necesario formular hipótesis de investigación por cada capítulo o adelanto que se dé a conocer.

Ahora bien, el artículo se dirige fundamentalmente a reconstruir —con documentos originales— el contexto académico que precedió a la presentación de las tesis escritas de José del Viso y Ramón J. Cárcano. Una vez señalada esa etapa mi intención central es *reconstruir desde el interior de la Academia de Derecho*, las distintas posiciones ideológicas de sus miembros sobre las tesis. No es mi objetivo *tratar en detalle las repercusiones externas* de esas tesis en la sociedad cordobesa y del país —particularmente la de Cárcano— porque ya existe abundante bibliografía al respecto, al alcance de los estudiosos y del público en general. Sí en cambio dar a conocer el *proceso interno y sus avatares en la facultad*, que es la finalidad última del artículo y uno de los ejes de la investigación.

Cabe señalar aquí que son mucho más conocidas y divulgadas las consecuencias de la tesis de Cárcano en el ámbito provincial y nacional —casi forma parte de la tradición histórica argentina— que los pormenores de la micropolítica endogámica que se dio en el interior de la facultad. Esto último es prácticamente desconocido, de todas formas nos referimos a las consecuencias de la tesis más adelante.

Dicho esto a modo de prólogo, podemos entrar en materia.

El año 1883 fue particularmente importante para la Facultad de Derecho en lo que respecta a cuestiones académicas y sus posteriores consecuencias, como veremos a continuación.

En primer lugar y desde una perspectiva cronológica, debemos señalar que el Estatuto de la Universidad Nacional de Córdoba aprobado por el P. E. Nacional en octubre de 1879, en su artículo 55, disponía que el Consejo Superior “preparará por medio de las facultades, reglamentos especiales para el régimen interno de las mismas, su plan de estudios respectivo, exámenes... títulos profesionales”, etc.¹. Esos reglamentos debían ser aprobados posteriormente por el Gobierno Nacional.

Es en ese contexto legal que la facultad a través de una comisión formada ad hoc, elaboró un nuevo Plan de Estudios que, de acuerdo a lo dispuesto, elevó

¹ GARRO, JUAN M., *Bosquejo histórico de la Universidad de Córdoba*, Buenos Aires, 1882, Apéndice Documental, p. 509, Título XV, art. 55.

con fecha 5 de julio de 1883 al Consejo Superior de la universidad para su correspondiente aprobación.

El Plan constaba de 34 artículos divididos en apartados que incluían las asignaturas que se dictaban en los seis años de estudio de la carrera, Colación de Grados, Disposiciones Generales y Transitorias relacionadas con la actividad académica en todos sus aspectos².

Precisamente en el Título Colación de Grados que comprende desde el artículo 18 al 32, en el número 19 se reglamenta la forma de obtener el grado de “Doctor en la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales”, después de haber alcanzado la Licenciatura. El texto es el siguiente: “El Licenciado podrá optar al Grado de Doctor en jurisprudencia, presentando una tesis escrita sobre cualquier punto de las asignaturas que hubiere cursado en la Facultad, elegido a su arbitrio (...) este trabajo deberá llevar el V° B° del profesor que enseñare la materia respectiva. A más, por el término de dos horas, responderá a seis replicantes, que le inquirán (sic) sobre un programa aprobado por el profesor de Derecho Civil, de doce proposiciones, seis de las cuales, a lo menos, versarán sobre derecho civil (...) Las ideas contenidas en las tesis podrán también ser contestadas”³.

Las tesis o disertaciones, una vez aprobadas por el tribunal examinador, podían imprimirse en formato de cuarto menor, tipo cuerpo once, en una cantidad mínima de 25 ejemplares y un original con la firma autógrafa que debían entregarse al Secretario de facultad.

Ahora bien, si el profesor de la materia negase el V° B°, “por razón de las doctrinas que contenga”, podía el interesado apelar a la Facultad, la que debía resolver por mayoría de votos la admisión o rechazo de la tesis presentada, y en caso de aceptarse llevará el V° B° del profesor más antiguo que hubiere defendido el trabajo⁴.

El examen de tesis debía presentarse ante un tribunal de cinco profesores como mínimo, incluyendo al catedrático que corresponda a la materia de tesis; el tribunal estaba presidido por el decano o el rector. El tiempo del examen era de dos horas y cuarto, de las cuales la lectura de la disertación no podía superar los quince minutos. El padrino de tesis elegido por el doctorando debía ser en todos los casos un graduado en Derecho⁵.

Este pequeño artículo —el 19— del nuevo Plan de Estudios, significó un gran paso académico en la historia de la facultad. Venía finalmente a sancionar un antiguo reclamo de los estudiantes de Derecho de la Universidad de Córdoba que, apoyándose en modelos de universidades extranjeras y de la de Buenos Aires en particular, insistían toda vez que podían en equiparar este aspecto en los planes de estudio de ambas instituciones.

La última vez que hicieron este reclamo fue en julio de 1874, en esa oportunidad los alumnos “juristas” fundamentaron el pedido de tesis escritas en que los conocimientos expuestos en el examen, “lejos de quedar perdidos o ignorados, podían ser a veces de gran provecho para la ciencia, a la vez que servían de

² Archivo Universidad Nacional de Córdoba, en adelante A.U.N.C., Serie Documentos, Tomo C-42, fs. 106 y ss, del 12/07/1883.

³ *Ibidem*, f. 113.

⁴ *Ibidem*, f. 113.

⁵ *Ibidem*, f. 113.

poderoso estímulo para los que aspiraban al título de Doctor”⁶. Pero como en otras ocasiones, fue rechazado por el claustro profesoral y la comisión designada para estudiar la petición, compuesta en esta ocasión por los Dres. Rafael García, Saturnino María Laspiur y Néstor Escalante. De los tres profesores la opinión más taxativa en oponerse a la solicitud de los alumnos, fue la del Dr. García, el principal representante del sector del nacionalismo católico cordobés en la educación universitaria.

En esa oportunidad fundamentó su voto de la siguiente forma: que si bien por punto general estaba dispuesto a aceptar reformas, “en ningún caso [en sentido] contrario por las tendentes (sic) del decaimiento de esta universidad, como eran las que se solicitaban”. Para el Dr. García la petición estudiantil tendía o propiciaba la decadencia de la Universidad de Córdoba. El tema pasó a un largo cuarto intermedio de dos años, hasta que en 1876 se trató nuevamente, siendo rechazada la solicitud por el claustro de profesores y ratificada la resolución anterior —la de 1874— por mayoría general, contando en esta ocasión con el aval del rector Manuel Lucero. Este funcionario en otras oportunidades apoyó propuestas progresistas para la universidad, y a través de su obra al frente de la institución, había dado muestras de un espíritu y mentalidad abiertos a los progresos de los tiempos que corrían en el país y en el mundo. Pero en esta circunstancia afirmó —entre otros conceptos— que era “indiscutible la necesidad de precaverse contra el poder desmoralizante de la Universidad de Buenos Aires”⁷. Es decir, *mutatis mutandis*, el modelo de las tesis escritas en la universidad porteña era un elemento desmoralizador para la enseñanza en la antigua Casa de Trejo. Esto nos exime de mayores comentarios sobre la opinión que prevalecía por entonces —último cuarto del siglo XIX— en la mayoría del cuerpo de profesores de la Facultad de Derecho, partidarios de no innovar en el antiguo régimen de examen oral, vigente desde la época jesuítica, para las tesis doctorales.

El nuevo plan de estudios de 1883 concluyó en ese rubro y en otros también, con la universidad colonial y abrió el camino a la modernidad de la casa de altos estudios cordobesa.

En el mes de noviembre de 1883 el Consejo Académico de la Facultad de Derecho trató la solicitud del estudiante José del Viso para dar su examen de tesis en la forma que prescribía el nuevo plan de estudios, esto es por escrito, después de haber rendido y aprobado el examen de Previa para obtener la Licenciatura.

La solicitud pasó a una comisión evaluadora compuesta por los profesores Vieira, Rafael García y César⁸, la cual en la sesión siguiente del Consejo Académico, a través de su miembro informante, dijo que la comisión consideraba justo acceder a la petición de del Viso, “porque aparte de que era un derecho lo que solicitaba, podía invocarse a favor del solicitante sus antecedentes como buen estudiante...”⁹. Por su parte el profesor Dr. Miguel Juárez Celman sostuvo

⁶ TORRES, FÉLIX A., *Historia de la Facultad de Derecho en la Universidad de Córdoba. Tomo II - 1821/1880*, Ediciones del Boulevard, Córdoba, 2013, p. 139.

⁷ *Ibidem*, pp. 140 y 141.

⁸ Archivo Facultad de Derecho, en adelante A.F.D., Actas de Sesiones, Tomo 7 A, del 20/11/1883, f. 191 vto.

⁹ A.F.D., *ibidem*, 26/11/1883, f. 194 r.

que apoyaba lo dicho por Vieira, y que ya había otros casos en que “miembros de la facultad” le habían comunicado a los estudiantes la resolución de presentar las tesis por escrito y que en función de esto los doctorandos “habían hecho sus trabajos de tesis en la forma en que lo solicitaban”¹⁰.

A su vez el académico Dr. Nicéforo Castellano votó en contra de del Viso fundando su posición en que “si el solicitante era competente como se decía, lo demostraría en cualquier forma en que presentase su trabajo”¹¹, es decir también con la forma colonial de la ignaciana.

El profesor Dr. Soria dijo que votaría por la afirmativa, porque a su juicio las razones invocadas en contra del pedido eran insubsistentes, “dada la declaración del artículo 34 del plan de estudios” reformado en ese año, y que en otras ocasiones así lo había manifestado¹².

El tema en cuestión —en esta primera etapa de la solicitud de del Viso— del cual se aferraba el sector conservador del Consejo Académico, para justificar su negativa, era un agregado del Consejo Superior a la primera parte del artículo 34 del Plan de Estudios que decía lo siguiente: “Las nuevas disposiciones del presente Plan de Estudios, relativas a los ramos de enseñanza y años de curso, serán aplicables tan solamente a los estudiantes matriculados después de su vigencia...”¹³. Esto eventualmente podía interpretarse que era a partir del año lectivo de 1884, teniendo en cuenta que la addenda se realizó a mediados de julio del 83, ya muy avanzado el curso lectivo. En cambio el artículo 34 “original” del proyecto de la facultad, decía que “en cuanto a la forma de los exámenes generales y de tesis, las nuevas disposiciones se aplicarán a todos los estudiantes actualmente matriculados, con excepción de los que cursan el cuarto año, quienes podrán optar por las nuevas o antiguas disposiciones para uno y otro caso”¹⁴. Esto es que podían elegir entre rendir la tesis escrita u oral, como la ignaciana de los tiempos jesuíticos. Obviamente que la inmensa mayoría de los estudiantes optaron por la forma escrita de la tesis, acorde a los tiempos modernos que también corrían para la Universidad de Córdoba.

Pero más allá de esa disquisición cronológica, el espíritu de la resolución acordada por la comisión redactora del artículo 34 y de quienes hicieron el agregado, era el de permitir de allí en adelante rendir las tesis doctorales en la facultad mediante la forma escrita, vigente en la Universidad de Buenos Aires ya desde la década de 1830, y solicitada por los alumnos de Córdoba en repetidas oportunidades. Pero el sector conservador del claustro docente y académico de la facultad de Derecho, buscaba todas las argucias legales para oponerse a ese avance en la educación superior del país.

El Dr. Soria en su exposición lo dice textualmente: “Que el pensamiento manifestado en el seno de la Facultad fue establecer las tesis escritas desde luego, y no después de dos años, como resultaría si se aceptaba la interpretación que se pretendía”¹⁵. Más adelante expresa que “es un error decir que la tesis escrita es más fácil que la oral, pero aunque lo fuera, no sería justo privar de este be-

¹⁰ *Ibidem*, f., 194 vto.

¹¹ *Ibidem*.

¹² *Ibidem*.

¹³ A.U.N.C., Serie Documentos, Tomo C-42, f. 118 r.

¹⁴ *Ibidem*, f. 116 r.

¹⁵ A.F.D., Tomo 7 A, fs. 194 y 195.

neficio que acuerda el artículo 34 a los que a la época de la reforma —del plan de estudios— hubiesen ya dado la Previa”¹⁶. Concluyó sus argumentos apoyando la solicitud de del Viso, no sólo para este caso sino para “cualquiera que se encontrase en las mismas condiciones”, y que lo contrario era “odioso, injusto e inaceptable”¹⁷.

El profesor César entre otros conceptos, dijo que la “facultad podía permitir a jóvenes que se hubiesen distinguido en sus exámenes parciales y de Previa —como era el caso del solicitante— el que den tesis de conformidad a lo dispuesto por el actual plan de estudios”¹⁸. Sostuvo también que rendir una tesis escrita no era más fácil que en forma oral —como sostenían los conservadores— puesto que aquélla exige una investigación más minuciosa y meditada del tema sobre el que verse la exposición. Además tratándose de muy buenos alumnos como el caso de Cárcano y del Viso, agrega el profesor, no había inconvenientes de otorgarles “la gracia que piden”¹⁹.

Cuando expuso el profesor Rafael García —el representante más conspicuo del sector conservador— acudió a las costumbres del pasado para sostener que “nunca se había consentido en tesis escritas mientras habían previas en la forma antigua”, a pesar de algunas solicitudes del gobierno nacional en tal sentido. En un lenguaje algo oscuro el profesor de Derecho Civil —Dr. García— fundamentó su voto en contra de la solicitud²⁰.

Finalmente el decano propuso la siguiente moción para ser votada por el Consejo Académico: “¿Se concede o no lo solicitado por los Señores del Viso y Cárcano? El resultado fue de seis votos por la afirmativa y tres por la negativa”²¹.

De este modo concluyó la primera etapa de la solicitud de del Viso, la que llamamos “formal-cronológica”, porque se discutió en torno de si correspondía aprobar el pedido de tesis escrita en ese momento, o de pasarlo para el siguiente curso lectivo, de acuerdo a la interpretación dilatoria del grupo conservador sobre el artículo 34 del plan de estudios.

Después vendría la etapa “filosófica-ideológica” referida al contenido de la tesis. Este nuevo tramo del “negacionismo” conservador comenzó a discutirse en el Consejo Académico el primer día de diciembre de aquel año 1883. Allí se trató la apelación de del Viso al rechazo del Dr. Rafael García a otorgarle el V° B° a su tesis “De la libertad de sucesión”. En esta ocasión el profesor sostuvo que “disentía en casi todos los tópicos de la disertación que al tratar —del Viso— de la propiedad la fundaba en la existencia misma, diciendo que esto **es, era** un comunismo”²².

En otra parte de su exposición García cuestionaba que el estudiante sostuviera que “el hombre provenía de sí mismo, y que la razón de su derecho tiene origen también en sí mismo, y que estas doctrinas no podía aceptarlas”²³. Claro, aquí la crítica de García apuntaba a que del Viso no incorporaba en el texto el concepto del origen del hombre como una creación de Dios, como de hecho se

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ *Ibidem*, f. 195.

¹⁸ *Ibidem*, fs. 195 r y vto.

¹⁹ *Ibidem*, f. 195 vto.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ *Ibidem*, f. 196 r.

²² A.F.D., Actas de Sesiones, Tomo 7 A, f. 198 r. del 1/12/1883.

²³ *Ibidem*, f. 198 vto.

desprende de su tesis; esto era inadmisibles para la cosmovisión filosófica del profesor de Derecho Civil²⁴.

Por su parte el Dr. Juárez Celman, padrino de tesis, dijo que la “aprobación del catedrático en manera alguna podía comprometerle” con lo que allí sostenía el doctorando. A su turno el académico Dr. Nicéforo Castellano también se opuso a la aceptación de la tesis, diciendo que “no conocía disertación ni proposiciones que contrariasen el dogma —católico— y que esto no podía sostenerse en la universidad”²⁵. Afirmó que del Viso había renunciado a sus principios y a sus creencias, para concluir este profesor, que “el origen del hombre no podía ser otro que el autor de todo”²⁶.

Al momento de exponer el profesor Vieira, dijo que votaría a favor de la solicitud del alumno, en la creencia que la “aprobación del catedrático no le hacía solidario” con los fundamentos del tesista en su trabajo.

Cuando le tocó fundamentar al Dr. César sostuvo que podían aceptarse las proposiciones pero que no estaba de acuerdo con la introducción —también cuestionada fuertemente por García— y que por lo tanto proponía que la tesis se votara por partes: por un lado, la introducción y, por el otro, el resto de la exposición. Esta fue en definitiva la moción presentada por el decano: ¿Se acepta o no la introducción a la disertación del Señor del Viso? Resultó con cuatro votos por la afirmativa y cinco por la negativa. A continuación la siguiente: ¿Se acepta o no la tesis objetada por el catedrático de Derecho Civil Dr. Rafael García? Fue aprobada por unanimidad con la excepción de este último²⁷.

El sector liberal del Consejo Académico obtuvo en esta ocasión un triunfo parcial. Pero el tema en cuestión fue presentado por del Viso ante el Consejo Superior de la universidad, en la sesión del 3 de diciembre de 1883. En ese ámbito y por “afirmativa general” fue aprobado el dictamen de la facultad de Derecho aceptando la presentación de la tesis, y con respecto al tema controversial de la introducción, sancionó la siguiente Ordenanza: Artículo 1º) Las opiniones y doctrinas contenidas en las tesis que en lo sucesivo tuviesen lugar en la Universidad, serán completamente libres, siempre que ellas no comprometiesen las buenas costumbres y no encerraren notorias faltas de lenguaje. Artículo 2º) Quedan derogadas todas las disposiciones que fueren contrarias a lo dispuesto en el artículo anterior. Artículo 3º) Comuníquese²⁸.

De este modo la introducción y el texto completo de la tesis fueron aprobados por esa instancia superior de la universidad.

El corolario de este controvertido proceso sobre la tesis de del Viso, en donde confrontaron dos concepciones filosóficas e ideológicas, dos cosmovisiones del mundo en definitiva, una de ellas todavía con anclaje en los valores de la época colonial, y otra la liberal positivista que se abría camino por entonces, en la modernidad del mundo occidental. Ese corolario, decíamos, fue desde el punto de vista burocrático la nota del 6 de diciembre de 1883 por la cual el decano José

²⁴ Universidad Nacional de Córdoba, en adelante U.N.C., “De la libertad de sucesión”, tesis para el doctorado de José del Viso, Imprenta de “El Interior”, Córdoba, 1883, pp. 11, 12 y 13.

²⁵ A.F.D., Tomo 7 A, f. 198 vto.

²⁶ *Ibíd.*

²⁷ *Ibíd.*, f. 199 r.

²⁸ A.U.N.C., Consejo Superior, Tomo F-11, fs. 170 vto. y 171 r.

Echenique le informa al rector Dr. Natanael Morcillo que, al día siguiente a las 8 de la mañana se le iba a tomar el examen de tesis al estudiante José del Viso. Se cerraba así una etapa en la Universidad de Córdoba, y se abría otra que, con las reformas de años subsiguientes llega hasta nuestros días.

Es necesario destacar la importancia de la Ordenanza del Consejo Superior del 3 de diciembre de 1883, al permitir de allí en adelante la absoluta libertad de “opinión y doctrinas” en los contenidos de las tesis, concluyendo de esta forma con un cepto ideológico de siglos de duración.

Esta disposición progresista constituye junto con la anterior de ese mismo año, que permitía las tesis doctorales por escrito, dos hitos fundamentales en la historia de la Universidad de Córdoba, y por ende en la Facultad de Derecho. Nuestra universidad comenzaba a recorrer un camino de modernidad que, con altibajos, hizo eclosión en las jornadas reformistas de 1918.

El primer tema importante —por sus connotaciones posteriores— que trató el Consejo Académico a principios de 1884, fue la solicitud de tesis doctoral presentada por el estudiante Ramón J. Cárcano, “De los hijos adulterinos, incestuosos y sacrílegos”. Se le dio entrada a este pedido el 5 de abril en calidad de recurso de consideración por cuanto el profesor de Derecho Civil Dr. Rafael García —como no podía ser de otra forma en este caso— le había negado el V° B° correspondiente. El asunto fue tratado sobre tablas después de conferenciar los miembros del Consejo fuera del recinto. Las opiniones de los profesores pueden sintetizarse de la siguiente forma: el Dr. Nicéforo Castellano dijo “que no conocía el trabajo”, absteniéndose de votar, pero señaló que si lo hacía “sería negativamente”; es decir, él por las dudas se oponía²⁹.

Por su parte los académicos Juárez Celman —padrino de tesis—, Telasco Castellano y César, “se expresaron en términos muy favorables para la solicitud teniendo en cuenta las palabras del Dr. García antes de entrar en sesión”. Debemos suponer que los conceptos de este profesor —lamentablemente no están en el acta— fueron totalmente desfavorables hacia el trabajo de Cárcano³⁰.

Después de un intercambio de opiniones se votó la moción para aceptar o no la presentación de la tesis, que fue aprobada por mayoría, “con la excepción de los Dres. García, Nicéforo Castellano y Nicolás Berrotarán”³¹. Posteriormente, en junio de 1884, estos tres profesores fueron separados de sus cargos por disposición del Ministerio de Justicia e Instrucción Pública de la Nación³².

En lo que hace a las repercusiones en su época de la tesis de Cárcano, y acudiendo al concepto de Foucault sobre “arqueología del saber”, podemos mencionar a título de síntesis, algunas opiniones vertidas por estudiosos del tema, que luego dieron pie a sucesivas aproximaciones a esa cuestión a otros autores que —sin innovar demasiado y con algunas reiteraciones— llegan hasta nuestros días.

Así por ejemplo, Enrique Martínez Paz, escribió: “La tesis doctoral de Cárcano fue como una bandera de rebelión levantada en el interior de la fortaleza enemiga. Las autoridades religiosas interpretaron bien los hechos, y se desen-

²⁹ A.F.D., Actas de Sesiones, Tomo 7 A, f. 211 r.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ *Ibidem*, f. 211 vto.

³² A.U.N.C., Ministerio de Instrucción Pública de la Nación, Libro N° 32, f. 39 del 3/6/1884.

cadenó una verdadera tormenta. Sus “hijos adulterinos, incestuosos y sacrílegos”, eran una especie de desafío, que removía una suposición agravante para el recato de una sociedad de aspiraciones llenas de ascetismo y piedad”. En otro párrafo añade: “No tardó el provisor del obispado en lanzar una terrible pastoral en la que zamarreaba a los doctores de la Universidad y al nuevo Doctor”³³.

El biógrafo de Cárcano, Ricardo Sáenz-Hayes, sostuvo que “pocas veces en el país una tesis universitaria ha tenido mayor resonancia con acopio de graves consecuencias”. La aprobación de la tesis por el Consejo Académico de la Facultad de Derecho, “acrecienta la refriega entre liberales y católicos —sigue diciendo Sáenz-Hayes— que se baten sin despreciar recursos. Los primeros salieron victoriosos pero la lucha, con más ardimento que nunca continúa fuera de la Universidad, en la ciudad dividida, en la provincia y en Buenos Aires donde la polémica llega a ser un conflicto de la Iglesia y el Estado”³⁴.

En un sentido similar lo expresa Marcela Poppoloni en un artículo de la revista universitaria *Studia*, señalando que “el conflicto en la provincia [entre católicos y liberales] tiene su expresión pública más resonante (...) con la aprobación de dos tesis del doctorado de Derecho. Una de ellas, la más polémica, obra de Ramón J. Cárcano titulada “De los hijos adulterinos, incestuosos y sacrílegos”, sostiene la igualdad de todos los hijos ante la ley, niega la sacramentalidad del matrimonio y, fundamentalmente, proclama la separación de la Iglesia y el Estado. (...) El vicario capitular de la ciudad [de Córdoba], Gerónimo Clara, emite una carta pastoral amenazando a sus fieles con incurrir en grave pecado si no acatan sus tres puntos fundamentales (...)”, entre ellos el n° 2, donde anatematiza y condena el contenido de la tesis de Cárcano”³⁵.

Más cerca nuestro desde el punto de vista cronológico, Roberto Di Stefano, afirma: “La tesis atacaba el celibato eclesiástico y defendía la separación de la Iglesia y el Estado (...) La carta pastoral del vicario cordobés (...) encendió una hoguera que alcanzó dimensión nacional. Asimismo, derivó en la suspensión del vicario por decreto del Poder Ejecutivo, que consideraba al eclesiástico un funcionario público y su carta pastoral un atentado contra la soberanía nacional”³⁶.

De allí en más comenzó una larga confrontación entre la Iglesia y el Estado argentino a raíz de la controversia abierta por la tesis de Cárcano y la subsiguiente campaña antigubernamental del vicario capitular de Córdoba Gerónimo Clara, que concluyó con la expulsión del nuncio papal y la ruptura por algunos años de las relaciones diplomáticas con el Vaticano.

Al mismo tiempo posicionó en el escenario político nacional, a dos figuras jóvenes —del Viso y Cárcano— que conformaron el núcleo duro del liberalismo en Córdoba, que apoyaron desde los claustros la candidatura presidencial de Julio Argentino Roca. El triunfo de éste como primer mandatario del país (1880-

³³ MARTÍNEZ PAZ, ENRIQUE, “Cárcano, el historiador romántico”, Conferencia leída en la Academia Nacional de la Historia el 3/6/1950, en oportunidad de ocupar el sillón que dejara vacante con su muerte Ramón J. Cárcano, edición de 1973, Córdoba, p. 9-10

³⁴ SAENZ - HAYES, RICARDO, Ramón J. Cárcano. *En las letras, el gobierno y la diplomacia (1860-1946)*, Edición Academia Nacional de Letras, Buenos Aires, 1960, p. 63.

³⁵ POPPOLONI, MARCELA, “La religiosidad en la concepción de los jóvenes intelectuales cordobeses en las postrimerías del siglo XIX”, en Revista *Studia*, Escuela de Historia, Facultad de Filosofía y Humanidades, U.N.C., Córdoba, N° 4, p. 117.

³⁶ DI STEFANO, ROBERTO, *Ovejas Negras. Historia de los anticlericales argentinos*, Sudamericana, Buenos Aires, 2010, p. 264.

1886), reforzó poderosamente al sector liberal de la provincia mediterránea, y desde el gobierno provincial, propició y apoyó reformas liberales y progresistas en el ámbito de la educación universitaria, que fueron un soplo de aire fresco renovador en las cristalizadas estructuras educativas de la Universidad de Córdoba.



SECCIÓN VI
FILOSOFÍA - SOCIOLOGÍA - CIENCIAS
DE LA INFORMACIÓN

TEORÍA DEL DERECHO E INDETERMINACIÓN EN LOS CRITERIOS DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD OBJETIVA*

Ernesto Abril**

1. Introducción

Antes de desarrollar el presente es importante, en forma breve, recordar que el originario proyecto de investigación comenzó con investigaciones vinculadas a la disputa entre el jusnaturalismo y el juspositivismo y sus profundas diferencias acerca del carácter distintivo del Derecho. Muchos son los que consideran que esas disputas se originan en diferencias ontológicas que determina la forma de explicar y justificar las normas jurídicas que lo integran. Sin embargo, desde el comienzo, estimé que esas diferencias se asientan en la diversidad metodológica usada para explicar el fenómeno jurídico y justificar la forma de acceder al conocimiento de sus normas¹. En ese prologado período, la investigación versó exclusivamente sobre estudios de la cuestión que, en profundidad, sólo abordó la Teoría y la Filosofía del Derecho. El desarrollo del estudio en ese tiempo, consistió en analizar diversas y relevantes propuestas metodológicas presentes a partir de la obra de Hans Kelsen pero luego, se continuó con los aportes de H.L.A. Hart, Joseph Raz, John Finnis y finalmente, con la obra de Ronald Dworkin. Luego de años en el análisis de las diversas formas metodológicas propuestas para abordar la cuestión, emprendí el actual periodo dentro del cual comienzo a interesarme en la vinculación entre la Teoría General del Derecho respecto de casos — sean ellos genéricos o individuales— donde la indeterminación interpretativa y en especial, la que se presenta en la toma de decisiones jurisdiccionales, muestran la vigencia de ese problema. De allí, que en el primer trabajo investigué la cuestión de los criterios con los cuales la dogmática delimita lo que se califica como “daño moral” y posteriormente, determinar aquellos usados en diversas decisiones judiciales que presentan enormes diferencias respec-

* Recibido el 19/12/14. Aprobado el 17/06/15.

** Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (UNC), Investigador Categoría I CONEAU, Profesor titular por concurso de la asignatura *Introducción al Derecho*, Cátedra “C”, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, Director de Proyecto sobre el tema, con subsidio de SECYT UNC. Exdirector hasta fines del año 2012 de la Carrera “Maestría en Derecho y Argumentación”, Secretaría de Postgrado de la indicada Facultad y Universidad.

¹ Al respecto, es importante la distinción que establece ATIENZA, MANUEL (2001), *El sentido del derecho*, Barcelona, p. 254, cuando destaca que explicar una decisión interpretativa “...es mostrar cuáles son las causas que la motivaron o los fines que se pretenden alcanzar al tomar esa decisión”. Y respecto de justificar, que “...implica ofrecer razones dirigidas a mostrar el carácter aceptable o correcto de esa decisión”. Tampoco puede olvidarse y es importante para otro término vinculado al tema del presente que alude a la comprensión de las prácticas e instituciones, que M. WEBER (1984), en *La acción social. Ensayos metodológicos*, Barcelona, Ediciones Península, supo aportar respecto de lo que significa explicar en ciencias sociales y sostener que consiste en: “...captar el complejo de significados en los que encaja una acción directamente inteligible en virtud de su significado intencional subjetivo”.

to al modo de evaluar que compensación corresponde adjudicar a este tipo de daños. Por esa circunstancia, ahora mi propuesta amplía su marco teórico conceptual en un intento por determinar los fundamentos teórico-filosóficos que subyacen al denominado Derecho de Daños. En especial, se pretende responder a la siguiente pregunta: ¿Cuáles son los criterios usados para atribuir responsabilidad vicaria o extracontractual, en especial, cuando los enunciados no sólo se relacionan con la existencia de culpa sino con el principio de causalidad que vincula cierta acción con el resultado dañoso y cuál, cuando se alude al riesgo? Podría parecer que semejante interrogante posee una rápida y fácil respuesta pero para llegar a ella, previamente corresponderá analizar diversas cuestiones que presentan cierta complejidad.

Así, en la primera parte de este artículo pretendo destacar la existencia de la polisemia que afecta al término responsabilidad, reiteradamente señalada pese a reconocer que se trata de una de los conceptos básicos para la actual Teoría y Filosofía del Derecho. Del mismo modo, a ello se agrega la vaguedad con que se la usa que concluye por afectar una delimitación más precisa del campo teórico de la investigación, al constituirse en fundamento de reiteradas disputas verbales que correspondería superar si se asume la pretensión de llegar a determinados acuerdos interpretativos justificados. A su vez, se destaca que la Teoría y la Filosofía del Derecho no prestaron suficiente interés por alcanzar una adecuada comprensión de los fundamentos que subyacen al derecho de daños. Tal cuestión se corrobora cuando la teoría de la responsabilidad fue relacionada sólo con la dogmática penal y en especial, en su relación a las formas de justificar el castigo².

Por todo ello, este artículo guarda relación con un problema central de la Teoría del Derecho que se hace presente cuando quienes la practican, persiguen expedirse con precisión acerca de la posibilidad de alcanzar conocimiento sobre el fundamento que subyace al objetivo de un conjunto específico de normas jurídicas (Derecho de Daños) y del mismo modo, si los sentidos que se le adjudican, se encuentran debidamente justificados. Por tanto, como continuidad de la investigación es necesario advertir que no asumo la pretensión de llevar a cabo un trabajo de exégesis o dogmática legal. Sólo deseo utilizar un instituto jurídico más de aquellos que motivan especiales disputas originadas en diversas formas de conocer y justificar esa específica práctica. Y ello ocurre, a pesar de que con esa finalidad, es normal advertir que se hace uso de un lenguaje técnico que asume la pretensión de constituir proposiciones.

Para ello, en esta ocasión propongo reflexionar, sin asumir la pretensión de agotar su estudio, sobre los siguientes ejes:

a) Realizaré una indicación de los cambios de sentido que se adjudican al término “responsabilidad” cuando el mismo se usa para destacar su carácter objetivo o extracontractual. En este sentido, es importante recordar que un Enunciado de Responsabilidad (en adelante **ER**) requiere de presupuestos que conceptualmente son diversos y tienen que analizarse por separado; esto es: el daño, la antijuricidad, la relación de causalidad y el factor de atribución, o sea, que estos presupuestos no se confunden con la responsabilidad, salvo cuando un **ER** se emite u omite, según se den o estén ausentes los presupuestos aludidos.

² Al respecto: HART, H. L. A. (1968), *Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law*, Oxford University Press, Oxford, y también, FEINBERG, J. (1970), *Doing and Deserving: Essays in the Theory of Responsibility*, Princeton University Press, Princeton.

En este último sentido, también corresponde destacar, como ya lo expresé, que el uso del término responsabilidad operó un cambio respecto de sus sentidos refiriendo a factores objetivos de atribución, o sea, no sólo cuando se relaciona con la culpabilidad para atribuir responsabilidad, sino también cuando se alude a factores como el riesgo, la equidad, garantía, etc.

b) En un segundo apartado, haré referencia a la relación entre causalidad (y la diversidad de sus sentidos) con la responsabilidad. En otros términos, pretendo establecer cierta precisión sobre los variados criterios que se emplean para aludir a la causalidad dentro del Derecho de Daños.

c) En tercer lugar, examinaré los criterios que usan los juristas y más específicamente, los propios tribunales al tiempo de tomar decisiones que otorgan responsabilidad objetiva o extracontractual, en diversos casos individuales que, según afirman, engastan en las descripciones genéricas y abstractas de normas jurídicas que forman parte del derecho de daños. Por eso, en su desarrollo destaco ciertas inconsistencias respecto de dos de los factores de atribución de responsabilidad más usados en ambos ámbitos. Siempre en forma escueta, lo haré respecto del concepto que de ese término, se insiste en las más importantes obras de Teoría del Derecho.

d) Para finalizar, intentaré precisar si existen problemas semánticos crónicos y que ellos, pueden provocar aquellos que en su mayoría tienen capacidad para generar disputas verbales³ que se mantienen en el tiempo, sin lograr que se llegue a determinados acuerdos básicos en este tipo de disputas mediante la proposiciones (o **ER**) que puedan calificarse como verdaderas, en tanto se correspondan con la situación de su empleo y respetan el principio de veracidad⁴. Aun así, reflexionaré sobre la idea de que, en realidad, las diversas consecuencias que se adjudican a los fundamentos del Derecho de Daños pueden también vincularse con las razones que expresan distintos puntos de vista. Es posible que esta cuestión produzca preguntas y respuestas que merecerán un mayor estudio en un segundo período de la presente investigación.

2. Responsabilidad y culpabilidad

Consideremos ahora los sentidos con los que se usa el término responsabilidad y su diferencia respecto a culpabilidad. Tal como lo expresé al comienzo de este artículo el término "Responsabilidad" se usa en forma ambigua y por

³ Al respecto: BONORINO, PABLO RAÚL (2003), *Introducción a la Lógica Jurídica*, Suárez, Mar del Plata, pp. 22-33 y siguientes, sostiene que los desacuerdos presuponen "...una base común de acuerdo entre los interlocutores. Este acuerdo es el que permite entender las afirmaciones enfrentadas como aludiendo a lo mismo. Para que sea considerado genuino, los términos en que se formulan las posiciones enfrentadas deben significar lo mismo para cada uno de los contendientes. Cuando esto no ocurre...el desacuerdo entre ellos es meramente verbal: creen que discuten pero en realidad están utilizando las palabras con diferente significado y, en consecuencia, están hablando de cosas diversas". Estos desacuerdos no son fáciles de reconocer, pero cuando logramos hacerlo tendremos que disolverlos.

⁴ Entiendo por esto último, aquello que Bernard Williams afirma al sostener que "La veracidad supone el respeto por la verdad. Esta afirmación tiene que ver con las dos virtudes que, tal como sostendré...son las virtudes básicas de la verdad; las denominaré Precisión y Sinceridad: la gente hace todo lo que puede para formarse creencias verdaderas, y lo que dice revela lo que cree" (Cf. WILLIAMS, BERNARD (2006), *Verdad y Veracidad* [traducción de Alberto Enrique Álvarez y Rocío Orsi de su original *Truth & Truthfulness. An Essay in Genealogy* (2002), por Princeton University Press], para Tusquets Editores, Barcelona, p. 22).

ello, al estar expuesto a un constante cambio de referencia, provoca la mayoría de los debates que caractericé como típicas disputas verbales. Así, en muchas oportunidades se lo usa en vinculación con una falta o acción desviada que motiva el reproche para quien la lleva a cabo y la concreta, en un tiempo próximo a la producción del daño. De igual manera, es posible comprobar que en muchas ocasiones, la noción de responsabilidad excede ese ámbito de referencia y su connotación, vinculada a la falta y la condena, funciona de un modo diferente en cada una de las prácticas y en determinados ámbitos. Esto sucede con algunos teóricos, como es el caso de Paul Ricoeur, que la vincula con la idea de falta y forma de reproche pero también destaca que su uso guarda cierta correspondencia con la imputación y se llega a ello, cuando se la emplea para “...poner a cuenta de alguien una acción censurable, una falta, por ende, una acción confrontada previamente a una obligación o a una interdicción que esta acción infringe”⁵.

Conforme con ello, señala que si se la describe de ese modo ante su delimitado carácter de censura, todo parece conducir al significado clásico con que se usa responsabilidad en un doble sentido, a saber: aquel que se relaciona con la retribución y la reparación, que alude a *atribución* de una acción de determinada persona que, implícitamente, contiene una censura, en nuestro caso, de carácter jurídica. Por ello, se sostiene que entender el término responsabilidad como forma de retribuir una falta posee capacidad para desplazar el sentido con que se le imputa al actor de cierta acción. De otra forma, conforme lo sostiene Roberto Esposito: “...la idea puramente jurídica de responsabilidad, entendida como obligación de reparar el daño o de sufrir la pena, puede ser considerada el resultado conceptual de este desplazamiento”⁶. Es decir, aquella que adquiere coherencia cuando se reemplaza su referencia desde la noción de culpa hacia el de la de retribución. De allí, que este expositor sostenga que existe una permanente tensión entre responsabilidad y culpa que, inevitablemente conducirá a la pregunta su sentido⁷.

En contra de esa idea, Manuel Cruz insiste en la necesidad de establecer una diferencia entre ambos sentidos y funda tal conclusión en el hecho de que “...la responsabilidad se puede delegar, acordar o incluso contratar”, circunstancia que no se observa en relación al normal sentido de culpa. Desde su punto de vista, la responsabilidad dentro de un ER se dirigirá respecto de la persona o bien, aquella instancia que concluye por hacerse cargo de la reparación del daño⁸. De allí, que en este último sentido, se consigue suponer que el término

⁵ RICOEUR, PAUL (2009), “El concepto de responsabilidad. Ensayo de análisis semántico”, incluido en *Lo Justo*, Jurídica de las Américas, Buenos Aires, pp. 37-64.

⁶ ESPOSITO ROBERTO, *Confines de lo político. Nueve pensamientos sobre política*, Trotta, Madrid, 1996.

⁷ Es posible que, tal como lo afirma Jules Coleman, esto se origine en la circunstancia de que en el fondo todo derecho de daño se articula alrededor de los viejos principios de Aristóteles que establecía entre diferencias entre la Justicia Distributiva y la Correctiva. Este último, sería el que establece que corresponde reparar las pérdidas o ganancias injustas y para ello, únicamente quien realiza la acción con culpa, es al que le corresponde reparar o compensar a la víctima por causar con su conducta desviada una pérdida injusta. Es notorio que en nuestro tiempo, las prácticas del derecho de daños tienden a tener como fundamento o sostén que responsabilidad y compensación serían independientes y por tanto, se admite —como sucede en el derecho de Nueva Zelanda— que en algunos casos sea el propio Estado quien, mediante la formación de un fondo de compensación, puede hacerse cargo de la reparación del daño (*vid.* COLEMAN, JULES L. (2010), *Riesgo y Daños*, Marcial Pons, Barcelona, pp. 17 y siguientes).

⁸ CRUZ, MANUEL (1999), *Hacerse cargo. Sobre responsabilidad e identidad personal*, Paidós, Barcelona, pp. 71/72.

responsabilidad se use para aludir a “la capacidad” de actuar e “imputabilidad”, con el significado que adquiere al relacionarla con el concepto de atribución⁹. De todo esto, deriva la necesidad de esclarecer qué tipo (o tipos) de conexión causal pueden existir entre cierta acción y sus respectivas consecuencias. Y con ello, se tenderá a pensar en la necesidad de garantizar que cuando se atribuye responsabilidad, ella resulte inequívoca¹⁰. Manuel Cruz también mantiene su discrepancia respecto de la pertinencia de la noción de *intención*, como forma de articular determinada acción con la responsabilidad y sugiere determinar la intención del agente al tiempo de concretar la acción que provoca el daño. Por ese motivo, en su opinión, el momento clave de la acción, es decir, aquello que permite establecer ese relevante vínculo, no es otro que el de la propia *decisión*. Y por ello, afirma que es en esa instancia donde el agente funda su compromiso con la acción que luego emprende. De allí que el momento de adoptar una decisión pasa a constituir la única forma que posibilita predicar que existe un vínculo entre la acción y quien la lleva a cabo y es lo que hace posible tener idea de responsabilidad¹¹. De esa forma destaca que el término “*responsabilidad*” constituye un sustantivo cuyo uso tiene un origen más reciente respecto del empleo del adjetivo “*responsable*”. En la dirección de informar respecto de ello, Cruz hace uso del *Breve diccionario etimológico de la lengua castellana* de Joaquín Coromidas, donde se indica que “*responsable*” se usó en documentos del año 1737, mientras que el sustantivo “*responsabilidad*”, recién registra utilización durante el siglo XIX. Por ello, Cruz sugiere que la filología evoluciona en forma paralela al desarrollo de la idea y esa abstracta referencia, sólo se hace relevante en tiempos cercanos. De esa manera, mientras en el idioma inglés el sustantivo “*responsibility*” se usa a partir de 1787; en Francia “*responsabilité*”, se lo emplea once años después. De modo que es posible corroborar que las connotaciones de este último término, tanto en el idioma inglés como en el francés, son coetáneas con la aparición y posterior desarrollo de la Revolución Industrial que, mucho tiempo después, también tuvo influjo sobre nuestro idioma¹².

Lo expuesto muestra que el uso de términos como retribuir, reparar y atribuir, pueden también generar disputas verbales ante la falta de acuerdos sobre lo que ellos connotan. Cuando hablamos de responsabilidad, los términos *retribuir* y *reparar* se vinculan a los daños causados; a colocar a la víctima en idéntica situación a la que se encontraba antes del daño que se le provocó. La característica relevante que connotan estos términos es reparar los daños causados y probados; mientras que el término *atribuir* alude (connota) al factor de atribución que se usa para ordenar la reparación de daños. Nadie duda que el término “*responsabilidad*” sea fundamental, dentro de la práctica jurídica y que, por ello, se considere un concepto básico del Derecho. Sin embargo, este asunto sigue constituyendo uno de los temas más discutidos dentro de la teoría jurídica y por tanto, es relevante interrogarse por aquello que subyace al uso del mismo o bien, sobre lo que provoca las más diversas respuestas a la pregunta por las formas de

⁹ RICOEUR, PAUL, ob. cit., p. 6.

¹⁰ FEINBERG, JOE (1976), “Acción y responsabilidad”, en WHITE, ALAN R., *La filosofía de la acción*, FCE, México, pp. 139-174.

¹¹ CRUZ MANUEL (1999), *Hacerse cargo. Sobre responsabilidad e identidad personal*, Paidós, Barcelona, pp. 71 y 72.

¹² CRUZ, MANUEL (2007), “Cuando son muchas las voces”, incluido en ROBERTO R. ARAMAYO y MARÍA JOSÉ GUERRA (editores), *El laberinto de la responsabilidad*, Plaza y Valdés Editores, Madrid-México, p. 294.

adjudicar responsabilidad¹³. No obstante, como habitualmente sucede, las ideas que subyacen al uso de un término genérico y abstracto, son supuestos básicos que proporcionan fundamento a la propia pregunta acerca de ellos y como siempre, remiten a otro complejo de conceptos y valoraciones que guardan fuertes relaciones entre sí y operan como condiciones elementales que tornan inteligibles esos interrogantes.

Se concede, por ejemplo, que la pregunta por las formas de atribuir responsabilidad accede a variadas condiciones de conocimiento teórico respecto de su uso en determinados momentos de la evolución del Derecho y de la propia sociedad que, en su específica práctica, contribuye a generarlo. Por ello, es importante tener en cuenta esta cuestión para no incurrir en la célebre tendencia de identificar la referencia de “responsabilidad” con la que se asigna al término “culpabilidad”¹⁴. Por tanto, con el objeto de diferenciar ambos conceptos, se ha estimado conveniente tener en cuenta: i) Que el concepto de “responsabilidad” se identifica con cierto orden de relaciones asimétricas; mientras “culpabilidad”, se presenta bajo cierta forma de horizontal; ii) Que el concepto de “responsabilidad” remite a un sentido *intersubjetivo* mientras *culpabilidad*, refiere a lo *intra-subjetivo*. De otro modo, que mientras “culpabilidad” se usa para indicar cierta interiorización de determinada regla de conducta; “responsabilidad”, como su etimología lo indica, requiere siempre de una instancia ante la cual se responde o de otra forma, que sin que alguien nos interpele con un reclamo, resultará imposible hablar en términos de responsabilidad. La *responsabilidad* alude a reparar los daños causados, siempre que se den las condiciones requeridas por el sistema normativo, sea imputando culpabilidad o un factor objetivo de atribución; iii) Del mismo modo, su uso también destaca como definitorio que tener la propiedad de referir a lo público, aun cuando ello no contenga la totalidad de sus posibles referencias. Así, durante parte de la evolución de nuestras sociedades, gran parte de quienes las integraban tenían una tendencia a reaccionar ante el dolor, a una catástrofe o a la propia injusticia, con cierta resignación, o bien atribuir determinada consecuencia a cierto tipo de fatalidad que sería reparada en otra vida¹⁵. Por el contrario, actualmente resulta notorio el cambio en su

¹³ Así, algunos teóricos estiman que el derecho de la responsabilidad que llaman “extracontractual” y su justificación proviene de la existencia de culpa o motivo para el reproche respecto de la acción de otra persona, que deriva en un daño. Esto caracteriza la tradicional dogmática francesa y en Argentina, posee ejemplo, en un artículo de LLAMBÍAS, JORGE J. (2007), “El derecho no es una Física de las Acciones Humanas”, incluido en *Responsabilidad Civil, Doctrinas Esenciales, La Ley*, Buenos Aires, Tomo I, pp. 19-34. Mientras que otros expositores estiman que la atribución de responsabilidad es objetiva, e incluso puede comprender aquellas conductas no reprochables por la simple circunstancia de que son nuestras propias acciones las que pueden arrojar beneficios por lo cual, no sólo se nos atribuyen réditos favorables; sino que también generan la obligación de responder por resultados no satisfactorios en la medida que lesionen a otras personas (ver: HONORÉ, ANTHONY (1999), “Responsibility and Luck. The Moral Basis of Strict Liability”, incluido en *Responsibility and Fault*, Hart Publishing, pp. 14 y siguientes).

¹⁴ Nuevamente no puedo extenderme sobre ello y para mayor información, remito a: KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA - PARELLADA, CARLOS (1997), “Los factores subjetivos de atribución”, incluido en *Responsabilidad Civil*, MOSSET ITURRASPE, J. (Director), Hammurabi, Buenos Aires, p. 142; ZAVALA DE GONZÁLEZ, MATILDE (1999), *Resarcimiento de daños*, Hammurabi, Buenos Aires, Tomo 4, p. 359; y finalmente, REGLERO CAMPOS, FERNANDO (2002), *Tratado de responsabilidad civil*, Aranzadi, Navarra, p. 191, N° 61.

¹⁵ KELSEN, HANS (1945), *Sociedad y Naturaleza - Una Investigación Sociológica*, traducción de la edición original norteamericana *Society and Nature*, The University of Chicago Press, Chicago, 1943; ed. Jaime Perriau, Editorial Depalma, Buenos Aires, p. 359.

uso dado que, como sostuve anteriormente, incluso la propia atribución de responsabilidad puede ser objeto de delegación, motivo de acuerdos e incluso, de contratos por los cuales otro asume la obligación de reparar aquellos daños que nosotros mismos podemos causar, tal como sucede con los contratos de seguros; iv) De esta forma, al aludir el adjetivo “responsable” a una instancia que se hará cargo de la reparación de los daños causados, al generalizarse ese mecanismo, se producen cambios de actitud en la mayoría de los miembros de nuestra sociedad. Se trata de un cambio que, según se afirma, lo produce el propio desarrollo de la conducta social, es decir, que para quienes la componen cualquiera sea el grado de culpabilidad que se adjudique, lo relevante será que cualquier daño tendrá que ser reparado. De otro modo, que se verifica una tendencia a pensar que cuando una acción provoca daños, aun cuando no sea posible determinar al responsable, de igual modo se los deberá reparar¹⁶.

3. Responsabilidad y causalidad

Uno de los presupuestos que justifica emitir un ER será establecer una relación de causalidad entre el hecho (acción u omisión) y el daño ocasionado. Gran parte de los desarrollos teóricos sobre el tema que me ocupa dentro de los estudios jurídicos muestran que la causalidad constituye un elemento muy importante para determinar cuándo se es responsable. Por ello, en este apartado abordaré la relación entre causalidad y responsabilidad así como los conocidos criterios para el uso del término causalidad, dentro de esa relación. Por tanto, se impone responder la siguiente pregunta: ¿Si la causalidad es un factor relevante para atribuir responsabilidad, qué se entiende por ella y qué relación tiene ese significado, en la generación de disputas o desacuerdos entre distintos enfoques doctrinarios? Si la causalidad se entiende como causalidad fáctica, es necesario destacar que ello constituye sólo uno de los varios criterios que se verifican en los textos legales dirigidos a explicar la atribución de responsabilidad por daños. Ahora bien, la causalidad fáctica permite identificar la autoría (acción u omisión humana o hecho de la cosa) y todas las consecuencias que produce el daño; pero algo distinto será el criterio jurídico que adoptan los sistemas normativos para establecer cuál de las condiciones constituye la causa del daño y en base a ello, ordenar qué resultados deberán ser indemnizados.

Así, los sistemas jurídicos incluyen disposiciones que establecen el deber de compensar o remediar un daño, pero son muy pocos los que recurren a la causalidad como criterio único de imputación. La regla general de la responsabilidad civil, sigue siendo aquella que indica que para imputar un daño a una persona, es necesario que ésta lo haya causado. Sin embargo, la doctrina jurídica modifica esta idea de causalidad fáctica mediante criterios de imputación que hacen posible ampliar o restringir la variedad de causas que se estiman apropiadas, aunque son pocas las leyes que hacen suyos esos criterios y a su vez, la

¹⁶ Al respecto es interesante observar la descripción que realiza COLEMAN, JULES L., en “Veinte años después”, incluido en *Derecho de daños, principios morales y justicia social* (2013), Diego M. Papayanis (ed.), Marcial Pons, Madrid, pp. 167-204. En especial cuando en página 179 sugiere que “...aunque ser *responsable por* y ser *responsable ante* pueden ser nociones vinculada, son de todas formas distintas en un sentido importante”. Y lo relevante es que “La noción de ser *responsable ante* es relacionar de una manera en la cual no lo es ser *responsable por*”, lo que le permite introducir una nueva “distinción entre los diversos *modos* de la responsabilidad” (todas citas en p. 179).

jurisprudencia los utilice en pocas ocasiones. Lo que se discute en la actual doctrina jurídica es cómo establecer o reconstruir el nexo causal en determinados daños, por ejemplo, aquellos relacionados con el ámbito de la salud, alimentos, ambientales, donde las consecuencias perjudiciales se pueden manifestar en el largo plazo, incluso en generaciones futuras.

De esa manera, cada vez que la exégesis que versa sobre el denominado derecho de daños usa verbos que aluden a causa, como requisito previo de responsabilidad o bien, cuando se los emplea al resolver casos individuales en tribunales, establece como prerrequisito de responsabilidad la necesidad de que exista un nexo causal entre la acción de determinada persona o efecto de una cosa, respecto de otra que afirma que esa acción le provocó un daño. El uso de definiciones, en el área de los estudios jurídicos, no reduce demasiado la existencia de cierta vaguedad tal como, por ejemplo, se observa cuando se atribuye a un hecho de la cosa ser causa de un resultado dañoso aunque se requiere que ella no sea demasiado remota respecto de la ocurrencia del daño.

El texto del art. 1113 de nuestro Código Civil exige, además de causalidad, la existencia de culpa o negligencia (que se presume para el dueño o guardián), pero si el daño es causado por el hecho de cosas riesgosas o peligrosas el factor de atribución es objetivo, en tanto se funda en el riesgo. En el texto del art. 1757 del nuevo Código Civil y Comercial, se establece que “Toda persona responde por el daño causado por el riesgo o vicio de la cosa o de las actividades que sean riesgosas o peligrosas por su naturaleza, por los medios empleados o por las circunstancias de su realización”. En su 2º párrafo establece que la responsabilidad es objetiva para disponer, en el artículo siguiente, que son responsables el dueño y el guardián. Pero una cosa es el factor de atribución y otra distinta establecer la relación causal, o sea que son dos requisitos diversos. En estos supuestos (hechos de las cosas) los requisitos para ordenar la reparación de daños son: el daño sufrido por el demandante; la relación de causalidad entre el hecho o intervención de la cosa y el daño de que se queja el demandante y la calidad de dueño o guardián de la cosa en el demandado. En cuanto a los daños producidos por actividades riesgosas o peligrosas, denota la existencia posible de uno o más hechos humanos, y la intervención (o no) de cosas, o sea que poco importa que en el desarrollo de la actividad riesgosa intervengan cosas.

Del mismo modo, muchas normas establecen responsabilidad por hecho ajenos que traslada la obligación de compensar a la víctima cuando una tercera persona o agencia, termina respondiendo por el daño que otro ciertamente causó. Así la responsabilidad por hechos ajenos se hace presente cuando el art. 1113 del Código Civil, dispone la obligación de indemnizar de personas que, en el ejercicio de ciertos roles, responden por los daños causados por otros. Ello sucede concretamente, con el padre que responde por los daños que causan sus hijos mientras se encuentren bajo su guarda; el tutor por aquellos causados por menores o incapaces que estén bajo su cuidado; el dueño de una empresa responde por los daños que provocan sus dependientes; y los directores de establecimientos educativos, por aquellos que causan sus alumnos menores de edad durante el tiempo que se encuentran bajo el control o vigilancia de sus docentes¹⁷.

¹⁷ En la Sentencia N° 32896 dictada por la Cámara Tercera Civil de la Provincia de Mendoza, con fecha cuatro de abril de 2011, dispuso que el daño producido dentro del establecimiento educativo y en el horario escolar, hace surgir la responsabilidad de la Dirección General de Escuelas por la infracción

Entonces, si desde la perspectiva de ciertos criterios que explican o justifican la forma en que los jueces atribuyen responsabilidad dentro del derecho de daños —la de la reparación, en el derecho de daños y la punibilidad en el ámbito penal— la pregunta que corresponde responder sobre esa forma de adjudicar responsabilidad, parece dirigirse a generar respuestas vinculadas con un problema de carácter moral: ¿Es la causalidad relevante para atribuir responsabilidad?

La causalidad se presenta con relación a dispositivos contenidos de muchos códigos penales, pero sucede del mismo modo en el caso de ilícitos civiles, tanto sea si se habla de responsabilidad subjetiva como objetiva, la circunstancia de que alguien cause un daño a otro, siempre constituye un elemento explícito. Provocar lesiones, generar temores, privar o turbar la propiedad de otro, provocar intencionalmente sufrimiento emocional, etc., también constituyen exigencias objetivas o materiales cuando se usa en textos legales que contienen términos vinculados a la causalidad. Cualquiera sea la rama del derecho en la que se aborde este tema, todas brindarán nociones sobre intención, voluntad, excusa, etc., y en el desarrollo de esos estudios, siempre se presentará una noción general de la causalidad que resulte aplicable en tanto se hace necesario otorgar un significado uniforme a cada exigencia que requiera precisión para el uso de esos conceptos. Sin embargo, lo que se advierte es que existen diferentes teorías que compiten para establecer un concepto dominante. No puedo aquí aludir a todas y sólo enunciaré algunas de modo ejemplificativo.

En muchos casos que se señalan como significativo en el derecho de daños todo parece fundarse en un solo mandato que sostiene “*No actúes de modo irracional que pueda determinar que se provoque un daño a otro*”. El mandato parece preciso, pero deja sin responder muchas cuestiones. Así, la previsibilidad es un criterio de causalidad pero: qué debe ser previsible y cuál el grado con el cual debe serlo, se considera difícil y generalmente, se transforma en una cuestión de grado. La sabiduría popular también señala que es necesario observar la “causalidad física” o sea, que ante dos exigencias del derecho presentadas en términos causales, una de ellas lo es verdaderamente si se asimila a la noción científica de causalidad (como sucede con el caso del criterio de la “*conditio sine qua non*”, con los problemas ya explicados). Pero otra exigencia, se vincula con la idea de “*causalidad próxima*” que constituye una cuestión valorativa y de consuno, se resuelve mediante argumentos vinculados con la política y no, con ciencias fácticas (casos de sobredeterminación por causas concurrentes y también de sobredeterminación asimétrica).

A su vez, el uso de definiciones, en el área del derecho de daños, no logra reducir la vaguedad tal como sucede, por caso, cuando se afirma que una determinada acción resulta ser la causa de un resultado dañoso en tanto se logre acreditar que su ocurrencia no es demasiado remota, como para dejar de vincularla a la responsabilidad del actor.

A continuación efectuaré una breve descripción de estos problemas de atribución de responsabilidad en los casos en que se relacionan con la causalidad y el riesgo. O sea atribuir responsabilidad usando un factor de atribución como el

en el deber de seguridad, conforme al art. 1117 del Código Civil que prevé como única causal eximente de responsabilidad el caso fortuito, lo que hace posible calificar que se trata de una imputación legal objetiva que no admite prueba en contrario. Y en muchas sentencias, se alude a los dispositivos de los arts. 1113, 1137 del Cód. Civil, en tanto regulan la atribución de responsabilidad objetiva.

riesgo, y la manera de establecer el nexo causal. Es obvio manifestar que lo haré de ese modo por tener en cuenta la limitada extensión impuesta al presente.

3.1. Criterio de la causalidad fáctica

La causalidad, entendida como fáctica, se suele determinar por medio del criterio de la "*conditio sine qua non*", es decir, que se afirma que existe causalidad cuando el daño no se hubiera producido si la conducta detentara esa condición para causarlo y la misma no se daba, sea por acción u omisión del demandado. El problema práctico de esta forma de verificar la existencia del factor causal del daño, radica en su naturaleza contra fáctica, es decir, que el Tribunal deberá recurrir a determinar la causalidad de forma hipotética. Con ese objeto deberá preguntarse: ¿qué habría ocurrido si el demandado no hubiera actuado como finalmente lo hizo? ¿Qué habría sucedido en el supuesto de que no hubiere omitido la conducta que se esperaba de él? Ahora bien, es necesario tener presente que estas preguntas promueven graves problemas de prueba¹⁸. Como es conocido, el concepto de acción supone la provocación de efectos y el de omisión, su ausencia, pero sucede que siempre que hacemos algo, a su vez, evitamos algo (lo que habría ocurrido si no hubiéramos hecho nada) y omitimos algo (lo que habríamos podido realizar pero no hemos hecho). La primera cuestión que se plantea es si podemos hablar de genuina causalidad en los supuestos de omisión. Filosóficamente, hay muchas maneras de eludir el problema de la causalidad por omisión. Sin embargo, la mayor parte de los casos de responsabilidad civil son cuestiones que se vinculan con omisiones, esto es, con daños producidos por insuficiencias en el control o vigilancia de hechos ajenos, tal como sucede, por ejemplo, con una acción negligente de un dependiente que provoca daños; cuando la falta de control o vigilancia por parte de un empresario, es causa de daños por parte de sus dependientes, etc. De cualquier forma, la causalidad de hecho, sea por acción u omisión, es un criterio deficiente para imputar daños porque puede generar una infinidad de problemas en casos individuales de daños que obedecen a múltiples causas o causas que no están determinadas.

3.2. Multiplicidad de causas

En efecto, sucede que lo habitual es que existan demasiadas causas, es decir, que se presenten muchos eventos o condiciones, sin cuya ocurrencia no habría ocurrido el daño. Se sabe que la causalidad es un criterio excesivamente amplio de imputación. En efecto, cuando varios agentes contribuyen a causar un daño, su actuación conjunta puede generar que la acción de uno de ellos termine por reforzar un efecto perjudicial de aquel que se atribuye a otro o viceversa. Esto de tal forma que mientras la probabilidad de que cada conducta, aisladamente considerada, sea reducida causa del daño; aquella probabilidad de que se produzca una superposición entre ellas, sea más elevada que las que pueden arrojar la simple suma de cada probabilidad individualmente consideradas. En estos casos, la regla que generalmente usan los tribunales es la que corresponde a la responsabilidad solidaria (y en muchos casos usando un factor de atribución

¹⁸ Al respecto, remito a VÁZQUEZ, CARMEN (ed.) (2013), *Estándares de prueba y prueba científica - Ensayos de epistemología jurídica*, Marcial Pons, Madrid, en especial, HAACK, SUSAN, "El probabilismo Jurídico: Una disensión epistemológica", pp. 63 y siguientes.

objetivo) de aquellos que con sus acciones concurren en la producción efectiva del daño, dejando de considerar que otro agente pudiere haber contribuido a ello en forma más eficiente y peligrosa. La concesión de las denominadas acciones de regreso de quien afrontó el pago de una indemnización por el todo, limita la conclusión anterior únicamente si el sistema judicial funciona razonablemente bien y gradúa la acción de regreso teniendo en cuenta el incremento del daño que se provoca. Pero además de ello, se requerirá que el demandado por esta vía sea persona solvente¹⁹.

3.3. Causalidad como probabilidad

La doctrina procesal civil en materia de prueba sostiene que el demandado debe ser condenado siempre que la probabilidad, es decir, la causalidad como probabilidad de causar daño que puede resultar mayor a lo que establece una regla de evidencia decisiva, es decir, si es más probable que se haya causado el daño que suceda lo contrario.

Esta regla de la preponderancia de la probabilidad positiva es defendida por quienes entienden que con ella se logra incentivar a los accionantes para que procuren reducir la incerteza del juicio que requiere de aportar más pruebas. Asimismo, se sostiene que esta regla tiene la posibilidad de reducir los costos del litigio, aun cuando sólo lo sea porque se presenten menos casos individuales para resolver. Otros en cambio, formulan objeciones a esta tesis de la preponderancia de la probabilidad y para ello, estiman que resulta mejor regirse por una regla de responsabilidad proporcional que se imponga según proporción que incide en la probabilidad de cada una, de causar el daño por pequeña que ella sea. Esta idea remite a un serio inconveniente que tiene el uso de la regla de la preponderancia de la probabilidad y es que ella soslaya los incentivos de aquellos que por conocer la poca probabilidad de que su comportamiento genere daños, lo llevan a cabo en forma sistemática porque suponen que nunca serán condenados.

Estas posiciones que se asumen en el debate, muestran dos puntos de partida diversos en materia de causalidad: aquellos que privilegian la primera (regla de preponderancia de la probabilidad), observan la cuestión desde una perspectiva “*ex post*” del derecho de daños, mientras que aquellos que son partidarios de la segunda (regla de responsabilidad proporcional), observan todo desde una visión “*ex ante*” que se ajusta a la idea de prevención de daños.

Las insuficiencias y excesos del uso del principio causal llevan a los juristas al uso de criterios normativos vinculados con la imputación objetiva que hagan posible ampliarla o restringirla según la conveniencia. En el *Common Law*, cuando la causalidad como “*conditio sine qua non*”, se analiza en conformidad con una forma de doctrina que usa el criterio de la causa próxima, se lo hace

¹⁹ Respecto de este tema de la concausa, de la causa nueva, del caso fortuito y la causalidad en los actos de omisión, más aun en la omisión impropia o de comisión por omisión, se usan en nuestra legislación conceptos de aplicación frecuente en el campo de la responsabilidad ambiental. Al respecto, la ley general del ambiente 25.675 dispone en su art. 31: “(...) Si de la comisión del daño ambiental colectivo, hubieren participado dos o más personas, o no fuese posible la determinación precisa de la medida del daño aportado por cada responsable, todos serán responsables solidariamente de la reparación frente a la sociedad, sin perjuicio, en su caso, del derecho de repetición entre sí para lo que el juez interviniente podrá determinar el grado de responsabilidad de cada persona responsable. En el caso de que el daño sea producido por personas jurídicas la responsabilidad se haga extensiva a sus autoridades y profesionales en la medida de su participación...”.

con el objeto de desechar aquellas más remotas o imprevisibles y aquellas causas cuyo riesgo típico no llegó a materializar efectivamente un daño.

En el fondo esta cuestión alude a los problemas que se presentan cuando existen muchos de criterios de imputación objetiva que se detienen en el nivel de propuestas doctrinarias y son pocas las leyes que luego de las disputas en esos niveles, los hacen suyos, aunque se puedan identificar casos dispersos, como los siguientes:

i) Considerar que la conducta del demandado es una causa adecuada para producir el daño que padece la víctima si, "*ex ante*", la causa que provocó el daño resultaba previsible —no improbable— para quien resulta demandado. Pero los autores pocas veces se ponen de acuerdo en cuál es el grado de probabilidad que conforme a derecho, resulta adecuado. Y además, tienen disensos en la cuestión de si el juicio sobre la probabilidad, tiene que consistir en un conocimiento anticipado de algún suceso adquirido en forma puramente subjetiva. Es decir, aquello que es similar a la que se lleva a cabo al analizar la existencia de dolo o culpa o de otro modo, en el juicio sobre la posibilidad de evitar el resultado, o si, por el contrario, ella tiene que ser objetiva en el sentido de que se disponga de conocimientos especiales con los cuales tendría que poder determinar el grado de probabilidad de la producción del resultado. A menudo, ambos puntos de vista se acumulan y por ello, surge la duda acerca de qué es lo que cabe esperar de una persona conforme a su rol dentro de determinada sociedad, doctrina que se cita en casos de accidentes que no resultan frecuentes. Una de las razones para asumir esa postura, es que no tiene consecuencias negativas en los incentivos de posibles demandados dado que, por hipótesis, el accidente no puede preverse. Otra postura consiste en limitar la responsabilidad en casos de accidentes que se producen por mera coincidencia, como es el caso hipotético de un autobús que se desplaza a velocidad excesiva e indebida y resulta destruido por un árbol que cae sobre él en el preciso instante que pasa frente al mismo. En estos casos, permitir que los demandados puedan eludir toda responsabilidad ante semejantes accidentes fortuitos no afectaría sus precauciones; y a su vez, el incumplimiento de la regla que limita la velocidad no incrementa el riesgo de daño. La doctrina de la imprevisión no puede fundarse exclusivamente en la probabilidad subjetiva, es decir, en la percepción "*ex ante*" que quien produce el daño puede efectivamente tener sobre las posibles consecuencias de sus actos. Como en todos los casos de causalidad adecuada, corresponde tener en cuenta la probabilidad objetiva y lo que puede costar a quien causa el daño tener una seria estimación de esta última probabilidad. Por eso, se concluye que sólo los riesgos que son excesivamente costosos de anticipar y prevenir, deberían ser excluidos del ámbito de la responsabilidad.

ii) Se sostiene que en la actualidad la actividad dentro de nuestras sociedades presentan una mayor o menor forma de división del trabajo y además, que se presentan distintos modos de interactuar entre quienes las integran. Sin embargo, la convivencia dentro de ellas parece posible si estamos dispuestos a reconocer que muchas conductas arriesgadas son efectivamente permitidas y que por ello, el agente no habrá de responder en los casos en que el riesgo creado se concrete en un accidente que provoque daños a terceras personas. Según la concepción dominante, un comportamiento que no supera el riesgo permitido no concluye siendo prohibido por el hecho de que el agente tenga conocimiento

de la probabilidad de concreción del daño por la realización de acciones que provocan riesgo. La llamada doctrina del riesgo permitido resulta relevante para el derecho penal por la gravedad que las consecuencias de una infracción penal poseen para quienes llevan a cabo esas acciones.

En cambio, dentro del derecho civil, las consecuencias jurídicas asociadas a la atribución de responsabilidad se presentan como menos graves a las del derecho penal. Por ello, la pregunta acerca del riesgo permitido, normalmente, consiste en determinar quién tendrá que afrontar los costos que derivan de una determinada conducta. Las respuestas varían, pues, en determinados casos el agente puede no responder por las consecuencias derivadas de sus actos, pese a que ello suponga la causa de serios daños a la víctima (así sucede, por ejemplo, en el ámbito de ejercicio legítimo de derechos fundamentales, como por ejemplo, en libertades de información y expresión, como por ejemplo, que no se llevan a cabo sin costos para terceros); en otros, aunque no esté prohibida la actividad de que se trate, el agente o terceros tendrán que soportar los costos asociados al daño que se produce (por ejemplo, conforme a la atribución de responsabilidad objetiva; en particular, lo que sucede con un laboratorio farmacéutico obligado a contribuir a un fondo de compensación que, en su caso, tendrá que pagar los daños derivados de la aplicación de una vacuna generalmente beneficiosa pero que causa daños graves a una de las muchas personas vacunadas, caso en el cual, finalmente los costos serán afrontados por aquellos que adquieran las vacunas en cuestión).

Para valorar si el riesgo generado se encuentra o no permitido, el derecho tiene en cuenta su magnitud y probabilidad, es decir, sus costos y beneficios pero su estimación se hará conforme a criterios normativos y no conforme a estándares técnicos como requieren quienes practican el análisis económico del derecho. Conforme a ello, el estándar técnico determinaría lo que es habitual o lo que es mejor dentro de lo posible, pero podrá resolver los problemas de valoración. En opinión de algunos cultores de esta disciplina, la mayor parte de los riesgos que actualmente se reconocen como permitidos, no pueden llevarse de conformidad con un análisis empírico en términos de costo-beneficio y ello se presenta de este modo, aun cuando en muchos casos existan estimaciones exactas sobre la magnitud del riesgo. Así, por ejemplo, se afirma que los beneficios derivados de la conducción de automóviles por razones de ocio —y no de trabajo o de cualquier otra de índole económica— no se pueden comparar con aquellos de una hipotética sociedad en la que no hubiera tráfico por motivos de placer o diversión porque esa alternativa, según concluyen, no existe. Pero el tráfico de automotores por el mero placer tiene siempre un costo de oportunidad, que según se afirma, conocen los conductores que planifican un descanso semanal o la ubicación de su residencia: este costo de oportunidad no es difícil de estimar y tampoco requiere pensar en una sociedad imaginaria. Es posible que muy pocos lleven a cabo actividades cuyo costo de oportunidad termine siendo más elevado que el beneficio que producen. No obstante ello, se sostiene que el análisis de costo-beneficio, cede frente a la legitimación que de una determinada actividad de riesgo permite. Existen ciertas formas de conducta generadoras de riesgo que encuentran justificación en ciertos signos que produce la tradición y se aceptan, por consenso, por considerarlas socialmente adecuadas.

La actividad que produce riesgo de daños, únicamente se tolera cuando la víctima potencial no puede identificarse con precisión sino sólo por vía de es-

tadísticas: así, por ejemplo, las autoridades responsables del cuidado en el tráfico por carretera conocen “*ex ante*” el número de víctimas mortales que producen los accidentes de tráfico durante un fin de semana, pero esa específica circunstancia no determina que se les atribuya responsabilidad en la producción de esas graves consecuencias. Por el contrario, si llegasen a conocer concretamente el riesgo que supone para determinada persona la incidencia que el tráfico tiene en los daños que pueden causársele, sería claro que se les atribuiría responsabilidad.

En el ámbito de la responsabilidad civil, la doctrina del riesgo permitido es aplicada con cierta frecuencia. De este modo, es posible que se desestimen las pretensiones que sirven de criterios respecto del riesgo general de la vida y de la asunción de esos riesgos por parte de la víctima cuando, por ejemplo, en presencia de un temporal, la policía procede a cortar el tráfico y advierte a quienes circulan que tengan cuidado al transitar por la zona afectada. Se afirma de este modo que no existe base legal ni jurisprudencial alguna que permita sostener que, por introducir en nuestro ordenamiento la regla de responsabilidad extracontractual y objetiva de los poderes públicos, los convierta en aseguradores generales, ni tampoco que los haga responsables de las imprudencias que cometen los particulares.

Se observa de esta forma que la doctrina del riesgo general de la vida no sólo se aplica respecto de aquellos que derivan de causas naturales, sino también de aquellos que crean los propios seres humanos. Un ejemplo de ello puede ser útil para aclarar lo que digo, esto puede suceder cuando la víctima fallece al ser arrollada por un tren al cruzar por un paso a nivel, cuando todas las señales funcionan correctamente. Que a su vez, quien conduce el tren no sólo usó las señales acústicas correspondientes sino que, al advertir que alguien cruzaba la vía, procedió a disminuir la velocidad hasta casi concluir por detener el tren al momento de la colisión. En casos similares al descrito, demandas interpuestas por familiares de la víctima, fundadas en la existencia de responsabilidad por la propia existencia de un paso a nivel dentro del ámbito urbano —aun cuando ello sea una cuestión deseable por la paulatina conversión de las líneas en subterráneas dentro de zonas urbanas— al ser necesario para el normal funcionamiento del servicio público y es exigible a la administración pública específica el establecimiento de esas medidas de seguridad legalmente previstas. Pero aun establecido ello, si el sistema tal como está funciona correctamente y se despliega toda diligencia exigible por parte de los empleados, no sería posible imputar a la administración la producción de accidentes cuando los usuarios omiten observar las medidas de precaución que les corresponden adoptar.

iii) También se sostiene que no es pertinente retroceder en el curso causal e imputar a un agente por las consecuencias generadas por la mediación del comportamiento ilícito de un tercero. Así, no es posible responsabilizar al deudor que pagó una deuda al acreedor, por el crimen que luego este último perpetró con armas que adquirió con el dinero abonado. La doctrina en cuestión sólo se puede analizar con precisión en sede de autoría y participación, materia que no abordaré en el presente. Aquí será suficiente indicar que quien es demandado en estos términos, normalmente no responderá a excepción de que hubiera estado en posición de garante, al tiempo en que ocurrieron los hechos. En el derecho civil y en materia de responsabilidad por culpa, los deberes de precaución de un

agente social para con los demás, o bien se definen institucionalmente por la ley (padres, maestros, empleadores, propietarios, anfitriones, amigos), o bien se establecen primero socialmente y luego, en forma jurisdiccional para cada sector específico del tráfico.

El ejemplo clásico de prohibición de regreso es la intermediación de una conducta dolosa por parte de un tercero. Así, la jurisprudencia rechaza históricamente las reclamaciones de víctimas de delitos, cuando se llega a la conclusión de que su comisión deriva exclusivamente de la actuación voluntaria del delincuente, pero no del funcionamiento normal de los servicios públicos de seguridad.

iv) Pese a que, por experiencia, todos sabemos que los demás pueden cometer errores, por lo general solemos confiar que su conducta será correcta. De otro modo, los deberes de precaución de cada uno se establecen teniendo en cuenta que los demás también observarán los suyos o sea, que la diligencia propia presupone la de los demás.

En este principio de confianza se sitúa el riesgo permitido y la prohibición de regreso. Sin él, la división social del trabajo no resultaría viable. De hecho, se enfatiza que el principio de confianza resulta fundamental para asegurar que, en los accidentes bilaterales, las reglas de responsabilidad logren un determinado equilibrio, es decir, una situación en la cual, varios agentes económicos puedan interactuar de modo tal, que cada uno de ellos escoja la mejor estrategia posible, en función de las estrategias adoptadas por el resto.

Con todo, siempre se tiene que prever una posible negligencia ajena y por tanto, quien se encuentre en posición de garante es habitual que culmine por responder. Así, en materia de accidentes laborales, el empresario tiene que prever la posibilidad de que exista cierta negligencia simple por parte del dependiente aunque, por cierto, no siempre se exigirá que esa previsión de la acción tenga un carácter grave. En este sentido, ciertas normas que aluden a los riesgos laborales, en materia de seguridad y prevención, suelen establecer una obligación a cargo del empresario de aportar al trabajador las medidas preventivas adecuadas previendo, incluso, la posibilidad de que existan distracciones o imprudencias no temerarias que pueda cometer el trabajador y causen daño a terceros. Es por eso que usualmente se aduce que la responsabilidad es social y el disfrute de bienes inherentes al desarrollo de un pueblo, exige la necesidad de tolerar ciertas actividades que inevitablemente tienen cierta posibilidad de generar riesgos de daños. Sin embargo, tal tolerancia respecto de cada una de esas actividades, posee una serie de normas, escritas o no, que tienden a garantizar que ellas puedan desarrollarse con determinada normalidad. El riesgo socialmente permitido tiene que estar sometido a controles por medio de adoptar una serie de medidas que lo enmarcan para que no exceda de aquello que se considera imprescindible²⁰.

v) Con cierta frecuencia, se presume la negligencia por el simple hecho de que el demandado no cumpla con el nivel de precaución que legalmente se le exige, sobre todo, en el ámbito de los accidentes laborales derivados del incum-

²⁰ De este modo, dispone la ley 24.240 en su art. 40: "(...) si el daño al consumidor resulta del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio, responderán el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio. El transportista responderá por los daños ocasionados a la cosa con motivo o en ocasión del servicio. La responsabilidad es solidaria, sin perjuicio de las acciones de repetición que correspondan. Sólo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena (...)"

plimiento de las medidas de seguridad por parte del empresario. Sin embargo, esta doctrina permite al demandado probar que el demandante no pertenecía a la clase de víctimas potenciales que no eran protegidas por la norma que se presume violada. La infracción de una norma cuya finalidad no es proteger un bien jurídico lesionado no puede ser esgrimida para imputar un resultado dañoso al agente.

vi) El criterio de la provocación también permite imputar daños sufridos por una persona, o causados por ésta a un tercero, en el intento de salvar su vida, su integridad física o sus bienes o incluso la propia vida, integridad física o bienes de un tercero, respecto de aquel que por su exclusiva culpa generó la situación de peligro cierto sobre los bienes jurídicos citados²¹. De hecho, este criterio de imputación objetiva adquiere relevancia dentro del ámbito propio del derecho penal con relación a los daños provocados cuando se intenta proteger ciertos bienes jurídicos puestos en peligro por el presunto culpable, cuya conducta se encuentra tipificada como delito o falta.

vii) Tampoco es imputable al agente aquel resultado dañoso cuando el bien jurídico lesionado resulta disponible y la víctima prestó su consentimiento para que la acción se lleve a cabo; como tampoco lo es en el caso que la víctima asuma el riesgo del daño respecto de un bien jurídico indisponible. Este criterio suele usarse para exonerar de responsabilidad al demandado cuando el demandante participó voluntariamente en cualquier tipo de práctica deportiva y con ello generó una actividad peligrosa con conocimiento del riesgo que podía contener su presencia en un grupo de concurrentes a un espectáculo público que provocan daños como consecuencia de sus conductas²².

Por último, es importante destacar que asimilar responsabilidad objetiva a la responsabilidad por causa de daños, puede ser un error. Y al respecto, uno de los mejores ejemplos lo constituye cierta imposición legal del principio, conforme al cual quien las hace las paga, y esto constituye el fundamento del reproche que regularmente se le hace a dispositivos como el que contiene el art. 40 de nuestra ley 24.240 porque, en gran medida, parece sostener que los fabricantes e importadores de productos defectuosos —y no sólo ellos— responden por los daños causados por ese defecto. En estos casos, se atribuye responsabilidad objetiva a toda la cadena que de una u otra manera intervienen para provocar el daño, pero el consumidor deberá acreditar que el daño fue causado por el riesgo o vicio de la cosa.

Sin embargo, no es verdad que por este daño siempre será responsable por haberlo ocasionado. Sucede que el concepto de defecto resulta ser normativo y por lo general, siempre se tendrán en cuenta los conocimientos que se poseen al tiempo de la comercialización del producto cuando no era posible conocer el defecto, dado que en este caso puede resultar posible que el fabricante no responda por ello. Es decir, que la teoría sostiene que no es suficiente que se cause un daño sino que, además, se tiene que conocer o tener conocimiento de

²¹ Vid: PANTALEÓN, F. (ed.) (2000), "La responsabilidad en el Derecho", número monográfico del Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 4.

²² Sin embargo, con relación a la responsabilidad colectiva en estos supuestos se recepta en el art. 35 de la ley 24.192, el siguiente dispositivo: "(...) El que formare parte de un grupo de tres o más persona, por el sólo hecho de formar parte del mismo, cuando en forma ocasional o permanente provoquen desordenes, insulten o amenacen a terceros, será sancionado con veinte fechas de prohibición de concurrencia y con quien a treinta días de arresto (...)".

que existe una seria posibilidad de llegar a causarlo, salvo en el supuesto de medicamentos o de productos alimentarios, por los que el fabricante o importador responderá en todo caso.

Finalmente, se destaca que en la teoría jurídica se considera que gran parte de la cuestión de los criterios de atribución de responsabilidad objetiva, en realidad, pueden engastar con conductas que se consideren negligentes. Y con todo ello, finalmente es posible concluir en una forma de subsumir la denominada responsabilidad objetiva bajo supuestos la negligencia.

De esta forma, la decisión básica sobre quién es agente potencial de los daños tendría carácter preeconómico o, al menos, normativo, al establecer que deberá responder aquel que esté en mejor situación para evitar la producción del daño²³. Una solución analítica del problema destaca en primer lugar que el gobierno es el que define el alcance de la responsabilidad, esto es, que limita el número de individuos potencialmente responsables del accidente; y en segundo lugar, adopta la regla de responsabilidad que estima puede garantizar un nivel eficiente de precaución. De ese modo, algunos teóricos concluyen que las reglas de responsabilidad, en realidad, constituyen un continuo que va desde la responsabilidad por negligencia a la responsabilidad objetiva, pero luego alcanza a imputar responsabilidad a personas o entidades que ninguna oportunidad tuvieron de reducir la probabilidad de producir el accidente.

4. A modo de conclusión

Entiendo que mi exposición no haya sido suficientemente precisa en orden a la explicación de los tipos de desacuerdos en el Derecho de Daños y en especial, cuando sus **ER** aluden a la existencia de aquella que, específicamente, se califica como objetiva o extracontractual. Dada la extensión del presente y al respecto, no fue posible profundizar en el fundamento de las diferencias que se advierten respecto de la adjudicación de sentido a términos fundamentales que frecuentemente usan quienes practican exégesis en el Derecho de Daños. Es posible advertir desacuerdos verbales cuando se alude, en forma genérica, a la defensa de dos o más **ER** que resultan opuestos respecto de una misma cuestión. De este modo, dos o más juristas suelen involucrarse en un desacuerdo sobre una determinada cuestión, si ellos se comprometen respectivamente con la defensa de dos **ER** que no pueden ser verdaderos al mismo tiempo como respuesta a esta cuestión. Ahora bien, insisto en que ello se puede deber a la circunstancia de que la existencia de un auténtico desacuerdo presupone una base común entre los interlocutores. En esa situación, puede también suceder que el desacuerdo se corrobore cuando se asigna al Derecho de Daños propiedades fundamentadas en distintas visiones sobre la práctica del mismo. En nuestro caso, constituye un ejemplo cuando se asigna al mismo que proporcione respuestas a la reparación de daños mediante la anulación de los daños causados por una conducta desviada, o bien cuando se sostiene una concepción que funda la práctica en cuestión, en la existencia de un principio moral de resarcimiento, como sucede, por ejemplo, en Nueva Zelanda, en que el propio Estado, a través de un fondo de compensación, se hace cargo de reparar los daños; o finalmente, si se requiere de la

²³ Ver: COOTER, ROBERT y ULEN, THOMAS (1998), *Derecho y Economía*, FCE, México, p. 524.

vigencia de un principio de moralidad causal que sostenga, como se afirma vulgarmente, “el que las hace, las paga”²⁴. En suma, entiendo que en estos casos no se presenta el problema de un desacuerdo meramente verbal, que únicamente se verifica cuando no existe ese acuerdo básico sobre el significado que se otorga a esos términos fundamentales y por ello, quienes intervienen en la discusión o debate, hablan distintos lenguajes pero creen que discuten sobre el mismo problema cuando, en realidad, lo que hacen es usar en sus **ER**, palabras genéricas y abstractas que poseen diversos significados y como consecuencia de ello, se hace referencia a cuestiones distintas y no en un desacuerdo que se funde en la adopción de distintos puntos de vista sobre esa práctica. En esto, me parece importante lo que afirma Papayannis cuando da cuenta de que Jules Coleman defendió en la primera parte del libro que se citó oportunamente, una forma de liberalismo de elección racional en la cual los mercados constituyen elementos fundamentales para aquellas sociedades que fomentan la interacción entre individuos heterogéneos y con ello, en última instancia, fomentan la estabilidad social²⁵. Sin embargo, este autor observa que en la última parte de su libro, Coleman se manifiesta contra cualquier **ER** que, en los casos que aquí interesan, se relacionen con la eficacia y ante ello, opta por sostener una posición, según la cual, el fundamento del Derecho de Daños es la defensa del principio de justicia correctiva, aun cuando en algunos aspectos de esa práctica se observen desviaciones, como sucede con el caso de los productos defectuosos, en los cuales parece adoptarse un modelo de contrato racional hipotético. De allí que comparta la opinión de Papayannis cuando insiste en que Coleman asume compromisos metodológicos que son incompatibles. Otro punto de vista sobre el fundamento del Derecho de Daños sostiene que el tipo de justicia correctiva no resulta satisfactorio porque su forma de determinar el deber de compensar no resulta eficiente para disuadir conductas desviadas y tampoco contribuye a reducir los costes de administrar ese sistema, cuestión que sostiene el Análisis Económico del Derecho²⁶. Por último, también es posible verificar otro punto de vista, que sostiene la existencia de diversas vías epistémicas que, en algunos casos, al describir las prácticas sociales específicas de esta materia, privilegian la posición de un observador externo y no comprometido; mientras que otros optan por la comprensión de la misma práctica y al respecto se preguntan ¿Por qué ocurren estas cuestiones dentro de la práctica?, sentido que sólo pude captar quien al analizar el esquema básico conceptual lo hace desde el punto de vista de aquellos que efectivamente participan en la misma, es decir, que adoptan el conocido “punto de vista interno”, explicado por Hart²⁷, o bien aquel que propone Ronald Dworkin²⁸. No puedo en esta ocasión expedirme sobre esta última cuestión porque ella será motivo de la

²⁴ Al respecto, esta cuestión se describe con precisión en PAPAYANNIS, DIEGO M. (2013), “Veinte años de riesgos y daños. Una propuesta arriesgada y poco dañosa”, incluido en pp. 11, 13 y siguientes, de la edición del propio autor del artículo, en *Derecho, principios morales y justicia social*, Marcial Pons, Madrid.

²⁵ PAPAYANNIS, DIEGO M. (ed.), obra citada, pp. 13 y siguientes. Y también, en PAPAYANNIS, DIEGO M. (2014) *Comprensión y justificación de la responsabilidad extracontractual*, Marcial Pons, pp. 349 y siguientes.

²⁶ Respecto de la ambigüedad del término “eficiencia”, remito a PAPAYANNIS, DIEGO M. (2009), *Fundamentos Económico de la Responsabilidad Extracontractual*, Ad-Hoc, Buenos Aires, pp. 38 y siguientes.

²⁷ HART, H. L. A. (1961), *El concepto de derecho*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, Capítulo VI “Los fundamentos de un sistema jurídico. Regla de reconocimiento y validez jurídica”.

²⁸ DWORKIN, RONALD (1999), *Los derechos en serio*, Ariel Derecho, Barcelona, pp. 72 y siguientes.

continuación de esta investigación, conforme lo dejé establecido al comenzar el presente trabajo.

Bibliografía

- ATIYAH, P. S. (2000), *The damages lottery*, Hart, Oxford.
- CALABRESI, G. (1984), *El coste de los accidentes*, Ariel, Barcelona.
- CARRIÓ, GENARO R. (1986), *Notas sobre derecho y lenguaje*, 3ª edición aumentada, Abeledo-Perrot, Buenos Aires.
- CANE, P. (2002), *Responsibility in Law and Morality*, Hart, Oxford/Portland.
- DÍEZ-PICAZO, L. (1999), *Derecho de daños*, Civitas, Madrid.
- (2008), *El escándalo del daño moral*, Aranzadi, Cizur Menor (Pamplona).
- DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. (2006), *Omisión e injerencia en Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- GEIGER, THEODOR (1972), *Ideología y Verdad*, traducción de Margarita Jung, Amorrortu, Buenos Aires.
- HART, H. L. A., HONORÉ, T. (1985), *Causation in the Law*, Oxford University Press, Oxford.
- KELSEN, H. (1979), *Teoría pura del Derecho*, UNAM, México.
- MOORE, MICHAEL S. (2011), *Causalidad y responsabilidad. Un ensayo sobre derecho, moral y metafísica*, traducción de Tobías J. Schleider, Marcial Pons, Madrid.
- MORENO MARTÍNEZ, J.A. (coord.) (2007), *La responsabilidad civil y su problemática actual*, Dykinson, Madrid.
- OWEN, D. G. (ed.) (1995), *Philosophical foundations of tort law*, Oxford University Press, Oxford.
- PANTALEÓN, F. (ed.) (2000), "La responsabilidad en el Derecho", número monográfico del *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 4.
- POSTEMA, G. J. (ed.) (2002), *Philosophy and the Law of Torts*, Cambridge University Press, Cambridge.
- REGLERO CAMPOS, L. F. (coord.) (2008), *Tratado de responsabilidad civil*, 4ª ed., tres tomos, Aranzadi, Cizur Menor (Pamplona).
- ROSENKRANTZ, C. F. (comp.) (2005), *La responsabilidad extracontractual*, Gedisa, Barcelona.
- ROSS, ALF (1994), *Sobre el derecho y la justicia*, traducción de Genaro R. Carrió, Eudeba, Buenos Aires.
- VINEY, G. (2009), *Tratado de Derecho Civil. Introducción a la responsabilidad*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.
- WEINRIB, H. J. (ed.) (2002), *Tort Law*, Ashgate, Aldershot.



MIRADAS SOBRE EL CASTIGO PENAL EN LOS CIUDADANOS SOBRE LA DISTANCIA ENTRE COMENTAR Y DECIDIR*

*María Inés Bergoglio***

Resumen: En Córdoba el juicio por jurados fue implementado en respuesta a las demandas de un movimiento social derivado de la sensación de inseguridad frente al delito. Empleando datos de encuesta de población general recogidos en 1993 y 2011, el artículo analiza la evolución de la demanda social de castigo, revisando especialmente la influencia de la sensación de inseguridad sobre las actitudes respecto del castigo.

El análisis de las actitudes ciudadanas ante el castigo se extiende hacia el terreno judicial, revisando la dureza de las decisiones de los jurados. Para ello, se comparan los votos de jueces y jurados, registrados en 213 sentencias emitidas entre 2005 y 2012.

Palabras clave: Participación ciudadana en la Justicia - Actitudes hacia el castigo penal - Sensación de inseguridad.

1. Introducción

En Córdoba, la participación lega en la Administración de Justicia nace en 2004, a instancias de un movimiento social nacional nucleado en torno a la sensación de inseguridad frente al delito, liderado por Blumberg, cuyas peticiones de endurecimiento punitivo estaban asociadas a una visión crítica del accionar judicial. Quienes proponían esta medida concebían la intervención ciudadana en las decisiones penales como un modo de ajustar los niveles de castigo a las demandas de los ciudadanos comunes, así como un correctivo al garantismo supuestamente excesivo de los magistrados¹.

Es necesario observar, sin embargo, que las razones esgrimidas por los legisladores para respaldar la iniciativa fueron, sin embargo, bastante distintas. Tal como pudo verse durante el debate parlamentario, el propósito de relegitimar al poder judicial a través de la participación ciudadana en las decisiones penales resultó fundamental para decidir la incorporación de la institución (Urquiza y Rusca, 2009; Bergoglio, 2012).

Cuando la participación lega lleva ya nueve años en funcionamiento en la provincia, vale la pena revisar hasta qué punto la institución ha respondido a las expectativas en ella depositadas por quienes promovieron su creación. La relevancia de tal análisis resulta mayor si se considera que en el período considera-

* Recibido el 19/12/14. Aprobado el 28/05/15.

** 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. Se agradecen los apoyos para este proyecto otorgados por la Secretaría de Ciencia y Técnica Universidad Nacional de Córdoba.

¹ Para un análisis más detallado del discurso de este movimiento social puede verse PEGORARO (2004) y TUFRÓ (2007).

do, la preocupación por la seguridad frente al delito se ha convertido en un tema permanente en la agenda pública. El presente artículo se concentra en el análisis de las actitudes hacia el castigo penal, y cómo se manifiestan en la práctica de los juicios por jurado².

En la primera parte se resume la evolución de la preocupación por la seguridad ante el delito, una cuestión cuyos efectos sobre la demanda de castigo ha sido observada en Córdoba hace ya más de veinte años (Bergoglio y Carballo, 1993). Las tendencias en actitudes hacia el castigo se exploran a través de temas como la imagen social de los delincuentes, la opción por una política penal de “mano dura” o la opinión respecto a la pena de muerte. En esta sección se emplean datos de encuestas de población general, realizadas en Córdoba capital. La primera de ellas abarcó 400 casos y tuvo lugar bastante antes de la introducción de la participación lega, en 1993. El segundo estudio se realizó cuando los tribunales mixtos llevaban ya siete años en funcionamiento, en 2011; y abarcó 434 encuestas. Ambos fueron realizados con muestras aleatorias, cuyos detalles pueden verse en el apéndice.

Finalmente se analiza cómo se manifiestan las actitudes ciudadanas ante el castigo en la práctica de los juicios por jurado, comparando sus decisiones con las que adoptan los magistrados frente a los mismos casos. Se utilizan para ello 213 sentencias emitidas en la provincia por este procedimiento entre 2005 y 2012³.

2. La inseguridad ante el delito

El ambiente social y político marcado por el movimiento Blumberg coincide con lo que se ha descrito en diversas sociedades como “populismo penal”: un reclamo creciente de acción del Estado en el campo penal, entendida como único medio de compensar la sensación de inseguridad frente al delito, estimulada continuamente por la espectacularización del crimen en los medios. En este contexto, las promesas de reforma de la justicia penal son usadas políticamente para canalizar las preocupaciones de un público crecientemente frustrado por la inacción gubernamental frente a las inseguridades de la vida en las sociedades tardo-modernas. El populismo penal aparece así conectado con los sentimientos de inseguridad derivados de la fragmentación social y erosión de las redes sociales características de la política neoliberal moderna⁴.

La cuestión de la inseguridad ha generado variados debates metodológicos en la criminología, procurando dilucidar la mejor forma de medir un fenómeno que no se agota en las dimensiones emocionales. Kessler (2009) señala que el tratamiento actual de esta cuestión ha llevado a diferenciar entre preocupación (dimensión política, que implica la atención a un problema social), percepción de riesgo (dimensión cognitiva, que evalúa la probabilidad de ser

² Para un análisis acerca de la contribución de la participación lega en las decisiones penales sobre la legitimidad del Poder Judicial, uno de los propósitos centrales de la norma para los legisladores, ver BERGOGLIO (2012).

³ El acceso a esta documentación fue posibilitado por la Oficina de Jurados del Poder Judicial de la Provincia de Córdoba, cuya cooperación en este y otros sentidos resultó decisiva para el éxito del presente trabajo.

⁴ La descripción del populismo penal fue iniciada por John Pratt en 2007. Para un análisis detallado de los supuestos básicos de este enfoque y sus consecuencias sobre la política penal, ver DZUR (2012).

victimizado) y temor (dimensión emocional, que se conecta con el temor de que uno mismo o uno de sus seres queridos sea víctima de un delito). La distribución de estas dimensiones puede no coincidir en diversos grupos sociales, lo que añade complejidad a la investigación de esta cuestión. Sin embargo, el autor indica que, en nuestro país, para los grandes centros urbanos de los cuales se dispone de series de datos adecuadas, las tres dimensiones arrojan valores altos en la última década.

Por otra parte, relevamientos recientes —realizados por el Observatorio de la Deuda Social Argentina— que monitorean tanto los niveles de victimización como el miedo al delito desde 2004, indican que ambos indicadores han continuado altos en años recientes (Salvia, 2013).

Dada la extensión del sentimiento de inseguridad frente al delito, no sorprende la importancia que el tema ha adquirido en la agenda pública. Mientras que en 1995 sólo el 2% de los argentinos colocaban a la inseguridad al tope de la lista de problemas a resolver, en 2011 la cuestión ha desplazado en importancia al desempleo, y es seleccionada como la más importante por el 34% de los consultados⁵. Aunque los niveles de inseguridad muestran cierta autonomía respecto a la variación de las tasas delictivas, no se trata de una evolución sorprendente, ya que desde comienzos de los años noventa las tasas de delito se han prácticamente doblado, tanto en el país como en la provincia⁶.

En esta investigación se consultó acerca de la dimensión emocional de la inseguridad, entendida como temor ante el delito, tanto en general como durante los desplazamientos nocturnos en el vecindario. Si bien las investigaciones recientes suelen incluir también otros indicadores, vinculados a las dimensiones cognitiva y política de la inseguridad, la necesidad de preservar la comparabilidad de los datos llevó a mantener la formulación de las preguntas realizadas durante la encuesta de 1993.

Tabla 1 - Sensación de inseguridad, 1993-2011

Variables		Año		Chi-cuadrado
		1993	2011	
En relación a esta cuestión de la seguridad, Ud. se siente	Seguro	22,1%	23,0%	No significativo
	Inseguro	77,9%	77,0%	
Total		100,0%	100,0%	
Si Ud. debe salir de noche solo en su barrio, se siente	Seguro	26,6%	30,6%	No significativo
	Inseguro	73,4%	69,4%	
Total		100,0%	100,0%	
Fuente: Datos recogidos para la presente investigación		N=400	N=434	

Como puede verse en la tabla 1 adjunta, los niveles de inseguridad eran ya altos en 1993; las cifras para 2011 son sustancialmente similares. Cabe obser-

⁵ Datos de Latinobarómetro, accesibles en www.latinobarometro.org.

⁶ En 1993, la tasa nacional de delitos llegaba a 1650 hechos por cada 100.000 habitantes. En la provincia ese valor llegaba a 2.413. Los datos más recientes publicados por la Dirección Nacional de Política Criminológica (<http://www.jus.gob.ar/areas-tematicas/estadisticas-en-materia-de-criminalidad.aspx>) corresponden a 2008, fecha en que la tasa nacional se ubicaba en 3.298,42 y la provincial en 4.307,73.

var que, de acuerdo los informes del Observatorio de la Deuda Social —que utilizan una formulación de la pregunta ligeramente distinta de la empleada en esta investigación— los niveles de inseguridad para Córdoba eran iguales a los del país en esta última fecha (Moreno, 2013).

3. Tendencias en las miradas sobre el castigo

En esta sección se revisan las tendencias en las actitudes hacia el castigo penal en los ciudadanos comunes. Antes de analizar el modo en que contemplan el funcionamiento de los procesos penales, corresponde observar cómo ha cambiado en estos años su experiencia con el mundo jurídico, pues ésta es una de las fuentes sobre las que se construyen las interpretaciones de los significados propios de la cultura jurídico-penal.

En primer lugar, cabe notar que la experiencia directa con la administración de justicia se ha vuelto más frecuente: el porcentaje de población que ha tenido contacto con tribunales ha pasado del 33% al 45% en los dieciocho años transcurridos. Lo mismo ha ocurrido con el contacto con abogados, que ha crecido significativamente en este período: la proporción de población que ha consultado a un abogado ha pasado del 40% al 63%, un cambio que sin duda se conecta con la multiplicación del número de estos profesionales⁷.

La mayor frecuencia de contacto con la administración de justicia y sus operadores es un signo claro del creciente papel del Poder Judicial en la vida social y política, una tendencia asociada a la profundización democrática, descripta tanto para el país como para América Latina en los últimos años (Smulovitz, 2008; Domingo, 2009). La influencia que la consolidación institucional tiene sobre la cultura jurídica —un fenómeno indudable cuando se trabaja con comparaciones interculturales— resulta también observable en el análisis longitudinal de las actitudes hacia la ley.

Tabla 2 - Actitudes ante la ley, 1993-2011

Actitudes ante la ley	1993*	2011*	Chi- cuadrado
Debemos obedecer a la ley aún contra nuestros intereses	49,1%	57,5%	8,918, significativo para $p < 0,012$
Las leyes deben ser obedecidas porque son leyes	39,2%	48,4%	9,989 significativo para $p < 0,007$
No debemos obediencia más que a las leyes razonables	25,1%	18,1%	6,040 significativo para $p < 0,049$
Las leyes benefician a unos pocos y por eso no merecen respeto	22,1%	13,6%	11,448 significativo para $p < 0,003$
	N=400	N=434	
*Porcentaje de entrevistados que declararon estar muy de acuerdo. Fuente: Datos recogidos para la presente investigación.			

⁷ La provincia de Córdoba tenía 284 abogados matriculados en los colegios profesionales por cada 100.000 habitantes en el año 2000, cifra que llegaba a 391 en 2010. (Fuente: Indicadores Judiciales, publicados por el Poder Judicial de Córdoba para la primera fecha, y por la Junta Federal de Cortes para la segunda).

En ambas encuestas se indagó acerca de las motivaciones de la obediencia a la ley⁸. Como puede verse en la tabla 2, la adhesión al carácter universal de la ley, un elemento esencial del Estado de Derecho, ha crecido significativamente entre los cordobeses. La proporción de quienes creen que debemos obedecer a las reglas aun cuando se opongan a nuestros intereses pasó del 49% al 57% en los últimos dieciocho años. Por otra parte, el acuerdo con la afirmación “*Las leyes deben ser obedecidas porque son leyes*” creció de 39% a 48% en el mismo período. Ambos cambios alcanzan significación estadística.

Tabla 3 - Actitudes ante el castigo, 1993-2011

Variable		Año		Chi-cuadrado
		1993	2011	
Con más mano dura se acabaría el problema de la delincuencia	De acuerdo	51,1%	53,3%	9,782 significativo para p < 0, 0,008
	Acuerdo/Desacuerdo	24,8%	16,6%	
	En desacuerdo	24,1%	30,1%	
Total		100,0%	100,0%	
Los delincuentes deberían ser tratados más como enfermos que como criminales	De acuerdo	21,4%	20,8%	20,323 significativo para p < 0,000
	Acuerdo/Desacuerdo	31,5%	18,8%	
	En desacuerdo	47,1%	60,4%	
Total		100,0%	100,0%	
¿Se castiga suficientemente a quienes cometen delitos?	Sí	10,0%	15,4%	5,422 significativo para p < 0,020
	No	90,0%	84,6%	
Total		100,0%	100,0%	
En relación a la pena de muerte, Ud. está	Muy de acuerdo	15,8%	13,4%	9,644, significativo para p < 0,020
	Bastante de acuerdo	16,6%	14,4%	
	Poco de acuerdo	27,1%	21,2%	
	Nada de acuerdo	40,5%	51,0%	
Total		100,0%	100,0%	
En ningún caso puede estar justificado el tomarse justicia por su propia mano	De acuerdo	38,4%	46,7%	18,493 significativo para p < 0,000
	Acuerdo/Desacuerdo	32,3%	19,4%	
	En desacuerdo	29,3%	33,9%	
Total		100,0%	100,0%	
Fuente: Datos recogidos para la presente investigación		N=400	N=434	

Al mismo tiempo, el acuerdo con la obediencia a las leyes condicionada a una evaluación personal del carácter de éstas, sea su razonabilidad o su impar-

⁸ La creencia en la universalidad de la ley ha sido objeto de análisis cultural comparado desde hace tiempo. Ver por ejemplo GIBSON y GOUWS (1997), GIBSON y CALDEIRA (1996), de donde se tomaron estos indicadores. Para estudios de este tema en el ámbito latinoamericano, ver CONCHA CANTÚ, FIX FIERRO, FLORES y VALADÉS (2004) y HERNÁNDEZ y ZOVATTO (2005).

cialidad, que resultaba ya bastante bajo en oportunidad de la primera medición, ha continuado descendiendo, tendencia que alcanza significación estadística.

En este contexto de creciente valorización de la legalidad, es interesante observar cómo han cambiado las actitudes ante el castigo penal a lo largo de estos dieciocho años. Los datos consignados en la tabla 3 indican que la opción por las políticas penales caracterizadas por su dureza resulta mayoritaria en ambas fechas.

La tabla permite observar que la insatisfacción con el nivel de castigo penal de nuestra sociedad es general. Prácticamente la mitad de los encuestados acuerdan con la idea de que la “mano dura” es la solución al problema de la delincuencia, proporción que no ha variado sustancialmente en estos años. Igualmente, las actitudes que subrayan la responsabilidad del delincuente sobre sus acciones resultan mayoritarias.

Sin embargo, estas preferencias por una política penal firme no se traducen en actitudes extremas. Así, la mayoría de los encuestados se oponen a la imposición de la pena de muerte. Igualmente, el rechazo a la justicia por propia mano, a la venganza privada alcanza valores significativos, signo claro de la consolidación institucional.

La tabla permite observar la evolución de estas actitudes hacia el castigo a lo largo de este tiempo, caracterizado por niveles altos de sensación de inseguridad. Pese a que el acuerdo con una imagen del delincuente como plenamente responsable por sus acciones ha crecido significativamente, la adhesión a las políticas de mano dura para combatir la delincuencia ha permanecido básicamente estable. La disconformidad con los niveles de castigo penal se ha reducido en una proporción pequeña, aunque estadísticamente significativa.

Al mismo tiempo, el rechazo al punitivismo extremo se ha profundizado: la opinión contraria a la pena de muerte ha crecido significativamente, así como el rechazo a las opciones que implican tomar justicia por mano propia (cambios estadísticamente significativos).

La tabla adjunta permite observar igualmente cómo ha avanzado la polarización de las opiniones sobre la política penal en estos años en que la cuestión de la seguridad ha pasado a ocupar un lugar central en la agenda política: la reducción de las respuestas indefinidas, que implican cierta ambigüedad es clara en los diferentes temas.

Puede decirse, en síntesis, que las políticas penales duras, que enfatizan la responsabilidad del delincuente son mayoritarias en ambas fechas, sin que ello implique la adhesión a opciones extremas en términos de castigo. Al mismo tiempo, las actitudes ante el castigo revelan la lenta, aunque progresiva consolidación institucional, expresada en el crecimiento de la satisfacción con el nivel de castigo penal actual, así como en el rechazo de la justicia por mano propia.

4. Actitudes hacia el castigo y sensación de inseguridad

Cabe preguntarse ahora cuál es la influencia de los niveles altos de inseguridad sobre las actitudes hacia el castigo penal. La preocupación de que el temor al delito induzca un endurecimiento punitivo es frecuente, y es posible encontrar ejemplos históricos notables al respecto en nuestro país⁹.

⁹ Baste recordar las propuestas del entonces presidente Menem de instaurar la pena de muerte, tras el asesinato seguido de muerte de Diego Ibáñez, en agosto de 1990.

Tabla 4 - Relación entre actitudes frente al castigo y sensación de inseguridad - 1993-2011

Variables		1993	2011
		Sensación de seguridad	Sensación de seguridad
Se castiga suficientemente al delito	Correlación de Pearson	,085	,113(*)
	Sig. (bilateral)	,095	,020
	N	389	421
Mano dura	Correlación de Pearson	-,085	-,315(**)
	Sig. (bilateral)	,093	,000
	N	397	439
Delincuente enfermo	Correlación de Pearson	-,046	-,032
	Sig. (bilateral)	,356	,509
	N	396	432
No justicia por mano propia	Correlación de Pearson	,033	,029
	Sig. (bilateral)	,510	,544
	N	394	439
Opinión ante la pena de muerte	Correlación de Pearson	-,099(*)	-,142(**)
	Sig. (bilateral)	,050	,003
	N	396	439
Fuente: Datos recogidos para la presente investigación		N=400	N=434
** La correlación es significativa al nivel 0,01 (bilateral).			
* La correlación es significativa al nivel 0,05 (bilateral).			

Investigaciones previas realizadas en Córdoba han indicado que si bien la sensación de inseguridad ante el delito no está asociada a posiciones extremas, como la adhesión a la pena de muerte, mantiene conexiones significativas con las preferencias por un sistema penal que no deje escapar ningún culpable, aun a costas de condenar por error a un inocente (Bergoglio *et al.*, 1991; Bergoglio y Carballo, 1993).

Por su parte Kessler (2009), sugiere que la conexión entre sensación de inseguridad y la punitividad ha cambiado a lo largo del tiempo. Analizando la historia reciente del sentimiento de inseguridad en Argentina, realiza un contrapunto entre las encuestas de opinión y las presentaciones mediáticas de los delitos, lo que le permite identificar tres fases diferentes. En la primera, que se extiende desde la recuperación de la democracia hasta 1989, la preocupación central eran los delitos vinculados con la experiencia de la dictadura, sea por su formato o por sus autores. Desde 1989, y en un contexto signado por la experiencia hiperinflacionaria, se produce una asociación entre cuestión social y sentimiento de inseguridad, en tanto se subraya la conexión entre tasas delictivas y desempleo. A partir de 2003, y a pesar de la recuperación económica, la cuestión de la inseguridad se afianza, tanto en los medios como en la agenda pública, en parte debido a la perdurabilidad del problema en el tiempo, y a la sensación de que las soluciones ensayadas no son suficientes.

Su análisis sugiere que la extensión del sentimiento de inseguridad hace que actualmente se lo encuentre en grupos sociales y sectores con ideologías políticas diferentes, marcando el fin de una relación muy directa en Argentina entre preocupación por la seguridad y autoritarismo, en una evolución similar a la experimentada por Francia en tiempos recientes.

Como se puede ver en la tabla 4, en nuestros datos el análisis de correlación entre la sensación de inseguridad y las actitudes hacia el castigo muestra diferentes situaciones. En 1993 no se encuentran prácticamente asociaciones significativas, salvo en el caso de la opinión ante la pena de muerte, aunque ésta resulta muy débil.

En cambio, en 2011 las conexiones entre temor al delito y actitudes ante el castigo resultan más definidas. La demanda de una política penal de mano dura, la acentuación de la responsabilidad del delincuente y la opinión ante la pena de muerte presentan correlaciones estadísticamente significativas con el temor ante el delito, que siguen la dirección esperada.

Los datos confirman que, al menos en el contexto cordobés, quienes se sienten inseguros frente al delito tienen más probabilidad de sostener opciones más duras de política penal. En este sentido, la generalización de la sensación de inseguridad parece tener consecuencias claras sobre la punitividad, estimulando la adopción de políticas más estrictas en términos de castigo. Al mismo tiempo es posible, como señala Kessler, que dada la generalización de la preocupación por la seguridad, ésta ya no sea exclusiva de los grupos caracterizados por su ideología autoritaria. Justamente por esta razón, los efectos de la inseguridad sobre las actitudes ante el castigo resultan preocupantes.

Es verdad que, considerado en conjunto, el endurecimiento de las miradas sobre el castigo a lo largo de estos dieciocho años ha sido relativamente modesto, y se ha visto acompañado de una tendencia al fortalecimiento de las instituciones, así como por el rechazo a las actitudes extremas. No obstante, el vínculo entre sensación de inseguridad y punitividad revelado por el análisis comparado 1993-2011 resulta claro. Por ello es importante revisar el modo en que estas actitudes ante el castigo se manifiestan a través de la participación lega en las decisiones penales.

5. Las actitudes ante el castigo en la práctica de los juicios por jurado

¿Cuál es la actitud ante el castigo que sostienen los ciudadanos comunes cuando la pena deja de ser un tema de conversación y pasa a ser una decisión cuya responsabilidad se comparte? ¿Cómo se manifiestan estas opciones por una política penal de mano dura en la práctica de los juicios por jurado?

Para responder estas preguntas, hemos comparados las decisiones de jueces y legos, tal como han sido registradas en 213 sentencias emitidas en los tribunales mixtos cordobeses entre 2005 y 2012¹⁰.

¹⁰ Para estimar el grado en que los resultados de este estudio pueden ser extendidos al conjunto de decisiones judiciales adoptadas con participación lega, conviene tomar en cuenta que, según las estadísticas del Poder Judicial el total de sentencias adoptadas con la participación de jurados entre 2005 y 2011 llega a 215. (Ver <http://www.justiciacordoba.gob.ar/justiciacordoba/>). Para ese período, el corpus de sentencias incluido en la investigación registra 189 casos, lo que constituye el 87% del total.

5.1. La participación ciudadana en Córdoba

Cabe aclarar que la participación ciudadana establecida en Córdoba a través de la ley 9182 no sigue el modelo anglosajón clásico, sino el tipo europeo de tribunal mixto, vigente actualmente en países como Alemania, Italia, Polonia, y adoptado recientemente por Japón y Corea del Sur¹¹. Los ocho miembros del jurado —elegidos aleatoriamente del padrón electoral— tienen la responsabilidad de decidir sobre la existencia de los hechos llevados a proceso, así como sobre la participación de los imputados en ellos.

Toman estas decisiones conjuntamente con dos de los tres jueces técnicos que componen las Cámaras en lo Criminal, por simple mayoría. El vocal restante, presidente del tribunal, sólo vota en caso de empate, y es responsable de fundamentar el voto de los legos cuando éstos deciden en un sentido diferente al de los camaristas. Las decisiones relativas a la pena son tomadas por los jueces técnicos de manera exclusiva.

Tabla 5 - Características de los casos revisados - 2005-2012

Las causas		
Total de casos analizados	213	
Total de víctimas	229	
Total de imputados	364	
Los delitos		
Homicidio <i>criminis causa</i>	18	5,0
Homicidio calificado, agravado, diversos tipos	109	30,3
Homicidio en ocasión de robo	128	35,6
Abuso sexual seguido de muerte	7	1,9
Homicidio simple	10	2,8
Tentativa de homicidio	23	6,4
Lesiones, diversos tipos	11	3,1
Robo, efectivo o tentado, diversos tipos	17	4,7
Delitos contra la administración pública	33	9,2
Encubrimiento	4	1,1
Total	360	100,0
Las decisiones		
Total de decisiones	360	
Absoluciones	75	
Condenas	285	
Condenas a cadena perpetua	65	
Fuente: elaboración propia sobre 213 sentencias registradas en el período 2005 - 2012, en las que se tomaron decisiones sobre 360 imputados.		
Nota: el número de imputados no coincide con el de las decisiones, ya que en los casos Maldonado (Cám. 11ª, Córdoba Capital, 19/10/2012) y Bellido (Cruz del Eje, 20/10/2008), algunos imputados no fueron juzgados por estar prófugos.		

¹¹ Para un análisis detallado de las diferencias entre jurados clásicos y tribunales mixtos, ver GOLDBACH y HANS (2013).

La tabla 5 presenta las principales características de estas causas, en las que se resolvió la situación de 364 imputados. El homicidio —efectivo o tentado— es el principal tipo delictivo presente en estos procesos, ya que abarca el 81% de los casos. Los casos de corrupción son muy poco frecuentes: en los primeros años de vigencia de la ley han llegado al jurado apenas veintiuna causas por este tipo de delitos, involucrando a treinta y cuatro funcionarios, la mayoría de ellos de baja jerarquía¹². Las absoluciones alcanzaron el 21%; se decidieron 65 condenas a cadena perpetua.

5.2. Comparación de las decisiones de jueces y jurados

El interés por las diferencias entre los veredictos de jueces y jurados ha motivado desde hace tiempo estudios empíricos en el mundo anglosajón, principalmente en los EE.UU., algunos de amplio alcance. En 1966, Kalven y Zeisel pidieron a los jueces que reexaminaran casos resueltos por jurados. Trabajando con 3500 casos penales, encontraron una tasa de acuerdo del 78% y que, tal como la concepción tradicional lo sostenía, los legos decidían con menor severidad en un 16% de los casos¹³.

Investigaciones más recientes contradicen esa información. Trabajando con los datos de más 75.000 causas penales federales decididas entre 1945 y 2002, Leipold (2005) mostró la evolución histórica de las diferencias en las decisiones adoptadas por jueces y jurados. Hasta 1964, se encuentra mayor proporción de condenas en los casos decididos por jueces únicamente (*bench trials*), respecto a aquellos decididos por los jurados. El segundo período, que se extiende entre 1964 y 1988, puede considerarse de transición, con rasgos poco definidos. Desde 1988 en adelante, la severidad de las condenas decididas por los jueces se reduce drásticamente frente a las decisiones de los jurados.

Cabe observar igualmente que análisis recientes atribuyen la responsabilidad sobre las tendencias de largo plazo al endurecimiento penal registradas en Estados Unidos, a la generalización del *plea bargaining* y el escaso uso de los jurados, que intervienen apenas en un 5% del total de casos. Para Dzur (2012), el crecimiento del estado penal en las últimas décadas ha estado asociado a una mayor burocratización de la administración de justicia, que ha acentuado la impersonalidad de los castigos, diluyendo la responsabilidad moral individual sobre las penas. Por ese motivo propone acentuar la participación democrática a través de los jurados como antídoto contra la burocratización excesiva.

Son menos frecuentes los estudios realizados en el campo de los tribunales mixtos según el modelo europeo. La evidencia disponible sobre este tema en países donde la participación lega sigue el formato de jueces y jurados decidiendo conjuntamente, es limitada. En el ámbito latinoamericano, la investigación realizada por Han, Párraga y Morales (2006), que analiza la experiencia de inclusión de jurados escabinos en el estado venezolano del Zulia entre 2001 y 2004, concluye que la participación ciudadana no ha producido modificaciones en las tendencias al castigo. En Bolivia, Orías Arredondo (2013) reporta diferentes pa-

¹² Un análisis detallado de los casos de corrupción llevados ante el jurado puede verse en RUSCA, 2013.

¹³ Para una revisión reciente de este estudio, que confirma básicamente las conclusiones originales de sus autores, ver FARRELL y GIVELBER (2010).

trones de respuesta en jueces y jurados. Mientras que los ciudadanos comunes suelen reaccionar más severamente en los casos de homicidio, su actitud es mucho más blanda en los que involucran tráfico de sustancias.

La experiencia cordobesa provee una excelente ocasión para analizar las diferencias entre las decisiones de jueces y jurados, puesto que las sentencias proporcionan un registro escrito de las decisiones tomadas por cada uno de los jurados y jueces que intervinieron en la deliberación. Esta disponibilidad de información no existe donde se implementa el modelo anglosajón, en el que los ciudadanos comunes deliberan solos e informan simplemente la decisión a la que han llegado conjuntamente. La tabla 6 muestra cómo se obtuvieron las 360 decisiones en las que intervinieron legos y jueces técnicos revisadas durante la investigación¹⁴.

El hecho de que, en los tribunales mixtos, la deliberación de jurados y jueces ocurra en forma conjunta genera un espacio en el que es posible para los jueces influenciar las opiniones de los ciudadanos comunes. Revisando los resultados de investigaciones acerca del funcionamiento de los tribunales mixtos en diversos países, Hans (2008) señala que es común que la tasa de unanimidad en estos tribunales exceda el 90%, lo que plantea dudas acerca de los niveles reales de participación de los legos en las deliberaciones. Por su parte, Orías Arredondo (2013), analizando el funcionamiento de los tribunales mixtos en Bolivia, informa un porcentaje de unanimidad del 89%.

El nivel de coincidencia entre las opiniones de magistrados y ciudadanos comunes en Córdoba resulta bastante menor: en 79% de los casos los veredictos son adoptados por unanimidad. Si se consideran conjuntamente las decisiones unánimes, y las tomadas por mayorías compuestas por los dos jueces técnicos y la mitad o más de los jurados, la convergencia de opiniones entre legos y letrados es verdaderamente muy significativa: supera el 90% (ver tabla 6).

Tabla 6 - Resultados de la votación en los tribunales mixtos cordobeses

Decisión obtenida por	No.	%
Unanimidad	284	78,9%
Mayoría compuesta por	76	21,1%
Todos los jueces técnicos y al menos 4 jurados	50	13,8%
Un juez técnico y al menos 5 jurados	16	4,43%
Al menos 6 jurados	2	0,60%
Sin datos	8	2,21%
Total	360	100,0
Fuente: elaboración propia sobre 213 sentencias registradas en el período 2005 - 2012, en las que se tomaron decisiones sobre 360 imputados.		

El grado de autonomía experimentado por los legos es, por supuesto, una cuestión debatible, respecto a la cual caben múltiples interpretaciones. En la encuesta realizada por Tarditti *et al.* (2012), liderando un equipo de investigación perteneciente al Poder Judicial, se consultó a 715 ciudadanos comunes que

¹⁴ El número de decisiones adoptadas es mayor al de deliberaciones, ya que en un mismo veredicto puede resolverse la situación de más de un acusado.

habían actuado como jurados acerca de esta cuestión; en esta ocasión el 84% declaró que había podido exponer sus conclusiones durante la deliberación.

Por su parte, Amietta (2011), trabajando desde una perspectiva foucaultiana, ha señalado diversas prácticas a través de las cuales los magistrados utilizan sus mayores conocimientos y experiencia para incidir en la decisión final. Colocarse en la posición del maestro que orienta al que no sabe y canalizar las deliberaciones hacia el resultado percibido como correcto son algunas de las estrategias que siguen para ello.

En nuestras entrevistas, la gran mayoría de los jurados expresaron igualmente que durante las deliberaciones se habían sentido en condiciones de formular libremente su opinión. No obstante, se recogieron también testimonios acerca de dos casos donde los jurados informaron haber recibido presiones de los funcionarios para cambiar su voto. Asimismo, tuvimos ocasión de registrar abundantes testimonios, tanto por parte de funcionarios judiciales como por parte de los legos, de la extensión que alcanza la práctica de facilitar a los jurados populares la lectura del expediente —una práctica vedada por la ley 9182, también observada por Amietta— para que se impregnen de los puntos de vista de los profesionales del derecho sobre la cuestión en debate¹⁵.

5.3. La dureza de las decisiones de jueces y jurados

La significativa proporción de decisiones unánimes sugiere frecuentes coincidencias en los puntos de vista de técnicos y legos. Para analizar la dureza de las decisiones de legos y letrados frente a las mismas situaciones, es necesario revisar las posturas de magistrados y ciudadanos comunes en los casos resueltos por mayoría. La tabla 7, que informa la composición de mayorías y minorías así como la orientación de su voto, permite observar la dirección de esas diferencias.

En veinte de las sentencias decididas por mayoría (sombreadas en gris en la tabla), encontramos un juez técnico en la mayoría y el otro alineado con la minoría. Las diferentes opiniones de los magistrados intervinientes en el caso indican que nos encontramos frente a casos límite, donde las argumentaciones posibles son variadas y las diferencias, sutiles. En los restantes, en cambio, la oposición entre la opinión de los juristas y los ciudadanos comunes es clara: los dos magistrados votan en el mismo bloque, enfrentados a un grupo compuesto exclusivamente por jurados. En cuarenta y seis de estos casos los legos configuraron la minoría, y sólo en dos ocasiones impusieron la decisión final contra la opinión de los magistrados.

Es interesante observar que en treinta y dos de los cuarenta y ocho casos (66%) en que los jurados han disentido con los jueces —en la minoría o integrando la mayoría—, las decisiones de los legos resultaron menos severas que las adoptadas por los magistrados. Entendemos aquí por “más blanda” a toda decisión en que o bien se sostuvo una postura absolutoria contra la condenatoria de la mayoría, o bien aun decidiendo condenar, la decisión resultó menos rigurosa para el imputado (por ejemplo, al no tenerse por acreditados los hechos que darían lugar a un agravante).

¹⁵ Para un análisis detallado de la función cumplida por las constancias escritas y los debates orales en los juicios por jurado cordobeses, ver BERGOGLIO (2010).

Tabla 7 - Composición de las mayorías

Composición mayoría	No. de decisiones	Posición mayoría	Composición minoría	Posición minoría
Jueces técnicos y 4 o + jurados	10	Absolución	Jurados exclusivamente	Más dura: La prueba es suficiente para condenar
Jueces técnicos y 4 o + jurados	31	Condena	Jurados exclusivamente	Más blanda: insuficiencia de pruebas o cargos menores
Jueces técnicos y 4 o + jurados	1	Condena	Jurados exclusivamente	Más dura: condena mayor
Jueces técnicos y 4 o + jurados	4	Condena	Jurados exclusivamente	Dividida
Jueces técnicos y 5 o + jurados	1	Condena	Un camarista solo	Más dura: condena mayor
Jueces técnicos y 5 o + jurados	3	Condena	Un camarista solo	Más blanda: insuficiencia de pruebas o cargos menores
Uno o dos jueces técnicos y jurados	7	Condena	Uno o dos jueces técnicos y 1 o + jurados	Más blanda: Insuficiencia de pruebas o cargos menores
Uno o dos jueces técnicos y jurados	2	Condena	Uno o dos jueces técnicos y 1 o + jurados	Condena mayor
Uno o dos jueces técnicos y 5 o + jurados	7	Absolución	Uno o dos jueces técnicos y 1 o + jurados	Más dura: La prueba es suficiente para condenar
6 jurados o más jurados	1	Absolución	2 jueces técnicos, y 2 jurados	Más dura: Corresponde condenar
6 jurados o más jurados	1	Condena	2 jueces técnicos, y 1 jurado	Absolución
Total	68			

Fuente: elaboración propia sobre 213 sentencias registradas en el período 2005 - 2012, en las que se tomaron decisiones sobre 360 imputados.

Desmintiendo —afortunadamente— los temores expresados por juristas de vocación garantista, estos datos sugieren que la participación lega en las decisiones judiciales no ha conducido, a lo largo de estos ocho años, a un endurecimiento de las decisiones finalmente adoptadas. Los jurados tienden a coincidir con los jueces y, cuando su opinión difiere, se han inclinado en general hacia decisiones menos severas.

6. Comentarios finales

El análisis realizado en las páginas precedentes ha puesto a la luz la tendencia al endurecimiento de las miradas sobre el castigo registrado en los últimos años. Los cambios son relativamente modestos, y se han visto acompañados de una tendencia al fortalecimiento de las instituciones, así como por el rechazo a las actitudes extremas. Al mismo tiempo, la conexión entre sensación de inseguridad y actitudes hacia el castigo resulta significativa, confirmando que la

generalización de la sensación de inseguridad estimula la adopción de políticas penales más estrictas.

Por otra parte, el análisis detallado de las posiciones de jueces y ciudadanos comunes, tal como se expresan en las sentencias adoptadas con jurado, ratifica que la participación penal de los ciudadanos comunes no ha producido un endurecimiento de los castigos, cuando el jurado lleva ocho años funcionando en la provincia. Pese a que tanto el contexto de surgimiento de la ley, como la generalización de la demanda de severidad en las penas asociada a la inseguridad frente al delito hacían temer que ello ocurriera, los datos analizados no revelan una evolución en esa dirección. Las decisiones contenidas en las sentencias registran altos niveles de unanimidad, y, donde técnicos y legos difieren, la postura de los jurados es generalmente más blanda.

El contrapunto entre los datos de opinión pública y los provenientes del análisis de las sentencias ha puesto de relieve la brecha existente entre comentar y decidir, entre expresar un punto de vista sobre una cuestión en política y tomar una decisión significativa sobre ella¹⁶, dejando en evidencia que los espacios deliberativos promueven la participación ciudadana responsable.

Estos resultados son interesantes, en un momento en que las iniciativas para el juicio por jurados se multiplican en diferentes puntos del país. Ratifican la contribución de esta institución para la construcción de una sociedad genuinamente democrática, pues al involucrar a los ciudadanos en la discusión de las decisiones sobre las penas, contribuye a que la responsabilidad moral por el castigo sea asumida conjuntamente, moderando las actitudes extremas. En este sentido, se confirma que, tal como sostiene Anitúa (2011, p. 370), *los rituales comunicativos de la justicia penal son ceremonias que despiertan compromisos de valor específicos en los participantes y en el público, y actúan así con un importante contenido legitimante y pedagógico, reproduciendo los valores republicanos y democráticos, y a la vez generando y regenerando una concientización y sensibilidad mayores ante el conflicto y la violencia.*

Referencias

AMIETTA, SANTIAGO (2011), "Poder y Saber en la experiencia de juicios con jurados en Córdoba, Argentina. Un estudio sobre la microfísica del poder", *CD de Actas del XII Congreso Nacional y II Latinoamericano de Sociología Jurídica*, Universidad Nacional de La Pampa, noviembre 2011.

ANITÚA, GABRIEL IGNACIO (2011), "Juicio por jurados y Constitución Nacional", en *La Constitución en 2020*, ROBERTO GARGARELLA (ed.), Siglo XXI, Buenos Aires, pp. 363- 371.

BERGOGLIO, MARÍA INÉS (2010), "Oralidad y escritura en los juicios por jurados", capítulo en *Subiendo al estrado: La experiencia cordobesa de juicio por jurados*, Advocatus, Córdoba, pp. 223-238.

— (2012), "Lay participation in Judicial Decision-making Processes and Legitimacy of the Judicial System in Córdoba, Argentina", *Buenos Aires ISA FORUM*, Universidad de Buenos Aires, agosto 2012.

¹⁶ Esta distancia ha sido puesta a la luz también en otras investigaciones. Analizando las actitudes hacia el castigo de los españoles, a partir de una amplia variedad de fuentes empíricas, VARONA GÓMEZ (2009), ha marcado el contraste en las respuestas a preguntas de opinión generales, y las que se obtienen en respuesta al análisis de un caso hipotético presentado por el investigador.

BERGOGLIO, MARÍA INÉS y CARBALLO, JULIO (1993), *Inseguridad creciente, estructura social y cultura jurídica*, contribución al Congreso Internacional de Sociología Jurídica, Instituto Internacional de Sociología Jurídica, Oñati, España, 1993.

BERGOGLIO, MARÍA INÉS, CARBALLO JULIO, GÓMEZ DEL RIO MARÍA EUGENIA, SAVALL DE MASSA MERCEDES (1991), *La pena de muerte: aproximación a la cultura jurídica*, Lerner, Córdoba.

CONCHA CANTÚ HUGO, HÉCTOR FIX FIERRO, JULIA FLORES Y DIEGO VALADÉS (2004), *Cultura de la Constitución en México*, Universidad Autónoma de México, México. Accesible en <http://www.bibliojuridica.org>.

DOMINGO, PILAR (2009), "Ciudadanía, derechos y justicia en América Latina Ciudadanización-judicialización de la política", *Revista CIDOB d'Afers Internacionals*, núm. 85-86, pp. 33-52, Barcelona, accesible en http://www.cidob.org/es/publicaciones/revistas/revista_cidob_d_afers_internacionals/.

DZUR, ALBERT W. (2012), *Punishment, Participatory Democracy and the Jury*, Oxford University Press, New York.

FARRELL AMY y DANIEL GIVELBER (2010), "Liberation Reconsidered: Understanding Why Judges And Juries Disagree About Guilt", *The Journal of Criminal Law and Criminology*, Vol. 100, No. 4, pp. 1549-1586, Fall 2010. Accesible en <http://ssrn.com/abstract=1973117>.

GIBSON JAMES, GOUWS AMANDA (1997), "El apoyo al imperio de la ley en la joven democracia sudafricana", *Revista Internacional de Ciencias Sociales*, N° 152, junio 1997, accesible en Internet.

GIBSON JAMES L. y CALDEIRA GREGORY A. (1996), "The legal cultures of Europe", *Law and Society Review*, 30,1 :55-85, 1996.

GOLDBACH, TOBY S. Y HANS, VALERIE P., JURIES (2014), "Lay Judges, and Trials" *Encyclopedia of Criminology and Criminal Justice* (GERBEN BRUINSMA and DAVID WEISBURD, eds.). NY: Springer Science and Business Media, Cornell Legal Studies Research Paper No. 13-87. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2298428>.

HAN PABLO, PÁRRAGA JESUS ENRIQUE, MORALES JORGE (2006), "La Participación Ciudadana en la Justicia Penal Venezolana: Formulación Teórica Vs. Realidad Práctica", *CENIPEC*, N° 25, pp. 247-269.

HANS, VALERIE (2008), "Jury Systems Around the World", *Annual Review of Law and Social Science*, Vol. 4: 275-297.

HERNÁNDEZ, ANTONIO MARÍA, ZOVATTO, DANIEL, Y MORA Y ARAUJO, Manuel (2005), *Encuesta de Cultura Constitucional. Argentina: Una Sociedad Anómica*, Universidad Autónoma de México, México. Accesible en <http://www.bibliojuridica.org>.

KESSLER, GABRIEL (2009), *El sentimiento de inseguridad: Sociología del temor al delito*, Siglo XXI, Buenos Aires.

LEIPOLD, ANDREW D. (2005), "Why are the Federal Judges so Acquittal Prone?", *83 Washington University Law Quarterly*, No. 1, pp. 151-227.

MORENO, CAROLINA (2013), "Cultura democrática, confianza institucional, seguridad y vida cotidiana", en SALVIA AGUSTÍN (coord.), *Desajustes en el desarrollo humano y social (2010-2011-2012): Inestabilidad económica, oscilaciones sociales y marginalidades persistentes en el tercer año del Bicentenario*, Educa, Buenos Aires, pp. 235-284.

ORIAS ARREDONDO, RAMIRO (2013), "Jueces ciudadanos: democratizando la justicia en Bolivia", *Revista Sistemas Judiciales*, Vol. 9, No. 17, pp. 26-38.

PEGORARO, JUAN (2004), "Resonancias y silencios sobre la inseguridad", *Revista Argumentos*, No. 4, octubre 2004, edición electrónica accesible en: <http://argumentos.fsoc.uba.ar/n04/articulos4.htm>.

RUSCA, BRUNO (2013), "Sobre la efectividad de los procesos de reforma judicial. A propósito de la utilización del juicio por jurados en casos de corrupción", Contribución al XIV Congreso Nacional de Sociología Jurídica, Córdoba, 2013.

SALVIA AGUSTÍN (coord.) (2013), *Desajustes en el desarrollo humano y social (2010-2011-2012): Inestabilidad económica, oscilaciones sociales y marginalidades persistentes en el tercer año del Bicentenario*, Educa, Buenos Aires.

SMULOVITZ, CATALINA (2008), "La política por otros medios. Judicialización y movilización legal en Argentina", *Desarrollo Económico* 48(190):287-305.

TARDITTI, AIDA *et al.* (2012), "Análisis del funcionamiento del sistema de jurados en la provincia de Córdoba desde su implementación en 2006, en el marco de la ley 9182", en *Investigaciones aplicadas en el ámbito del Poder Judicial de Córdoba* Colección Investigaciones y Ensayos, Centro de Perfeccionamiento Ricardo Núñez, Córdoba, Argentina, pp. 52-96.

TUFRO, MANUEL (2007), "Apoliticismo y antipoliticismo en el reclamo por seguridad. Un acercamiento discursivo-comunicacional", Revista *Argumentos*, Universidad de Buenos Aires, No. 8, octubre 2007, accesible en <http://argumentos.fsoc.uba.ar/n08/articulos8.htm>.

URQUIZA, MARÍA ISABEL y RUSCA, BRUNO (2009), "Y seréis como dioses. El juicio por jurados en Córdoba en los discursos de los debates constitucionales de 1987 y parlamentarios de la ley N° 9182", *Anuario XI del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales*, La Ley, pp. 791-808.

VARONA GÓMEZ, DANIEL (2009), "¿Somos los españoles punitivos?: Actitudes punitivas y reforma penal en España", *Indret*, Barcelona, 1/2009, accesible en www.indret.com.

Anexo

Fichas técnicas de las encuestas

<i>Cobertura geográfica:</i>	Córdoba capital	Córdoba capital
<i>Universo:</i>	Población mayor de 18 años	Población mayor de 18 años
<i>Muestra:</i>	Por conglomerados, aleatoria, domiciliaria, con control de cuotas por sexo, edad, y nivel socioeconómico, tomando en cuenta los datos del Censo Nacional 91 y la Encuesta Permanente de Hogares.	Por conglomerados, aleatoria, domiciliaria, con control de cuotas por sexo, edad, y nivel socioeconómico, tomando en cuenta los datos del Censo Nacional 2001 y la Encuesta Permanente de Hogares.
<i>Tamaño de la muestra total:</i>	400 casos	434 casos
<i>Instrumento:</i>	Cuestionario incluyendo ítems estructurados y no estructurados	Cuestionario incluyendo ítems estructurados y no estructurados
<i>Fecha del trabajo de campo</i>	Agosto de 1993	Octubre 2011
<i>Nivel de confianza</i>	95%	95%
<i>Error admitido</i>	± 5%	± 5%



CAPITALISMO, GÉNERO Y TRABAJO DOMÉSTICO*

Cecilia González Salvá**

Resumen: Este artículo pretende echar luz sobre el rol del trabajo doméstico en la sociedad contemporánea. A tales fines indagaremos sobre la relación entre trabajo y capitalismo, el papel de la mujer en la sociedad. Y la relación entre estratificación laboral y el trabajo doméstico. La división sexual del trabajo, la separación entre la esfera pública y la privada, se encuentran en las bases mismas de la estructura económica. La organización del trabajo en las sociedades, a quién le corresponde tal o cuál trabajo, tal o cuál ámbito, la relación entre tareas y remuneración son áreas donde capitalismo, trabajo y género se unen de manera inexorable. La comprensión de estas variantes es central a los fines de entender las tensiones y el accionar de diversos movimientos sociales de la Argentina contemporánea y Latino América.

Palabras claves: Género - Capitalismo - Trabajo doméstico - Luchas sociales.

I. Introducción

Las sociedades contemporáneas son el resultado de un proceso de distinción y separación que relega a la mujer al ámbito privado, al hogar, dejándola fuera de la esfera pública. Quizás la separación de esferas y ámbitos era mucho más clara en las sociedades tradicionales. A saber, este modelo de separación de esferas fue el fundamento del primer contrato de género que presentaba al hombre como el proveedor (*breadwinner*) y a la mujer como el ama de casa (*housewife*), quien era la encargada de mantener el hogar.

El primer contrato de género cae merced a la modificación de la estructura económica de las sociedades contemporáneas, como consecuencia de la re-configuración de la economía es que la mujer debe ingresar al mercado y a partir de allí se abren las puertas de la esfera pública. Pero, ¿se puede afirmar que la mujer abandona definitivamente la dimensión privada? La respuesta es no, la mujer continúa siendo la responsable del trabajo del hogar. Frente a esto la mujer trabajadora echará mano de una renovada estrategia: la nueva clase de servicio, el trabajo doméstico remunerado. Nuevamente una mujer es relegada al ámbito privado, esta vez será la trabajadora de casas particulares. Estas mujeres cooperan y suplantán, en muchos casos, a las mujeres “amas de casas” de su rol de responsables del mantenimiento del hogar.

Partiendo de estas discusiones se analiza la naturaleza del trabajo doméstico, es decir si es o no productivo y, a partir de allí, cuál será la base de regu-

* Recibido el 17/12/14. Aprobado el 08/09/15.

Es importante destacar que este artículo se desprende de una investigación mucho más amplia y empírica que fue la base para el desarrollo y conclusión de la tesis doctoral presentada en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Esta tesis analizaba el caso empírico del movimiento sindicalizado de trabajadoras de casas particulares de la República Argentina y su lucha para la reforma del régimen laboral vigente hasta el año 2013.

** Doctora en Derecho y Ciencias Sociales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNC. Magister en Sociología Jurídica. Docente de Sociología Jurídica Cátedra “C”.

lación y sus principios. Estas discusiones teóricas construyen las bases a los fines de comprender la lucha por el reconocimiento de diversos sectores subordinados de nuestra sociedad. Particularmente las mujeres pertenecientes a las clases más empobrecidas y que se ven subyugadas no sólo en la esfera pública sino en la esfera privada, donde desarrollan sus actividades laborales¹.

II. Las bases económicas de la sociedad contemporánea y las relaciones de producción y reproducción

La idea central de este primer título es analizar la relación entre la estructura económica de la sociedad contemporánea y la población. Las personas, es decir, los trabajadores, son el elemento subjetivo del sistema capitalista, que es el fundamento material de nuestra sociedad. Siguiendo a Braverman (1974), la producción capitalista requiere intercambios de relaciones, bienes y dinero. Pero la clave de esta relación económica, lo que la diferencia de otros modos de producción, es el intercambio y la venta de la fuerza de trabajo. En otras palabras, la venta de la fuerza de trabajo, el salario que se les paga a los trabajadores es el punto determinante de este sistema de producción. Existen cuatro condiciones básicas del sistema que se generalizan en toda la sociedad:

- En primer lugar, los trabajadores son separados de los productos de su trabajo.
- En segundo término, la venta de la fuerza de trabajo y el correspondiente salario (prestación y contra prestación) implica la ausencia de las coacciones legales propias de la servidumbre o la esclavitud.
- En tercer lugar el objetivo central de la estructura económica es el incremento del capital del patrón. Los capitalistas aumentan así cada vez más sus ganancias a costa de los obreros y en consecuencia, aumenta la **diferencia de riqueza y de poder** entre ambos grupos de la sociedad (Harnecker, 1979: 29).
- Finalmente otra nota característica del capitalismo es que el sistema capitalista en su conjunto tiende a mejorar continuamente las condiciones materiales de la producción. Es decir, para funcionar obliga a los capitalistas a destinar una parte importante de sus ganancias que obtienen a nuevas inversiones en la empresa, para ir modernizándola de modo que pueda competir con las otras de su rama en el mercado. Por lo tanto, una parte importante del excedente o plusvalía en el sistema capitalista debe estar destinada al consumo productivo, es decir, a renovar las máquinas, ampliar la industria, comprar más materias primas, contratar más trabajadores, entre otras; y sólo la parte restante del excedente puede ser dedicada al consumo improductivo individual y al consumo improductivo social (Harnecker, 1979:30). Lo interesante de esto es destacar la relación entre capitalista - trabajador - trabajo y mantención de la fuerza laboral.

La relación laboral comienza a través de un contrato entre empleador y trabajador mediante cual se establecen los términos de la venta de la fuerza de trabajo. (Braverman, 1974:52). El contrato marca las condiciones de prestaciones

¹ Nuestro caso de análisis son las trabajadoras de casas particulares de la República Argentina. Y en particular el proceso histórico que llevó a la sanción de un nuevo régimen regulatorio para esta actividad.

y contra prestaciones, el precio de la venta de la fuerza de trabajo y el salario o costo de mantención del capitalista. Esta visión clásica del capitalismo se ve modificada y potenciada en algunos aspectos por los efectos del neoliberalismo sobre este modo de producción.

El capitalismo como modo de producción se caracteriza por su dinamicidad frente a los diversos momentos históricos, desde su nacimiento han acontecido diversas crisis y frente a las mismas diferentes respuestas que permitieron la continuidad y adaptabilidad de este modo de producción, perpetuando en el tiempo. Así como el estado de bienestar es una respuesta a la crisis de entre guerras, el neoliberalismo y sus adaptaciones son respuestas a las crisis de fines de los 70. Pese a esto, es interesante observar que el neoliberalismo no surge como una respuesta unificada a las crisis sino como diversas políticas que buscan maximizar las ganancias reduciendo al mínimo el costo de producción. El neoliberalismo produjo un cambio en la organización del trabajo. Siguiendo a Giribets Martínez (2009) se puede señalar que el toyotismo² y sus efectos sobre la organización social y económica causaron estragos en la estructura laboral.

El neoliberalismo tiene tres pilares explícitos, que esconden los objetivos estructurales de la nueva organización económica: reducir la importancia de la clase obrera, reduciendo los requerimientos ocupacionales, lo que permite disminuir drásticamente las remuneraciones reales, aumentando el excedente (Martínez de Pison, 2003). Con esto gana importancia el capital financiero y se convierte en el sector hegemónico de la burguesía, al tiempo que se recompone el dominio de Estados Unidos en la economía mundial. Así que los pilares explícitos, austeridad fiscal, privatización de las empresas públicas y liberalización de los mercados, expresan los contenidos centrales del neoliberalismo (Stiglitz, 2002).

Esta nueva reestructuración económica se funda en el incremento de la productividad de las empresas. Esta productividad se asienta sobre bases tecnológicas (microchip) y en la nueva organización del trabajo en equipo (toyotismo y gestión de calidad). Este nuevo sistema permite renovar tecnológicamente los sectores productivos a lo largo de los años noventa con un incremento continuado de la productividad (Giribets Martínez, 2009:80).

A nivel de organización del trabajo el neoliberalismo presentó como su bandera de lucha: la flexibilidad en las relaciones laborales. Los gastos de personal se transforman de fijos a variables, pues el volumen de trabajadores de la empresa se adapta al volumen de producción de la misma. El empleo temporal o a tiempo parcial o, simplemente, el empleo sumergido, son característicos del mundo neoliberal (Martínez de Pison, 2003; Stiglitz, 2002).

Se plantea como un problema económico/ideológico la imposibilidad de la absorción del ejército de reserva, esto significaría un costo muy elevado para la estructura económica. Esto va un paso más allá al culparse a los trabajadores de esta situación, la única solución viable frente a esta "crisis" es la flexibilización de las condiciones laborales. Esto no es otra cosa que aumentar la contratación temporal, facilitar y abaratar el despido y bajar los salarios y el coste social.

² Toyotismo. El sistema de organización del trabajo que corresponde a la fase neoliberal es el llamado *toyotismo*, aunque en la práctica se ha ido mucho más lejos de los postulados del mismo. Este sistema se estaba utilizando en Japón en el momento de la crisis de los años 70 y se generalizó al mundo capitalista, permitiendo aumentar la productividad del trabajo. Son características del toyotismo la flexibilidad laboral y la producción tecnificada, en la que no quedan ya restos de control obrero (GIRIBETS MARTÍNEZ, 2009:77).

De acuerdo a Anderson (1999) el neoliberalismo actúa en tres planos: a nivel económico a través de la liquidación de actividades, desvalorización de la fuerza de trabajo, especulación económica; en el plano social reflejado en el cuestionamiento de conquistas sociales, deterioro de la educación y sanidad públicas, empeoramiento de las condiciones de vida y trabajo e incremento de la pobreza y, finalmente, en la dimensión democrática mediante la pérdida de soberanía y la exclusión de determinados asuntos de la discusión política.

En los años noventa, las reformas laborales (precariedad) y estructurales (privatizaciones) alejaron aún más a los países del Tercer Mundo de los países desarrollados. Esta consecuencia externa también se manifiesta a nivel de las estructuras sociales, las brechas entre clases sociales se intensifican, siendo los ricos más ricos y los pobres más pobres (Anderson, 1999:140).

La flexibilidad laboral genera entre otras consecuencias: la proliferación del trabajo informal, el aumento del número y la importancia del trabajo autónomo. Estos trabajadores en realidad hacen funciones de trabajadores asalariados sin sus beneficios; la informalidad también afecta a grupos ya excluidos como migrantes, y las personas pertenecientes a los estratos más empobrecidos de la comunidad (Weller, 2006).

Otra importante consecuencia de este proceso es la división entre trabajos fijos y trabajadores temporales. Nace una estructura *dual* en el mercado de trabajo: por un lado, los trabajadores calificados, que tienen empleos estables, con contratos indefinidos, con condiciones laborales y salarios decentes (muchos de ellos contratados en otras épocas) y, por otro lado, una enorme variación de trabajadores con contratos distintos, pero cuya característica general es que son de carácter temporal, sin garantías de permanencia y, la mayoría de ellos, con condiciones de trabajo y salarios muy inferiores a los del primer grupo. Los trabajadores con contratos indefinidos van disminuyendo relativamente en relación al total de la fuerza de trabajo, mientras que los contratos en precario aumentan fuertemente (Giribets Martínez, 2009:80).

Frente a la evidente explotación de la estructura capitalista, incrementada por el neoliberalismo, las preguntas que surgen son ¿por qué el trabajador elige ingresar a la relación laboral? Y ¿por qué, pese a la posibilidad de ingresar en sectores laborales marcados por la precariedad o la falta de reconocimiento, ingresa a las relaciones laborales? El trabajador acepta el acuerdo laboral porque las condiciones económicas de la sociedad en la que vive no le deja otro camino a los fines de sobrevivir (Braverman, 1974:53). En el otro extremo de la relación laboral encontramos al empleador quien posee el capital que quiere ampliar destinando parte de dicho capital a salarios de los trabajadores.

El elemento principal de la estructura capitalista, y cualquier otro sistema económico, es el trabajo humano. El trabajo humano —informado y dirigido por una comprensión que social y culturalmente ha sido desarrollada— es capaz de una enorme gama de actividades productivas. El capitalista encuentra en el trabajo humano el elemento fundamental a los fines de lograr el tan ansiado crecimiento del capital (Braverman, 1974:55). El sistema capitalista permite desarrollar de una forma casi perfecta la capacidad de producción del trabajo.

Entre el modo de producción y el trabajo existe un agente fundamental: el trabajador. Éste estructura su vida merced a lineamientos sociales y culturales influenciados en último término por las estructuras materiales. En otras palabras

la vida diaria, el día a día se relaciona con las estructuras históricas de la comunidad donde se desenvuelve el trabajador (Bakker, 2008; Fudge, 2005).

Existe una relación fundacional entre las actividades diarias y las estructuras económicas e históricas. En las palabras de Bakker, las actividades humanas diarias están unidas a las estructuras históricas (Bakker, 2008:76). Esta breve oración marca la relación dialéctica existente entre estructuras y procesos microscópicos.

Braudel (1992) considera que algunas estructuras debido a su larga duración generan elementos estables que se prolongan de generación en generación. Más aún, este autor sugiere que la vida material es el resultado de un proceso mediante el cual el hombre, a lo largo de su historia, ha hecho parte de su ser. Esto plantea una relación dialéctica entre agencia y estructura. La vida material consiste en la suma de las prácticas que con el tiempo forman las estructuras históricas, las cuales actúan sobre nosotros y define nuestras acciones. Una crítica importante del análisis de Braudel es la ausencia de la categoría de género, y la división sexual en su trilogía: vida material, estructuras y acción.

Diversos autores han relacionado los procesos macro del neoliberalismo, globalización, y el capitalismo, con las estructuras de la vida diaria (Bakker, 2008; Kalpagam, 1994; Picchio, 1992). Por ejemplo, Kalpagam (1994:29) comenta sobre la relación entre el Estado, el mercado y el hogar. Este autor considera que todos los procesos económicos y políticos, fuerzas y las prácticas nacen o impactan en las tres instituciones de la economía moderna: Estado, mercado y hogar. En palabras del autor, "*...the operations of the state and markets, hitherto termed macro-policies and macro processes are far too detailed and fine-tuned in complex modern economies and so defy any detailed specification...*" (Kalpagam, 1994:29). (...las acciones y organizaciones del Estado y el mercado, las llamadas macro políticas y macro procesos son muy complejos, detallados y bien ajustados en las complejas economías modernas que son difíciles de caracterizar y definir detalladamente).

La finalidad del estudio de este autor es mostrar el impacto de las macro estructuras en la organización y funcionamiento de los micro-procesos y sus relaciones, es decir en la vida diaria. Como las estructuras y las relaciones económicas y políticas causan impacto en las dinámicas familiares y sus instituciones. La idea central del autor es relacionar el género con otras estructuras de estratificación social poniendo de manifiesto como los macro procesos y las macro estructuras determinan las relaciones familiares y el rol de la mujer dentro y fuera del hogar. Un claro ejemplo de este análisis se relaciona con la clase de empleo que ocupan las mujeres con pocas posibilidades de ascenso y los bajos salarios de sus actividades laborales.

Bakker (2008:77) enfoca sus análisis en la relación entre el capitalismo, la sociedad de mercado y las estructuras de vida diaria, a los fines de comprender las transformaciones en la reproducción social. La premisa central de su trabajo es que el capitalismo no sólo ejerce influencia sobre la mano de obra sino sobre las fuerzas de la vida.

Según Picchio, el capitalismo, como cualquier sistema social, establece relaciones específicas entre el proceso de producción de bienes y servicios y el proceso de reproducción social de la población (Picchio, 1992:1). Una de las principales características del sistema capitalista es la existencia del trabajo ne-

cesario para producir materias primas. Más aún, se puede argumentar que el trabajo sí mismo es un bien, pero es un bien diferente, distinto a cualquier otro. El elemento que hace que el trabajo sea un bien diferente y especial es el proceso de reproducción, que es necesaria tanto material como socialmente. Este proceso de reproducción sigue históricamente normas sociales.

Históricamente se puede aseverar que los regímenes liberales de los siglos XVIII y XIX se fundaron en torno a la separación entre la esfera pública/mercado/política y privada/hogar. La esfera privada, el hogar, se le asignaba a la mujer, mientras que la interacción en la esfera pública se reservaba a los hombres. Brodie (2003) pone de manifiesto que la regulación estatal se orientó a mantener este orden de género, generando un *statu quo* social, económico y político.

Lo interesante a destacar es que el modo de producción capitalista ha oscurecido la relación entre producción y reproducción. La relación entre producción y reproducción es básica. En palabras de De Angelis (2010) el ciclo de la reproducción de la fuerza-trabajo, se articula —en diversas formas— a los ciclos del capital y, por consiguiente, no es inmune a los cambios en el interior del ciclo productivo y, viceversa, tampoco este último es inmune a las condiciones y a las transformaciones en el interior del ciclo de la reproducción social. Los dos ciclos (producción y reproducción) son interdependientes (De Angelis, 2010:16)

Nos preguntamos, ¿por qué se oscurece esta vinculación? ¿Qué lleva al ocultamiento de esta relación? La razón es clara. La separación entre producción y reproducción esconde cómo a través de la historia el valor de la producción y el costo de la reproducción ha sido objeto de la acumulación capitalista (Picchio, 1992:6). Como se puede observar en el ejemplo dado por De Angelis (2010:17) en el capitalismo actual esto se intensifica aún más.

En este marco el neoliberalismo intensifica la privatización y reprivatización de la reproducción social, a tal punto que el nuevo orden de género³ se ha convertido en un escenario de lucha global. Este sistema económico posee una racionalidad económica en el cual los valores del mercado se extienden a todas las instituciones y a las relaciones sociales con la finalidad de reconstruir los diversos aspectos de la vida de acuerdo con los criterios de eficiencia y racionalidad (Bakker, 2000:545). Desde el enfoque de esta propuesta existe una relación dialéctica entre globalización/intensificación del capital, por un lado, y el sistema de reproducción social/ vida diaria, por otro.

Las instituciones estatales se repliegan frente al mercado, se privatizan/reprivatizan las relaciones de reproducción, las estructuras y principios económicos ingresan a las áreas propias de la reproducción social, como se analizará más adelante, se reestructura el orden de género en virtud de los valores económicos. En este contexto, las actividades destinadas a mantener la vida y a la reproducción de la próxima generación están siendo realizados por agentes pagos (trabajadora de casas particulares) o no (mujer), en ambos casos el mercado que cada vez con más fuerza ingresa en la reproducción social. En otros términos, la mujer que por excelencia ha sido el agente encargado de la reproducción social abre una doble vía desde el hogar hacia el mercado. Una primera vía, por la cual la mujer ingresa al mercado y una segunda vía, que permite la entrada de “otra”

³ El orden de género hace referencia a las estructuras, normas y dinámicas que organizan el género. Más adelante retomaremos esta noción.

mujer esta vez trabajadora quien ingresa al ámbito privado con la impronta del ámbito público. En este marco, el mercado avanza con su lógica dentro del hogar.

Antes de avanzar resulta conveniente conceptualizar la noción de reproducción social. La definición de reproducción social posee tres aspectos principales: a) reproducción biológica de la especie, las estructuras sociales y construcción social de maternidad; b) la reproducción de mano de obra, que implica la subsistencia, la educación y formación; y c) la reproducción y la satisfacción de las necesidades de cuidado. Estos dos últimos aspectos pueden ser privatizadas o socializadas a través de la acción estatal⁴ (Bakker, 2007: 541).

El concepto de reproducción social se refiere a los procesos sociales y el trabajo que entra en el mantenimiento diario y generacional de la población laboral. Como cada sistema social, el capitalismo impone una relación específica entre la producción de bienes y servicios y el proceso de reproducción social de la población (Fudge, 2005: 263).

En este punto resulta importante comprender la relación entre: trabajo/hogar, por un lado, y producción/reproducción. Himmelweit (1994) busca destruir este dualismo trabajo/hogar planteando que el cuidado debería ser una actividad paga y las actividades desarrolladas alrededor de la reproducción: trabajo. La idea de economía de cuidado busca romper con la dicotomía hogar/mercado. Esta noción trata de poner de manifiesto el carácter económico del trabajo reproductivo no remunerado.

El término economía del cuidado se ha difundido de manera relativamente reciente para referir a un espacio bastante indefinido de bienes, servicios, actividades, relaciones y valores relativos a las necesidades más básicas y relevantes para la existencia y reproducción de las personas, en las sociedades en que viven. La economía de cuidado se trata más bien de aquellos elementos que cuidan o “nutren” a las personas, en el sentido que les otorgan los elementos físicos y simbólicos imprescindibles para sobrevivir en sociedad (UNIFEM, 2000).

Así, el cuidado refiere a los bienes y actividades que permiten a las personas alimentarse, educarse, estar sanas y vivir en un hábitat propicio. Abarca, por tanto, al cuidado material que implica un trabajo, al cuidado económico que implica un costo y al cuidado psicológico que implica un vínculo afectivo (Batthyany, 2004).

Como se puede observar esta noción guarda una relación directa con la idea de reproducción social desarrollada hasta ahora, lo interesante de la asociación de la palabra economía al término cuidado es que se concentrara en aquellos aspectos de este espacio (reproducción social) que generan, o contribuyen a generar, valor económico. Es decir, lo que particularmente interesa a la economía del cuidado, es la relación que existe entre la manera en que las sociedades organizan el cuidado de sus miembros y el funcionamiento del sistema económico (Rodríguez Enríquez, 2005:2).

A modo de conclusión general de esta sección, se puede decir que existe una relación dialéctica entre los micro-procesos económicos y las máximas capitalistas. El capitalismo debe ser entendido como una fuerza que influencia no

⁴ Como se aclaró, en la actualidad se vive un proceso de privatización y reprivatización de la reproducción social.

sólo la producción sino también la reproducción social (Bakker, 2007:545; Brodie, 2003.132; Fudge, 2005:271).

III. Capitalismo y género

La división sexual del trabajo, el orden de género, la estratificación laboral, son todos factores que definen la estructura de un sistema económico e impactan sobre las relaciones de la vida diaria. La relación entre el capitalismo y el patriarcado como sistemas de organización social, es fundamental a los fines de comprender la organización de las sociedades contemporáneas. Esta sección intenta poner de manifiesto el rol de la mujer en la estructura capitalista.

A través de la historia las mujeres han sido relegadas al hogar, ámbito privado por excelencia (Fudge, 2005:273; Godoy Catalán, Díaz Berr y Carderelli, 2009). El sistema capitalista es un perfecto ejemplo de esta premisa.

Para abrir este título se puede afirmar que dentro del capital, el patriarcado se interconecta con el capital, existiendo entre ambos relaciones de refuerzo y mantenimiento. La división del trabajo y el orden de género transforman a la mujer en el agente responsable de la “producción de mantenimiento” en los hogares. El trabajo de las mujeres en los hogares es central para la perpetuación del capitalismo, dado que garantiza la reposición, renovación y reproducción de la fuerza de trabajo⁵ (Acker, 1988; Estrada, 1989; Vargas Arenas, 2008).

El desarrollo del capitalismo como sistema de organización política y de la vida, trae aparejado la división sexual del trabajo y un orden de género determinado. De acuerdo con diversos autores, el género es un elemento fundamental en el proceso de diferenciación, es una construcción social que justifica las diferencias y desigualdades (CROMPTON AND SANDERSON, 1990; CONNELL, 1987; RESKIN Y PADAVIC, 1994; RUESCHEMEYER, 1986). La naturalización de las diferencias sociales la creación de diferencias entre hombres y mujeres donde antes no existían y su naturalización permite la distribución de tareas y espacios, ámbitos de poder, económicos y sociales se configuran en base a estos fenómenos. Un claro ejemplo de la naturalización y acentuación de las diferencias es la máxima que reconoce a la mujer como una persona dotada de capacidades emocionales, psicológicas y sociales que la vuelven un agente infaltable del proceso de crianza de los niños, las mujeres son madres “por naturaleza”. Esto trae aparejado dos consecuencias por un lado marca al hogar (esfera privada) como el ámbito por excelencia de la mujer, y por otro, en el ámbito público las tareas y profesiones de cuidado (docencia inicial/media y enfermería) serán profesiones con alto nivel de feminización (Palermo, 2006).

La relación de poder y la división sexual del trabajo es fundamental en la comprensión de conceptos tales como el orden de género y la segregación ocupacional, entre otros (Fitzpatrick y Hunt, 1987; Reuschmeyer, 1986:1). Según Rueschemeyer (1986: 1-2), los procesos de división sexual del trabajo y diferenciación social son los iniciadores de la complejidad de las estructuras sociales. La división sexual del trabajo está presente en todas las sociedades de las más simples a las más complejas. En las organizaciones humanas más simples, los

⁵ La relevancia de las tareas de estos agentes es fundamental si se entiende que la doble explotación de las mujeres, en el mercado de trabajo formal y en las comunidades domésticas, produce un excedente de valor mayor del que producen los hombres.

factores de diferenciación social suelen centrarse en el género y la edad, sin embargo la división del trabajo rara vez puede fundarse en dichos patrones. En resumen, los patrones de especialización más relevantes rara vez suelen asociarse a principios biológicamente establecidos.

Connell (1987:109) llama la atención sobre el papel fundamental del poder en el proceso de división del trabajo. Las estructuras de poder y la lucha entre los diversos grupos por conseguirlo son diversos patrones que son centrales para la división sexual del trabajo. El poder y la lucha por conseguirlo tienen la capacidad de darle inicio, detener y, en último término, darle forma y determinar las dimensiones de la división del trabajo.

Antes de entrar de lleno a la división sexual del trabajo es necesario conceptualizar la noción de estructura de género y comprender cabalmente la configuración social de la categoría de género.

Connell (1987:110) también describe la noción de orden de género como un patrón históricamente construido de relaciones de poder entre hombres y mujeres, junto con las definiciones de la femineidad y la masculinidad, en el ámbito de una sociedad. Finalmente, el concepto de régimen de género describe estos patrones a nivel institucional. Un ejemplo de régimen de género es la estructura laboral, la forma en que se dividen los puestos de trabajo entre hombres y mujeres.

El orden de género entendido desde esta perspectiva como una estructura, no sólo da forma a las prácticas sino que es objeto de las prácticas. En otros términos, el orden de género se institucionaliza a través de las prácticas que pueden ser cíclicas o divergentes. Las relaciones derivadas del orden de género son estables mientras los grupos constituidos en base a dicho orden tienen sus intereses puestos en las condiciones cíclicas en lugar de las prácticas divergentes (Connell, 1987:141).

En su libro *Género y Poder*, Connell (1987) identifica tres estructuras interrelacionadas de las relaciones de género: en primer término, la división global del trabajo; en segundo lugar, el poder, en particular, la conexión general de la autoridad con la masculinidad, y en tercer lugar la construcción de la emocionalidad (Connell, 1987:112). Este tridente será la base de la estructura social y las relaciones que se producen en la misma.

En el marco establecido por este autor la estructura ocupacional es un resultado y reflejo del orden de género imperante en el todo social. La división de tareas del mercado, los puestos a ocupar por mujeres y hombres, los espacios en los que primará la presencia de uno u otro, son resultantes del orden de género. El orden de género funciona como una estructura, un conjunto de prácticas y dinámicas que moldean las sociedades. El orden de género sienta las bases sobre las cuales se desarrollan las relaciones humanas convirtiéndose en los cimientos mismos del entramado social. La división de los puestos de trabajo no sólo determina el funcionamiento del mercado sino la manera en que se distribuye el poder en las sociedades, generando dominantes, dominados y subalternos.

La estructura ocupacional de género se vincula con el proceso de diferenciación de género. Mediante la diferenciación de género se exageran las diferencias entre hombres y mujeres, se ponen diferencias donde antes no había y se "naturalizan" características sociales y culturales que construyen la masculinidad y la femineidad. En el plano ocupacional significa que tornan más aptos a

hombres o mujeres para ciertas tareas (Reskin y Padavic, 1994:89). Este proceso de diferenciación se traduce en una clara ventaja de los hombres sobre las mujeres, esta posición se repite en el plano institucional. Una de las instituciones que refleja esta diferenciación es el trabajo.

Aquí se produce la segregación ocupacional es decir existen áreas laborales o posiciones que son principalmente femeninas. Empleos de oficina o cuello blanco, para la clase media (Crompton y Sanderson, 1990; Hakim, 1981) y el “servicio doméstico” para las mujeres provenientes de las clases bajas (Sassen, 2002).

La segregación ocupacional funciona como un factor de estabilidad en la sociedad, la reproducción de esta estructura determinará la reproducción de las identidades de género. En este proceso la división sexual del trabajo, el orden de género y la segregación ocupacional se convertirán en los pilares del *statu quo* social.

En este punto es relevante destacar que la división sexual del trabajo que habilitaba a los hombres para intervenir en la esfera pública y relegaba a las mujeres a la esfera privada, será reforzada por el surgimiento de empleos e instituciones (o la revitalización de las ya existentes como el empleo doméstico) que permitirán combinar la vida familiar de las mujeres, con la intervención en el mercado (Crompton y Sanderson, 1990:43).

La tipificación sexual de ciertos empleos se traduce en áreas laborales bien claras y limitadas abiertas, más o menos exclusivamente, a las mujeres. La tipificación sexual del trabajo se funda en principios convencionales que vinculan a la mujer con lo doméstico, las prácticas imperantes en un momento histórico y la demanda de mano de obra y condiciones del mercado (Crompton y Sanderson, 1990:43).

Merced a las prácticas actuales y como resultado de las fluctuaciones del mercado, un número importante de oportunidades se han abierto para las mujeres nuevos empleos, posibilidades de ascenso en los ya existentes. Las mujeres trabajadoras a menudo tienen el potencial de ganar ingresos más altos que en sus trabajos tradicionales, por lo que se pueden beneficiar de las inversiones en educación y formación (Mooney Cotter, 2004:3).

La posibilidad y en muchos casos la necesidad de ingresar en el mercado de la mujer, lleva a la reestructuración del contrato de género. Este contrato es un acuerdo tácito entre la mujer y el marido mediante el cual se distribuyen las tareas del hogar y la manutención económica del mismo. El modelo que prevalecía previo a las fluctuaciones económicas y sociales era el hombre/*breadwinner*/proveedor y la mujer/*housewife*/ama de casa. El nuevo orden de las cosas llevo a la introducción de la mujer en el mercado, la mujer se vuelve proveedora pero aún mantiene el dominio del ámbito privado, es decir el hogar es aún su responsabilidad (Fudge, 2005:275).

El mercado cambió como consecuencia del neoliberalismo. Una consecuencia de la evolución de las fuerzas capitalistas globales es un cambio hacia un mercado global no regulado. Este cambio hacia también tiene consecuencias dramáticas e indeseables en mano de obra femenina. Generalmente, las mujeres tienden a ser los últimos en beneficiarse de la expansión del empleo y los primeros en sufrir la contracción del mismo. Muchos de los puestos de trabajo creados en la reciente expansión de la agroindustria y el sector terciario implican actividades laborales intensivas, bajos salarios, e informalidad (subcontratacio-

nes). Muchas veces las mujeres son recipientes de estas condiciones, su modo de contratación está signado por una gran inseguridad. La legislación protectora con respecto a los salarios, prestaciones y condiciones de trabajo usualmente se encuentra disminuida. Sumado a esto las redes de seguridad social son inexistentes o desaparecen (Mooney Cotter, 2004:4)⁶.

Estos procesos generan un importante impacto en el ámbito familiar. De acuerdo a diversos estudios algunas de las consecuencias son las siguientes (Comisión Económica para América Latina y el Caribe —CEPAL—, 2007, Encuesta Permanente de Hogares —EPH— 2005, 2007, 2010, Mooney Cotter, 2004:5).

En primer término las mujeres suelen casarse más tarde (CEPAL, 2007:25; Mooney Cotter, 2004:6). En los últimos años se ha producido un cambio las edades de nupcias de las mujeres, entre los 15 y 24 años, la mayoría de la población permanece soltera.

Entre los 25 y los 59 años de edad, la mayoría de la población se encuentra viviendo en unión. Lo interesante de este dato es que dentro de esta franja etaria son las mujeres, las que con mayor frecuencia que los hombres, viven en condición de separadas o divorciadas.

Otro punto de cabal importancia que ha sufrido fuertes modificaciones es la tasa de natalidad. A saber las tasas de natalidad siguen disminuyendo en todas las regiones del mundo. América Latina no es la excepción a este proceso. Entre 1950 y 1955, en la mayoría de los países las mujeres tenían, en promedio, de cinco a seis hijos; sólo en cuatro países, pertenecientes al grupo de transición avanzada, se registraba un promedio inferior a cinco hijos, siendo Uruguay el único con una tasa de fecundidad de menos de tres hijos. Transcurridos 30 años se observa una marcada disminución de las tasas globales de fecundidad, que en el promedio regional alcanzan a 2,6 hijos por mujer. Cuba representa un caso de excepción, ya que la fecundidad ha disminuido a tal punto que se encuentra bajo el nivel de reemplazo de la población, con solo 1,6 hijos por mujer. El caso de Argentina muestra una disminución interesante de la tasa de natalidad la cual en 1985 era de 3,2 hijos por mujer mientras que al año 2005 ésta disminuyó a 2,4.

Otra característica de este nuevo orden de cosas es la importancia de los hogares que cuentan con jefas de hogar. Hasta los años 80 éstos eran minoritarios, esto cambió drásticamente hacia los 90 y se mantiene hasta nuestros días. Es interesante observar que en los países de América Latina, los hogares con jefatura femenina se distinguen principalmente por la ausencia de cónyuge en el hogar; el promedio urbano para el 2002, cerca de un 89% de las jefas vivía sin cónyuge, en contraposición con los jefes de hogar, de los cuales un 87% convivía con su cónyuge o pareja (CEPAL, 2007:28).

Consecuencia directa de la característica anterior es el carácter monoparental de los hogares con jefatura femenina. De acuerdo con un estudio del año 2007 realizado por la CEPAL, *Cerca del 86% de los hogares monoparentales está conformado por una mujer y sus hijos e hijas*⁷. La jefatura femenina ha ido en aumento

⁶ Este era el caso argentino con anterioridad a la sanción del Nuevo Régimen para trabajadoras de casas particulares (ley 26.844). En la actualidad nuestro país se encuentra en una etapa protectora de este sector laboral aunque hoy existen limitaciones como la cuestión de las obras sociales. Este será materia de otro artículo.

⁷ CEPAL (2007). Disponible en: <http://www.eclac.org/publicaciones/xml/0/32030/ODMMUJER-COMPLETO.pdf>.

en la mayoría de los países. En 1994, un 24%, en promedio, de los hogares urbanos estaba encabezado por una mujer, proporción que en el 2002 llegó al 28%. El leve, pero sistemático, incremento de la jefatura femenina que se aprecia en los hogares nucleares biparentales puede ser indicativo de cambios culturales en que las mujeres empiezan a reconocerse como jefas, pese a que tradicionalmente esta designación había recaído en los hombres (CEPAL, 2007: 86).

La jefatura de hogar, el hecho de tener sobre sus hombros el peso de la familia (hogares monoparentales) o la carga compartida del hogar (hogares con doble ingreso) lleva a la participación de la mujer en el mercado laboral. En la última década se ha registrado un sostenido crecimiento de la tasa de participación laboral de las mujeres en América Latina; es así que entre los años 1990 y el 2002, dicha tasa tuvo un incremento promedio de cerca de 12 puntos porcentuales, lo que la llevó de un 38% a cerca de un 50% de la población femenina urbana de 15 años y más de edad.

Finalmente, se puede argumentar como una característica de este proceso el auge del empleo doméstico como una institución fundamental en el seno familiar. En este punto resulta interesante observar el porcentaje de mujeres que realizan esta actividad en comparación con el resto de las ocupadas. A saber en la Argentina, considerando el total de aglomerados relevados por la Encuesta Permanente de Hogares, el trabajo doméstico remunerado es una ocupación que concentra un número importante de mujeres. En el segundo trimestre del 2010 representaba al 17,8% del total de mujeres ocupadas y el 22,2% del total de asalariadas de todo el país. Este fenómeno adquiere más relevancia cuando se advierte que el empleo asalariado representa al 80% de la ocupación femenina.

El cambio de circunstancias y la reestructuración del orden de género producen un "Nuevo Contrato de Género". Como se estableció con antelación el viejo contrato de género se basó en el modelo de hombre/proveedor y mujer/ama de casa, en la que los hombres trabajan a tiempo completo por un salario suficiente para mantener cónyuge y los niños. Las mujeres, una vez casadas, se limitaron a realizar trabajo doméstico no remunerado.

Esta organización, el hombre/proveedor y la mujer/ama de casa, era la base de contrato de género post-guerra en las economías capitalistas avanzadas industrializadas y liberales (Fudge, 2005: 266). Este modelo fue hegemónico hasta los años 1980 y principio de la década de los 90.

Pero este viejo contrato de género caduca merced al surgimiento de nuevas circunstancias socio económico que generan la disminución de los salarios de los hombres y el aumento de la participación laboral de las mujeres. Esto se traduce en que los hogares de doble ingreso se convirtieran en la regla (hombres y mujeres trabajaban en el mercado laboral). A mediados de los años '90 siete de cada diez familias poseen doble ingresos (Fudge, 2005:275, Mooney Cotter, 2004:5).

La participación de las mujeres se incrementa dramáticamente, muchas de estas mujeres con hijos pequeños. Las características de la organización del tiempo del trabajo, largas horas laborales, la extensión de la semana laboral, tornan difícil para la mujer hacer frente al ingreso al mercado laboral. Pero simplemente no es opción quedar fuera del mismo (Fudge, 2005:269). América Latina es un ejemplo de esta situación, las tasas de empleo femenino se incrementaron en los últimos 20 años de manera constate. Entre los años 1990 y el 2002, dicha tasa tuvo un incremento promedio de cerca de 12 puntos porcentuales, lo que la

llevó de un 38% a cerca de un 50% de la población femenina urbana de 15 años y más de edad.

Las preguntas que se generan son ¿esta reestructuración de “Contrato de Género” significó una reconfiguración del trabajo doméstico? Y, ¿deja de ser el trabajo doméstico responsabilidad de las mujeres? Y, ¿pasa a ser el hombre el responsable de estas actividades? La respuesta a estos interrogantes es no, en principio el trabajo doméstico es una tarea desarrollada principalmente por mujeres (Reskin Padavic, 1994:66). Este autor afirma que pese a los cambios socio-económicos sufridos en las sociedades, la estructura de división sexual del trabajo no ha sido modificada.

Como se viene argumentando, se puede decir que en la actualidad la responsabilidad de sostén económico de la familia es compartida por las mujeres, no pudiendo afirmarse lo mismo con respecto a los hombres y el trabajo doméstico. En resumen, la mujer debe trabajar, debe ingresar al mercado laboral pero el hogar, la manutención del mismo es aún responsabilidad del ama de casa (Fudge, 2005; Mooney Cotter, 2004; Reskin Padavic, 1994).

Así surge un dilema central de la mujer trabajadora, trabajar y responder por el funcionamiento del hogar. La ejecución de las tareas del hogar lleva tiempo y las mujeres al ingresar en el mercado laboral deben aceptar las condiciones de trabajo que en muchos casos se corresponden a amplias jornadas laborales. La dicotomía entre mujer trabajadora/ama de casa es fundamental en la reconstrucción de la vida familiar, más aún de todo el ámbito privado de las sociedades actuales.

Frente a la dicotomía ama de casa/trabajadora - mercado/hogar, surgen diversas estrategias, a saber: el empleo doméstico y la reducción del número de dependientes del hogar. A veces se configuran estrategias mixtas; empleo doméstico más reducción de dependientes, para hacer frente a este dilema. Esto se refleja en dos factores, ya mencionados con antelación, la reducción de la tasa de natalidad y la importancia del empleo doméstico a los fines de la satisfacción y manutención del hogar⁸.

Resumiendo el contexto económico actual y la situación de la mujer en el mismo, se puede decir que el desarrollo del capitalismo produce una gran demanda de nuevos trabajadores para satisfacer dos áreas completamente diferentes: por un lado puestos laborales especializados y con posibilidades de ascenso y por otros trabajos con salarios bajos y pocas posibilidades de ascenso (Carosio, 2010; Godoy Catalán, Díaz Berr y Carderell, 2009:55). Si bien estos sectores económicos son diferentes comparten un punto en común: van a ser satisfechas por las mujeres, las cuales de acuerdo a su formación y sus posibilidades de ingreso

⁸ La primera estrategia, reducción de la tasa de natalidad, es significativa en América Latina donde países como Bolivia disminuyen de 5,3 a 4,0 hijos por mujer entre 1985 a 2005. Esta tendencia se mantiene en mayor o menor medida en todos los países de la región. En México se da una disminución de 2 hijos bajando de 4,2 a 2,5. Argentina no es extraña a este proceso la tasa decrece en 1 punto, de 3,2 en 1985 a 2,4 en 2005 (CEPAL, 2007:37).

La segunda estrategia a los fines de hacer frente al ingreso de la mujer en el mercado laboral, el trabajo doméstico remunerado, es sumamente relevante. Esta importancia no sólo se refleja en el número de mujeres empleadas en este sector del mercado laboral sino en el número de hogares que poseen empleadas domésticas. El incremento de estos hogares es significativo en los hogares de clases media - clase media alta. De acuerdo al Segundo Informe del CEMyT en la Argentina, la contratación de servicio doméstico es frecuente en los sectores de ingresos medios y altos.

al mercado laboral, formarán parte de uno u otro eslabón de la fuerza laboral (Sassen, 2002:266; Fudge, 2005:278).

Frente a esta reestructuración del mercado y el hogar, se produce un reconfiguración en la división entre lo público y lo privado, en los agentes que se moverán en uno u otro ámbito. Caben realizar las siguientes preguntas: ¿las reestructuraciones de estos ámbitos sólo tienen efectos sobre el mercado y el hogar? O por el contrario, ¿existe una reconfiguración de la distribución del poder? La respuesta a estos interrogantes es clara: existe una relación intrínseca entre la división de las esferas pública y privada y la distribución del poder entre los agentes sociales.

El ingreso de la mujer al mercado laboral y su potencialidad en la nueva distribución del poder es sólo una cara de la reestructuración del “Nuevo contrato de género”. La otra cara de este nuevo orden de cosas también tendrá como protagonistas a las mujeres trabajadoras: las empleadas domésticas. Estas mujeres desarrollarán las tareas del hogar frente a la disminución de posibilidades del ama de casa. La mujer se vuelve el agente del cambio por un lado ingresa a la esfera pública pero manteniendo su injerencia en la instancia privada, bien estando a cargo del hogar o como trabajadoras de casas de familias. La reconstrucción del contrato de género no implica la redistribución de las tareas domésticas entre hombres y mujeres sino la doble carga para las mujeres que recurren a otras mujeres, externas al hogar, a los fines de hacer frente a esta situación. La nueva situación política/económica plantea una tensión en el rol de la mujer por un lado, sujeto empoderado que se abre paso desde la esfera privada hacia lo público y en el otro extremo una mujer que ingresa al hogar de otra familia para satisfacer las necesidades de otra familia. Esta última será subalterna en las estructuras sociales.

A modo de resumen, se puede concluir que el ingreso de la mujer al mercado laboral genera un vacío en el hogar, el trabajo doméstico (que aún es responsabilidad de la mujer) debe ser ejecutado, es en este marco que la institución de la trabajadora doméstica/trabajadora de casas particulares surge para dar cumplimiento a esta necesidad básica. En otros términos se produce un resurgimiento de las clases de servicio (Sassen, 2002:267).

IV. La construcción de la categoría del trabajo doméstico remunerado

Esta sección intenta desentrañar la categoría de trabajo doméstico remunerado, realizando una muy breve reconstrucción de su historia y mostrando ciertos aspectos que propiciaron su actual conformación, es decir, la configuración de una “nueva clase de servicio” (Sassen, 2002:268). Con esta finalidad se presentarán los aspectos iniciales de esta actividad y se mostrará sus avances frente al devenir histórico.

El trabajo doméstico ha sido a lo largo de la historia una actividad con un alto grado de desarrollo siendo su característica central el ámbito donde se lleva a cabo, el hogar, esfera privada por excelencia. De esto se desprende la unidad que será beneficiada por la ejecución de esta actividad: la familia. La casa u hogar y la familia son caracteres que se han mantenido a lo largo de la historia.

Pese a la persistencia histórica de estos dos caracteres, tanto en la edad antigua como en la edad media estas actividades eran desarrolladas en los ho-

gares pudientes por sirvientes “clase de servicio”, éstos tenían limitada su libertad⁹ y se reconocía su pertenencia al domo (SASSEN, 2002:268). En el caso de las familias con menores posibilidades adquisitivas estas tareas eran desarrolladas por las mujeres de las familias. Pero en este último caso no estamos hablando de servicio doméstico sino de trabajo doméstico no remunerado ejecutado por la mujer.

Históricamente los sujetos que desempeñaban el trabajo doméstico eran parte del grupo familiar o eran “como” de la familia (la criada). Esto marca un componente central de esta actividad: la familiaridad. Factores como el ámbito donde se desarrollan las tareas domésticas, el hecho de la convivencia con el grupo familiar, la pertenencia o cuasi pertenencia a la familia, generan una familiaridad. Este componente se ha mantenido a lo largo de los siglos pese a haber cambiado, en muchos casos, los sujetos que desempeñan dicha actividad laboral (Contartese, Maceira, Schleser, 2006; Herrero, 2009).

La existencia del trabajo doméstico ejecutado por mujeres extrañas al seno familiar en los hogares pudientes se mantuvo constante durante los siglos XVII, XVIII y XIX, conservando las características analizadas, una cuasi familiaridad y un estatus inferior al de un trabajador externo al ámbito privado. En el caso de los hogares de clase media y media alta, se mantuvo la ejecución del trabajo doméstico por parte de las mujeres de la casa.

Durante la segunda mitad del siglo XX se produjo una explosión de esta actividad laboral fundada en el ingreso de las mujeres al mercado laboral. Este crecimiento se incrementó de manera importante hacia finales del siglo XX y principios del nuevo siglo. La razón económica y social de este fenómeno se funda en la necesaria introducción en el mercado laboral de la mujer perteneciente a la clase media. La mujer debe ingresar al mercado laboral a los fines de incrementar el ingreso monetario del mismo. De esta manera las actividades del hogar, el cuidado del mismo, del grupo familiar, en pocas palabras las tareas reproductivas del hogar, quedan a cargo de otra mujer: la empleada doméstica.

La dinámica económica lleva a que la mujer tenga una doble entrada en el mercado laboral, por un lado el ama de casa de la clase media llena los puestos de trabajos de cuellos blancos o especializados con posibilidades de ascenso. Y por otro lado se presenta el empleo doméstico remunerado como una puerta viable de acceso a una remuneración a cambio de una tarea que no exige una formación profesional ni una especialización (Reskin y Padavic, 1994:67). Existe una relación de causa y efecto entre la entrada al mercado laboral de la mujer de clase media y el incremento en el trabajo doméstico remunerado, para que algunas mujeres salgan del seno familiar, tienen que entrar otras que mantengan en funcionamiento el hogar.

Se ha producido un incremento del trabajo del hogar remunerado frente al trabajo doméstico no remunerado, teniendo como protagonista central de este cambio a los hogares de clase media. Se produjo el surgimiento de una “nueva clase de servicio” que se convirtió en heredera de las características del trabajo doméstico no remunerado: la duda de ser reconocido como “trabajo”, la invisibilidad, la desprotección, y la retórica de esta actividad. Si bien esta nueva clase

⁹ En el primer caso se puede destacar el caso de las polis griegas y el imperio romano donde las familias ricas delegaban las tareas del hogar a los esclavos. En la edad media surge la figura del vasallaje, en este caso muchas de las tareas del domo eran desarrolladas por los vasallos.

de servicio recibiera un salario por su actividad laboral, estará marcada por una posición desfavorable económica, laboral y social además será heredera de una retórica discriminatoria que las cosificará, marcándolas como pertenecientes al domo, la idea de servilismo a través del término "sirvienta", la infantilización de la trabajadora mediante apelativos tales como: chica o muchacha, entre otros.

La empleada doméstica viene a llenar el vacío dejado por el ama de casa, realizando todas las tareas del hogar y permitiendo la reproducción del grupo familiar. La empleada doméstica ingresa al hogar, ámbito privado por excelencia y desarrolla las tareas que el ama de casa realizaba gratuitamente, a cambio de una remuneración (Fudge, 2005, Mooney Cotter, 2004). No obstante, ciertos caracteres como la invisibilidad, la duda sobre su condición de trabajo, la emocionalidad, los vínculos de cuasi parentesco que se generan, entre otros.

Ahondando en la situación de la empleada doméstica, al calificarla como una heredera del rol del ama de casa, con todas las cargas económica, política, social y cultural que esto trae aparejado, reconociendo como decía Engels que la mujer es la proletaria del hogar, al estar sometida al hombre capitalista, se puede decir que la empleada doméstica no sólo está sometida al hombre capitalista sino a la mujer y toda la familia a la cual le debe obligación de respeto y servicio. En la estructura familiar la trabajadora de casa particular es subalterna de toda la familia. Este carácter subalterno se transpola al ámbito público al no tener reconocida cabalmente su calidad de trabajadoras o poseer un reconocimiento limitado de sus derechos.

Como se destacó, existen ciertos caracteres que se han mantenido intactos o han variado en menor medida. Las personas que realizan estas tareas suelen ser asimilados a la familia o envueltos en un sentimiento de familiaridad oscureciendo los límites de la relación. Esta situación posee una vinculación directa con el ámbito en el cual se desarrolla, el hogar, siendo la familia receptora de estas prestaciones. El trabajo doméstico remunerado es heredero de la invisibilidad del trabajo doméstico no remunerado realizado por el ama de casa, a su vez se suma a esta situación de sumisión la propia de la clase social de la empleada y el hecho de no estar en pie de igualdad con los miembros del hogar, los cuales no son todos empleadores directos (obligación de respeto) y su empleador/a directo/a que suele ser la mujer. De esta manera, la relación laboral en términos subjetivos (empleador/a) suele ser multifacética.

V. Reflexiones finales

La división sexual del trabajo, el orden de género, la estratificación laboral, son todos factores que definen la estructura de un sistema económico e impactan sobre las relaciones de la vida diaria. La relación entre el capitalismo y el patriarcado como sistemas de organización social, es fundamental a los fines de comprender la organización de las sociedades contemporáneas. Esto nos conduce a afirmar que existe una vinculación (mutuo refuerzo y fortalecimiento) entre patriarcado y capitalismo, una interconexión central.

El rol de la mujer es central en el proceso de reproducción de las estructuras sociales y económicas, en último término la mujer se torna en un agente fundamental en el mantenimiento del *statu quo*. La mujer en situación de pobreza al

ingresar al mercado del trabajo doméstico remunerado es un agente central en este proceso y al mismo tiempo se encuentra subordinada de manera determinante.

En la actualidad existen luchas y tensiones en pos de romper tal subordinación. En otros términos estas mujeres buscan su reconocimiento como trabajadoras y para hacerlos salen de la "oscuridad" de la esfera privada ingresando a la dimensión pública¹⁰.

El ingreso a la esfera pública implica el empoderamiento de éste y otros grupos. Se puede decir que existe una reestructuración de las relaciones de poder y quizás en cierta medida una redistribución del poder, entre grupos que antes que encontraban excluidos o subordinados en las relaciones de poder.

En este marco se busca una reestructuración o la construcción de un nuevo orden de género, esto se ha convertido en un escenario de lucha global. El accionar de las trabajadoras de casas particulares, su lucha para configurar un nuevo régimen que regule su actividad laboral, la búsqueda de ser reconocidas como trabajadoras y la irrupción en la esfera pública como agentes legítimos permite observar y estudiar los nuevos campos de luchas presentes en las sociedades contemporáneas.

Nuestro país se configura en un campo de estudio de esta situación. El naciente movimiento de trabajadoras de casas particulares de la República Argentina se construyó y levantó como una de sus banderas de lucha una nueva y mejorada legislación tendiente a la regulación de su actividad laboral. Merced a las luchas de estas organizaciones (sindicatos, asociaciones y sectores gubernamentales) se sancionó en el año 2013 un nuevo régimen ley 26.844¹¹, precursor (a nivel latinoamericano y mundial) en diversos aspectos laborales y de seguridad social. Esto será objeto de un futuro artículo, el cual continuará con esta línea de análisis.

Bibliografía

ANDERSON, BRIDGET (1999), *Doing the dirty work? The global Politics of Domestic Labour*, Zed Books, London and New York.

ANKER, RICHARD (2001), *Theories of occupational segregation by sex: an overview*. In *Women gender and Work*, Martha Felherolf Loutfi (ed.), pp. 129-155.

BAKKER, ISABELLA (2008), *Social Reproduction and the constitution of a Gendered Political Economy*. In *New Political Economy*.

BATTHYANY, KARINA (2004). *Cuidado infantil y trabajo ¿un desafío exclusivamente femenino?* Montevideo: CINTERFOR. Disponible en: <http://www.oitcinterfor.org/public/spanish/region/ampro/cinterfor/publ/bathhya/index.htm>.

BRAUDEL, FERNAND (1992), *Civilization and Capitalism, 15th - 18th Century*, Vol. I, University of California Press.

BRAVERMAN, HARRY (1974), *Labour and Monopoly Capital. The degradation of work*, in the Twentieth Century Monthly Review Press, New York.

¹⁰ Es importante destacar que éste es uno de los grupos que persigue este reconocimiento. Entre otros pueden nombrarse las trabajadoras sexuales, los recuperadores urbanos y demás. Lo que tienen en común estos grupos es su subordinación.

¹¹ <http://www.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/210000-214999/210489/norma.htm>.

BRENNER, BARBARA y LASLETT, JOHHANA (1989), *Gender and Social Reproduction: Historical Perspectives*, en *Annual Review of Sociology*, Vol. 15 (1989), pp. 381-404.

BROIDE, JANINE (2005), *Globalization and insecurity and the paradoxes of the social*, en BAKKER and GILL (eds.), *Power, Production and Social Reproduction*, pp. 46- 65.

CAROSIO, ALBA (2010), *El trabajo de las mujeres: desigualdad, invisibilidad y explotación*, en *Revista Venezolana de Estudios de la Mujer Caracas*. Venezuela julio/diciembre 2010 – vol. 15/ n° 35, pp. 7-14. Disponible en: <http://www.scielo.org.ve/pdf/rvem/v15n35/art01.pdf>.

CROMPTON, ROSEMARY and SANDERSON, KAY (1990), *Gendered Jobs & Social change*, London Unwin Hyman Boston Sydney Wellington.

COLLINS, RANDALL (1991), *Women and Men in the class structure*, en *Gender Family and Economy The triple overlap* Rae Lesser Blumberg (ed.), pp. 52-73.

CONNELL, ROBERT (1987), *Gender and Power Society, the Person, and Sexual Politics*, Stanford University Press.

CONTARTESE, DANIEL, VERÓNICA MACEIRA y DIEGO SCHLESER (2006), *Situación laboral del servicio doméstico en la Argentina*. Subsecretaría de Programación Técnica y Estudios Laborales, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Buenos Aires.

DE ANGELIS, MASSIMO (2010), *The Beginning of History: Value Struggles and Global Capital*, Pluto Press.

ENGELS, FREDERICK (2005), *The origin of the family, private property, and the state*. Pathfinder, New York London Montreal Sydney.

ESTRADA, MARGARITA (1989), *Trabajo Femenino y Reproducción de la Fuerza de Trabajo Industrial*, *Boletín de Antropología Americana*, 8: 133-140.

FUDGE, JUDY (2005), *A new gender contract? Work/life balance and working-time flexibility*, en *Labour Law, Work, and Family*, Joanne Conaghan and Kerry Rittich, pp. 261- 287.

HAKIM, CATHERINE (1981). *Job segregation: trends in the 1970's*, *Employment Gazette*, december, pp. 521-529.

HARNECKER, MARTHA (1979), *Explotación Capitalista*, Ediciones De La Torre y Akal Editor, Barcelona.

HIMMELWEIT, SUSAN (1999), *An evolutionary approach to caring*, European Association for Evolutionary Political Economy, Prague.

KALPAGAM, U. (1994), *Labour and Gender Survival in Urban India*, Sage publications, New Delhi/ Thousand Oaks/London.

MARTINEZ DE PISON, JOSÉ (2003), *Mundialización y mundializaciones*, REDUR N° 1 2003. Disponible en: <http://www.unirioja.es/dptos/dd/redur/numero1/martinez.pdf>.

MICK, CAROLA (2009). *Discourses of 'border-crossers': Peruvian domestic workers in Lima as social actors*, en *Discourse Studies* April 2011 13: 189-209. Disponible en: <http://dis.sagepub.com/content/13/2/189.full.pdf+html>.

MOONEY COTTER, ANNE-MARIE (2004), *Gender Injustice An international Comparative Analysis Of Equality in Employment*, Ashgate, London.

PATEMAN, CAROLE (1988), *The fraternal Social contract*, en KEANE, JOHN, *Civil Society ant the State: New European Perspective*, Editorial Verso, London.

PEREZ DIAZ (1993), *The return of civil society*, Harvard University Press.

PICCHIO, ANTONELLA (1992), *Social Reproduction. The political Economy of Labour Market*, Cambridge University Press.

RAMÍREZ-MACHADO, JOSÉ MARÍA (2003), *Domestic work, conditions of work and employment: A legal perspective*, International Labour Office. Disponible en http://www.ilo.int/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---travail/documents/publication/wcms_travail_pub_7.pdf.

RESKIN, BARBARA and PADAVIC, IRENE (1994), *Women and Men at work*, Pine Forge Press Thousand Oaks, London New Delhi.

RODRÍGUEZ ENRÍQUEZ, CORINA (2005), *Empleo femenino, economía del cuidado y políticas públicas: algunas consideraciones desde la evidencia argentina*, en: CARBONERO GAMUNDÍ, MARÍA ANTONIA; LEVÍN, SILVIA (comps), *Entre familia y trabajo: relaciones, conflictos y políticas de género en Europa y América Latina*, HomoSapiens, Rosario, 2007, pp. 177-202.

RUESCHEMEYER, DIETRICH (1986), *Power and the division of Labour Polity Press*, Cambridge.

SALTZMAN CHAFETZ (1991), *The gender Division of labour and the Reproduction of female desavantege Toward an Integrated Theory*, en *Gender Family and Economy The triple overlap*, Rae Lesser Blumberg (ed.), pp. 74- 94.

SASSEN, SASKIA (2002), *Global Cities and Survival circuits In Global Women Nannies, Maid, and Sex Workers in The New Economy*, Barbara Ehrenreich and Arlie Russell Hochschild (eds.), pp. 254- 274.

UNIFEM (2000), *Progress of the World's Women*, Washington DC.

WELLER, JÜRGEN (2006), *Los jóvenes y el empleo en América Latina desafíos y perspectivas ante el nuevo escenario laboral*. Disponible en: <http://www.eclac.org/publicaciones/xml/7/26547/Juventudyempleo.pdf>.



LO REAL EN LA GEOGRAFÍA DE LOS AUDIOVISUALES UNIVERSITARIOS DE NO FICCIÓN*

Claudia Guadalupe Grzincich**
Mariela Lucrecia Parisi***

Resumen: Este artículo presenta un avance preliminar de la investigación realizada en el marco del proyecto titulado “Nuevas miradas en investigación y producción de contenidos en la pantalla”¹, llevado a cabo en la Escuela de Ciencias de la Información de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNC. Específicamente, aquí se indagan algunos modos de representación de lo real que proponen producciones audiovisuales de “no ficción” realizadas por los alumnos de este espacio académico entre los años 2008 y 2010.

Considerando que el proceso por el cual representaciones particulares se tornan colectivas está fuertemente vinculado a la producción de sentido y a los (posibles) efectos que exuda la discursividad social, se abordan producciones desarrolladas por estudiantes universitarios en el marco del proceso que tiene por culminación la elaboración de su tesina de grado.

Palabras claves: Discurso audiovisual - No ficción universitaria.

I. Introducción

Este trabajo reflexiona sobre los modos de construcción de la realidad que producen cuatro audiovisuales de “no ficción”² titulados *Ser Comechingón; Un techo para mi país; Que sepa tejer, que sepa bordar. Que sepa abrir la puerta para ir a trabajar* y *El Cuenco*. Las mismas fueron generadas por alumnos universitarios en el marco del recorrido de su trabajo final de grado en la Escuela de Ciencias de la Información entre los años 2008 y 2010.

Desde una mirada teórica focalizada en la sociosemiótica y a partir de recuperar los aportes metodológicos desarrollados por el análisis del discurso audiovisual, interesa indagar la representación de lo real en producciones que, desde el espacio universitario, problematizan el entramado de la sociedad argentina contemporánea.

Así, del mismo modo que ninguna imagen puede ser filmada sin alterar el original, la subjetividad no puede ser dejada de lado desde el momento mismo

* Recibido el 01/12/14. Aprobado el 08/09/15.

** Lic. en Comunicación Social. Mgter. en Sociosemiótica. Doctoranda en Semiótica. Docente Escuela de Ciencias de la Información. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad Nacional de Córdoba. E-mail: grzincich@hotmail.com.

*** Lic. en Comunicación Social. Doctoranda en Semiótica. Mgter. en Dirección de Comunicaciones Institucionales. Docente Escuela de Ciencias de la Información. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad Nacional de Córdoba. E-mail: marielaparis@gmail.com.

¹ Investigación avalada y financiada por la Secretaría de Ciencia y Técnica (SECyT) de la Universidad Nacional de Córdoba.

² Dentro del vasto campo que constituye el audiovisual, abordaremos únicamente producciones caracterizadas como de “no ficción” debido a que se trata de una categoría que posibilita incluir tanto producciones documentales clásicas como informes periodísticos, trabajos de archivo, testimoniales o educativos.

en que se elige un personaje, un encuadre, un punto de vista. Un documental es siempre una interpretación subjetiva e ideológica de la realidad; nunca su copia fiel. Al respecto, la investigadora Stella Bruzzi insiste en que la realidad siempre se construye y que el cine documental no es, ni mucho menos, una ventana transparente a la misma. Por el contrario, el documental produce siempre y cada vez una nueva verdad en tanto efecto ideológico.

Si bien actualmente puede resultar poco significativo oponer la no ficción a la ficción —ya que las posturas que identificaban al documental con los discursos de sobriedad en pos de una pretendida objetividad han perdido su eficacia— hasta principios de los años ochenta, las principales corrientes se planteaban una crítica de lo real³ a partir de la cual éste devenía en la ontología que esa realidad proponía como única posible. Delegaban así al documental el poder de transmitir la verdad sobre el mundo, relegando el componente crítico que quedaba supeditado a una visión esencialista de la realidad.

Con el correr del tiempo, se abandona la idea del documental como espejo de la realidad en pos de pensarlo como una construcción discursiva que produce un “efecto de real”. Se privilegia así la crítica epistemológica de la ontología de la realidad y su representación, desplazando a un segundo término la voluntad mimética y testimonial. Continuando al filósofo Jaques Rancière (2005) pensamos que “una película ‘documental’ no es lo contrario a una ‘película de ficción’ porque nos muestre imágenes captadas en la realidad cotidiana o documentos de archivos sobre acontecimientos verificados en lugar de emplear actores para interpretar una historia inventada”. Y agrega: “Para ésta lo real no es un efecto a producir sino un dato a comprender” (Rancière, 2005: 183).

II. Opciones metodológicas y fragmentación de corpus

Dentro de las consideraciones metodológicas que exponemos en este apartado, cabe aclarar que la investigación que dio origen a este artículo se basa en un proyecto de investigación sobre la producción y realización de contenidos audiovisuales realizados por alumnos de la Escuela de Ciencias de la Información de la Universidad de Córdoba entre los años 2001 y 2011. Los mismos son fruto del recorrido final de la licenciatura en Comunicación Social, conformada por la elaboración de una tesina —las cuales ya fueron todas concluidas y aprobadas—. Consideramos así este análisis como un momento dentro de un proceso mayor de investigación.

En cuanto al corpus conformado por los audiovisuales seleccionados, éste se conformó con un diseño exploratorio-descriptivo recuperando aquellas que se adecuan a la no ficción, pudiendo conllevar trazas documentales, institucionales o periodísticas. Para su análisis, dado que nuestro objetivo principal es captar las formas en las que construye significativamente la realidad en este momento histórico particular y los posibles efectos de sentido que se generan a partir de ellas, desde una perspectiva semiótico-discursiva nos preguntamos por

³ El concepto de lo real se resume como lo inalterable y verdadero externo a la experiencia personal de la percepción, denominado realidad. Naturalmente, los dos conceptos se cruzan en las reflexiones científicas y no se presentan sino imbricados. Por ello lo real y la realidad, *a priori* lo inalterable externo y la construcción personal perceptiva, respectivamente, no serán diferenciados en las interpretaciones que siguen.

los procedimientos enunciativos mediante los cuales ésta es zurcida. Recupéramos así herramientas de la enunciación audiovisual a partir de autores como François Jost (2002) y Francesco Casetti y Federico Di Chio (1991) conceptualizaciones desarrolladas por la semiótica entendiendo a los discursos audiovisuales que, en tanto representaciones, son parte de la semiosis y ésta constituye el horizonte de comprensión de la realidad representada.

En este camino, pensamos que el análisis del discurso, en tanto campo interdisciplinario, constituye una herramienta fundamental para su estudio al concebirse, retomando a Elvira Arnoux, “como un espacio que expone las huellas del ejercicio del lenguaje por parte de los sujetos”. De modo tal que nos permite operar sobre las marcas que emergen del texto para pensar “la lucha por la apropiación e imposición del sentido en la arena de lucha de las clases sociales” (Bajtín, 1982) en función de la dinámica de la construcción discursiva del audiovisual de no ficción. En este camino, nos preguntamos ¿cómo se construyen los relatos? ¿Qué estrategias se utilizan para legitimarlos y darles valor de verdad? ¿Qué tipo de efectos posibles de sentido se generan, mediante qué testimonios?

Arnoux señala que analizar el discurso implica articularlo con lo social, entendido ya sea como situación de enunciación, institución, estructura social, condiciones de producción, esferas de la vida social o, simplemente, contexto. La autora dice: “el análisis del discurso es un instrumento que permite entender las prácticas que se producen en todas las esfera de la vida social en las que el uso de la palabra —oral y escrita— forma parte de las actividades que en ella se desarrollan (...)” (Casamiglia y Tuson, en Arnoux, 2006: 7). De modo tal que, esta manera de enfocar al discurso, produce una primera ruptura con la concepción clásica del mismo, en tanto se instala la posibilidad de dejar de pensar al texto como producto dado, cerrado en sí mismo y autosuficiente, para centrar el análisis “en el discurso como práctica social” (Costa y Mozejko, 2001).

En relación a ello, tomamos las categorías trabajadas por Bajtín como la de *dialogía* (1982), desde la cual puede pensarse el sentido dado como una relación de sentidos; hay sentidos posibles que se activan en contacto con otros sentidos plasmados en las palabras, los textos, la cultura⁴. De ahí que el sujeto no es el origen del sentido, no es la fuente de sentido, no hay sentido individual. El discurso es producción social de sentido. Las marcas de la subjetividad en los discursos no representan la formación de un individuo sino de un sujeto que se genera en el acto de enunciación. El sentido se produce por fricciones y choques con los otros sentidos que se producen socialmente. Por último, recuperamos la idea de Kristeva de reflejar ese “diálogo” que se produce en el interior de un enunciado, discurso o texto entre el Sujeto de la enunciación y el Sujeto del enunciado: “Un discurso dialógico (...) en sus estructuras, la escritura lee otra escritura, se lee así misma y se construye en una génesis destructiva” (Kristeva, 1969:206-207). El dialogismo es inherente al propio lenguaje asumido por el sujeto así como a la escritura en donde se lee al otro. El dialogismo bajtiniano designa “la escritura a la vez como subjetividad y como comunicatividad o, como intertextualidad;

⁴ De acuerdo a Bajtín, podemos afirmar que no hay sentido único ni inmanencia de sentido, sino una potencialidad infinita de sentidos que se da en la dinámica múltiple y diversa en la que se produce la interacción con el otro. La dialogía de lo social produce de manera incesante los sentidos y la Verdad. A su vez, el proceso de la dialógica se presenta como una zona de disputa ideológica. Ver BAJTÍN, *Estética de la creación verbal* (1982).

frente a ese dialogismo, la noción de *persona-sujeto de la escritura* comienza a borrarse para ceder su lugar a otra, la de la ambivalencia de la escritura” (Kristeva, 1969:195). Estas categorías utilizadas para entender la creación del sentido en los textos, fueron traspoladas al análisis de productos culturales que nos hablan en lenguaje audiovisual, lo que constituye una situación discursiva que asume las mismas propiedades planteadas en el marco teórico-metodológico asumido.

III. Apuntes breves sobre la noción de documental

El documental aún permanece en un proceso de discusión en cuanto a su definición. A lo largo del tiempo, distintos autores han teorizado sobre éste proponiendo conceptualizaciones, clasificaciones y perspectivas diversas sin lograr arribar a un consenso unánime al respecto. Una posible delimitación del término se encuentra vinculada a su etimología, a los modelos teóricos que han sustentado y analizado esta práctica, a la evolución del campo audiovisual y a su respectiva historia y crítica. Como señala Alejandro Cock (2009), ya en 1914 Edward Curtis hablaba de *documentary material* y *documentary work* para referirse a las imágenes en movimiento de no ficción. Poco tiempo después, durante la década del '20, los franceses utilizaron ampliamente el término *documentaires* para clasificar las películas de viajes y actualidades realizadas en esa época. Se tomó así prestado el concepto de documento para designar películas o tomas ligadas a la realidad, y es este estatus de documental el que marcará las discusiones teóricas en torno al mismo y su propia conformación como discurso de la realidad (Cock, A. 2009:40).

Al respecto, Bill Nichols (1997) afirma que el documental es un género con características específicas. Idea que nos conduce en forma directa a Mijail Bajtín (1982) quien, a comienzos del siglo XX, debate sobre los géneros discursivos no sólo desde la crítica literaria y la lingüística sino que plantea un interés especial por estudiarlos en relación con las esferas de actividad humana en las dimensiones social y cultural de cada comunidad de hablantes y de los usuarios de esa comunidad. Así, en términos bajtinianos, podemos reconocer enunciados relativamente estables que pertenecen a una praxis determinada a partir de los cuales podemos dar cuenta del mismo, de su estilo y composición, determinados por el aspecto temático y por el momento expresivo —es decir, por la actitud valorativa, subjetiva y evaluadora del hablante con respecto al contenido semántico de su propio enunciado— en referencia al mundo histórico. En este camino al narrar, organizar y dar sentido a la experiencia humana, el documental crea invenciones que construyen al sujeto y determinan su inscripción en el mundo a partir de una representación social (y subjetiva) de la realidad.

En tanto, autores como Raúl Beceyro (2007) afirman que el cine documental no posee una estructura deliberada que se apoya en un modelo preexistente y, en consecuencia, no es un género. Por otro lado, investigadores europeos como Roger Odin (1998) optan por hacer referencia a un “efecto documentalizante” que se caracteriza por el establecimiento de una relación con el exterior pero que no necesariamente tiene que enmarcarse en el registro de no ficción. A diferencia de los anteriores, Gustavo Aprea (2004) propone considerar al documental no como género ni como efecto sino como dispositivo; concepto que no sólo permite articular las múltiples lecturas existentes sobre el término, sino

que también hace referencia al modo de organizar disposiciones tecnológicas, técnicas y textuales que constituyen al documental y que posibilitan la heterogeneidad y diversidad que lo caracteriza. En consecuencia, se considera al documental como una particular manera de organizar la articulación entre un determinado dispositivo técnico (el registro digital o analógico de imágenes y sonido) y una serie de prácticas culturales, textuales y políticas que son reconocidas bajo este término.

IV. La realidad ‘expositiva’ en audiovisuales estudiantiles

Dentro del campo documental, hay distintas formas de ‘aproximarse a la realidad’. En un texto ya clásico llamado *La representación de la realidad* (1997), Bill Nichols propone variantes que permiten establecer algunos parámetros generales de clasificación al postular lo que llama diferentes modalidades de representación de la realidad. Estas formas implican la estrategia con que cada documental se acerca al objeto que intenta construir. Así, el autor identifica al menos seis formas (o modalidades) de representación: expositiva, poética, de observación, participativa, reflexiva y performativa.

Retomando esta clasificación, en una primera aproximación, haremos referencia a las obras: *Que sepa tejer, que sepa bordar. Que sepa un oficio para ir a trabajar* (2010), *Un techo para mi país* (2008), *Ser Comechingón* (2010), *El Cuenco* (2010), dado que comparten determinadas trazas enunciativas, fundamentalmente aquellas vinculadas a uno de los modos de representación más clásico: el expositivo⁵.

Que sepa tejer... (2010) es un documental de corte social que indaga la implementación de políticas públicas en el marco de un programa municipal de Capacitación en Oficios para Mujeres en la ciudad de Rosario. Narra la historia de un grupo de mujeres que participan de los mismos poniendo el acento en la inequidad de oportunidades producto de la desigualdad de género. Desde la perspectiva de lo cotidiano, plantea sus temores, expectativas y búsquedas a partir de oficios ‘no tradicionales’ para el ámbito de la mujer (como calzado industrial) en contraposición al trabajo de ama de casa. En tanto, *Un techo...* (2008) relata cómo un grupo de jóvenes integrantes de la conocida ONG —con cuyo nombre se titula al documental— realizan un trabajo voluntario construyendo viviendas de madera para personas que carecen de ellas y se encuentran en una posición social y económica altamente desfavorable. En este documental social con componentes institucionales, la identidad de los actores se asocia al sentimiento de pertenencia a esta institución solidaria y al trabajo como núcleo de solidaridad con la comunidad, integrada por adultos y niños.

Como dijimos, ambos documentales son de corte clásico y se caracterizan por aproximarse a un discurso de tipo expositivo en el que se presentan las imágenes como aquello que relata la “verdad” de los hechos y que es “explicado”

⁵ El modo de representación documental expositivo se caracteriza por aproximarse a un discurso de tipo explicativo, de naturaleza fuertemente argumentativa, en el que se presentan las imágenes acompañadas por comentarios didácticos de una voz en off que relata la “verdad” de los hechos y los registros se hacen con el objetivo de “mostrar la realidad tal cual es”. Se trata de un tipo de documental “objetivo” en el cual prevalece lo icónico del signo, dado que es su parecido, su semejanza con “la realidad” lo que interesa resaltar, tanto desde el punto de vista de la producción como desde la recepción, borrando las trazas de los sujetos de la enunciación de su superficie discursiva.

mediante voces que exponen una argumentación acerca de dichos mundos. Se busca así generar un efecto de verosimilitud, utilizando operaciones autenticantes que le permitan al espectador interpretarlo como lo real. Estas operaciones son el empleo de testimonios, de fotos y gráficos ilustrativos que operan como “documentos” indiscutibles. En *Que sepa tejer...* se utiliza además la voz en off e imágenes en distintas tonalidades para representar un antes y un después en la vida de las mujeres que aprenden un oficio para trabajar fuera de sus hogares: la abulia del blanco y negro representa así el “pasado” en tanto que el color marcar un giro en sus vidas inscribiendo un nuevo “presente”. El narrador desde afuera, y además extradiegético, responde —en términos de François Jost (2002)— a la caracterización de un sujeto de la enunciación con una fuerte impronta pedagógica: la voz recorre los acontecimientos, explicándolos, constituyéndose en un enunciador familiar y familiarizado.

También comparten el empleo de un montaje probatorio al servicio de establecer y mantener la continuidad argumentativa (antes que la continuidad espacial o temporal) produciendo un efecto de mostración “objetiva” y “fiel” de la realidad. Dado que no se pone en evidencia el artificio audiovisual, el enunciadador se presenta expresando “lo que nuestro es la realidad” y el otro lo debe(ría) dar por sentado, por “verdadero”. Para ello, el lugar configurado para el destinatario, es el de establecer una conexión lógica causa/efecto entre secuencias y sucesos. Así, ambos documentales están contruidos a partir de suaves contrapuntos entre pasado, presente y futuro y la comparación entre los mismos busca evidenciar la posibilidad de cambio y de una vida mejor para los actores testimoniantes.

En cuanto a la música, se generan diferentes impactos sobre las imágenes, dejando el momento de los testimonios sin musicalizar para generar mayor importancia a la palabra pronunciada. La misma sólo interviene de modo intermitente y en determinadas escenas, acentuando su empleo como horizonte que acompaña a la imagen extradiegéticamente. La urbanidad y el andar mundanal son asociados con aires de liberación y alegría a través de escenarios callejeros y barriales que atraviesan las escenas al ritmo del reggae, el dub y sonidos del folclore tradicional yugoeslavo con rock; sonidos que sin lugar a dudas aportan un “valor agregado” que brinda un plus simbólico e informativo al espectador.

V. Las narrativas audiovisuales y sus caminos intertextuales

También mediante una modalidad de documental expositivo *Ser Comechingón*⁶ indaga sobre la identidad de esta etnia abordando orígenes, pasado y presente desde la mirada de sus descendientes para resaltar sus modos de supervivencia y prácticas culturales. También incorpora ‘voces autorizadas’ a través de la puesta en escena de testimonios legitimantes como el del historiador Osvaldo Bayer y la arqueóloga Mirta Bonnin, entre otros. Al respecto, las declaraciones de la realizadora confirman esta línea de sentido, al señalar que “para la realización de este documental resultó fundamental abarcar las diferentes perspectivas sobre

⁶ Los aborígenes Comechingones, según la antropóloga Laura Missetich, fueron denominados así por los conquistadores. La alusión de Comechingones para referirse a los aborígenes de las sierras de Córdoba fue “la pluralización castellana” (cfr. MONTES, 1944: 64) de “Camichingón”. El término original, habría hecho referencia a las serranías muy pobladas del sur y la habrían concedido otros indígenas del norte refiriéndose a ellos (cfr. MONTES, 1944: 64).

el tema pero en especial la etnohistórica a través de la visión del reconocido investigador cordobés Aníbal Montes".

Además de su vocación documentalista, el audiovisual pretende constituirse en una herramienta educativa. De allí que la narración se aproxime a un tipo de discurso donde se estable un contrato enunciativo marcadamente pedagógico, cuya argumentación es sostenida por una estructura narrativa que articula imágenes referenciales, música y el uso de testimonios en forma coral acompañados por comentarios de expertos que refuerzan el relato otorgándole un estatus de "verdad".

Los distintos elementos del lenguaje audiovisual puestos en juego (voces, sonidos ambiente, silencios, música, diálogos, pausas y espacios escénicos contextuales) enriquecen y consolidan la puesta del discurso que teje un mundo y una cosmovisión determinada, evocando un universo identitario particular. En tanto, la propuesta estética y técnica se ve enriquecida por la incorporación de personajes animados que interpretan a miembros de la comunidad aborígen y complementan la función referencial ilustrando los testimonios. La selección de temas musicales que conforman la banda sonora está integrada por obras instrumentales del folklore nacional que tienen una historia propia y provocan un efecto de reconocimiento inmediato.

Así, el "ser" emerge Comechingón producto de un entramado intertextual que dialoga en forma multiacentuada a lo largo del audiovisual. Culminado en el año 2010, se encuentra vinculado a una problemática que en la primera década del SXXI adquirió mayor visibilidad: la lucha por los derechos a la tierra y al territorio de los pueblos originarios argentinos dio lugar a diversos sucesos y medidas en torno al reclamo de la población indígena que fue sistemáticamente negada y excluida a lo largo de la historia del país⁷. El documental accede a determinados rasgos de identidad del pueblo originario recuperando del polvo del olvido sus huellas culturales e históricas como así también los vestigios de su presente.

Por último, desde la idea de polifonía textual y el dialogismo bajtiniano (Bajtín, 1982) como categoría constitutiva de todo enunciado, analizamos la producción audiovisual *El Cuenco* (2010) que recibe ese nombre en honor a una sala de teatro independiente emblemática en la ciudad de Córdoba. En este caso, advertimos también el fenómeno de la intertextualidad, de la dialogía entre los discursos sobre la realidad y los procesos sociales en donde estos discursos emergen. El documental recorre la trayectoria del grupo de teatro homónimo a través del relato de anécdotas ofrecidas por los protagonistas y trabaja sobre un momento, un recorte de la realidad: la historia del espacio teatral y los actores, los esfuerzos y energías que chocan con el inminente cierre del espacio en el año 2008.

⁷ En 2007 se llevó adelante la Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas como un compromiso político internacional de derechos humanos para la protección de los derechos individuales y colectivos de los pueblos indígenas. Adoptada en la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de septiembre de 2007, es un logro del arduo trabajo realizado por representantes de gobierno argentino, líderes indígenas y organizaciones no gubernamentales. Por primera vez se reafirma que el derecho a la tierra y al territorio de los pueblos indígenas es un derecho humano por su relación intrínseca con la naturaleza. Así también, en la Declaración se les reconoce a las comunidades y las familias indígenas su rol en las responsabilidades por la crianza, la formación, la educación y el bienestar de sus niños, niñas y adolescentes. Ellos adquieren su identidad cultural como pertenecientes a un pueblo indígena, en el contexto más amplio, en la comunidad.

La estructura narrativa se articula a partir del montaje que combina entrevistas, imágenes de archivo e imágenes de *backstage* interpelando al enunciatario e invitándolo a incluirse en la acción, en los sucesos narrados —sucesos que el sujeto de la enunciación y el espectador comparten, en tanto cordobeses— a través de gestos de interpelación. Es decir que la obra “identifica a alguien afirmando reconocerle y le pide que se reconozca como interlocutor inmediato” (Casetti, F. y Di Chio, F., 1991:47), como enunciatario, como sujeto elegido para conocer esos acontecimientos. De este modo, se pone de manifiesto el dispositivo de la enunciación en pos de generar un efecto de identificación y sensibilidad a partir de la promoción de la identidad de este espacio cultural y de la pelea de un grupo de artistas por sostenerlo.

Documentar lo que acontece es el efecto discursivo que se busca generar para permitir al espectador explorar el modo en que el grupo teatral configuró un relato público acerca de lo sucedido. Sucesión de imágenes de testimonios y de demostración (imágenes que demuestran la validez de lo que afirman los testigos) son los principales componentes del tejido de la trama enunciativa. El paso del tiempo, la trayectoria cronológica de los hechos se hace visible en las imágenes registradas durante el año 2008 y se complementan con las del 2009 mediante el testimonio de los actores que cuentan como salieron adelante tras quedarse sin un espacio físico donde trabajar. Después de doce años de alquiler, la dueña del espacio no les renovó contrato y el grupo se quedó en la calle. Finalmente, la resolución del conflicto se da en 2009 con la obtención de un subsidio del Instituto Nacional del Teatro que permitió a *El Cuenco* construir su propio espacio, e incorporarse al patrimonio cultural de Córdoba.

VI. Notas finales

Continuando el modelo de los documentales explicativos, las producciones audiovisuales realizadas por estudiantes de Ciencias de la Información como trabajo final de grado, se encuadran en el modo de representación de la realidad señalado por Nichols como expositivo. El elemento común que las caracteriza se encuentra, en gran medida, vinculado a la ilustración del texto por la imagen, donde el montaje de las secuencias responde al hilo argumental y la narración en off y las entrevistas directas proporciona una descripción de las imágenes.

Las operaciones autenticantes que legitiman los cuatro textos audiovisuales también operan de modo similar. Entre ellas se pueden señalar el uso de la voz en off —ya que ésta tiene un halo de autoridad y autenticidad—, la narración de situaciones por parte de los actores que la han vivido y/o la aparición de un comentarista documental que invita a aceptar como verdadero aquello que los sujetos narran como verdaderamente ocurrido.

También merece un lugar destacado el uso y funcionamiento que se hace del testimonio. La apelación al mismo se caracteriza tanto por la denuncia de un hecho (*El Cuenco*), de modo tal que aquel que testimonia da fe de algo, y esto supone que lo ha vivido o lo ha presenciado como por cumplir una función ejemplarizante en una determinada comunidad (por ejemplo, en *Ser Comechingón*).

Respecto de la línea temática, se abordan problemáticas y representaciones de la vida cordobesa y argentina a partir de procesos de investigación y trabajo de campo, asentados en una propuesta discursiva, estilística, narrativa y

técnica a partir de un acercamiento a la realidad desde la que emerge, poniendo en diálogo precisamente la relación entre los discursos audiovisuales y las condiciones sociales en la que éstos son producidos y consumidos.

Al igual que Ortega, podemos decir que “en un mundo complejo como el que vivimos, el documental pareciera haber dejado de ofrecer en la superficie lisa del espejo el retrato social, histórico o personal, y muestra los ariscados filos de una realidad que ya no puede representarse sino pensando y recuperando la materialidad de las propias imágenes, las fracturas entre el mundo y el sujeto que éstas permiten explorar, las representaciones fragmentadas o laberínticas, alambicadas, que nos obligan a mirar de una manera diferente aquello que nos rodea” (Ortega, 2007:226). Así, las realizaciones indagadas posibilitan observar que el modelo explicativo no está agotado y que aún permite que se puedan abordar temáticas muy diversas y, tanto desde un marco de referencia convencional como desde uno crítico, es posible llegar al público y motivarlo hacia una toma de opinión.

Bibliografía

APREA, GUSTAVO (2004), “El documental audiovisual como dispositivo”. Ponencia presentada en el Seminario Política y Cultura organizado por el Instituto del Desarrollo Humano de la Universidad Nacional de General Sarmiento, Los Polvorines, Argentina.

ARNOUX, ELVIRA (2006), *Análisis del discurso. Modos de abordar materiales de archivo*, Santiago Arcos Editor, Buenos Aires.

BAJTÍN, MIJAIL (1982), “El problema de los géneros discursivos”, en *Estética de la creación verbal*, Siglo XXI, México.

BECEYRO, R. (2007), “El documental. Algunas cuestiones sobre el género cinematográfico”, en *Imágenes de lo Real. La representación de lo político en el documental argentino*, Librería, Buenos Aires.

BRUZZI, STELLA (2006), “The Performative Documentary”, en *New Documentary: A critical introduction*, Routledge, London.

CASSETTI, FRANCESCO y DI CHIO, FEDERICO (1991), *Cómo analizar un film*, Paidós, Madrid.

COCK, ALEJANDRO (2009), *Retóricas del cine de no ficción postvérité*. Ampliación de las fronteras discursivas audiovisuales para un espíritu de época complejo. [Tesis doctoral], Universitat Autònoma de Barcelona, Bellaterra.

JOST, FRANÇOIS (2002), “El ojo-cámara”, en *El ojo-cámara. Entre film y novela*, Catálogos, Buenos Aires.

KRISTEVA, JULIA (1969), *Semiótica 1*, Espiral/Ensayo, Madrid.

MONTES, ANÍBAL (1944), *Los Comechingones en Punilla*, Ediciones del autor, Córdoba.

ODIN, ROGER (1998), “Por una semiopragmática del cine”, en *Objeto Visual*, n° 5.

ORTEGA, MARÍA LUISA (2007), *Espejos rotos: aproximaciones al documental norteamericano*, Ocho y Medio, Libros de Cine. Ayuntamiento de Madrid, Área de Gobierno de Las Artes, Madrid.

RANCIÈRE, JACQUES (2005), *La fábula cinematográfica. Reflexiones sobre la ficción en el cine*, Paidós, Barcelona.

NICHOLS, BILL (1997), *La representación de la realidad. Cuestiones y conceptos sobre el documental*, Paidós, Buenos Aires.

VERÓN, ELISEO (1998), *La semiosis socia*, Gedisa, Buenos Aires.

Referencias audiovisuales

Que sepa tejer, que sepa bordar, que sepa un oficio para ir a trabajar (2010). Realizadores: Natalia Virginia Guzmán. Duración Cámara: Javier Luna y Natalia Guzmán. Locución: Natalia Virginia Guzmán. Género: Documental Social. Tema: La producción audiovisual en el análisis de políticas públicas. Objetivo: Trabajo Final de Grado ECI UNC, dirigido por Dra. Corina Echavarría; Duración: 51':37" – Realizado en Rosario y Córdoba, Argentina. Archivado en la Biblioteca de la ECI UNC (Cod. 1259).

Un techo para mi país (2008). Realizadores: Fraix Sabrina, Salas Laura y Torres Juan Pablo. Edición y posproducción: Nahuel Orlando. Género: Documental institucional. Tema: ONG Un Techo para mi país. Objetivo: Trabajo Final de Grado. ECI. UNC. Duración: 10':42". Realizado en Córdoba, Argentina. Archivado en la Biblioteca de la ECI UNC.

Ser Comechingón (2010). Realizadores: Luciana Freytag; Cámara: Gonzalo Guevara y Franco López; Asistente de producción: Gonzalo Guevara; Edición: Luciana Freytag; Animación: Emilio Riquelme. Género: Documental. Tema: Documental sobre la identidad de un pueblo y su reconocimiento. Objetivo: Trabajo Final de Grado ECI. UNC, dirigido por Lic. Corina Ilardo; Duración: 25':57" – Realizado en Córdoba, Argentina. Archivado en la Biblioteca de la ECI UNC (Cod. 1332).

El Cuenco (2010). Realizadores: Rafael Caminos, Lorena Coria y Amelia Orquera. Investigación y producción: Rafael Caminos, Lorena Coria, Amelia Orquera; Cámaras: Rafael Caminos, Amelia Orquera; Entrevistas: Lorena Coria; Guión y Montaje. Rafael Caminos; Entrevistados. Mariel Bof, Rodrigo Cuesta, Santiago Demo, Lucia Pihen, Belén Pistone, Ana Ruiz. Género: Documental. Tema: El trabajo colectivo y la identidad de un grupo de teatro independiente en riesgo de perder su sala. Objetivo: Trabajo Final de Grado ECI UNC, dirigido por Mgr Alfredo Caminos; Duración: 24" – Realizado en Córdoba, Argentina. Archivado en la Biblioteca de la ECI UNC (Cod. 1217).



EL DERECHO DE LOS JÓVENES A LA EDUCACIÓN EN ARGENTINA: AVANCES Y RETROCESOS*

*Graciela Ríos***

*Ana María Brigido****

Resumen: Nos proponemos analizar la situación de Argentina respecto de la concreción del derecho a la educación de la población en edad de cursar la escuela secundaria (12-17 años). Abordamos el tema desde dos puntos de vista íntimamente relacionados: a) el marco normativo que regula este derecho; y b) el rendimiento del sistema a través de algunos indicadores pertinentes. Estos indicadores muestran que el ejercicio efectivo de ese derecho se ve seriamente comprometido en la práctica. Si bien la institución educativa es en gran parte responsable de ello, la responsabilidad principal es del Estado que tiene funciones indelegables.

Palabras clave: Derecho - Educación - Jóvenes - Cobertura del sistema - Rendimiento.

Introducción

De acuerdo a los principios y garantías plasmados en la legislación argentina desde hace más de dos décadas, acceder a una educación relevante y completa es un derecho indiscutible de los habitantes y un deber ineludible del Estado. Ya con anterioridad al año 2006 —fecha de sanción de la Ley de Educación Nacional vigente— la Ley Federal de Educación 24.195/95 formulaba entre sus principios generales garantizar “la efectiva igualdad de oportunidades y posibilidades en materia educativa [...] y la equidad a través de la justa distribución de los servicios educacionales [...]”. Años más tarde, la decisión política del gobierno, plasmada en la nueva Ley de Educación Nacional 26.206/06 establece la obligatoriedad de la escuela secundaria, y el compromiso de brindar una educación inclusiva, de calidad y que garantice iguales oportunidades de inserción laboral futura y participación social plena a todos los jóvenes del país. Estos enunciados de la Ley de Educación tienen su complemento en otras leyes relacionadas y se proyectan a gran cantidad de documentos y resoluciones ministeriales que refuerzan y establecen procedimientos y programas para el cumplimiento de este compromiso.

La inclusión se convierte en uno de los ejes de la política educativa y la legislación ofrece el marco para su efectiva concreción. Desde el punto de vista teórico, el concepto de inclusión está estrechamente relacionado con el de justicia social, y sostiene que esta última puede alcanzarse no sólo mediante la distribución de bienes, derechos y responsabilidades, sino también a través de la efectiva incorporación de todas las personas en los procesos y en las prácticas

* Recibido el 16/12/14. Aprobado el 08/09/15.

** Doctora en Demografía con tesis sobre población y educación, análisis de cohortes educativas de carreras universitarias. Asesora pedagógica en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNC. Docente de posgrado. Autora de artículos de la especialidad. E-mail: ggracielarios@gmail.com.

*** Doctora en Ciencias de la Educación con tesis sobre distribución de la educación en Argentina. Profesora titular plenaria de Sociología de la Educación en la Facultad de Filosofía y Humanidades de la UNC. Docente de posgrado. Autora de libros de su especialidad. E-mail: ambrigido@gmail.com.

educativas institucionales (Kimlicka, 1995). El objetivo de la inclusión no es sólo “matricular” a los niños y adolescentes en el sistema educativo, asegurando un acceso que puede verificarse estadísticamente a través de tasas de escolarización, sino también garantizar el desarrollo integral de todos los estudiantes, gracias a su participación activa en procesos educativos de calidad, que les permitan incorporarse plenamente a la vida social, cultural y laboral del país. La inclusión en el sistema educativo va unida a la justicia social; la mera incorporación a un nivel escolar no descarta el riesgo de acentuar la desigualdad frente al ejercicio de otros derechos de innegable proyección individual y social. Una educación inclusiva, pero que no garantice aprendizajes relevantes, no responde a un enfoque de derechos.

Teniendo en cuenta la decisión política del gobierno y las garantías ofrecidas por la legislación, pareciera que el sistema educativo hoy presenta limitaciones para garantizar una mayor cobertura¹ para el grupo de edad correspondiente a la escolaridad obligatoria². Además, como veremos más adelante, el rendimiento de un porcentaje importante de los alumnos de la escuela secundaria es poco satisfactorio. En consecuencia, no se estarían cumpliendo los objetivos fijados por la política, y con ello, se vería vulnerado el derecho a la educación reconocido y garantizado por las leyes vigentes.

Para mostrar los rasgos que asume el cumplimiento del derecho a la educación utilizamos tres fuentes de datos: Censos de Población y Vivienda 1991, 2001 y 2010, estadísticas educativas oficiales de la Dirección Nacional de Información y Evaluación de la Calidad Educativa (DiNIECE) y los operativos de evaluación internacional correspondientes a los exámenes PISA (**P**rogramme for **I**nternational **S**tudent **A**ssessment) en los que participó la Argentina en los últimos años. Para el análisis focalizamos el interés en la escolaridad secundaria y el grupo etario comprendido entre los 12 y los 17 años³, que es la edad estipulada para cursar ese nivel educativo.

Hemos estructurado esta presentación en tres apartados:

1. Exponemos en primer lugar el marco normativo en el que se inscribe nuestro análisis. Este marco está constituido, básicamente, por la Ley de Protección Integral de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes 26.061/05, la Ley de Educación Nacional 26.206/06, las Resoluciones del Consejo Federal de Educación 79/09, 84/09 y 86/09. Lo establecido por estas normas se ve reflejado, además, en las legislaciones de las distintas jurisdicciones provinciales y en sus Diseños Curriculares para la Educación Secundaria, entre las cuales las del Ministerio de Educación de la Provincia de Córdoba es un dato ejemplificativo.

2. En segundo lugar, presentamos las cifras que dan cuenta de la distribución efectiva de la educación para el grupo de edad correspondiente a la educación secundaria y los valores en algunos indicadores de rendimiento escolar en el país. Mediante el uso de información censal, estadísticas educativas oficiales y datos internacionales, avanzamos en el análisis.

3. Finalmente, reflexionamos sobre el derecho a la educación en Argentina, sus avances y retrocesos. Las principales conclusiones tienen carácter pro-

¹ La cobertura del sistema indica qué proporción de la población de un determinado grupo de edad está incorporada al sistema escolar en un momento dado del tiempo.

² Según la Ley de Educación Nacional 26.206/06, la obligatoriedad escolar en todo el país se extiende desde la edad de cinco (5) años hasta la finalización del nivel de la Educación Secundaria.

³ La meta de universalización de la escolaridad primaria ya ha sido alcanzada por el país desde hace más de dos décadas.

visional y dan pie para plantear nuevas preguntas y continuar profundizando el tema.

1. El derecho de los jóvenes a la educación en las normas que regulan la educación en Argentina

El conjunto de leyes que garantizan el derecho a la educación para todos los habitantes del país sin ningún tipo de discriminación, lleva a formular políticas cuyos ejes son la inclusión y la igualdad de oportunidades con equidad social. Si bien existe desacuerdo sobre qué es lo necesario para asegurar una igualdad equitativa de oportunidades, es un hecho que las leyes por sí mismas no pueden lograr objetivos tan complejos; se requiere de una serie de acciones sistemáticamente implementadas por el Estado para que los grupos cultural y económicamente desfavorecidos gocen de una auténtica igualdad de oportunidades de acceso y distribución, en este, caso de los bienes educativos.

El marco regulatorio de la educación secundaria al que aludimos está dado por leyes nacionales y provinciales: Ley 26.061/05 de Protección Integral de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes; Ley 26.206/06 de Educación Nacional. También consideramos importante para nuestro análisis, los principios que orientan los diseños curriculares para la educación secundaria en el contexto de las reformas curriculares iniciadas por las provincias, entre las que Córdoba es un referente inmediato.

El objeto de la ley 26.061/05 sancionada es *“la protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes que se encuentren en el territorio de la República Argentina, para garantizar el ejercicio y disfrute pleno, efectivo y permanente de aquellos derechos reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y en los tratados internacionales en los que la Nación sea parte”*. Entre los derechos reconocidos, el referido a la educación se enuncia en el art. 15 estableciendo respecto de los niños y adolescentes *“...el derecho a la educación pública y gratuita, atendiendo a su desarrollo integral, su preparación para el ejercicio de la ciudadanía, su formación para la convivencia democrática y el trabajo, respetando su identidad cultural y lengua de origen, su libertad de creación y el desarrollo máximo de sus competencias individuales...”*.

La Ley de Educación Nacional, en su art. 11, formula los fines y objetivos de la educación. Recuperamos los incisos que están más vinculados con nuestro tema:

a) *Asegurar una educación de calidad con igualdad de oportunidades y posibilidades, sin desequilibrios regionales ni inequidades sociales.*

b) *Garantizar una educación integral que desarrolle todas las dimensiones de la persona y habilite tanto para el desempeño social y laboral, como para el acceso a estudios superiores.*

e) *Garantizar la inclusión educativa a través de políticas universales y de estrategias pedagógicas y de asignación de recursos que otorguen prioridad a los sectores más desfavorecidos de la sociedad.*

f) *Asegurar condiciones de igualdad, respetando las diferencias entre las personas sin admitir discriminación de género ni de ningún otro tipo.*

h) *Garantizar a todos/as el acceso y las condiciones para la permanencia y el egreso de los diferentes niveles del sistema educativo, asegurando la gratuidad de los servicios de gestión estatal, en todos los niveles y modalidades.*

En concordancia con la Ley de Educación Nacional, la ley de educación de la provincia de Córdoba (9870/10) expresa, entre sus fundamentos “*La educación y el conocimiento son un bien público y un derecho personal y social garantizado por el Estado*”, y en su art. 5º referido al derecho a la educación y garantías establece:

“El Estado garantiza la igualdad de oportunidades y posibilidades educativas ofreciendo, en la prestación de los servicios públicos de gestión estatal y privada reconocidos, condiciones equitativas para el acceso, permanencia y promoción de los alumnos. A fin de cumplir con esta responsabilidad sostendrá el sistema educativo en todo el territorio provincial e impulsará el mejoramiento de la calidad de la educación. Proveerá, asimismo, políticas de inclusión educativa y protección integral para el crecimiento y desarrollo armónico de las niñas, niños, adolescentes, jóvenes y adultos, en especial cuando se encuentren en situaciones socioeconómicas desfavorables.”

A partir de ambas normativas, los lineamientos de las políticas en materia de inclusión educativa comprenden, desde el año 2006, numerosas propuestas nacionales y provinciales que incluyen asignación de recursos a través de distintas modalidades que tienen la intención de compensar desigualdades de origen social y evitar que las exigencias escolares empeoren esas desigualdades. Pero estas propuestas están contenidas en numerosos documentos oficiales no fáciles de interpretar, relacionar entre sí y convertir en acciones concretas, para quienes cotidianamente llevan adelante la gestión de las instituciones educativas, muchas veces en una gran soledad y sin contar con recursos. Según nuestras investigaciones, tampoco son claras para las propios docentes, que deben hacerlas efectivas en las aulas (Brigido, 2011).

Para mostrar este entramado y la direccionalidad de dichas propuestas, tomamos en cuenta tres resoluciones del Consejo Federal de Educación, que pueden ser consideradas nucleares porque definen, lo que Bernstein (1990) llama *significados relevantes*, para aludir a aquellos significados que se constituyen en el marco para elaboración de los programas y proyectos que deben ser implementados a nivel institucional. Se trata de documentos formulados desde el horizonte de la obligatoriedad de la educación secundaria en la Argentina, establecida a partir de la sanción de la Ley de Educación Nacional: Resoluciones: 79/09 Plan Nacional para la Educación Secundaria; 84/9 Lineamientos políticos y estratégicos de la educación secundaria obligatoria; 86/09 Institucionalidad y fortalecimiento de la educación secundaria. Planes jurisdiccionales y planes de mejora institucional.

Estas resoluciones definen acuerdos generales entre el Estado Nacional y las Provincias y proponen algunas estrategias fundamentales que implican que la responsabilidad de garantizar el cumplimiento del derecho a la educación recaerá, en definitiva, sobre las instituciones educativas y sus directivos y profesores. Éstos se constituyen, en consecuencia, en los encargados de que la educación se distribuya equitativamente y de este modo convertir en realidad el ideal de la igualdad de oportunidades.

Las resoluciones antes mencionadas plantean como estrategias lo que, a nuestro criterio, son en realidad objetivos de la política educativa que las escuelas reciben como verdaderos mandatos. Entre esas “estrategias” figuran: a) hacer efectiva la obligatoriedad de la enseñanza secundaria, incrementar la cobertura del nivel y lograr la inclusión de todos; b) mejorar las trayectorias escolares de los

alumnos, disminuir las tasas de repitencia, sobre edad y abandono y lograr que los alumnos terminen los estudios secundarios; c) mejorar la calidad de la oferta educativa a través de un proceso de transformación institucional y pedagógica; d) fortalecer la gestión institucional mejorando la capacidad de los equipos técnicos de las escuelas. Este uso inapropiado del término “estrategias” produce una mayor confusión en las instituciones escolares que carecen de herramientas para cumplir con el mandato oficial de las autoridades educativas.

Nuestras investigaciones empíricas han recogido evidencias de que los directivos de las instituciones educativas sienten que se ha depositado en la escuela toda la responsabilidad para desarrollar una multiplicidad de cambios complejos y sustantivos, pero consideran que los patrones organizativos, administrativos y laborales no son los adecuados para concretarlos. Las orientaciones de los supervisores pertenecientes a las autoridades jurisdiccionales, que podrían ser claves para contribuir a desarrollar el denso y variado volumen de proyectos que deben poner en marcha, parecen no satisfacer las necesidades de apoyo técnico. En definitiva, la implementación de los múltiples programas y proyectos que en teoría podrían contribuir a lograr las metas de la política educativa, significan una sobrecarga administrativa para la institución, sus directivos y sus profesores, que va en desmedro de la gestión pedagógica (Brigido, 2011).

Ante tan amplio conjunto de mandatos y responsabilidades, el resultado es que la forma en que se ejecutan las políticas oficiales en un contexto escolar carente de recursos humanos y materiales para responder a las nuevas exigencias, por múltiples causas, no aportan lo esperado y están lejos de solucionar los verdaderos problemas que deben enfrentarse para alcanzar esas metas (Brigido, 2011).

2. La concreción del derecho a la educación

Como quedó demostrado en el punto anterior, la legislación vigente y las normas que regulan la provisión del servicio educativo muestran con claridad que existe en Argentina un amplio reconocimiento del derecho de los jóvenes a acceder al sistema educativo y recibir una educación de calidad. No obstante, como todos sabemos, la existencia de un marco legal adecuado no garantiza que, en la práctica, ese derecho se haga efectivo, sólo brinda las condiciones necesarias para ello.

En materia educativa, el mero acceso a los diferentes niveles del sistema no implica que los jóvenes estén recibiendo la educación que necesitan para insertarse de manera plena a la vida social, esto es, para ejercer sus derechos ciudadanos, cumplir sus obligaciones y desempeñarse eficazmente en la estructura laboral. En una palabra, si no reciben un servicio educativo de calidad y no logran aprendizajes significativos durante el desarrollo de la carrera escolar, el derecho a la educación tiene vigencia sólo en el plano discursivo.

Es innegable que el país ha realizado avances muy significativos en lo que respecta al reconocimiento de derechos, entre ellos el de la educación. En consonancia con la legislación vigente, los documentos y las pautas que emanan del ministerio nacional y los ministerios provinciales del área apuntan en la misma dirección. Además, nunca antes el nivel de inversión en el sistema educativo alcanzó los porcentajes del PBI que se registraron durante la década pasada. A pesar de esto, una de las principales deudas pendientes que existe en el país es la educativa. No se ha logrado revertir en lo que va del siglo XXI, el bajo rendimiento del sistema.

Esto hace que el derecho a la educación no tenga demasiado sustento en la práctica, ya que los alumnos no están recibiendo una educación de calidad, aun cuando los niveles de acceso al sistema escolar sean relativamente satisfactorios.

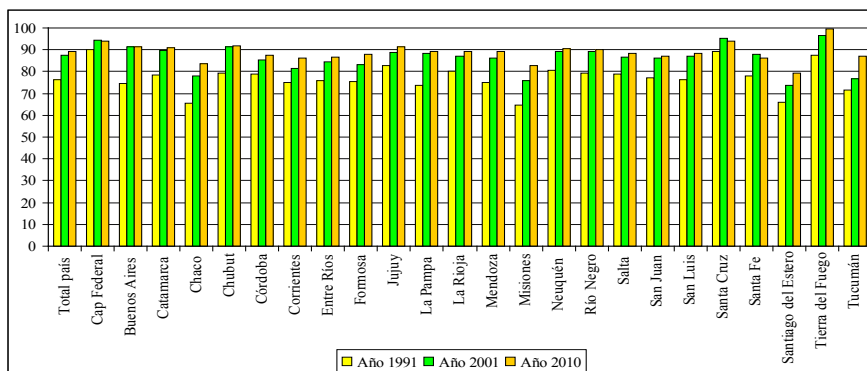
En lo que sigue vamos a fundamentar nuestro punto de vista, en el análisis de la información disponible sobre el rendimiento interno del sistema. Consideraremos, por una parte la cobertura del servicio educativo, a partir de las tasas de escolarización que informan los tres últimos Censos Nacionales de Población y Vivienda. Y por otra, las tasas de rendimiento del sistema provistas por el Ministerio de Educación de la Nación y los resultados de los operativos de evaluación internacional correspondientes a los exámenes PISA⁴.

a) La cobertura del sistema para el grupo de edad de 12 a 17 años

Para determinar con exactitud la cobertura del sistema educativo del país, lo ideal sería contar con información censal con mayor nivel de desagregación que las publicadas por el INDEC. Tal como las presenta ese organismo, no es posible calcular las tasas netas de asistencia escolar por edad y por nivel educativo al que asiste. Lamentablemente, en la publicación de los resultados del Censo 2010, el INDEC ha omitido esta información. Lo único que podemos conocer a partir de este Censo es qué proporción de la población entre 12 y 17 años está incorporada al sistema escolar en ese año. No podemos saber qué proporción de los que asisten, están cursando la escuela secundaria⁵. La mera asistencia a la escuela oculta una realidad que, en Argentina, es muy preocupante: la tasa de sobriedad, un indicador que analizaremos más adelante.

En el gráfico N° 1 presentamos las tasas de escolarización para el grupo de edad de 12 a 17 años desde el año 1991 al 2010.

Gráfico N° 1: Tasas de escolarización de la población de 12 a 17 años



Fuente: elaboración propia a partir de los Censos Nacionales de Población y Vivienda 1990, 2001 y 2010

⁴ No tomamos en cuenta los resultados de los exámenes locales (Operativos Nacionales de Evaluación de la Calidad) porque la publicación de esos resultados no permite calcular qué porcentaje de alumnos responde correctamente los ítems de las pruebas de las diferentes áreas. La DINIECE publica el porcentaje de alumnos que obtuvieron puntajes altos, medios y bajos. No tenemos mayores precisiones acerca de lo que implica cada una de estas categorías. Los últimos datos disponibles en la página Web de la DINIECE corresponden al ONE 2010.

⁵ Nos parece importante señalar esta dificultad porque consideramos que la decisión del INDEC de omitir ciertos niveles de desagregación en la publicación de las estadísticas educativas plantea graves

Como podemos observar en el gráfico N° 1, la cobertura del sistema ha crecido durante las tres últimas décadas en todos los distritos del país. El principal salto se produce entre 1991 y 2001, el incremento es más moderado entre este último año y el 2010. Mientras el crecimiento promedio para el país entre 1991 y 2001 fue 11,3%, el correspondiente al período entre los dos últimos censos fue sólo 1,6%. En otros términos, ya en el 2001 Argentina había alcanzado un grado de cobertura importante para ese grupo de edad (87,4%). Vemos que en el 2010 llegó al 89%, es decir, estamos sólo a 11 puntos porcentuales de lograr la cobertura universal para el grupo de edad. Lo que no podemos saber es qué proporción de la población 12 a 17 años, que asistía a la escuela el año del censo, cursaba el nivel medio de enseñanza.

Un hecho persistente en nuestro país es la desigualdad entre la provincias en lo que respecta a la distribución de la educación, o sea, el acceso al sistema y el rendimiento interno (Brigido, 2004). Desde la institucionalización de la educación bajo la forma de sistema a fines del siglo XIX se da esta desigualdad. Observamos en el gráfico que las diferencias entre los distritos se mantienen; las mismas provincias que en 1991 tenían los menores niveles de cobertura (Santiago del Estero, Chaco y Misiones, con tasas inferiores al 66% de la población del grupo de edad incorporado al sistema escolar), están en idéntica situación en el 2010, pero con tasas más elevadas (entre 79,5 y el 83%). Esto implica un avance importante de esos distritos, aunque todavía no alcanzan a igualar la media del país, que es del 89%. Los incrementos más significativos corresponden a las provincias del Nordeste (Misiones, Chaco, Formosa y Corrientes) y dos del Noroeste (Tucumán y Santiago del Estero). La provincia de Tucumán es el caso más notable en este sentido. Sólo en dos distritos la cobertura es ligeramente menor en el 2010 (Santa Cruz y Santa Fe). Cabe recordar que en el 2001, la asistencia a la escuela secundaria sólo era obligatoria para el tercer ciclo de la Enseñanza General Básica (EGB 3)⁶. Recién con la sanción de la Ley de Educación Nacional (2006), la totalidad de la escuela secundaria es obligatoria en todo el país.

b) El rendimiento del sistema

Los datos censales que analizamos en el apartado anterior muestran que el sistema educativo argentino ha logrado, en general, una cobertura importante para el grupo de edad considerado. Se trata de un hecho muy promisorio para el país. Sin embargo, no hay que olvidar que una tasa de escolaridad nada informa acerca de si esos alumnos asisten regularmente a clase, terminan sus estudios y logran aprendizajes significativos. Para conocer estos pormenores, aunque sea parcialmente, necesitamos analizar los indicadores de rendimiento interno del

dificultades a los analistas del sistema que pretenden obtener una mirada más completa y profunda de la situación educativa del país. Además, obtura la posibilidad de realizar estudios comparativos, que son los únicos que habilitan para tener una idea concreta sobre la evolución del país en materia educativa a lo largo del tiempo.

⁶ En ese momento estaba en vigencia la Ley Federal de Educación que dispuso una estructura del sistema escolar por ciclos y no por niveles, como fue durante algo más de un siglo en que rigió en todo el país la estructura fijada por la Ley 1420 sancionada en 1884. De acuerdo a la Ley Federal el sistema quedó estructurado de la siguiente manera: Educación Inicial; Educación General Básica de tres ciclos, de tres años de duración cada uno; Educación Polimodal (3 años) y Educación Superior (universitaria y no universitaria). Con la Ley Nacional de Educación se vuelve a la estructura por niveles (inicial, primario, secundario y superior).

sistema escolar. Algunos de estos indicadores informan sobre aspectos positivos del sistema: promoción efectiva de los alumnos, graduación, resultados satisfactorios en los Operativos Nacionales de Evaluación (ONE); y otros sobre los aspectos negativos: repetición, abandono interanual, deserción, sobriedad. No disponemos de datos oficiales para todos estos indicadores⁷, consideraremos por lo tanto sólo algunos de ellos.

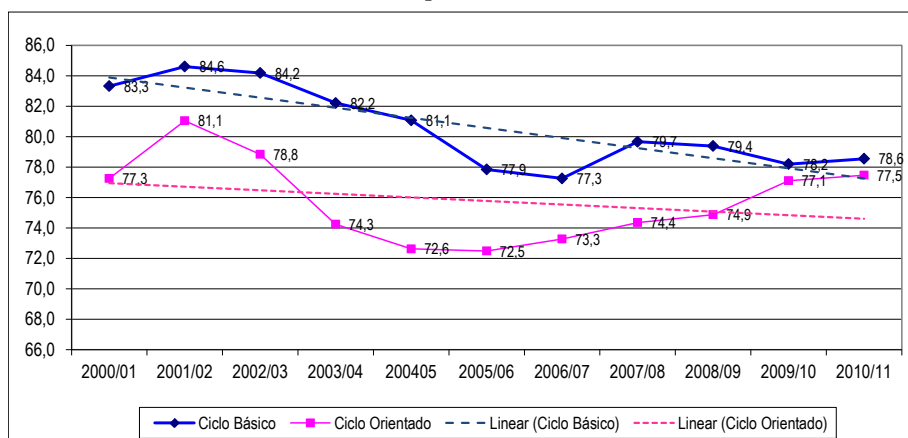
Antes de proceder al análisis, es importante hacer una aclaración. Las estadísticas educativas que relevan anualmente las autoridades educativas de cada distrito son las que nos permiten calcular estos indicadores. El Ministerio de Educación de la Nación, a través de la DINIECE, se encarga de centralizar la totalidad de los datos relevados en las provincias y los hace públicos. Nuevamente aquí nuestra tarea como investigadores de la educación se ve dificultada por la forma en los organismos oficiales manejan la información estadística. En los últimos años, se han cambiado los criterios para relevar, clasificar y presentar los datos del sistema, de modo que los más recientes no son comparables con los de años atrás. A esto se suma que gran parte de la información de base no está disponible para el público, sólo se puede acceder a las tablas estadísticas y análisis que publica la DINIECE, o algún otro organismo del Estado.

A pesar de los límites que derivan de lo señalado anteriormente, vamos a tratar de presentar un panorama general del rendimiento interno del sistema educativo argentino, a partir de la información más actualizada que figura en la DINIECE.

Promoción efectiva. Es el único indicador positivo que podemos presentar porque no disponemos de datos oficiales para los otros. La tasa de promoción efectiva indica la proporción de estudiantes de un curso que pasa al siguiente en un año lectivo determinado. Como se puede observar en el Gráfico 2, los valores de esta tasa son cercanos al 80% para ambos ciclos en el 2011. Luego de alcanzar un máximo en el 2001, la tendencia de esta tasa durante los años considerados (2000-2011), es descendente, con una mejora poco significativa en el último año. Esto a pesar de que en todas las jurisdicciones del país se dictaron, a partir del 2006, diversas medidas destinadas a facilitar la promoción de curso, tomando como fundamento el mandato de inclusión educativa que fija la Ley Nacional. En algunos distritos se llegó al extremo de establecer por decreto la promoción automática de curso, independientemente de los aprendizajes que el alumno haya logrado. Algunas de esas medidas fueron las siguientes: flexibilización de las normas relativas a la cantidad de materias que se pueden adeudar al iniciar cada curso; aumento de las posibilidades de recuperar exámenes no aprobados; implementación de medidas de apoyo a los alumnos que tienen dificultades, como las tutorías. Salvo la implementación de las tutorías, los docentes no aceptaron de buen grado la mayoría de esas medidas: las percibieron como un recurso que permitía a las autoridades “mejorar los números”, pero que tendrían consecuencias negativas para el proceso de enseñanza y aprendizaje que tienen a su cargo (Brigido, 2011).

⁷ Por ejemplo, la DINIECE no aporta datos de la proporción de estudiantes que efectivamente se gradúa, y cuántos de éstos lo hacen en el tiempo estipulado por el plan de estudios. Algunos estudios realizados por organismos privados plantean que no más del 60% de los alumnos del secundario lo termina.

Gráfico N° 2: Evolución de las tasas de promoción efectiva en la escuela secundaria. Total del país (2000-2011)



Fuente: elaboración propia a partir de los datos de DiNIECE 2013.

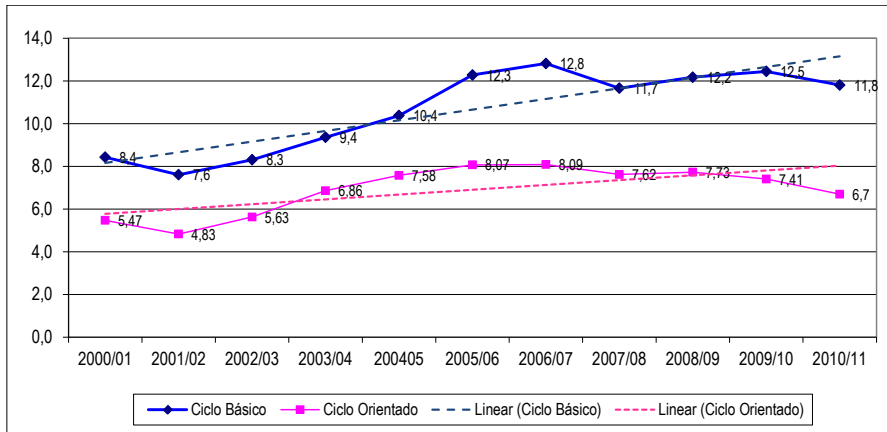
Repetición de curso. Es uno de los indicadores negativos más usados para evaluar el rendimiento interno del sistema⁸. Esta tasa da cuenta del porcentaje de alumnos de un curso que se matricula por segunda vez, o más, en el mismo curso. El gráfico N° 3 muestra la evolución de este indicador en el país durante el período considerado. De acuerdo a los datos oficiales, en el 2011 la repetición de curso fue del 11,8% en el ciclo básico y del 6,7% en el orientado. El valor alcanzado por este indicador en el 2011 es ligeramente menor al de los dos años anteriores.

Cabe aclarar que, en estudios llevados a cabo por nuestro equipo en la ciudad de Córdoba (Brigido, 2004; Brigido, 2009; Brigido, 2011), hemos podido constatar que los datos oficiales tienden a subestimar el fenómeno de la repetición, y observamos, además, que las propias escuelas utilizan diferentes estrategias destinadas a “mejorar los números”. También hay que señalar que los valores de este indicador en algunas provincias superan ampliamente el promedio del país⁹. Todo esto nos lleva a pensar que los índices de repitencia en cada distrito sean probablemente más elevados de lo que muestran los números oficiales. Se sabe que la repetición suele conducir al abandono definitivo de los estudios, y que, cuanto más tempranamente se produce, peores consecuencias tiene para el alumno, pues se retira del sistema con menos conocimientos y competencias para desempeñarse en la sociedad.

⁸ Tampoco es el más preciso debido a las estrategias que se suelen implementar en las escuelas para tratar de evitar que los alumnos abandonen los estudios.

⁹ Según la DINIECE, en el 2009, último dato disponible por provincias, ocho distritos superaron en varios puntos porcentuales el promedio del país (los más altos corresponden a: Santiago del Estero 18% y Tierra del Fuego y 17,3). En el ciclo orientado se da algo similar. <http://portales.educacion.gov.ar/diniece/indicadores-educativos/>.

**Gráfico N° 3: Evolución de las tasas de repitencia en la escuela secundaria.
Total del país (2000-2011)**

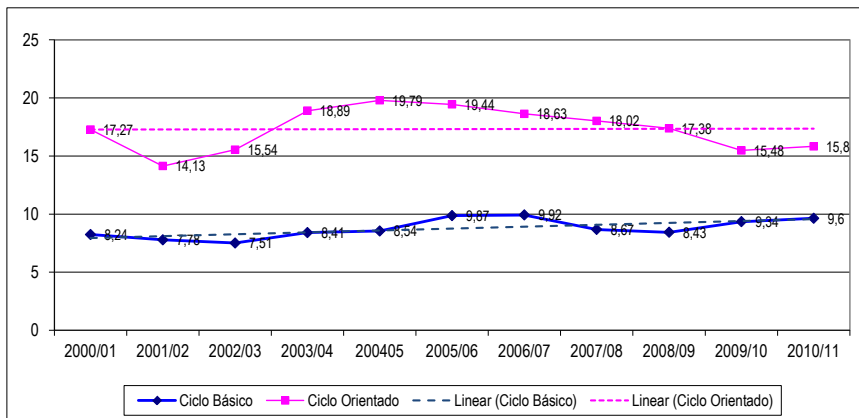


Fuente: elaboración propia a partir de los datos de DiNIECE 2013.

Abandono interanual. Esta tasa informa sobre la proporción de alumnos que habiendo cursado la escuela en un año determinado, no se inscriben en el siguiente. No se trata de abandono definitivo, o sea, deserción, sino entre un año y otro. Obviamente, si la interrupción temporaria de la escolaridad se reitera, termina en deserción.

Tal como podemos observar en el Gráfico N° 4, a diferencia de lo que ocurre con la repetición, el abandono interanual es algo más elevado en el ciclo orientado, es decir, en los últimos años del secundario. Alrededor del 16% de los estudiantes interrumpió sus estudios entre el 2010 y el 2011 en el ciclo orientado, y cerca del 10% en el ciclo básico. No sabemos cuántos de estos estudiantes se reintegran más tarde al sistema porque la forma en que se relevan las estadísticas no permite conocer ese hecho. Aunque la cifra de los que se reincorporan fuese muy significativa, la interrupción temporaria de los estudios implica inevitablemente un atraso en los estudios. Se trata de alumnos que no cursan regularmente el nivel medio y, como consecuencia de ello, están en riesgo de abandonarlos definitivamente.

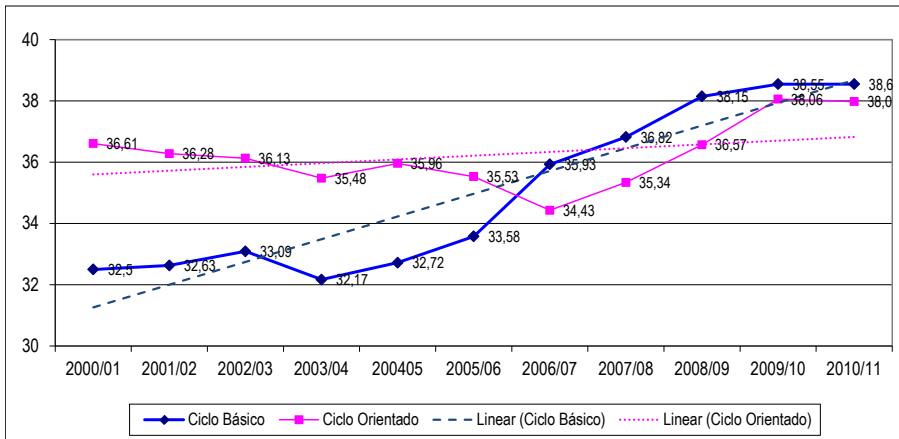
**Gráfico N° 4: Evolución de las tasas de abandono interanual en la escuela secundaria.
Total del país. Total del país (2000-2011)**



Fuente: elaboración propia a partir de los datos de DiNIECE 2013.

Sobreedad. Indica el porcentaje de alumnos que están matriculados en un curso con más edad de la establecida teóricamente para cursarlo. La edad reglamentaria para cursar la escuela secundaria es de 12 a 17 años. El Gráfico N° 5 muestra la magnitud de este fenómeno en Argentina. En el 2011, casi el 40% de los alumnos de cada curso del secundario lo cursaba con más edad de la que corresponde¹⁰. De acuerdo al gráfico, a lo largo de los años la proporción de alumnos con sobreedad se ha ido incrementando, ello implica que no se adoptaron las medidas necesarias para enfrentarlo. La tendencia ascendente es más pronunciada en el ciclo básico que en el orientado. La repetición y el abandono interanual son algunos de los factores que provocan el fenómeno. Puede ocurrir también que algunos niños no sean escolarizados a la edad que corresponde. En cualquier caso, la sobreedad es una cuestión compleja que obedece a múltiples causas y plantea serios problemas para la enseñanza, es imprescindible que se preste especial atención a esta cuestión.

Gráfico N° 5: Evolución de las tasas de sobreedad en la escuela secundaria. Total del país (2000-2011)



Fuente: elaboración propia a partir de los datos de DiNIECE 2013.

c) Los resultados en los exámenes PISA

Las pruebas PISA son exámenes internacionales que aplica en diferentes países la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) a los alumnos de 15 años a fin de evaluarlos en comprensión en lectura y los conocimientos en matemática y ciencias. Evalúan también lo que estos alumnos saben hacer con lo que saben.

Argentina participa en el programa PISA desde hace más de diez años. La OCDE publica regularmente los resultados de estas pruebas y ordena a los países en un *ranking* según el puntaje que alcanzan los alumnos en las diferentes pruebas. En los informes correspondientes a los últimos años, los países asiáticos comienzan a encabezar el *ranking* en casi todas las disciplinas. Argentina figura

¹⁰ En nuestro país, la sobreedad promedio para el nivel medio, en el 2009, superaba el 38% de la matrícula del nivel; en Santiago del Estero era superior al 66%. DINIECE. <http://portales.educacion.gov.ar/diniece/indicadores-educativos/>.

siempre entre los últimos puestos en todos los casos, con puntajes sustancialmente inferiores a los alcanzados por el promedio de los países.

Consideramos aquí, a título de ejemplo, las principales conclusiones a las que llega un estudio llevado a cabo en el marco del Proyecto Educar 2050, sobre la base de los resultados obtenidos por Argentina en la prueba PISA 2012. La comparación con otros países de la región resulta muy ilustrativa de nuestra situación en materia educativa.

La conclusión general a la que arriba el estudio se refleja en el título del trabajo: *No logramos mejorar. Informe sobre el desempeño de Argentina en el Programa para la Evaluación Internacional de Alumnos (PISA) 2012*. El informe destaca en particular lo siguiente:

- Argentina se desempeñó entre los peores ocho países participantes (65 en total), ubicándose lejos de los mejores del *ranking* y del promedio de la OCDE. Dos tercios de nuestros alumnos se desempeñaron en los niveles más bajos en matemática, y uno de cada dos entre los porcentajes más bajos de lectura y ciencia.
- Argentina no ha mejorado en ninguna materia desde que comenzó a participar en las pruebas PISA, más de una década atrás. En matemática y ciencia, no ha mejorado desde ningún punto de comparación. En lectura, mejoró desde el 2006, pero luego de haber empeorado considerablemente, lo que la ubica de nuevo en su desempeño original del año 2000.
- Mientras tanto, varios países latinoamericanos han logrado mejorar ampliamente. Brasil alcanzó a Argentina en matemática. Chile empezó desde el mismo punto de lectura que Argentina y hoy la supera cómodamente. Perú es de los países que más mejoró en el mundo y se acercó al desempeño de Argentina.
- En Argentina, el porcentaje de alumnos que no alcanza niveles mínimos de aprendizaje no cambió; en varios países latinoamericanos, se redujo considerablemente.
- Menos de un 1% de los alumnos argentinos logró niveles de excelencia en todas las materias; este porcentaje bajó en matemática y lectura.
- Las brechas por nivel socio-económico son de las más amplias del mundo, pero aún las escuelas de mayor nivel obtienen bajos resultados. El desempeño de los estudiantes y escuelas de nivel socio-económico bajo es el cuarto más bajo de los 65 países participantes. Las escuelas argentinas con mayor nivel socioeconómico obtienen resultados similares a las de menor nivel en otros países.
- Argentina se desempeña muy por debajo de otros países con niveles de ingreso o de inversión en educación similar. En matemática y ciencia, Argentina fue el país que peor se desempeñó para su nivel de ingreso. Y si bien Argentina tiene la inversión por alumno más alta de los países latinoamericanos participantes, su desempeño es de los más bajos de la región.

Al margen de las críticas que se puedan hacer a las pruebas utilizadas por el programa PISA, no cabe duda de que lo observado por el Proyecto Educar 2050 en el informe citado, refuerza lo que surge de nuestro análisis del rendimiento interno del sistema: el persistente retroceso del país en materia educativa. Otros

informes sobre el estado de la educación argentina realizados por diferentes organizaciones, algunos de ellos comentados ampliamente por los medios de comunicación, dan cuenta de lo mismo¹¹. Se trata de un retroceso difícil de comprender, ya que Argentina es el país con la inversión en educación más alta de la región.

Conclusiones

El análisis realizado nos lleva a concluir que el derecho de los jóvenes a recibir una educación de calidad, la única que realmente sirve a una persona para ejercer plenamente la ciudadanía, insertarse en la sociedad y realizar su proyecto de vida, se ve seriamente comprometido hoy. Vimos que, en el plano normativo, no hay ninguna duda sobre el reconocimiento de ese derecho. De hecho, gracias a las políticas puestas en marcha en la última década se ha logrado sostener una tasa de cobertura cuyo principal incremento se produjo en el período intercensal 1991-2001. Hoy tenemos una tasa promedio para el país cercana al 90% de la población de 12 a 17 años. Desde este punto de vista la meta de la inclusión educativa estaría estadísticamente cubierta. El análisis de la información sobre el rendimiento del sistema, especialmente los datos de sobre edad, provistos por DiNIECE, permite inferir que un porcentaje significativo de esa población no está incorporada en el nivel educativo que corresponde para ese grupo de edad, es decir aún están en la escuela primaria.

Lo que describen los indicadores de rendimiento del sistema es desalentador. El país no logra revertir el deterioro en materia educativa que observamos desde hace varios años. Algunas mejoras esporádicas no consiguen frenar el retroceso. La comparación con los países vecinos al nuestro sirve para confirmar lo que muestran los indicadores considerados. Teniendo en cuenta que la educación de nuestro país fue pionera en América Latina, el nivel de retroceso que hoy registramos es más ostensible aún. ¿Cómo se puede explicar esto cuando la inversión en educación, como porcentaje del PBI, ha alcanzado en el país niveles inéditos durante los últimos años?

En una palabra, teniendo en cuenta los datos cobertura y rendimiento, la principal conclusión es que la primera no garantiza por sí misma la inclusión. Es positivo que el sistema incorpore a todos pero la verdadera inclusión implica que quienes acceden a él reciban lo necesario para incorporarse plenamente a la vida social y desarrollar su proyecto de vida. Un sistema que bajo el manto de la inclusión privilegia la contención de los alumnos por encima de los aprendizajes y las competencias adecuadas provoca la más perversa de las exclusiones porque se funda en un engaño. Reconocer esto no implica restar valor a las políticas de reconocimiento del derecho a la educación adaptadas, por el contrario debería conducir a analizar las medidas a tomar para hacer efectivo el cumplimiento de ese derecho.

¹¹ Los resultados de escolaridad primaria también indican un retroceso. Según los datos del Tercer Estudio Regional Comparativo y Explicativo (TERCE), prueba regional de Unesco, cuyos resultados correspondientes al año 2013 fueron dados a conocer recientemente en Brasilia, el abandono en la escuela primaria argentina aumentó en los últimos años. De acuerdo con UNESCO, la tasa de abandono acumulado en el nivel primario creció 1,8 puntos porcentuales en Argentina. www.unesco.org/new/es/santiago/education/education-assessment-llece/third-regional-comparative-and-explanatory-study-terce/.

Bibliografía

BRIGIDO, A. M. (2004), *La equidad en la educación argentina. Un análisis de la distribución de la educación*, Universitas-Fac. de Filosofía y Humanidades, Córdoba.

— (2009), *La educación argentina. Nueva configuración del sistema y situación actual*, Hispania, Córdoba.

BRIGIDO, A. M. editora (2011), *Gestión directiva, evaluación de los aprendizajes y rendimiento escolar*, Hispania, Córdoba.

CONGRESO DE LA NACIÓN ARGENTINA, Ley Federal de Educación N° 24.195/93.

— Ley de Educación Nacional N° 26.206/06.

CONSEJO FEDERAL DE EDUCACIÓN (2009). Resoluciones CFE 84/09, Lineamientos políticos y estratégicos de la educación secundaria Resolución, y 88/09 Institucionalidad y fortalecimiento de la educación secundaria obligatoria. Planes de mejora institucional.

DINIECE, 2013, <http://portales.educacion.gov.ar/diniece/indicadores-educativos>;

<http://educar2050.org.ar/2013/pisa/Informe%20PISA%20Argentina%202012%281%29.pdf>.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS Y CENSOS, Censos Nacionales de Población y Vivienda 1991, 2001 y 2010.

KIMLICKA, WILL (1995), *Filosofía política contemporánea. Una introducción*, Ariel, Barcelona.

MINISTERIO DE EDUCACIÓN DE LA NACIÓN, La educación en cifras 2013. <http://repositorio.educacion.gov.ar:8080/dspace/bitstream/handle/123456789/110007/2013%20Educaci%C3%B3n%20Cifras%20WEB%2031-3-14.pdf>.

— (2004) *Programa for internacional student assessment (PISA 2000). Informe Nacional República Argentina*, Buenos Aires (disponible on line).

PROYECTO EDUCAR 2050 (2013), Informe PISA Argentina 2012. *No logramos mejorar. Informe sobre el desempeño de Argentina en el Programa para la Evaluación Internacional de Alumnos (PISA) 2012*, Buenos Aires.

RODRIGO, LUCRECIA (2010), "El rendimiento de los estudiantes argentinos en PISA 2006", *Revista latinoamericana de Educación Comparada*, año 1, N° 1. ISSN 1853-3744 (pp. 33-44).

UNESCO, www.unesco.org/new/es/santiago/education/education-assessment-illece/third-regional-comparative-and-explanatory-study-terce/.



SOBRE LA ACEPTACIÓN Y LA IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO*

Natalia Scavuzzo**

Resumen: En *El concepto de derecho* Hart introduce la distinción entre diferentes puntos de vista frente al derecho. El presente ensayo busca analizar los distintos tipos de enunciados, que asumiendo estos puntos de vista, pueden hacerse sobre la existencia de reglas, y en especial los enunciados que pretenden identificar cuáles son las normas de un determinado sistema jurídico. Se busca responder a la pregunta de si un observador no participante podría identificar qué es lo que cuenta como derecho en una determinada comunidad, y si esto influye en la idea paradigmática de las teorías positivistas de que puede haber conocimiento objetivo del derecho.

Palabras-clave: Enunciados jurídicos - Positivismo jurídico - Aceptación - Punto de vista interno.

I. Introducción

Una de las intuiciones más fuertes referentes al derecho es que éste, en un determinado sentido, es objetivo. Se pretende que los enunciados que expresan qué es y qué no es derecho son verdaderos o falsos y que esto no depende del especial punto de vista del sujeto que los formula¹. Por ejemplo, cuando afirmamos que tenemos derecho a exigir determinado estado de cosas o a realizar determinadas acciones, creemos que esto es independiente de nuestras propias creencias o deseos. Pensamos que los demás miembros de la comunidad jurídica deberían acordar con nosotros respecto de la existencia y contenido de estos derechos. Asimismo, cuando los tribunales resuelven disputas jurídicas, entendemos que los jueces aplican un derecho que existe con independencia de sus preferencias, estados de ánimo o creencias morales. Es en este sentido que pensamos que el derecho tiene “objetividad”, que podemos conocerlo y que los enunciados que describen al derecho pueden ser verdaderos o falsos, según describan correctamente el contenido de normas válidas o no².

Los teóricos del derecho positivistas, dan especial importancia a la idea de que el derecho puede ser objeto de descripción objetiva³. Si bien las teorías

* Recibido el 10/12/14. Aprobado el 20/07/15.

** Abogada. Adscripta a la Cátedra B de Filosofía del Derecho, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UNC. Maestranda en Derecho y Argumentación Jurídica, UNC. Doctoranda en Derecho y Ciencias Sociales, UNC. Doctoranda en Filosofía del Derecho, Universidad de Génova.

¹ Me refiero a enunciados, que como explica HART en el *Postscriptum*, “...no son sobre qué es ‘Derecho’, sino acerca de que es ‘el Derecho’, esto es, de lo que el Derecho en algún sistema permite, exige o autoriza a hacer..” (HART, 2000).

² Sin embargo, esto no deja de lado que puedan existir problemas, ya que con frecuencia, a causa de las indeterminaciones que surgen de lagunas, incoherencias, vaguedades o ambigüedades, es difícil determinar qué se debe hacer o no hacer. En estos casos, los enunciados acerca del derecho podrían verse como algo similar a una conjetura más que como una descripción objetiva de un fenómeno social. Pero, es preciso destacar que estos problemas no oscurecen que en el caso central del derecho, entendemos que éste puede identificarse de forma objetiva.

³ Las teorías positivistas en un inicio toman como método científico paradigmático el método de las ciencias empíricas, y su ideal de explicar y predecir la realidad. Así, se concentran en el conocimiento del derecho positivo y rechazan toda referencia al derecho natural.

que suelen denominarse “positivistas” son múltiples y diferentes entre sí, puede sostenerse que todas ellas aceptan dos tesis centrales: la tesis de las fuentes sociales y la tesis de la separación conceptual entre el derecho y la moral (Bayón, 2002). Según la primera, qué es derecho depende exclusivamente de hechos sociales y, para la segunda, una cosa es el derecho y otra su mérito o demérito. A partir de éstas se refuerza la idea de que la principal función de la teoría del derecho es la descripción de sistemas jurídicos.

Una de las principales propuestas positivistas es la de H. L. A. Hart, quien presenta una teoría que tiene en cuenta el sentido que los participantes le dan a la práctica jurídica de la cual forman parte⁴. En *El concepto de derecho* Hart introduce la distinción entre diferentes puntos de vista que podemos adoptar a la hora de referirnos al derecho, estos son el punto de vista “interno”, el de los participantes, y el punto de vista “externo”. Los enunciados sobre el derecho, pueden formularse adoptando uno u otro punto de vista.

Pero este es el contexto donde surgen los siguientes interrogantes, ¿cuál es el sentido y cuáles son las condiciones de verdad de los enunciados sobre el derecho desde uno y otro punto de vista? Si el sentido y las condiciones de verdad, son diferentes según el punto de vista adoptado, ¿deja el derecho de ser un fenómeno capaz de ser descrito objetivamente? En este sentido se ha sostenido que si de esta distinción entre punto de vista interno y externo se da a entender que una perspectiva tiene un privilegio epistémico sobre el conocimiento de reglas, se pone en cuestión la idea de pueda haber conocimiento objetivo del derecho (Caracciolo, 2009).

El presente ensayo busca analizar los distintos tipos de enunciados, que conforme a la propuesta de Hart pueden hacerse sobre la existencia de reglas, y en especial los enunciados que pretenden identificar cuáles son las normas de un determinado sistema jurídico. Busco indagar si, conforme la teoría de Hart, puede haber enunciados “externos” de identificación de normas válidas, o por el contrario este tipo de enunciados siempre son enunciados “internos”. Y, de ser este el caso me pregunto qué es lo que un observador no participante de esta práctica podría decir sobre qué es lo que cuenta como derecho en una determinada comunidad.

Entonces, si el sentido y las condiciones de verdad varían según se adopte uno y otro punto de vista, afirmaciones tales como: “El sujeto dañado tiene derecho a una indemnización”, “quien rescinde un contrato está obligado al pago de una multa”, “las personas jurídicas deben pagar impuesto a las ganancias”, “en Argentina está prohibida la pena de muerte” o “en Argentina está prohibido el homicidio”⁵ significarían algo distinto para una teoría que asume la perspectiva de los participantes de la práctica jurídica que para una teoría que no lo hace. Este es el punto que deseamos indagar, cuál es el sentido y cuáles son las condiciones de verdad de estos enunciados desde una teoría del derecho como la propuesta por Hart. Y, ¿pone esto en cuestión la posibilidad de identificar el dere-

⁴ Diferenciándose así de las teorías positivistas desarrolladas con anterioridad —e.i. Austin—, y en especial a las teorías positivistas denominadas “teorías predictivas del derecho” —e.i. Oliver Wendell Holmes y Alf Ross—.

⁵ Este último ejemplo es tomado del artículo de Jorge L. Rodríguez. Véase, RODRÍGUEZ, JORGE L. (2012), “Normas, Verdad y Enunciados acerca del derecho”, en *Neutralidad y Teoría del derecho*, Marcial Pons, Madrid.

cho en forma objetiva, separando así a Hart de las tesis centrales del positivismo jurídico?

El presente trabajo se estructurará de la siguiente forma: en primer lugar presento brevemente la propuesta teórica de Hart. Luego, para diferenciar entre los distintos puntos de vista frente el derecho que Hart enuncia, desarrollo un análisis de la noción de “aceptación” y sostengo que la mejor forma de entenderla es bajo una lectura que llamo “débil”. Seguidamente, expongo los distintos tipos de enunciados que pueden hacerse sobre el derecho según se adopte el punto de vista interno o externo, e intento defender la tesis según la cual para Hart los enunciados jurídicos que identifican normas válidas son enunciados internos que presuponen la aceptación de la Regla de Reconocimiento. En la última sección argumento por qué aceptar esta tesis no implica negar la posibilidad de que haya conocimiento objetivo del derecho.

II. Hart, la concepción del derecho como conjunto de reglas

Hart introduce la perspectiva del participante en la teoría jurídica, es decir que la teoría debe atender al sentido que los sujetos le dan a la práctica de la que forman parte⁶. Según este enfoque, para comprender la naturaleza de los fenómenos jurídicos la “metodología de las ciencias empíricas es inútil; lo que se necesita es un método ‘hermenéutico’ que consiste en retratar la conducta guiada por reglas tal como ella es vista por sus participantes...” (Hart, 1983, 13). Para entender qué es el Derecho, entonces, no es suficiente hacer referencia a la existencia de hechos constatables mediante la observación, sino que debemos ver qué sentido tienen estos hechos para los miembros de una comunidad. Varios son los autores que sostienen que esta perspectiva implica un giro hermenéutico de la teoría del derecho, y en especial del positivismo jurídico (Bix, 2006; MacCormick, 2010; Shapiro, 2000)⁷.

Hart toma el concepto de regla social, central para su explicación del derecho. Para él, los participantes de la práctica jurídica entienden al derecho como un conjunto de reglas, y no estarían dispuestos a sostener que el derecho consiste simplemente en hechos —i.e. conductas reiteradas o hábitos—. Por esta razón la teoría del derecho debería explicar al derecho como conjunto de reglas y no como un conjunto de meros hechos.

Explica Hart que cuando existe una regla social encontramos un aspecto externo y un aspecto interno; es este “aspecto interno” lo que diferencia las reglas sociales de los hábitos de conducta convergentes —i.e. hechos—. El aspecto interno es la característica central de las reglas sociales, y es generalmente entendido como condición de existencia de éstas. Son los aceptantes quienes adoptan el punto de vista interno frente a las reglas; esto es, las toman como pauta de conducta, y las utilizan como razón para justificar su actuar y criticar las desvia-

⁶ Corresponde aclarar que en el presente trabajo propongo una lectura de la propuesta de Hart, la cual no es compartida por todos sus comentaristas. Para una lectura diferente véase por ejemplo, MACCORMICK (2010) *H. L. A. Hart*, Marcial Pons, Madrid.

⁷ Como ya explicamos este enfoque se presenta como una alternativa a las propuestas previas del positivismo jurídico, que se basaban en un análisis empírico/científico del derecho, que reducía toda la explicación del fenómeno normativo a términos fácticos. Específicamente en su obra, Hart discute con la teoría de Austin. Véase, BIX, BRIAN (2006), “H. L. A. Hart y el giro hermenéutico en la teoría del derecho”, en *Teoría del Derecho: ambición y límites*, Marcial Pons, Madrid.

ciones de la conducta reglada. Es decir, para los aceptantes las reglas proveen criterios de evaluación de conductas, criterios de corrección e incorrección, ausentes en los simples hábitos.

El aspecto externo hace referencia a la existencia de una convergencia de la conducta observable en los miembros del grupo. Esta convergencia está presente cuando existen reglas sociales, pero también en situaciones donde no hay reglas. Por ejemplo, en el caso de los hábitos de conducta, e.g.: comer ñoquis los días 29 de cada mes.

Sostener que existe una regla social, implica que un grupo de sujetos acepta esta pauta como guía de conducta general y como razón para la crítica ante la desviación. Es importante aclarar que esta aceptación, no implica simplemente que cada individuo acepta o no individualmente la regla, con independencia de lo que aceptan los demás, por el contrario, como expresa Hart *"...para que exista una regla social por lo menos algunos tienen que ver en la conducta de que se trata una pauta o criterio general de comportamiento a ser seguido por el grupo como un todo..."* (Hart, 1998, 71).

Hart critica a las teorías predictivas del derecho argumentando que éstas no dan cuenta de esta característica central del derecho; no lo ven como un conjunto de reglas. Las teorías predictivas sólo reparan en la existencia de hechos sociales, de patrones de conducta convergentes, su periodicidad y probabilidad de reiteración. Pero esto es sólo el aspecto observable del fenómeno jurídico, o en términos de Hart "el aspecto externo" y se pasa por alto el sentido que los sujetos les dan a estos hechos. Esto hace que el poder explicativo de estas teorías sea limitado⁸.

Esta crítica que Hart realiza a las teorías predictivas del derecho puede conectarse con el concepto explicado de regla social. Puede verse cómo el problema central de estas teorías es que no dan cuenta del sentido de una práctica reglada; observan que frente a ciertas conductas se producen reacciones hostiles, pueden constatar la existencia de críticas en un momento dado y efectuar cálculos de probabilidad de que dicha crítica se reitere en el futuro. Pero al no ver el sentido especial de las reglas, no ven que éstas establecen razones para actuar en determinado sentido, y razones que justifican la crítica frente a la desviación de la conducta reglada.

En este orden de ideas, puede verse como en la propuesta de Hart el derecho está compuesto por un conjunto de reglas de distinto tipo⁹. En general, el derecho se conforma por reglas primarias de conducta, que establecen derechos y obligaciones, y reglas secundarias. Dentro de éstas encontramos a las reglas de cambio, de adjudicación y la regla de reconocimiento. Esta última es la regla que

⁸ Vemos un ejemplo de esto cuando Ross señala que las disposiciones acerca del derecho vigente deben interpretarse como proposiciones que se refieren a hechos sociales, y que en la ciencia del derecho debe aplicarse, al igual que en la ciencia empírica, el principio de Verificación. Según este principio, el valor de verdad de una proposición acerca de la realidad necesariamente implica que, bajo cierto procedimiento, en ciertas condiciones, resultarán ciertas experiencias directas. Si una aserción no contiene implicaciones verificables se entiende que es una aserción metafísica, y no puede formar parte de la ciencia del derecho, la cual debe ser reconocida como una ciencia social empírica. Véase, ROSS, ALF (2006), *Sobre el derecho y la justicia*, 3ª edición, Eudeba, Buenos Aires.

⁹ Hart explica que muchas teorías del derecho aceptan que éste consiste en un conjunto de reglas, sin embargo aclara que no hay un desarrollo suficiente de qué es lo que se entiende por "regla", ni qué significa decir que una regla existe. Véase, HART, HERBERT L. A. (1998), *El concepto de derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires.

aporta los criterios para identificar que cuenta como derecho para determinado grupo social.

Podríamos establecer conforme lo analizado ya sobre los argumentos de Hart que la única regla social típica en el caso del derecho es la regla de reconocimiento. Si bien el propio Hart en *El concepto del derecho* acepta que es debatido si ésta es una regla jurídica o no, en su *Post scriptum* sostiene que su “teoría práctica de las reglas” es de aplicación a “...*ciertas reglas jurídicas importantes, incluyendo la regla de reconocimiento, la cual es, en efecto una forma de regla consuetudinaria que existe únicamente si ésta es aceptada y practicada en las operaciones de identificación y de aplicación jurídicas de los tribunales...*” (Hart, 2000, 33). Es claro que en su propuesta la regla de reconocimiento es una regla social, y que su existencia depende, como ya explicamos de su aceptación por parte del grupo social; esta regla social nos provee de los criterios para distinguir cuáles son las reglas jurídicas y cuáles no¹⁰.

Conforme a esto, entiendo que la diferencia entre la regla de reconocimiento y las reglas que conforman al derecho, está dada porque la existencia de estas últimas no depende ya de su efectiva aceptación; por el contrario, su existencia depende de la comprobación de que se satisfacen los criterios establecidos por la regla de reconocimiento que sí es aceptada. En otras palabras, según esta lectura la existencia de una regla jurídica no depende de la aceptación de la regla misma, sino de la aceptación de la regla de reconocimiento.

Esto es relevante a la hora de identificar normas jurídicas válidas, y central para el presente trabajo en tanto mi interés se centra en los enunciados de identificación del derecho —i.e. enunciados que describen la existencia de normas válidas—. Uno de los sentidos en que suele usarse la palabra “validez”, implica que una norma forma parte o pertenece al derecho (Bulygin, 1991; Alchourrón y Bulygin, 2006), como explica Navarro: “...*en este sentido, la validez de una norma se identifica con la pertenencia a un sistema normativo*” (Navarro, 2005, 17). En esta oportunidad, consideraré la validez de esta forma, y conforme lo explicado anteriormente, cuando decimos que determinada norma es una norma jurídica “válida”, lo que estamos diciendo es que satisface los criterios establecidos en la regla de reconocimiento y por lo tanto existe y pertenece al sistema jurídico.

III. La “aceptación” en la teoría de Hart

Habiendo a grandes rasgos caracterizado la propuesta de Hart, nos será útil para analizar los diferentes tipos de enunciados sobre el derecho, realizar algunas especificaciones respecto a la noción de “aceptación”. Como dijimos, la teoría de Hart tiene en cuenta la forma en que los mismos participantes entienden la práctica. Pero ¿quiénes son participantes y quiénes son observadores de la

¹⁰ No tratare en esta oportunidad el debate respecto a si la Regla de Reconocimiento de Hart es una regla conceptual o una regla prescriptiva. Si bien la distinción puede tener algún tipo de utilidad en otras discusiones, a los fines de mi propuesta considero innecesario abordar la problemática. Basta simplemente con entender a la Regla de Reconocimiento como una regla consuetudinaria, y como explica von Wright este tipo de normas comparten características tanto con las que él denomina “reglas”, por ejemplo, las reglas de un juego o las reglas de la gramática —i.e. reglas conceptuales—, como con las denominadas “prescripciones” —i.e. reglas prescriptivas—. Véase, VON WRIGHT (1970), *Norma y Acción. Una investigación lógica*, Tecnos, Madrid.

práctica del derecho? La distinción nos será de importancia a la hora de analizar qué es lo que cada uno de ellos ve o entiende sobre el fenómeno jurídico.

Para Hart quienes adoptan el punto de vista interno son los participantes de la práctica, ellos aceptan las reglas como guías de conducta y como estándares de crítica. Quienes tienen el punto de vista externo son los observadores de la práctica (Hart, 2000).

Como ya expliqué la aceptación es, a la vez, condición de existencia de las reglas sociales y el aspecto característico del “punto de vista interno”. Intentaré ahora explicar en qué consiste la noción de aceptación a los fines de poder identificar quienes adoptan el punto de vista interno. Esto tendrá relevancia a la hora de ver qué tipo de enunciados sobre el derecho se realizan desde uno y otro punto de vista.

Hart expresamente sostiene respecto a la aceptación que *“...lo que es necesario es que haya una actitud crítica reflexiva frente a ciertos modelos de comportamiento en tanto que pautas o criterios de conducta comunes, y que ella se despliegue en la forma de crítica (que incluye la auto-crítica), exigencias de conformidad, y en reconocimientos de que tales críticas y exigencias están justificadas, todo lo cual halla expresión característica en la terminología normativa: ‘yo debo,’ ‘deber,’ ‘tú tienes que,’ ‘el debería,’ ‘correcto.’”* (Hart, 1998, 72).

Creo importante diferenciar dos aspectos sobre la aceptación, que son relevantes para comprender mejor el proyecto de Hart. Cuando se entiende o se hace referencia a la aceptación como condición de existencia de las reglas sociales, se hace referencia a la práctica social de aceptación. Esta práctica de aceptación podemos conocerla en tanto se refleja en las actitudes y comportamientos de los miembros de esta práctica¹¹. Sin embargo, la noción de aceptación dentro de la obra de Hart también en algunos pasajes parece referirse a una cuestión individual, o una disposición de un sujeto analizado en forma singular como miembro de una determinada comunidad.

Que exista una práctica general de aceptación en el primer sentido, no implica que esta “aceptación” como disposición pueda predicarse de todos aquellos que forman parte del grupo social aceptante de las reglas. En este sentido, como el propio Hart lo establece, basta que la mayoría acepte. Pero, no es cuestión sencilla explicitar cuáles son estas actitudes “crítico reflexivas” que podrían llamarse de “aceptación”. Para Hart el concepto de aceptación es comprensivo de una gama de diferentes actitudes, que no necesariamente implican un compromiso moral. Entre ellas nombra al cálculo de auto interés a largo plazo, el interés desinteresado en otros, una actitud heredada o tradicional, o el deseo de hacer lo que otros hacen (Hart, 1998).

¹¹ En esto podemos ver la influencia de Wittgenstein en la obra de Hart, y la relevancia que se atribuye a la coincidencia en el comportamiento externamente observable para la existencia de reglas, coincidencia que deriva no de estados mentales comunes, sino de compartir una forma de vida. Véase, GARCÍA CARPINTERO, MANUEL (1996) *Las palabras, las ideas y las cosas*, Ariel, Barcelona. Por ejemplo, en *El Concepto de Derecho* afirma: *“El aspecto interno de las reglas es frecuentemente representado en forma errónea como una simple cuestión de ‘sentimientos,’ por oposición a la conducta física externamente observable. Sin duda, cuando las reglas son generalmente aceptadas por un grupo y apoyadas generalmente por la crítica social y por la presión para obtener la conformidad, los individuos pueden tener a menudo experiencias psicológicas análogas a la experiencia de restricción o compulsión. (...) Pero ellas no son necesarias ni suficientes para la existencia de reglas ‘obligatorias.’”* (HART, 1998, 127).

Conforme lo dicho por Hart, entonces, ser aceptante implica tener una especial actitud crítico reflexiva frente a las reglas. Según él, esta actitud consiste en tomar a la regla como guía de conducta; razón para la acción; y razón para la crítica ante la desviación. Me pregunto si las tres cosas son necesarias para ser aceptante. Y, principalmente, si tomar a la regla como guía de conducta quiere decir algo distinto de tomarla como razón para la acción.

Al respecto surgen los siguientes interrogantes: ¿aquellos que se conforman con la regla por miedo a la sanción, la toman como una guía de conducta? ¿Son éstos aceptantes? Y quienes no conforman su conducta con la regla, ¿no lo son? Estas dos cuestiones, sin duda, son problemáticas, y como veremos han dado lugar a diversas opiniones. En este sentido, se ha dicho al respecto que “...Hart no se concentra demasiado en la psicología o motivación de los ciudadanos o funcionarios de una sociedad. Desde la perspectiva de la teoría jurídica, y de un cierto enfoque de las reglas y el seguimiento de reglas, todo lo que es importante es si los individuos en cuestión ‘tratan a las reglas como reglas, i.e. como estándares para guiar y evaluar las conductas...’” (Bix, 2006, 136, citando a Shapiro, 2000).

Considero que la mejor forma de entender este complejo concepto es la siguiente: ser aceptante es ver en la regla una razón para la acción, que esta razón sea lo que motive o no la conducta del agente en el caso concreto sería una cuestión independiente. Esto se desprende de lo que Hart dice respecto a que la aceptación implica el reconocimiento de que las exigencias —contenido de las reglas—están justificadas. Ser aceptante implica tener un conocimiento del contenido de la regla, entender su sentido, cuál es la conducta que está mandada a hacer, permitida o es prohibida, y ver en esto una razón para hacerlo.

Por esto, tomar a la regla como guía de conducta es equivalente a verla como una razón para actuar en determinado sentido. Y al ser ésta una especial actitud o predisposición del ánimo, es independiente de la conducta observable del sujeto. La aceptación depende entonces de una especial actitud interna, que puede o no ser observable o traslucida en los hechos o acciones. La aceptación es compatible tanto con la conformidad de la conducta del sujeto con la reglada, como con lo contrario¹².

Es importante aclarar que esto no implica que el aceptante de una regla reconozca un valor en la misma, el aceptante no necesariamente acepta la regla

¹² Como ya aclaré, ésta es la caracterización de la “aceptación” como característica disposicional de un individuo, y no como práctica del grupo. La distinción es importante, ya que no es contradictorio que en una práctica social (cuya existencia necesariamente depende de conductas observables externamente) existan sujetos no participantes y participantes que no exterioricen actitudes. Este punto en particular presenta algunas complejidades, dado que parecería que en mi lectura Hart se aleja de la propuesta de Wittgenstein en sus *Investigaciones*, la cual podría entenderse como una forma de naturalismo antirracionalista verificacionista, que no necesariamente niega la existencia de estados conscientes pero los entiende como una proyección de nuestros juicios basados en nuestra conducta. Yo específicamente sostengo que la aceptación de un sujeto en particular es independiente de su conducta observable de conformidad o no con la regla. Sin embargo, vemos cómo mi lectura no implica esta escisión si admitimos que en Wittgenstein la relación entre la disposición del sujeto y su conducta externamente observable es de carácter criterial, y que “Wittgenstein está de acuerdo con el conductista, frente al cartesiano, en que los predicados psicológicos no son lógicamente independientes de los predicados comportamentales. Pero no comparte la tesis conductista de que los predicados psicológicos sean reducibles a predicados comportamentales” (GARCÍA SUÁREZ, 2011, 480) En este punto, mi lectura de la aceptación no se contraponen con este enfoque. Simplemente, entiendo que la conformidad con la conducta reglada es un criterio para predicar la aceptación pero éste no es necesario ni suficiente en el caso particular.

porque apruebe internamente los mandatos de ésta, o porque reconozca su valor moral. Como el propio Hart lo dice, acepta también quien la toma como patrón de conducta sólo para evitar un mal mayor. Entonces, quien se conforma con la regla por miedo a la sanción puede o no ser un aceptante, dependiendo de si ve en la regla una razón para la acción, es decir un criterio compartido de guía y justificación.

En este sentido la aceptación no implica que la regla motive directamente la conducta del sujeto, por el contrario implica que éste reconozca a la regla como una pauta o criterio compartido, como una razón para obrar en determinado sentido y una razón para criticar a quienes no lo hacen. Qué tipo de razones son las que provienen del derecho y su relación con otro tipo de razones es una cuestión aparte que excede los límites de este trabajo.

Así, conforme una lectura de Hart como la que propongo, puede entenderse a la aceptación como la identificación de criterios orientadores y justificatorios compartidos. Podríamos llamar a éste un concepto “débil” de aceptación que, por un lado, no se refleja necesariamente en los actos del sujeto y, por el otro, tampoco se compromete con el valor moral o justificación final de las razones brindadas por la regla. Intento separarme de las lecturas que podría llamar “fuertes” de la aceptación, algunas de las cuales identifican aceptación con aprobación moral, y otras que consideran necesaria la adecuación de la conducta del agente a la regla para poder hablar de aceptación.

A los fines de aclarar esta lectura, puede resultar útil resaltar la diferencia entre lo que es “tener una razón” y “actuar por una razón”. El término “razón para la acción” es ambiguo y con él muchas veces se hace referencia a diversas cosas. Podemos afirmar que algo es una razón para la acción, y esto no quiere decir que un determinado sujeto en un caso particular haya actuado por esa razón, decimos que “tiene razones”. Un agente puede tener varias razones para realizar la conducta X, pero no todas ellas influyen en su conducta o lo motivan a actuar. Así, uno podría explicar la acción de un agente haciendo referencias a las “razones” que lo motivaron para actuar de una determinada forma, y podemos decir que el sujeto “actúa por esas razones”. Cuando hablamos de razones como criterios que justifican una acción —i.e. hechos que justifican una acción X, aunque ésta haya sido motivada por diversas causas—, vemos que no necesariamente coinciden con la razón que motivó la acción. En un caso concreto ambas cosas pueden coincidir (von Wright, 1997). Entonces, que un sujeto acepte una regla implica que éste “tiene una razón” y no que de hecho “actúa por esa razón”¹³.

¹³ Para ejemplificar la independencia entre reconocer una razón para la acción y actuar por una razón, pensemos ahora en diferentes situaciones hipotéticas que tienen lugar en una pequeña sociedad imaginaria, donde sólo existen reglas sociales consuetudinarias. El ejemplo también podría funcionar en una sociedad donde exista un sistema jurídico —i.e. reglas primarias y reglas secundarias— pero lo evito, atento a que como sostuve que la existencia de las normas jurídicas depende de la aceptación de la regla de reconocimiento, el caso de la aceptación de cada norma jurídica como una regla social nos llevaría a abordar algunas complejidades que no pueden desarrollarse en este trabajo. Entre algunas de las reglas que podemos encontrar en esta sociedad, una establece la prohibición de apoderarse de bienes que se encuentren bajo el dominio de otras personas, y otra establece que para el caso de querer un bien que se encuentra en esas circunstancias existe la obligación de pactar con quien lo detenta para su adquisición.

En primer lugar, podríamos decir que un sujeto es aceptante de una regla aunque no efectúe en un momento determinado ninguna acción. Pensemos por ejemplo en la regla que en caso de querer apropiarnos de un bien que se encuentre bajo el dominio de otro, para hacerlo debemos pactar

En este sentido Perry argumenta que “...la caracterización que hace Hart de este punto de vista [interno] es demasiado estrecha, y el concepto de hombre malo representa otra versión del punto de vista interno que no puede dejarse de lado como implícitamente lo hace Hart basado solo en base a aspectos metodológicos...”¹⁴ (Perry, 2000, 161). Y, en el mismo sentido Shapiro explica que “...nótese que, para Hart, la guía no contiene un componente ‘motivacional’ directo: no requiere que las personas sean motivadas a seguir el derecho simplemente porque el derecho se los requiere. Es posible, por lo tanto, que las reglas guíen la conducta aun cuando el motivo para conformarse es el miedo a las sanciones...”¹⁵ (Shapiro, 2000, 206).

Shapiro expone que hay dos formas desde donde se puede ver la aceptación, desde el hombre bueno y desde el hombre malo. Sostiene que si bien se entiende que Hart adopta una teoría hermenéutica, éste tiene en cuenta sólo la perspectiva de aquellos sujetos comprometidos con el sistema legal, ya sea porque él pensaba que la mayoría de los miembros de la comunidad lo estaban o porque pensaba que así debía ser. Explica Shapiro, que Hart pone el acento en quienes aceptan comprometidamente al derecho para oponerse radicalmente a las teorías predictivas que sólo veían el asunto desde la perspectiva del hombre malo guiado por el auto interés. Para él, Hart intenta mostrar que desde esta perspectiva no tiene sentido preguntarse por la existencia de obligaciones o deberes, y es por eso que pone énfasis en el aceptante comprometido. Es por esto que Shapiro entiende que el punto de vista interno de Hart no hace referencia a los participantes [*insider*] de la práctica del derecho, sino a una particular actitud

con éste, i.e. del hecho de que alguien no realice un acuerdo, o no desee ningún bien no podríamos inferir que este sujeto no es un aceptante de esta regla.

En segundo lugar, tampoco podríamos afirmar que un sujeto es aceptante por el hecho de conformar su conducta a la exigida por la regla. Este punto es un poco más complicado, pero pensemos por ejemplo en quien acuerda con otro, y adquiere el bien. La conducta de este sujeto se adecua con la conducta prescrita por las normas, es un caso en que la conducta se conforma con la regla. Ahora bien, ¿necesariamente implica esto que hay aceptación? Esta conducta, que un tercero podría observar, es compatible con varios estados internos del sujeto frente a la regla. A saber, el sujeto realiza el acuerdo y toma el bien que desea apropiarse porque sabe que así debe hacerlo. Es decir, es un aceptante ya que conoce el contenido de la regla, entiende su sentido, cuál es la conducta mandada a hacer y ve en esto una razón para hacerlo.

Pero pensemos si el sujeto realiza el acuerdo y toma el bien que desea apropiarse sólo porque teme ser reprochado por la presión social ¿Es éste un caso de aceptación? Podríamos creer que sí, en virtud de lo que nos dice Hart respecto de la aceptación éste podría ser un caso de “cálculo de auto interés”. De todas formas, creemos que no es necesariamente así, quien acata una regla por temor a la sanción, puede o no ser un aceptante de la regla, en tanto la reconozca como una razón para actuar en este sentido, o no. Puede aceptar la regla, pero en realidad tiene otras razones a las que da mayor importancia para seguir la regla, de todas formas el temor a ser castigado es lo que finalmente lo motiva seguir la regla. No es necesario que la razón que provee la regla motive directamente el comportamiento. En otras palabras, la razón que explica la conducta puede coincidir con la razón que la justifica, pero esto no necesariamente tiene que ser siempre así.

Un caso interesante sería suponer que el sujeto actúa simplemente por imitación, podríamos poner en duda que tipo de acción es la imitación. Cuando alguien adquiere un bien imitando a otros, y sólo porque está imitando a otros, pareciera que su acción no es la “acción de adquirir un bien” propiamente dicha. Pensemos en quien acuerda con otro y recibe un bien, pero sólo lo hace porque ve que los demás hacen lo mismo. Podríamos pensar que él no realiza la acción de adquirir un bien, sino que realiza la acción de imitar a los demás, aunque de hecho externamente su conducta es similar, y se conforma con la conducta prescrita por la regla que manda a pactar con otros para apoderarnos de sus bienes. Me inclino a decir que este sujeto no es un aceptante de la regla en cuestión.

¹⁴ La traducción me pertenece.

¹⁵ La traducción me pertenece.

normativa de quien acepta y usa la regla como guía de conducta. Sin embargo, Shapiro cree que desde la perspectiva de Hart la aceptación no tiene un componente motivacional, y no es importante para el derecho cuál es la motivación de los sujetos para seguir al derecho (Shapiro, 2000).

En el mismo sentido, conforme lo que sostuve anteriormente, creo que la mejor forma de entender a la aceptación es bajo su lectura “débil”, según la cual no es necesario, ni suficiente, conformar la conducta a la prescripta por la regla para ser aceptante de ésta. Por el contrario, uno podría actuar en contra de lo establecido por la regla, y aun ser un aceptante de la misma¹⁶.

Todo esto, me permite sostener lo que antes adelanté, que la aceptación de una regla depende de una actitud interna del sujeto —a saber, el reconocimiento de que el contenido de la regla es un criterio compartido de justificación—, y es independiente de su conducta externamente observable.

IV. Enunciados sobre el derecho

Todas las consideraciones efectuadas nos permiten ahora abordar el tema central del presente trabajo. Hart expone que frente a un grupo social, que sigue determinadas reglas, pueden hacerse dos tipos de enunciados diferentes. Los enunciados desde el punto de vista interno, aquellos formulados por los aceptantes de una regla, y los enunciados desde el punto de vista externo, formulados por quien se refiere a la regla sin aceptarla. En este sentido sostiene que *“...[c]uando un grupo social tiene ciertas reglas de conducta, este hecho abre la posibilidad de tipos de aserción estrechamente relacionados entre sí, aunque diferentes; porque es posible ocuparse de las reglas como un mero observador que no las acepta, o como un miembro del grupo que las acepta y que las usa como guías de conducta.”* (Hart, 1998, 110)¹⁷.

¹⁶ Siguiendo el camino del ejemplo enunciado, pensemos ahora en la situación inversa, alguien cuya conducta difiere de la mandada por la regla. En el ejemplo que pusimos, veríamos que el sujeto toma un bien que se encuentra bajo el dominio de otro sujeto y se lo lleva. Esta situación de hecho es compatible con distintas actitudes que el sujeto puede tener frente a la regla. En primer lugar, puede desconocerla. Este es un caso claro de alguien que no es un aceptante de la regla. En segundo lugar, puede conocerla pero no ve en esta regla una razón para actuar conforme ella lo ordena, no ve en las reglas una razón para la acción. Para este sujeto que las reglas sociales sobre la prohibición de apoderarse de bienes de otros, y la obligación de pactar para adquirirlos no tienen ninguna relevancia o efecto sobre su juicios prácticos sobre qué debe hacer y cómo. Podríamos decir, sin lugar a dudas, que este sujeto no es un aceptante de la regla.

Ahora bien, también podría darse el caso de quien no conforma su conducta con la prescripta por las reglas, aun cuando ve en éstas una razón para actuar en este sentido. Reconoce una razón para no robar, pero la desestima y lo hace de todas formas. Este caso me parece de sumo interés, y podría tratarse de un sujeto que roba atento a que no ha comido en días y le es imposible obtener de otra forma el alimento, o quien roba porque no desea gastar su propio dinero o espera no ser descubierto. Lo que tienen en común ambos es que no toman a la regla como pauta de conducta a seguir en ese caso particular, si bien la reconocen como una razón, dan mayor prevalencia o primacía a otras razones. ¿Son estos sujetos aceptantes? Me inclino por la respuesta afirmativa. Son aceptantes, cuentan con el aspecto cognoscitivo, a la vez que reconocen en esta regla una razón para actuar de determinada forma. No obstante esto no es suficiente para guiar su accionar. Creo que por esto no nos es extraño que aun quienes violan las reglas ofrezcan razones de por qué han actuado en este sentido, y raramente desconocen que existían requerimientos sobre su conducta que los obligaban a hacer algo distinto de lo que hicieron.

¹⁷ Este tema ha generado una gran discusión respecto de cuáles son los tipos posibles de enunciados sobre el derecho. Raz introduce una tercera perspectiva “los enunciados desde el punto de vista jurídico”, también llamados en *The Authority of Law* “proposiciones normativas no comprometidas”

A su vez, los enunciados desde el punto de vista externo pueden ser de dos tipos, los que refieren al punto de vista interno de los aceptantes, y los que solamente atienden a las regularidades de conducta externamente observables sin considerar el punto de vista interno de los aceptantes. Este último es el que Hart denomina punto de vista externo extremo, y asocia a las teorías predictivas del derecho¹⁸. El punto de vista externo extremo al no asumir la perspectiva del participante es incapaz de ver que el derecho está compuesto por reglas sociales, y por lo tanto no puede explicar la idea de obligación o de deber.

Lo que sostiene Hart es que este punto de vista pasa por alto un aspecto vital de las reglas sociales, y es que éstas constituyen para quienes las aceptan una razón para actuar en determinado sentido. Es por esto que un observador para poder vislumbrar el derecho y dar cuenta de cómo éste es percibido por quienes participan de su práctica debe hacer referencia al aspecto interno de los aceptantes. Los aceptantes justifican sus conductas con la regla; y las desviaciones a la regla son para éstos una razón para la crítica, no una predicción de ésta.

Los enunciados desde el punto de vista externo no extremo son los formulados por un observador que tiene en cuenta el sentido que los participantes le dan a esa práctica.

De la misma forma que sobre la existencia de reglas sociales pueden hacerse distinto tipo de enunciados, Hart explica que sobre el derecho también pueden hacerse enunciados desde el punto de vista interno y desde el punto de vista externo.

Sostiene Hart que los aceptantes del derecho formulan enunciados desde el punto de vista interno. Éstos serían enunciados del tipo de “el sujeto dañado tiene derecho a una indemnización”, “quien rescinde un contrato está obligado al pago de una multa”, “las personas jurídicas deben pagar impuesto a las ganancias”, “en Argentina está prohibida la pena de muerte” o “en Argentina está prohibido el homicidio”; todos estos enunciados suponen que existe una regla. Estos enunciados, como explica Hart son usados “...por quien, aceptando la regla de reconocimiento y sin enunciar el hecho de que ella es aceptada, la aplica al reconocer como válida alguna regla particular del sistema” (Hart, 1998, 128).

Afirmar que una regla jurídica *N1* es válida significa: que aceptamos una regla de reconocimiento y que *N1* pertenece al sistema atento a que satisface los criterios establecidos por la regla de reconocimiento. El enunciado de que una regla jurídica es válida sería entonces un enunciado típico del punto de vista interno. Esto es así porque este tipo de enunciados requiere una doble operación; la primera, es la aceptación de una regla de reconocimiento, que es lo que lo convierte necesariamente en un enunciado interno; y la segunda, la constatación de que la regla cumpla con los requisitos establecidos por la regla de reconocimiento previamente aceptada.

(Bix, 2006), y a su vez, MacCormick hace referencia a los enunciados desde el “punto de vista hermenéutico”, a los que Shiner denomina enunciados desde “el punto de vista moderado” (SHINER, 1992).

¹⁸ Sobre esto MacCormick entiende que el punto de vista interno tiene un elemento cognoscitivo y un elemento volitivo. En términos de la distinción cognitivo/volitivo, el punto de vista moderado requiere compartir totalmente el elemento cognitivo del punto de vista interno, el entendimiento de los patrones de conducta como tales, y apreciación total, aunque no necesariamente compartida, del elemento volitivo, la voluntad o preferencia por la conformidad con el patrón como un estándar (MACCORMICK, 2010).

Esto es lo que explica Hart cuando sostiene que “...*El enunciado de que una regla existe (...) puede ser un enunciado interno que aplica una regla de reconocimiento aceptada, pero no expresa, y que, dicho en forma tosca, significa únicamente que la regla es ‘válida según los criterios de validez del sistema’*” (HART, 1998, 137).

Aquí el punto de interés para el presente trabajo, los observadores externos, no aceptantes, sólo producen enunciados que expresan la aceptación de determinada norma como válida por parte de un grupo (punto de vista externo no extremo). No podrían ellos mismos identificar que determinada norma es válida o inválida en un sistema, atento que esto presupondría ya la aceptación de la regla de reconocimiento como criterio para determinar qué cuenta como derecho. Los enunciados típicos desde este punto de vista serían por ejemplo, “en Argentina reconocen que el sujeto dañado tiene derecho a una indemnización”, “para este grupo de personas quien rescinde un contrato está obligado al pago de una multa”, “según tales aceptantes en Argentina está prohibido el homicidio”.

Vemos como “las personas jurídicas deben pagar impuesto a las ganancias” es un típico enunciado del punto de vista interno, y “para este grupo de personas las personas jurídicas deben pagar impuesto a las ganancias” es un típico enunciado del punto de vista externo no extremo. Pero es importante considerar algunas ambigüedades que existen en el uso de los enunciados sobre el derecho.

En primer lugar, como explica von Wright, los enunciados del tipo “*las personas jurídicas deben pagar impuesto a las ganancias*” tienen un problema de ambigüedad, el cual es un problema general de todos los enunciados deónticos. Esto es, con las mismas palabras podemos estar enunciando una prescripción (o norma jurídica para nuestros fines) o una sentencia descriptiva sobre las regulaciones vigentes. Es en este último caso donde los enunciados tienen el carácter de ser descriptivos y pueden ser verdaderos o falsos (von Wright, 1970). Aquí tomaremos a los enunciados en este sentido.

Y, en segundo lugar, creo que es importante resaltar otra posible ambigüedad, central para el punto de este ensayo. El enunciado de la forma “A debe hacer X”, que consideramos típico del punto de vista interno —por e.g. “las personas jurídicas deben pagar impuesto a las ganancias”—, también puede ser formulado por quien asume el punto de vista externo no extremo aunque, en este caso, el sentido del enunciado es diferente. El sentido sería “el grupo C, acepta que A debe hacer X”. En este último caso, sea cual fuere la forma en que el sujeto situado en el punto de vista externo formula el enunciado sobre el derecho, éste no acepta la regla de reconocimiento generalmente aceptada. Por esto, aunque afirme que “A debe hacer X”, él no reconoce que éste sea el contenido de una norma válida, sino, simplemente que un grupo de personas considera que existe una norma válida que prescribe que “A debe hacer X”.

V. La aceptación de la regla de reconocimiento como condición necesaria para la identificación del derecho

A los fines del conocimiento o la identificación del derecho, es importante determinar cuáles son las condiciones de verdad de los distintos tipos de

enunciados sobre el derecho (Navarro, 2005), esto es, cuándo un determinado enunciado es verdadero y cuándo es falso.

La finalidad de este análisis es saber si los enunciados del tipo “el sujeto dañado tiene derecho a una indemnización”, “quien rescinde un contrato está obligado al pago de una multa”, “las personas jurídicas deben pagar impuesto a las ganancias”, “en Argentina está prohibida la pena de muerte” o “en Argentina está prohibido el homicidio” pueden ser verdaderos o falsos, y en qué condiciones. Son las condiciones de verdad lo que diferencian específicamente los distintos tipos de enunciados.

La verdad de un enunciado interno —i.e. formulado desde el punto de vista interno— depende entonces de la pertenencia de hecho de la norma al sistema, que el enunciado presupone. Conforme el análisis de los argumentos de Hart, esta pertenencia de las normas jurídicas al sistema depende de que se satisfagan los criterios establecidos por la regla de reconocimiento aceptada. Constatar esto es una actividad empírica, que consiste en observar que en el mundo se den los actos requeridos para la promulgación de normas y, si se respetan, en caso de establecerse, los límites referentes al contenido.

El punto central es el siguiente, decir que un determinado enunciado de identificación del derecho positivo es verdadero o falso implica adoptar el punto de vista interno, ya que el criterio para determinar su verdad o falsedad será la adecuación a los criterios establecidos por la regla de reconocimiento que es aceptada. Aceptación en el sentido “débil” previamente analizado, aceptación de la regla de reconocimiento como uso de la misma para determinar que es y que no es derecho, como reconocimiento en la misma de criterios de identificación compartidos por el grupo.

Respecto a los enunciados externos el criterio para determinar su verdad o falsedad debe ser otro externo a la práctica, susceptible de comprobación por otros observadores no participantes de esta práctica (regularidades de conducta en los enunciados externos extremos, y regularidades de conducta más aceptación general de los participantes en los enunciados externos no extremos o hermenéuticos)¹⁹.

Conforme lo dicho, sostener que el enunciado sobre la validez de una norma jurídica es verdadero o falso implica adoptar el punto de vista interno, atento que se reconocen y utilizan los criterios o parámetros dados por la regla de reconocimiento aceptada. Los enunciados así formulados serían entonces, enunciados internos.

Aquí es donde toma relevancia el sentido de aceptación que analizamos anteriormente. El reconocimiento de los criterios dados por la regla de reconocimiento como pautas de identificación compartidas, como razones para actuar en determinado sentido (i.e. identificar *N1* como una norma válida del sistema) implica la aceptación.

Aplicamos aquí el principio de la verdad o, en términos de Bernard Williams, “*descomillado*”, según el cual *P* es verdadero si y sólo si *P*, lo que implica

¹⁹ En este sentido Muffato sostiene que “...creo que es oportuno señalar ahora, para evitar dudas, que aunque el observador ‘externo’ acepta las reglas: no las reglas sociales objeto de aceptación (*Anerkennung*) por parte del observador ‘interno’, sino las reglas epistemológicas que hacen posible el conocimiento (*Erkenntnis*), el reconocimiento y la comprensión de los comportamientos, de regularidades de comportamientos como regla social...” (MUFFATO, 2008, 14) [La traducción me pertenece].

que "...A no puede correctamente decir que B habla verdaderamente al emitir S, a menos que A pueda también decir algo equivalente a S" (Williams, 1997, 183)²⁰.

Si alguien reproduce enunciados de identificación realizados por otro, sólo está imitando la acción de otro, no realiza el mismo la identificación²¹. No realiza él la operación de identificar qué es derecho y qué no en un sistema jurídico. Es la identificación de estos criterios como pautas comunes a seguir y como razones para criticar a quienes no lo hacen que lo convierten en un aceptante, más allá de si posteriormente actúe o no en conformidad con las normas identificadas, o la valoración moral que haga de las mismas.

Entonces, bajo una lectura de Hart como la que propuse los enunciados de identificación del derecho, enunciados internos que presuponen la aceptación de la Regla de Reconocimiento, pueden ser verdaderos o falsos. Existe entonces un sentido de objetividad, que es interna a la práctica y que sólo los participantes de ésta pueden reconocer.

Así como la verdad de las oraciones es relativa al lenguaje (Davidson, 1990)²², la verdad o falsedad de los enunciados sobre el derecho es dependiente entonces del sistema jurídico al que esos enunciados se refieren, y sólo quienes son aceptantes de la regla de reconocimiento de ese sistema pueden determinar si tales enunciados son verdaderos o falsos, porque la toman como criterio para determinar la verdad o falsedad de estos enunciados. Un observador no aceptante de esa regla de reconocimiento no puede emitir juicios sobre la verdad o falsedad de estos enunciados. En otras palabras, no podría tampoco decir que alguien se equivoca al identificar el derecho, si no ve a la regla de reconocimiento como un criterio que guía y justifica la identificación de determinado contenido como parte del derecho. Pero esto no pone en cuestión la objetividad del derecho en el sentido enunciado al inicio del trabajo.

VI. Conclusión

En el presente trabajo he presentado la propuesta de teoría del derecho de Hart y brevemente su teoría práctica de las reglas. El objetivo era mostrar por qué éstas no son contradictorias con la idea de que el derecho puede describirse en forma objetiva.

Para explicar esto, por un lado propuse una lectura "débil" de aceptación, según la cual ésta en tanto actitud individualmente considerada no se refleja necesariamente en los actos del sujeto que podrían describirse como conforme a la regla, ni tampoco implica un compromiso con el valor moral o justificación final de las razones brindadas por las reglas. De esta forma, reduje el punto de vista interno harteano al reconocimiento de criterios conceptuales de justificación com-

²⁰ Sólo tomo aquí la formulación que Williams hace tangencialmente del principio "descomillado", y que éste toma de ALFRED TARSKI en "The Concept of Truth in Formalized Languages" in *Logic, Semantics, Meta-Mathematics* (Hackett Publishing Co., Indianapolis, 1982).

²¹ Esto es similar a lo analizado en el ejemplo propuesto, donde el sujeto imitaba la conducta de quienes acordaban para intercambiar bienes.

²² Explica Davidson que "la verdad de las oraciones sigue siendo relativa al lenguaje, pero esto es todo lo objetivo que se puede ser" (DAVIDSON, 1990, 189). En este sentido, también desde la posición de Wittgenstein vemos cómo para comprender el significado de una expresión necesariamente debemos pensarla en un juego lingüístico, i.e. en un contexto de acción y palabra. Y, esto podría también entenderse como una aplicación del principio fregeano del contexto.

partidos. Por el otro lado, se mostró que para determinar la verdad o falsedad de los enunciados es necesario recurrir a criterios conceptuales compartidos.

Entonces, conforme la propuesta de Hart pueden realizarse diferentes tipos de enunciados sobre el derecho. El sentido y las condiciones de verdad de éstos son diferentes. Pero esto no pone en duda la pretensión de que los enunciados que describen el derecho positivo —i.e. enunciados desde el punto de vista interno— pueden ser verdaderos o falsos.

Claro que la verdad o falsedad será relativa al criterio específico que debe ser previamente aceptado, en el caso de los sistemas jurídicos individuales, como el argentino o el italiano, dependerá de los criterios de sus respectivas reglas de reconocimiento. Y es por esto que una vez que se ha aceptado la regla de reconocimiento de un determinado sistema jurídico tiene sentido establecer que determinados enunciados satisfacen los criterios de corrección establecidos y por lo tanto son verdaderos, mientras que otros, al apartarse de estos criterios, son falsos.

Podría criticarse que lo dicho hasta aquí no es nada nuevo, o es una simple obviedad, sin embargo creo que es una obviedad que es pasada por alto cuando se sostiene que la propuesta de Hart no puede ser consistente con las tesis básicas del positivismo jurídico —i.e. tesis de las fuentes sociales y tesis de la separación conceptual entre el derecho y la moral—, y que por lo tanto su teoría no puede dar cuenta del derecho de una forma objetiva.

Bibliografía

BAYÓN, JUAN CARLOS, (2002) 'El contenido mínimo del positivismo jurídico' en ZAPATERO GÓMEZ, VIRGILIO, *Horizontes de la filosofía del derecho: homenaje a Luis García San Miguel*, Vol. 2, Universidad de Alcalá de Henares, Alcalá de Henares.

BULYGIN, EUGENIO (1991), 'Tiempo y Validez', en *Análisis Lógico y Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

BIX, BRIAN (2006), "H. L. A. Hart y el giro hermenéutico en la teoría del derecho", en *Teoría del Derecho: ambición y límites*, Marcial Pons, Madrid.

CARACCILO, RICARDO (2009), "Conocimiento de normas", en *El derecho desde la Filosofía*, Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid.

DAVIDSON, DONALD (1990), "De la idea misma de un esquema conceptual", en *De la Verdad y de la Interpretación*.

GARCÍA CARPINTERO, MANUEL (1996), *Las palabras, las ideas y las cosas*, Ariel, Barcelona.

GARCÍA SUÁREZ, ALFONSO (2011), *Modos de significar*, Tecnos, Madrid.

HART, HERBERT L. A. (1983), *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford University Press, Oxford.

— (1998), *El concepto de derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires.

— (2000), *Post scriptum al concepto de derecho*, Universidad Nacional Autónoma de México, México DF.

MACCORMICK, NEIL (2010), *H. L. A. Hart*, Marcial Pons, Madrid.

MUFFATO NICOLA (2008), "Asserti interni: prescrizioni o asserzioni?", en *Analisi e diritto: ricerche di giurisprudenza analitica*.

- NAVARRO, PABLO E. (2005), *Los límites del derecho*, Temis, Bogotá.
- PERRY, STEPHEN R. (2000), "The bad man in legal theory", en *The path of the law and its influence*, Cambridge University Press, Cambridge.
- RAZ, JOSEPH (1979), *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, Oxford University Press.
- RODRÍGUEZ, JORGE L. (2012), "Normas, verdad y enunciados acerca del derecho", en *Neutralidad y Teoría del derecho*, Marcial Pons, Madrid.
- ROSS, ALF (2006), *Sobre el derecho y la justicia*, 3ª edición, Eudeba, Buenos Aires.
- SHAPIRO, SCOTT J. (2000), "The bad man and the internal point of view", en *The path of the law and its influence*, Cambridge University Press, Cambridge.
- SHINER, ROGER (1992), *Norm and Nature*, Oxford University Press, Oxford.
- VON WRIGHT, G. HENRIK (1970), *Norma y Acción. Una investigación lógica*, Tecnos, Madrid.
- (1971), *Explanation and Understanding*, Routledge & Kegan Paul, Londres.
- (1997), "On Mind and Matter", en *In the shadow of Descartes. Essays in the Philosophy of Mind*, Kluwer Academic, Holanda.
- WILLIAMS, BERNARD (1997), *La ética y los límites de la filosofía*, Monte Ávila, Caracas.



¿ES INCORRECTO ENGENDRAR SERES HUMANOS CON MALFORMACIONES O DISCAPACIDADES?*

*Santiago Truccone Borgogno***

Resumen: Ciertas conductas pueden causar que algunas personas sean agraviadas o estén en una condición dañada en el futuro. Éstos pueden ser malos efectos que parecen darnos razones morales para no realizar tales conductas. Sin embargo, en algunos casos es predecible que, si nosotros no hubiéramos realizado las conductas que producen consecuencias disvaliosas en un ser, esas personas particulares nunca existirían. Por lo tanto conocemos que, si realizamos tales acciones, ello no será peor para esas personas futuras. ¿Elimina este hecho nuestra razón moral para no realizar tal conducta? El presente trabajo pretende aportar cierta claridad a este debate.

Palabras clave: Problema de la no-identidad - Responsabilidad procreativa - Daño a generaciones futuras.

Introducción

El objetivo del presente escrito es discutir algunos problemas involucrados en las decisiones o situaciones procreativas. En general, es difícil imaginar cómo el hecho de traer un ser a la existencia puede ser algo malo¹. Sin embargo, en algunos casos tal afirmación podría ser plausible. Por ejemplo, imagine a una madre que decide quedar embarazada conociendo que, si concibe ahora, su hijo vendrá a la existencia con alguna discapacidad o malformación. O a un médico sádico que engaña a una mujer para que tome determinado fármaco con el objetivo de que ella conciba a un niño malformado. ¿Existe algo malo en la realización de tales acciones? ¿Estaría moralmente justificado censurar conductas como las descritas? ¿Existe algo incorrecto en la acción de la madre que desea tener un hijo con malformaciones o en el comportamiento sádico del médico capaz de afectar gravemente a los seres futuros? En principio, la respuesta a tales preguntas parece ser positiva. Sin embargo, cuando uno se pregunta por aquello que concretamente hace incorrectas a tales acciones, la respuesta es más difícil. El presente trabajo pretende aportar cierta claridad a este debate.

* Recibido el 18/12/14. Aprobado el 08/09/15.

** Abogado (UNC); Magíster en Derecho Penal (U. Salamanca); Becario Doctoral CONICET, Miembro del Programa en Ética y Teoría Política (CIJyS-FDyCS[UNC]), <http://deepolitica.wordpress.com/santiagotruccone@gmail.com>. Agradezco a H. Seleme, J. Peralta, M. A. Rodilla, G. Lariguet, R. Frontalini y R. Moyano con quienes he discutido reiteradas veces el argumento del trabajo. Asimismo a E. Llamosas, A. Richter, A. Vercellone y C. Fatauros quienes me presentaron algunas objeciones en ocasión de las XV^a Jornada sobre Experiencias en Investigación organizadas por el CIJyS. Del mismo modo, agradezco a Lucas Misseri, Emanuel Olivares y Tim Meijers por sus comentarios a otra versión de este trabajo.

¹ Debo reconocer que, al menos pre-teóricamente, no todas las personas acuerdan en que traer un ser a la existencia es siempre algo bueno. Algunas personas sostienen que hay vidas que, ya sea por la inmensa cantidad de sufrimiento que experimentarán u otras situaciones, no valen la pena ser vividas. Para estas personas el problema que se quiere analizar sólo tiene lugar en referencia a aquellas vidas que valen la pena ser vividas.

La estructura del escrito será la siguiente: en primer lugar se explicará en detalle el problema a resolver; luego se analizarán dos salidas al inconveniente, una anclada en posiciones utilitaristas y la segunda en deontologistas: en tercer lugar se analizará una salida que, tomando rasgos de ambas soluciones, pretende ser superadora mejor. Sin embargo, aunque promisoria, presentará problemas sobre los cuales se intentará edificar una propuesta superadora. Se sostendrá que lo incorrecto de realizar acciones como las descritas se encuentra en el hecho de que impedir que cualquier persona futura tenga la posibilidad de tener al menos capacidades que llamaremos *estándar*, puede ser catalogado como una consecuencia mala que merece reproche.

1. El problema moral y sus posibles respuestas

Ciertas conductas pueden causar que algunas personas sean agraviadas o estén en una condición dañada en el futuro. Éstos pueden ser malos efectos que parecen darnos razones morales para no realizar tales conductas. Sin embargo, en algunos casos es predecible que, si nosotros no hubiéramos realizado las conductas que producen consecuencias disvaliosas en un ser, esas personas particulares nunca existirían. Por lo tanto conocemos que, si realizamos tales acciones, ello no será peor para esas personas futuras. ¿Elimina este hecho nuestra razón moral para no realizar tal conducta? (Parfit, 1986a:854).

Creemos que la respuesta a tal interrogante es negativa. Sin embargo, es sumamente dificultoso poder articular una respuesta coherente que dé cuenta de qué es *lo malo* en la realización de tales acciones. Para comprender de mejor manera el problema que se quiere resolver, denominado por Derek Parfit Problema de la No-Identidad², es de utilidad imaginar los siguientes dos casos:

1. (Caso de Pedro): Petra, durante el embarazo, se somete a un proceso de diagnóstico pre-natal mediante el cual trata de controlar el estado de salud de la criatura que porta en su seno. El médico le informa que el feto padece una enfermedad que puede curarse si la madre toma un medicación durante el embarazo. La gestante decide no tomar la medicación para que su hijo nazca con cierta discapacidad. Efectivamente, nace Pedro con una discapacidad o malformación.

2. (Caso de María): Marta antes de concebir se somete a consejo médico puesto que pretende quedar embarazada. Luego del diagnóstico pre-conceptivo, el consejo médico le advierte que posee la enfermedad X, la cual puede producir que su hijo presente discapacidades o malformaciones al nacer. Por tanto, el médico le aconseja someterse a un tratamiento consistente en tomar una píldora durante 45 días, pasados los cuales su enfermedad habrá desaparecido. Marta

² El problema ha sido descubierto casi simultáneamente por Derek Parfit, Robert Adams y Thomas Schwartz. DEREK PARFIT ha sido quien ha denominado de este modo al problema en un manuscrito que hizo circular en 1976 "Overpopulation: Part One". El argumento presentado apareció luego en dos artículos publicados en 1981 y 1982: "Energy and the Further Future", *Center for Philosophy and Public Policy*, University of Maryland (1981), pp. 112-121 y "Future Generations: Further Problems" en *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 11, N° 2 (Spring, 1982), 113-172. Alcanzó un desarrollo acabado, dando lugar a una profusa discusión filosófica luego de que fuera planteado en 1984 con detalle en la parte IV de su libro *Reasons and Persons*, Oxford Clarendon Press, pp. 351 y ss. Sin embargo, el primero en publicar un trabajo sobre el tema fue ROBERT M ADAMS en 1979 en su "Existence, Self Interest, and the problem of evil", *Noûs*, Vol. 3, N° 1, pp. 53-65. T SCHWARTZ se aproximó por primera vez en su "Obligations to Posterity, in *Obligations to Future Generations*, R. Sikora & B. Barry ed. (Philadelphia: Temple University Press).

decide desoír el consejo y concibe en ese momento. Como resultado nace María con una determinada malformación o discapacidad. Si Marta hubiese esperado 45 días y tomado la píldora, podría haber concebido a un hijo sano.

En ambos casos, el obrar de la madre ocasiona —en cierto sentido— igual resultado. En el primero, Pedro ha nacido con determinada malformación o enfermedad. En el segundo, lo mismo le ha ocurrido a María. Desde que esto es así, podemos decir que su obrar ha sido, al menos, negligente. Si la madre hubiera actuado de modo diligente, tales consecuencias disvaliosas no habrían tenido lugar. Pareciera entonces que, en los dos casos, podría existir la misma objeción moral al obrar de la madre. Sin embargo, esta afirmación es demasiado apresurada.

En el primer caso, si Petra hubiese actuado de modo diligente —de modo tal que hubiera tomado el medicamento debido— Pedro habría nacido sano. Así, dado que Pedro está en una condición peor de lo que habría estado si su madre no hubiese actuado como lo hizo, el niño ha sido dañado. El test contra-fáctico (Feinberg, 1988:26) proporciona la solución correcta y explica la objeción moral al obrar de la madre. ¿Es posible esgrimir la misma objeción en el caso de María?

En este segundo caso, María nace con la misma discapacidad o malformación que Pedro. Sin embargo, en esta situación —a diferencia de aquella— su madre actúa de manera negligente *antes* de quedar embarazada. Si se somete su obrar al test contra-fáctico, el resultado sería el siguiente: si la Madre (Marta) hubiera obrado de manera diligente, de modo tal que hubiese esperado 45 días y tomado los medicamentos, habría concebido a un hijo sano. Sin embargo, este niño no habría sido María. Esto es verdad porque independientemente de cuál sea la teoría de la identidad personal que se sostenga, lo cierto es que cada persona surge de un óvulo y un espermatozoide concreto. Así, como en el espacio de un mes de concepción, no sólo el espermatozoide sino también el óvulo hubiesen sido diferentes, es cierto que la persona que —de hecho— fue concebida en otro momento temporal, nunca habría existido (Parfit, 1984:355).

En nuestro ejemplo, si Marta se hubiese tratado su enfermedad y esperado dos meses antes de concebir, María no habría existido. De modo que, si la razón para objetar moralmente el obrar negligente de la madre es que coloca a María en una peor condición de lo que de otro modo podría haber estado —tal como exige el test contra-fáctico—, entonces, no existe nada de incorrecto en la acción que dio como resultado el nacimiento de un ser discapacitado. Si la madre hubiese actuado de modo diligente, María no estaría en una mejor situación. Sencillamente no existiría.

1.1. Tesis del interés específico

Si continuamos creyendo que el obrar, al menos, negligente de la madre en el segundo caso es moralmente reprochable, entonces la objeción no puede ser que lo que hizo fue peor para el ser humano que se quería proteger. Debe apelarse a algo diferente³. Existen dos grandes posibilidades. La primera, es afirmar que el obrar del facultativo ha violado un derecho del niño que se quería

³ Muchos han optado por el camino de negar que exista una objeción moral en esta clase de casos. Véase: ADAMS R. M. (1979) "Existence, Self Interest, and the problem of evil", *Noûs*, Vol. 3, N° 1, pp. 53-65; SCHWARTZ, T. (1979), "Welfare Judgments and Future Generations", *Theory and Decision* 11 (1979), pp. 181-194.

proteger, por más que él no está en una peor condición de la que de otro modo habría estado (Woodward, 1986:806). Esta posición no compara dos estados posibles de una misma persona, sino que hace hincapié en la violación de intereses específicos de la persona. Así, cuando por más que la acción realizada deja a la "víctima" en la mejor posición que ella podría estar, la conducta es censurable si viola un interés concreto de ella que previamente se ha catalogado como valioso.

Imagínese que un hombre pobre, Martín, se presenta en una terminal de autobuses con su pasaje en mano. La empresa de transporte le impide subir al bus a causa de su clase social. El bus sale y tiene un accidente en el camino que ocasiona que todos sus ocupantes mueran⁴. En un sentido obvio Martín, dado que está con vida, se encuentra en una mejor situación de la que habría estado si la empresa le hubiera permitido subir al bus. Sin embargo, por más que esto es así, pensamos que la transportista le ha violado un derecho y, por tanto, su acción es incorrecta. La objeción en este caso, entonces, sería que por más que Martín esté en una mejor situación, lo relevante al momento de desaprobear conductas es que se le ha violado un interés específico (Woodward, 1986:811). En el caso dos (Caso de María), la objeción a la madre sería que a María se le ha violado un derecho específico que previamente hemos establecido como valioso (por ejemplo a no nacer con malformaciones), por más que ella no podría estar en una mejor situación. ¿Es ésta una buena objeción al obrar de Marta?

No es una buena objeción. Esta respuesta presenta un problema formal y uno sustantivo (McMahan, 1981:125). Para comprender el problema formal, imaginemos la siguiente situación: en un accidente automovilístico quedas inconsciente. Un cirujano amputa tu brazo porque es la única manera de salvar tu vida. Lo que el cirujano hace es mejor que cualquier posible alternativa (Parfit, 1986a:855). ¿Debe responsabilizarse y reprocharse al cirujano por amputar tu brazo? Creo que no. Sin embargo, desde la tesis del interés específico violado, esta afirmación es difícil de sostener. Si el obrar negligente de Marta viola el derecho de María porque está peor que lo que estaría en una alternativa que es imposible; entonces el obrar del cirujano en el accidente es igualmente incorrecto porque te deja a ti en una posición peor de la que estarías en una alternativa que también es inalcanzable. La comparación relevante sería con la alternativa imposible en la cual usted salva tanto su brazo como su vida (Parfit, 1986a:855)⁵.

En el caso de María (2) Marta (a) realiza un acto que causa un mal efecto en María, pero (b) ese acto no es peor para esa persona que cualquier posible alternativa, porque (c) si ese acto no se hubiese realizado, esa persona no habría existido (Parfit, 1986a:855). Según la tesis del *interés específico* en este

⁴ He modificado el ejemplo de WOODWARD (1986:810).

⁵ Podría ser objetado que la analogía no es perfecta porque el deber de salvar vidas es más fuerte que el deber de crear vidas. No estoy tan seguro de que esto sea así. Imagínese el siguiente caso. Yo puedo hacer o A o B. Si realizo A, mi acción contribuirá a que dentro de 500 años una persona salve su vida de modo que vivirá 2 años más. Asimismo realizar A producirá que 10 personas que podrían haber tenido una vida de 80 años no nazcan. En cambio si realizo B, ello generará que dentro de 500 vivan 10 personas que vivirán 80 años, pero sin embargo producirá que no pueda salvar al sujeto que, si hubiese realizado A, hubiera vivido 2 años más. Si el deber de salvar vidas fuera más fuerte que el de crear vidas, entonces sería incorrecto realizar B. Esto parece implausible. No quiere decirse con esto que sea obligatorio crear vidas en lugar de salvarlas, sino sólo que un deber no es prioritario sobre otro. Quizás la contemporaneidad con el sujeto afectado por nuestras acciones haga variar el peso de nuestras opciones. Para una discusión sobre este tópico véase McMAHAN, JEFF (2012), "Causing People to Exist and Saving People's Lives," *Ethics*, Springer 13-set-2012.

caso, entonces, (a) Marta realiza un acto incorrecto y (b) puede ser ignorado porque (c) es verdadero. Sin embargo, en el caso del cirujano (a) es verdadero: causa que alguien pierda un brazo y (b) es también verdadero porque (d) si ese acto no se hubiese realizado, tú hubieras muerto. ¿Por qué b puede ser ignorada cuando depende de c, y no puede serlo cuando depende de d? Si la visión del *interés específico* no condena al acto del cirujano, entonces debe afirmar que b no debe ser ignorada (Parfit, 1986a:855). Si esto es así, la objeción a la actuación de Marta, que radica en que había violado un interés específico de María no es defendible. La respuesta anclada en la violación de derechos específicos parece no prestarle demasiada atención a que la persona cuyos derechos han sido violados sólo puede existir, de hecho, en un estado en el cual sus derechos han sido violados (McMahan, 1981:125).

El problema sustantivo está en que la función de los derechos es proteger los intereses de las personas. Esto es crear una barrera que las deje de una mejor manera de la que de otro modo podrían haber estado. En los casos que estamos analizando pareciera que los derechos no pueden cumplir esa función (McMahan, 1981:125). Su existencia no hace que la persona que queríamos proteger esté mejor, sino sencillamente, que no exista⁶.

1.2. Utilitarismo

Existe una segunda posibilidad desde la cual se pretende explicar la objeción al obrar de la madre en el caso de María. Ésta niega que las obligaciones morales tengan que tener en cuenta a las personas afectadas. Para esta posición lo valioso se define no directamente en función de los seres humanos, sino en relación al *mundo* (Heyd, 2014:3). Así, debemos elegir el mundo en el cual haya mayor felicidad total, en lugar de uno en el que ella sea menor, sin importar la identidad de los individuos que la compongan⁷. De modo que, en el caso de María, la objeción al obrar de su madre se explica porque haciéndola nacer a ella ha producido que en el mundo haya (si tomamos una versión hedonista de la tesis) menos felicidad de lo que de otro modo podría haber habido. Si Marta hubiera tratado su enfermedad y esperado 45 días para concebir, podría haber tenido un niño sano. Este niño, dado que está en una mejor condición que María, hace que el mundo sea mejor. Por tanto el obrar de Marta sería incorrecto porque pudiendo hacer que el mundo vaya mejor, eligió no hacerlo.

Esta posición parece explicar de manera plausible la objeción al obrar de Marta en el caso de María y, a diferencia de la tesis del *interés específico*, no tiene consecuencias contra intuitivas en otra clase de casos. Esta tesis puede resolver de manera convincente el caso del cirujano. Para esta visión existe una objeción al acto que causa un mal efecto en una persona futura, incluso si ese acto no es peor para esa persona que cualquier alternativa posible. Y esa objeción es tan fuerte

⁶ Para otras versiones de argumentos basados en los derechos, véase TOOLEY, M. (1986[1972]), "Abortion and Infanticide", en PETER SINGER (ed.), *Applied Ethics*, Oxford University Press, pp. 57-85; REIMAN, J. (2007), "Being Fair to the Future People: The Non-Identity Problem in the Original Position", *Philosophy & Public Affairs*, 35, N° 1; GOSSERIES, A. (2008), "On Future Generations' Future Rights", *The Journal of Political Philosophy*, Vol. 16, N. 4, 2008, pp. 446-474.

⁷ Diversas versiones de este argumento han sido sostenidas por SIKORA, R. I (1981), "Classical Utilitarianism and Parfit's Repugnant Conclusion: A Reply to McMahan", *Ethics*, Vol. 92, N. 1. Special Issue on Rights (Oct., 1981), pp. 128-133; HARE, R. M. (1993), *Essays on Bioethics*, Oxford University Press, especialmente Cap. 5 "Possible People", pp. 67-83; BENNET, JONATHAN (1978), "Maximising Happiness", en R.I SIKORA & B. BARRY (ed.) *Obligations to Future Generations*, Temple University Press, pp. 61-73.

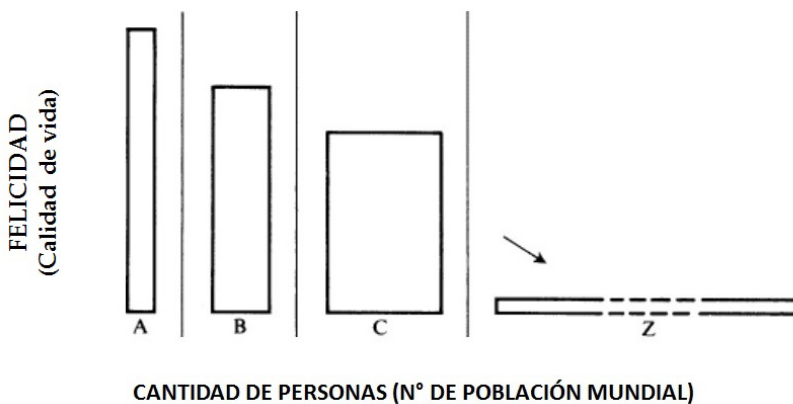
como la que existiría en otros casos donde el problema de la no identidad no está presente, es decir, cuando cualquier alternativa sería peor para esa persona. Así, dado que lo que interesa desde este punto de vista son las alternativas posibles, tal posición no condena el acto del cirujano que te corta el brazo para salvar tu vida.

Sin embargo, esta tesis no está exenta de controversias. Parece requerir el deber de crear las vidas más felices posibles. Así, en casos, como por ejemplo aquellos, donde es posible manipular genéticamente un embrión a implantar, tal tesis impondría “generar todos los embriones que sean posibles durante la vida fértil de una mujer para, finalmente, implantar aquel de “mejor calidad”” (Gascón Abellán-de Lora, 2008:100-101). Parece que si se acepta esta tesis no existiría argumento alguno para reprochar modificar genéticamente a los niños. Aún más, tal tesis sugiere que sería reprochable no hacerlo, cuando las opciones de llevar a cabo tal procedimiento están disponibles.

Otro problema surge del siguiente modo. Si lo correcto es hacer aquello que sea mejor para el mundo, sin tener en cuenta los efectos de los actos sobre las personas concretas, pareciera que el mejor resultado es aquel en el cual se acrecienta la cantidad total de felicidad (o, en versiones no hedonistas, aquello que haga que las vidas sean dignas de ser vividas). En el caso dos, este resultado tendría lugar si Marta espera 45 días para concebir a su hijo. Préstese atención que lo bueno de este resultado no está dado (principalmente) porque el hijo que tendría Marta estaría mejor de lo que está María, sino porque el nacimiento de un ser sin discapacidades produce en el mundo un mejor resultado (dado que el cómputo de felicidad global —o aquello que se considere que hace a una vida digna de ser vivida— es mayor) del que se obtiene si nace María. Sin embargo, si se acepta esta afirmación, entonces debería ser aceptable que si un mayor número de personas fueran creadas, todas con un alto nivel de felicidad, este resultado sería mejor. Esto, porque el monto global de felicidad en el mundo sería mayor. Ahora bien, si esto es así, entonces siempre será posible imaginar un mundo alternativo compuesto por un número mayor de personas cuya felicidad (o calidad de vida) esté apenas por encima del valor que hace que una vida valga la pena ser vivida, pero cuyo cómputo global de felicidad sea mayor. La tesis propuesta debería aceptar esta conclusión, que Parfit no duda en calificar de *Repugnante* (1984:388) [ver Fig. 1].

Figura 1

La conclusión repugnante



2. ¿Hay una salida? Derek Parfit y el concepto de persona general

Desde sus primeros trabajos sobre el tema, Derek Parfit ha advertido que no pueden dar una respuesta plausible ni las posiciones que defienden que la corrección moral de las acciones debe juzgarse en función de los efectos que tengan sobre personas concretas; ni aquellas puramente impersonales, como el utilitarismo hedonista (o de otro tipo) recién analizado. Para resolver el inconveniente sin caer en tales problemas, ha propuesto la utilización del concepto de *persona general* (2011:220). Una persona general, afirma Parfit, no es una persona⁸. “Es un gran grupo de personas posibles una de las cuales será real” (2011:220). En nuestro caso 2 la *persona general* sería el primer hijo de Marta, la cual está compuesta por María y aquel otro hijo que podría haber tenido si, en lugar de concebirla a ella, hubiera esperado 45 días para quedar embarazada. Desde esta posición se puede sostener que el obrar de Marta es incorrecto porque ha afectado a la persona general. Ella está peor de lo que de otro modo habría estado. Si Marta hubiera esperado, entonces, la *persona general* “primer hijo de Marta” estaría mejor de lo que está cuando ella (la madre) concibe a María.

La tesis propuesta por Parfit pretende ser un punto medio entre el puro personalismo representado por las primeras dos tesis y el impersonalismo puro preocupado por la felicidad global del mundo. En resumen, la objeción al obrar de Marta, desde esta posición, es que: es moralmente peor si aquellos que viven en uno de los dos escenarios posibles, están peor o tienen una peor calidad de vida que aquellas personas que habrían vivido en el escenario diferente. En los casos que hemos analizado, el acto de Marta produjo que nazca un niño (María) con malformaciones cuando, si hubiera actuado de modo diligente, podría haber vivido —en lugar de aquél— otro niño sano.

Lo relevante de esta tesis es que puede explicar la objeción a Marta sin hacer referencia a la felicidad global del mundo. Sólo tiene en cuenta la afectación a la *persona general* como referente en función del cual se predicará la corrección o incorrección moral del acto. Persona general compuesta, en este caso, por María y el otro posible hijo que podría haber tenido Marta. Por otro lado, dado que la persona general no es una persona, tampoco tiene en cuenta los efectos de los actos sobre personas particulares. Esto último es moralmente indiferente, razón por la cual el argumento se conoce como Teoría de la No-Diferencia (*TND*) (Parfit, 2011:219). Así, es moralmente indiferente si el acto en cuestión produce o no consecuencias lesivas o beneficiosas en el ser que concretamente

⁸ Este concepto puede ser explicado con el conocido caso de la joven de 14 años (PARFIT, 2011:220 y PARFIT, 1984:358). Supóngase, dice Parfit, que una joven de 14 años, Jane, afirma que está tratando de tener un hijo. En el intento de persuadirla para que espere, uno le podría decir que sería peor para su primer hijo si ella lo tiene a él ahora, mientras es tan joven. Si ella tiene a su primer hijo más adelante, eso será mejor para él, porque podría darle a él un mejor comienzo de vida. El ejemplo intenta mostrar que cuando uno utiliza palabras como “su” o “él”, para referirse al hijo de Jane, no se está refiriendo a ninguna persona particular. Así —continuando con la explicación que da el autor de Oxford— supóngase que ella tiene a su hijo ahora, al que llama Johnny, y que no consigue darle un buen comienzo de vida. Uno no podría afirmar que tal cosa fue peor para Johnny, dado que, si ella hubiese esperado, su primer hijo no hubiese sido Johnny, ya que nunca hubiese existido. Su primer hijo, en el caso de haberlo tenido más adelante, habría sido otro. De modo que cuando, en el contexto de este ejemplo, alguien utiliza palabras tales como “su hijo” o “él”, no se refiere a una persona en particular, sino a lo que se ha llamado persona general. En este caso, la persona general “primer hijo de Jane” estaría compuesta por Johnny y el hijo diferente que podría tener si esperara.

nació. Él no es el referente en función del cual se predica la corrección o incorrección moral del acto, sino lo es la persona general⁹. Como se ha visto, dado que la acción de Marta de concebir a María no es peor para María, y creemos que Marta ha actuado de manera incorrecta, entonces es indiferente si las consecuencias de nuestros actos son peores para las personas a las que afectan. La aceptación de esta tesis, por tanto implica rechazar la posición que afirma que nuestras obligaciones dependen de si las consecuencias de nuestros actos son peores o no para las personas a las que afectan.

Ahora bien, ¿la TND ha explicado de manera convincente la objeción a Marta? ¿Es correcta la utilización del concepto de Persona General? Si bien creo que esta tesis presenta ventajas comparativas respecto de las anteriores, creo que no puede explicar de manera completamente convincente nuestra objeción moral. El concepto de persona general es central en la tesis. Parfit lo explica con el ya reseñado (nota 7) y conocido ejemplo de la joven¹⁰ (1984:357 y 2011:220), afirmando que ella tiene el deber de no dañar a la persona general “su primer hijo”. Por tanto, es la persona general quien es sujeto de beneficencia o daño (Heyd, 2014:4). Sugiere el autor de Oxford que tal concepto es como el de *americano promedio* (Parfit, 2011:220), el cual, al igual que la persona general no es una persona. Es sólo una abreviatura de determinada situación.

Sin embargo, como correctamente puntualiza Heyd, no puede decirse que algún acto, como por ejemplo determinada política económica, pueda beneficiar o dañar al *americano promedio* (2014:6). ¿Por qué esto es así? Es así, porque el *americano promedio* es una abreviatura de todos los americanos realmente existentes. En cambio una *persona general*, es una forma de referirse a todos los individuos *posibles* quienes podrían existir en lugar de alguna persona *real* cuya existencia estamos considerando (Heyd, 2014:7)¹¹. De ser estas afirmaciones correctas, entonces, la comparación entre la persona general y el americano promedio no es tan fiel. Para que lo sea, Parfit debería referirse al *americano posible promedio*, el cual estaría compuesto por todos los americanos realmente existentes y todos aquellos que podrían existir si hubieran variado, por ejemplo, las políticas económicas. Este concepto parece demasiado indeterminado para ser el sujeto de referencia de nuestras obligaciones morales. A no ser que estemos pensando en aquello que sería mejor para *el mundo*. Pero esto es justamente lo que se quería evitar. Si Marta no debe tener a María quien sufre una discapacidad porque debe esperar y tener un hijo sin tal discapacidad, debe ser porque el mundo irá mejor, habrá una mayor suma global de felicidad (Heyd, 2014:7)¹².

⁹ Hemos defendido esta tesis en un anterior trabajo “Derecho penal y obligaciones hacia las generaciones futuras: primeras líneas de justificación” en *Anuario XIV*, CIJyS (UNC), La Ley, pp. 206-226.

¹⁰ Similar a nuestro caso 2.

¹¹ La distinción entre personas reales y personas posibles fue realizada por R. M. Hare, quien conceptualiza a las primeras como aquel grupo de personas que tienen o tendrán existencia real. En tanto que las personas posibles son aquellas que existirían en lugar de aquellas que tienen existencia real. Hare trae un tercer grupo de personas, denominado personas meramente posibles, las que serían aquellas meramente posibles pero no reales. Según este autor, para la diferencia entre las diferentes posiciones está en que mientras para las posiciones personalistas de la ética el grupo de referencia en función del cual predicar obligaciones morales son las personas reales; para las posiciones impersonales se toman como referencia alguno de los otros dos grupos (HARE, 1993:69).

¹² Existe otra forma de interpretar el concepto de persona general. Ésta se pregunta: ¿serían los intereses de algún grupo particular de personas mejor satisfechos si hubiésemos realizado la otra alternativa? Si la respuesta es negativa, entonces no hay objeción a la elección. Si la hay si la respuesta es positiva (BOONIN, 2014:272). No tengo espacio en este trabajo para analizar en detalle esta propuesta,

3. Dominación indebida de la vida de otro

La primera conclusión que es posible extraer de este trabajo es que ninguna de las cuatro posibles explicaciones anteriores a la objeción al obrar de la madre es completamente satisfactoria. ¿Ha desaparecido nuestra objeción moral al accionar de Marta, que produjo que María nazca con malformaciones? Creo que no. Por tanto, puede sostenerse que en este trabajo se ha producido un avance, pero en sentido negativo. Ahora conocemos qué problemas deben evitarse a la hora de resolver el problema de la no-identidad. Primero, no se puede apelar al test contra-fáctico del daño. Segundo, tampoco a la violación de un determinado *derecho* identificado con un *interés específico*. Tercero, tampoco puede implicar una comparación entre vidas posibles ni pretender fomentar la felicidad global. Sería óptimo no fallar en la tarea que se propuso Parfit de encontrar un punto medio entre el puro impersonalismo y el personalismo.

Antes de proponer, aunque sea de manera meramente esquemática, una salida al inconveniente se impone una aclaración. Podría pensarse que el problema de la no-identidad es sólo un inconveniente para aproximaciones consecuencialistas¹³. Sin embargo esto no es del todo acertado. Según el entendimiento más ampliamente aceptado del deontologismo, lo que hace a una elección incorrecta es que viole a determinada norma moral, independientemente de que las consecuencias que se deriven de tal acción sean buenas o malas. En el caso del problema de la no-identidad, desde tal visión, uno podría sostener que existe una norma que afirma que es incorrecto dañar a los seres que serán creados. Por tanto cualquiera que, al concebir, dañe al ser futuro habrá realizado un acto incorrecto, independientemente de si el resultado del acto es mejor o peor para el ser que nacerá o para el mundo. Desde este punto de vista pareciera que, en nuestro ejemplo, la objeción moral al obrar de Marta se ha explicado, ya que ha violado la norma que afirma que es incorrecto dañar al ser que creará (su hija). Independientemente de si esto es mejor o peor para María. Sin embargo, el problema con esta respuesta es que, dado que conceptualmente parece imposible dañar al ser futuro que nacerá, ninguna norma ha sido violada. Esto es así porque alguien daña a otra persona sólo si el acto de la primera hace que la segunda esté peor de lo que de otro modo podría haber estado. Como se ha visto, en casos atravesados por el problema de la no identidad, esto es imposible. Si estas afirmaciones son correctas la objeción moral al obrar de Marta se mantiene, incluso si se adopta esta clase de deontologismo.

La propuesta que se sugiere como posible explicación a la objeción al obrar de la madre, que requiere una investigación ulterior, parte del supuesto —al igual que la TND— de que nuestras obligaciones no dependen de si las consecuencias de nuestros actos son peores o no para las personas a las que afectan. Ellas dependen de la bondad o maldad de los resultados producidos independientemente de si tales actos son mejores o peores para las personas que afectan. Sin embargo, a diferencia de la TND, no requiere comparar conjuntos de vidas posibles. El obrar de la madre (del caso 2) provoca no sólo que nazca una persona particular con enfermedades o malformaciones, en lugar de que nazca

pero se encuentra sometida a las mismas objeciones que aquellas posiciones que tienen en cuenta los efectos de los actos sobre personas particulares.

¹³ Un referí anónimo me ha hecho notar este inconveniente.

otra persona en mejores condiciones. Tal afectación impide que cualquier persona que alguna vez pueda existir tenga determinado nivel de capacidades. El hecho de impedir que cualquier persona futura tenga la posibilidad de tener al menos capacidades que llamaremos *estándar*, puede ser catalogado como una consecuencia mala que merece reproche. Sin embargo, esa consecuencia no es mala para nadie, ni viola intereses específicos de nadie. Pues por un lado, para cualquier persona que alguna vez exista, el estado de cosas malo será el mejor para ella; por el otro, al no hacer hincapié sobre los efectos de los actos sobre personas particulares tampoco necesitamos afirmar que se ha violado el derecho a nadie.

Ahora bien, ¿qué quiere decir que es incorrecto privar a un ser de las capacidades *estándar*? O, en otros términos, a qué nos referimos cuando hablamos de *estándar*. ¿Por qué es malo traer a alguien por debajo de tal *estándar*?

La respuesta a esta pregunta requiere la introducción de un concepto adicional. En general, la censura de acciones que afectan a otras personas se suele justificar afirmando que se ha violado la autonomía del tercero. Es decir, que la acción de alguien ha provocado que la posibilidad de otra de ser autora de su propia vida sea más costosa. En los casos donde tal estado de cosas es posible, el ideal es intentar que los sujetos pasibles de una interferencia que disminuya o comprometa su autonomía tengan cierto control sobre las acciones del tercero. Una norma moral destinada a proteger al sujeto pasivo debería concederle cierto control a este último sobre el obrar del sujeto activo. De este modo sería posible lograr una distribución equitativa de la autonomía de todos compatible con que cada uno sea autor de su propia vida.

Sin embargo, cuando se habla de decisiones procreativas existe un hecho particular que diferencia al caso de todos los demás. Los padres tienen un poder de dominio absoluto sobre los niños que concebirán. Estos últimos no tienen, ni pueden tener, ningún poder de control sobre la interferencia que recibirán. De modo que puede pensarse que no existe caso donde la autonomía de alguien sea violada con mayor fuerza. Pareciera que la vida de los niños está determinada de una manera muy seria por las decisiones de sus padres. Sin embargo, esto es así no sólo en los casos donde se producen consecuencias *dañinas* en los niños, sino en toda decisión procreativa. Parece que siempre que se tiene un hijo su autonomía ha sido violada, dado que este último no tiene poder de control sobre las decisiones de sus padres que los afectarán.

Ahora bien, dado que esto es así y por tanto no existe posibilidad de satisfacer el ideal de que los sujetos pasibles de interferencia tengan cierto control sobre las acciones de sus padres, ¿no tendríamos razones para fijar algún *estándar* que permita que cualquiera que venga a la vida tenga, al menos, ciertas capacidades? Creo que sí, pero el fundamento de tal respuesta creo que no puede ser otro que una preocupación, en parte por el valor que cada vida tiene para la persona que vive; y por el otro que desaparezcan del mundo la clase de experiencias y actividades que hacen que la vida sea menos digna de ser vivida (Parfit, 1986b:161). Ambos elementos por separado son insuficientes. Si sólo se tiene como guía el valor de cada vida para la persona que vive, creo que cualquiera que tenga una vida que vale la pena ser vivida consentiría en que las acciones que generaron su existencia se hubiesen dado como efectivamente se dieron. De lo contrario ellos no existirían. A su vez, si sólo se tuviera en cuenta aquellos ele-

mentos que hacen que una vida sea valiosa, entonces se caería, nuevamente, en una tesis puramente utilitarista.

Por esas razones es que de la combinación de tales elementos desde un punto de vista imparcial debería surgir el estándar diseñado para proteger a los niños que nacerán en el futuro. Evidentemente esta respuesta es de índole perfeccionista. Sin embargo, creo que es la que explica de mejor manera la objeción moral existente en esta clase de casos. Creo que la mayoría la encontrará aceptable, dado que no es cualquier clase de perfeccionismo, sino uno focalizado en la autonomía personal. Intenta que cada persona pueda tener cierto nivel mínimo de autonomía compatible con la posibilidad de tener cierto nivel de vida que, desde un punto de vista imparcial, las personas acordarían en respetar. Si la autonomía personal es algo que todos consideramos valioso, entonces todos tenemos razones para que exista una norma que impida que las acciones de las personas produzcan la consecuencia de que quienes nazcan tengan una menor capacidad de ser autores de sus propias vidas de lo que sería esperable para cualquier persona, si el obrar de aquellos que tienen poder de acción en las decisiones reproductivas fuera diligente.

Bibliografía

- ADAMS, R. M. (1979) "Existence, Self Interest, and the problem of evil", *Noûs*, Vol. 3, N° 1, pp. 53-65.
- BENNET, J. (1978), "Maximizing Happiness", in R.I SIKORA & B. BARRY (ed.), *Obligations to Future Generations*, Temple University Press, pp. 61-73.
- BOONIN, D. (2014), *The Non-Identity Problem and the Ethic of Future People*, Oxford University Press.
- FEINBERG, J. (1988), *Harmless Wrongdoing: the moral limits of criminal law IV*, Oxford, Oxford University Press.
- GASCÓN ABELLÁN, M.; DE LORA, P. (2008), *Bioética: principios, desafíos, debates*, Alianza, Madrid.
- GOSSERIES, A. (2008), "On Future Generations' Future Rights", *The Journal of Political Philosophy*, Vol. 16, N. 4, 2008, pp. 446-474.
- HARE, R. M. (1993), *Essays on Bioethics*, Oxford University Press, esp. Cap. 5 "Possible People", pp. 67-83.
- HEYD, D. (2014), "Parfit on the Non-Identity Problem, Again", *Law Ethics Hum. Right.* 2014; 8(1):1-20.
- MCMAHAN, J. (1981), "Problems of Population Theory", *Ethics*, 92 N° 1 (Oct. 1981), 96-127.
- MCMAHAN, J. (2012), "Causing People to Exist and Saving People's Lives", *Ethics*, Springer 13-set-2012.
- PARFIT, D. (1981), "Energy and the Further Future", Center for Philosophy and Public Policy, University of Maryland (1981), pp.112-121.
- (1982) "Future Generations: Further Problems", en *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 11, N° 2 (Spring, 1982), 113-172.
- (1984) *Reasons and Persons*, Oxford Clarendon Press.
- (1986a) "Comments", *Ethics*, vol. 96, No 4. (Jul. 1986), 832-872.
- (1986b) "Overpopulation and the Quality of Life", in PETER SINGER (ed.) *Applied Ethics*, Oxford University Press, pp. 145-164.
- (2011) *On What Matters*, T. II, Oxford University Press, Oxford.

REIMAN, J. (2007), "Being Fair to the Future People: The Non-Identity Problem in the Original Position", *Philosophy & Public Affairs*, 35 N° 1.

SCHWARTZ, T. (1979), "Obligations to Posterity, in *Obligations to Future Generations*, R. SIKORA & B. BARRY (ed.), Temple University Press, Philadelphia.

— (1979), "Welfare Judgments and Future Generations", *Theory and Decision* 11 (1979), pp. 181-194.

SIKORA, R. I. (1981), "Classical Utilitarianism and Parfit's Repugnant Conclusion: A Reply to McMahan", *Ethics*, Vol. 92, N. 1. Special Issue on Rights (Oct. 1981), pp. 128-133.

TOOLEY, M. (1986[1972]), "Abortion and Infanticide", in PETER SINGER (ed.), *Applied Ethics*, Oxford University Press, pp. 57-85.

WOODWARD, JAMES (1986), "The Non-Identity Problem", *Ethics*, vol. 96, No. 4. (Jul. 1986), 804-831.



SECCIÓN VII
BECARIOS DE PREGRADO

LOS PROCESOS COLECTIVOS Y LAS CUESTIONES PROCESALES EN TORNO A LA CONSTRUCCIÓN DE UNA TUTELA PROCESAL DIFERENCIADA

Valeria Bizarro*

I. Introducción

En el marco de una sociedad democrática el proceso judicial se concibe como un instrumento para la solución de los diferentes conflictos que la sociedad nos plantea. Instrumento que opera a través del debate con garantías adecuadas para todos los sujetos que resultan involucrados y que finaliza con el dictado de una sentencia por un órgano del Estado que resuelve el conflicto otorgándole autoridad de cosa juzgada. Por lo tanto, el proceso —en cuanto instrumento— es un medio que debe valorarse y justificarse de manera racional, en orden a la finalidad propuesta y, en este sentido, la finalidad propuesta es la de garantizar el derecho a una *tutela judicial efectiva*. La realidad en la que nos encontramos inmersos nos lleva a reformular nuestras vías procesales clásicas para atender y resolver eficientemente los conflictos colectivos en los que se involucran un número significativo de personas, demandando del aparato judicial la construcción de una “*tutela procesal diferenciada*” al decir de Verbic¹, que se aparta notoriamente del proceso tradicional.

En consecuencia, podemos decir que en Argentina los procesos colectivos se expandieron en la jurisprudencia y en la legislación mediante la alternativa de la acción de amparo, reglada en el art. 43 1° y 2° párrafo de nuestra Constitución Nacional; el art. 54 de La ley de Defensa del Consumidor 24.240² —modificada por ley 26.361³— y el art. 30 de la Ley General de Ambiente 25.675⁴, pero sin una legislación específica.

II. Aproximación a la noción de proceso colectivo

Falcon⁵ explica que —tentativamente— será aplicable el proceso colectivo cuando se demande o se encuentre demandado un grupo de personas, con intereses que correspondan a derechos transindividuales provenientes de un origen común, jurídico o de hecho y que, por la indivisibilidad del reclamo, por

* Becaria de pregrado - ayudante - alumna en las asignaturas Derecho Procesal Civil y Derecho Procesal Constitucional.

¹ Conf. VERBIC, FRANCISCO, “Los procesos colectivos. Necesidad de su regulación”, LA LEY, 2010-A, 769.

² Ley 24.240 de Defensa del Consumidor, B.O. del 15/10/1993.

³ Ley 26.361 modificatoria LDC, B.O. del 7/4/2008.

⁴ Ley 25.675 General del Ambiente, B.O. del 28/11/2002.

⁵ Conf. FALCÓN, ENRIQUE M., “Una definición de los procesos colectivos”, en *Procesos colectivos*, Revista de Derecho Procesal, t. 2, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2011.

pertenecer a una clase, o por el elevado número de miembros, hiciera impracticable la reunión de todos ellos.

En un sentido similar, Verbic⁶ entiende que existirá un conflicto colectivo que amerite una tutela diferenciada, cuando se vulnere un bien de naturaleza colectiva o bienes y derechos de naturaleza individual, emparentados por una relación de similitud cuantitativa ante un único hecho o acto generador, y en la medida en que se encuentren afectadas un gran número de personas. Asimismo, postula cinco notas características de los Procesos Colectivos:

- *Elevado número de sujetos afectados.* Existencia de un número relevante de sujetos involucrados. A modo de ejemplo, toma el fallo “Verbitsky”⁷ en el que se plantea un hábeas corpus colectivo promovido en defensa de más de 20.000 personas detenidas en distintos establecimientos penitenciarios, y más de 6.000 que estaban hacinadas en dependencias policiales de dicha jurisdicción. Por otro lado, en la causa “Mendoza”⁸ los actores efectuaron su postulación en defensa de un grupo de más de tres millones de habitantes, mientras que en el caso “Halabi”⁹ el número de sujetos afectados era aún mayor si tenemos en cuenta que el conflicto involucraba no sólo a los abogados sino también a todos los usuarios de los servicios de telecomunicaciones.

- *Posición similar de los sujetos afectados frente al agente dañoso.* Todos los sujetos afectados se encuentran en una posición similar frente al eventual demandado, sea por compartir una determinada situación de hecho o de derecho entre ellos, o bien por hacer lo propio con la contra parte, lo que permite juzgar concentradamente el asunto y obtener una solución común para todos. En “Verbitsky” los miembros del grupo compartían una situación fáctica común entre ellos (condiciones insalubres de detención) y jurídica con relación al demandado (calidad de detenidos); mientras que en “Mendoza” la relación que provocaba el interés común entre los miembros del grupo era puramente fáctica (habitar en determinada zona geográfica). En cuanto al conflicto ventilado en “Halabi”, todos los miembros del colectivo afectado estaban ligados con el demandado por medio de una situación puramente jurídica (encontrarse comprendidos en el campo subjetivo de aplicación de la norma que se reputaba inconstitucional).

- *Trascendencia social, económica y/o política de su discusión y resolución en sede judicial.* Una tercera nota presente en este tipo de conflictos puede identificarse en la trascendencia social, económica y/o política que encierra su eventual discusión y resolución en sede judicial, con la consecuente necesidad de generar un debate mucho más amplio que aquel que exige la resolución de un conflicto individual. Sucede que la confluencia de muchos sujetos involucrados en el conflicto pone en jaque la noción misma de “caso judicial” y provoca el dictado de decisiones que asumen características cuasi administrativas o legislativas, por el efecto expansivo de la cosa juzgada.

- *Mayor exigencia de tratamiento unitario.* Una cuarta característica tiene que ver con la mayor presión que estos conflictos generan sobre el sistema de administración de justicia a efectos de obtener de éste una respuesta única

⁶ Conf. VERBIC, FRANCISCO, *Procesos colectivos*, Astrea, Buenos Aires, 2007.

⁷ CSJN, Fallos: 328: 1147, “Verbitsky, Horacio, Hábeas Corpus”, 3/5/2005.

⁸ CSJN, Fallos: 329:2316, “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c. Estado Nacional y otros”, Daños y perjuicios de la contaminación ambiental del Río Matanza- Riachuelo, 8/7/2008.

⁹ CSJN, “Halabi, Ernesto c. P. E. N ley 25.873 - dto. 1563/04 s/ amparo ley 16.986”, 24/2/2009.

para todos los sujetos afectados. Si bien la posibilidad de sentencias contradictorias ante un mismo hecho lesivo es una realidad inherente al sistema federal y a la división del trabajo de los tribunales por territorio y función, dicho fenómeno provoca serios cuestionamientos cuando es analizado a la luz del *derecho de igualdad*. La existencia de un conflicto colectivo, donde numerosas personas se encuentran en situación similar ante el demandado, refuerza esos cuestionamientos y opera ejerciendo mayor presión sobre el sistema para obtener una solución común del asunto. Sobre todo, en aquellos casos en que el objeto de la pretensión colectiva es indivisible, la solución unitaria del conflicto se torna exigible también para evitar el dictado de sentencias contradictorias que vulneran la seguridad jurídica.

- *Externalidades económicas indeseadas que se derivan del no tratamiento colectivo*. Finalmente, los conflictos colectivos pueden ser identificados por las externalidades económicas de tipo negativo que provoca su discusión ante la justicia por iniciativa de cada uno de los sujetos afectados. La multiplicación de conflictos individuales puede dar nacimiento a un conflicto colectivo. Principalmente, si enfocamos la cuestión desde el funcionamiento concreto del servicio de justicia, ya que el sistema judicial deberá afectar enormes cantidades de recursos humanos y materiales para juzgar las mismas cuestiones frente a los mismos demandados, reconociendo que los recursos son por regla insuficientes y, por otro lado, porque ello puede provocar el colapso de los tribunales y la consecuente afectación del trámite de las causas.

Por su parte, Lorenzetti¹⁰ sostiene que proceso colectivo es aquel que tiene una pluralidad de sujetos en el polo activo o pasivo, con una pretensión referida al aspecto común de intereses individuales homogéneos o bienes colectivos, y una sentencia que tiene efectos expansivos, que exceden a las partes.

Dicho todo esto, entonces, el conflicto colectivo justifica racionalmente la necesidad de diagramar un mecanismo de debate diferente del proceso tradicional que implique hacerle frente al conflicto colectivo respetando las garantías judiciales de todos los sujetos-partes involucradas y optimizando los recursos disponibles en el sistema de justicia.

III. El objeto del proceso colectivo: la tutela de diversos intereses

Previo a adentrarnos en el estudio de las características y condiciones de ejercicio del proceso colectivo resulta de vital importancia explicitar cuáles son aquellos intereses jurídicamente tutelables que justifican la formulación de una "*tutela procesal diferenciada*" bajo la luz de los procesos colectivos.

Recurriendo a Lorenzetti¹¹ podemos decir que los conflictos jurídicos tienen una tipicidad que los permite encuadrar en *tres categorías*:

- Aquellos que versan sobre *bienes jurídicos individuales*, y donde el derecho y/o el interés pertenece a una persona individual, y por ende la legitimación, también, de modo tal que cada titular inicia una acción y obtiene una sentencia en un proceso bilateral (*modelo tradicional de litigio*).
- En otros casos, la lesión es individual, pues afecta derechos sobre *intereses individuales*, pero que son *homogéneos*, y susceptibles de una sola división,

¹⁰ Conf. LORENZETTI, RICARDO LUIS, *Justicia colectiva*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2010.

¹¹ Conf. LORENZETTI, R., ob. cit., p. 19.

por lo que, si existen numerosas personas en la misma situación, nace el interés del grupo, que puede dar lugar a un proceso colectivo, porque la sentencia tiene efecto *erga omnes*. La legitimación es individual, pero hay homogeneidad objetiva entre todos los afectados, y una sola causa o evento generador del daño.

- Por último, se ubican los conflictos sobre *bienes jurídicos colectivos*, o “transindividuales” en donde puede existir una legitimación difusa, en cabeza de uno de los sujetos que integra el grupo, o de una asociación que tiene representatividad en el tema, o del propio Estado.

En esta línea, el Código de Brasil¹² —quien fue el primero en introducir en Iberoamérica un mecanismo de protección específico para derechos difusos y colectivos e individuales homogéneos— establece que el derecho difuso es un derecho “*transindividual e indivisible*”, que pertenece a un grupo indeterminado de personas que no estaban vinculadas previamente por circunstancias de hecho. El derecho colectivo es también “*transindividual e indivisible*” pero pertenece un grupo más específico de personas relacionadas entre sí o con la contraparte, por una relación jurídica. En cambio los derechos individuales homogéneos, son derechos individuales divisibles que tienen un origen común.

IV. El esquema en nuestro ordenamiento

En el esquema del derecho argentino encontramos, por un lado, acciones colectivas que se refieren a bienes colectivos, basadas en el art. 43 CN según la interpretación dada en “Halabi” y, por otro lado, acciones colectivas referidas a intereses individuales homogéneos no patrimoniales y, a su vez, acciones colectivas referidas a intereses individuales homogéneos patrimoniales, las llamadas acciones de consumo.

En la legislación nacional contamos con dos leyes que se refieren de manera expresa a los procesos colectivos aunque no abarcan todos los supuestos posibles, sirven de marco referencial para el análisis del tema:

- Ley de Defensa del Consumidor y Usuario - 24.240 (art. 54)¹³.
- Ley General del Ambiente - 25.675 (art. 30)¹⁴.

Asimismo, el Anteproyecto de Código civil y Comercial reguló el proceso colectivo en los arts. 1745 a 1748, aspecto que no fue incorporado por pedido expreso del Poder Ejecutivo, pero que demuestra el esfuerzo de parte de la doctrina por regular la cuestión más acabadamente.

V. Cuestiones procesales en torno a la acción de clase

V.1. La legitimación procesal extraordinaria

A partir del concepto de interés difuso o derecho de incidencia colectiva, y derechos individuales homogéneos, la consideración del tópico desde la perspectiva del derecho procesal, nos conecta de manera necesaria con el fenómeno de la pluralidad de eventuales contendientes lo que nos lleva a plantear la cuestión de la legitimación.

¹² Ley 10.406 Cód. Civil Brasileiro, 10/1/2002.

¹³ Ley 24.240 de Defensa del Consumidor, B.O. del 15/10/1993, art. 54.

¹⁴ Ley 25.675 General del Ambiente, B.O. del 28/11/2002, art. 30.

La doctrina¹⁵ ha diferenciado la legitimación sustancial o *ad causam* de la legitimación en el proceso o *ad processum*, siendo esta última entendida como la aptitud de llevar adelante un proceso ejerciendo actos procesales en nombre propio o en representación de otra persona, y la legitimación *ad causam* entendida como requisito intrínseco de admisibilidad de la pretensión procesal, por lo que su ausencia constituye un impedimento sustancial para que el juez pueda dictar la sentencia de mérito. Dicho esto, entonces el control de legitimación es previo a la evaluación de la procedencia de la pretensión. Así, el legitimado *ad causam* será la persona que conforme a la ley sustancial se encuentre habilitada para que, por medio del dictado de una sentencia —que resuelva el fondo de la cuestión— se determine si existe o no el derecho o relación jurídica material que conforma el objeto de la demanda.

Junyent Bas y Garzino¹⁶ explican que, en nuestro país, los intereses colectivos y difusos, como así también los que comprenden la categoría de los derechos individuales homogéneos, aparecen tutelados en el segundo párrafo del art. 43 de la Constitución Nacional que puntualiza que dicha acción “*se dirige en contra de cualquier forma de discriminación, y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como los derechos de incidencia colectiva en general*”, y a esos fines, legitima al afectado, al Defensor del Pueblo, y a las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y forma de organización.

A su vez, la Ley General del Ambiente en el art. 30 determina que, una vez producido el daño ambiental colectivo, tendrán legitimación para obtener la recomposición del ambiente dañado, el afectado, el Defensor del Pueblo y las asociaciones no gubernamentales de defensa ambiental, conforme lo prevé el art. 43 de la Constitución Nacional, y el Estado nacional, provincial o municipal; asimismo, quedará legitimado para la acción de recomposición o de indemnización pertinente, la persona directamente damnificada por el hecho dañoso acaecido en su jurisdicción. Tal como se advierte, el ambiente merece una tutela especial. Sin embargo, en opinión de Junyent Bas y Garzino, la solución exacta es la otorgada por el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica que legitima indistintamente al Ministerio Público y a las instituciones o asociaciones de interés social, que según la ley o juicio del tribunal garanticen una *adecuada defensa* del interés comprometido, al incorporar explícitamente el instituto de la *representación adecuada*.

La representación adecuada ha sido definida como el requisito que asegura que quien interviene en el proceso colectivo, gestionando o representando los intereses de una clase, posea las condiciones personales, profesionales y financieras suficientes para garantizar una adecuada defensa de los intereses, pues la nota característica del proceso colectivo está dada por los efectos expansivos de la sentencia, dado que la sentencia alcanza —en principio— a todos los integrantes de la clase.

¹⁵ Conf. PALACIO, LINO E., *Derecho procesal civil y comercial*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires.

¹⁶ Conf. JUNYENT BAS, FRANCISCO y GARZINO, M. CONSTANZA, “Apostillas en torno a los Procesos Colectivos a propósito de las condiciones de ejercicio de la acción colectiva”, *Revista de la Facultad*, vol. III, N° 2, nueva serie II (2012), publicación de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, pp. 67-95.

V.2. La sentencia en los procesos colectivos

V.2.1. Límite subjetivo de la cosa juzgada

La cosa juzgada puede ser definida¹⁷ como aquella inmutabilidad o irrevocabilidad que adquieren los efectos de la sentencia definitiva cuando ésta ha quedado firme o consentida, cuya finalidad principal es la de preservar la seguridad jurídica. Los alcances de dicho instituto sólo se presentan o extienden respecto de las partes del proceso —actor y demandado— que constituyen la relación jurídica procesal clásica. Sin embargo, una característica propia de los procesos colectivos, es la legitimación extraordinaria para poder iniciar el proceso y hacer valer la pretensión en juicio, lo que conlleva la necesaria reformulación del instituto de la cosa juzgada, dado que el reconocimiento de una legitimación extraordinaria implica la expansión de los efectos de la cosa juzgada a todos los miembros que integran la clase. El *quid* de la cuestión radica en compatibilizar el fenómeno de la legitimación extraordinaria y el consecuente efecto *erga omnes* (ultra partes), con el debido proceso legal sin que derive agravio alguno a los derechos constitucionales de quienes conforman la clase.

En consecuencia, Verbic¹⁸ hace un estudio detallado de las soluciones propuestas en el derecho comparado en relación al derecho de los miembros ausentes. En el sistema estadounidense de las “*class actions*” se considera que el grupo, clase o sector afectado se encuentra presente en el proceso, a través del denominado representante de los intereses colectivos o individuales homogéneos, motivo por el cual la sentencia dictada vincula a todos los miembros. Lo distintivo en todo esto, al decir del autor, es que el representante se inviste de tal por cuenta propia, sin la autorización y la mayoría de las veces sin el conocimiento de sus representados. Una de las formas de compatibilizar esto con el derecho de defensa de los ausentes es mediante el control de la *representación adecuada* sumado a un sistema estricto de notificaciones que brinda la posibilidad a los miembros de tomar conocimiento del proceso, pudiendo colaborar e incluso desligarse del proceso y por ende, de su resultado. Dicho de otra manera, la cosa juzgada perderá el efecto vinculante cuando la garantía de debido procesal legal fuere violentada, pero sólo respecto de aquellos que así lo pretendan y acrediten. Por lo que, si el trámite seguido para la obtención de la resolución fue acorde a derecho, la sentencia tendrá efectos para todos los miembros de la clase, haya resultado la misma favorable o no.

Por otro lado, la solución tomada en el sistema brasileño se encuentra fijada en el art. 103 del Código del Consumidor. Art. 103: “*En las acciones colectivas de que trata este Código, la sentencia hará cosa juzgada: I) Erga omnes, excepto si el pedido fuera juzgado improcedente por insuficiencia de pruebas, hipótesis en que cualquier legitimado podrá intentar otra acción, con idéntico fundamento, valiéndose de nueva prueba en la hipótesis del inc. 1 (intereses o derechos difusos) del párrafo único del art. 81; II) Ultra partes, más limitadamente al grupo, categoría o clase, salvo improcedencia por insuficiencia de pruebas, en los términos del inciso anterior, cuando se trate de la hipótesis prevista en el inc. II (intereses o derechos colectivos) del párrafo único del art. 81; III) Erga omnes sólo en caso de procedencia del pedido, para beneficiar a las víctimas y sus sucesores, en la hipóte-*

¹⁷ Conf. PALACIO, LINO E., ob. cit., p. 498.

¹⁸ Conf. VERBIC, F., ob. cit., pp. 252- 260.

sis del inc. III (intereses o derechos individuales homogéneos) del párrafo único del art. 81'. Los efectos de la cosa juzgada previstos en los incs. I y II no perjudicarán los intereses y derechos individuales de los integrantes de la colectividad del grupo, categoría o clase. En la hipótesis prevista en el inc. III, en caso de improcedencia del pedido, los interesados que no hubieren intervenido en el proceso como litisconsortes podrán proponer acción de indemnización a título individual”.

Ello implica que si la acción es decidida a favor del grupo todos los miembros ausentes se beneficiarán de la cosa juzgada, mientras que si es decidida en su contra, la pretensión colectiva resultará precluida quedando a salvo los derechos de los ausentes respecto de quienes la sentencia no tendrá efecto vinculante, continuando habilitados para presentarse ante la justicia para ejercer acciones individuales (*efecto secundum eventum litis*). Esta solución se justifica bajo la óptica de que en el sistema brasileño las personas afectadas no son necesariamente parte en el proceso, porque no son llamadas a comparecer ni notificadas, a diferencia de lo que sucede en el sistema estadounidense.

VI. Conclusiones

En virtud de lo expuesto anteriormente, podemos extraer una serie de conclusiones.

Por un lado, la evidente relevancia de los procesos colectivos, no sólo como un mero instrumento procesal, sino también como un instrumento mitigador de las desigualdades sociales de las partes. Como instrumento social, permite la defensa de intereses que resultan relevantes para la comunidad en su conjunto, más aún si consideramos que en nuestra sociedad no todos los ciudadanos son conscientes de cuáles son sus derechos y, mucho menos, que los mismos han sido vulnerados, e incluso en aquellos casos en los que se tiene consciencia de tales violaciones encontramos otro fuerte obstáculo: no todos cuentan con los recursos necesarios requeridos para la defensa de un derecho. Porque sin lugar a dudas, el ejercicio y defensa de todo derecho insume un costo.

Por otro lado, brinda la posibilidad de fortalecer la parte débil en las distintas relaciones jurídicas en las que existen notorias asimetrías, como suele suceder en materia de consumo, o ambiental frente al accionar de poderosísimas empresas trasnacionales. Lo que nos lleva concluir que refuerza la igualdad y efectividad del derecho de acceso a la justicia.

El proceso colectivo como instrumento procesal permite una administración más eficaz de los recursos, frente a la escasez de recursos a la que debe hacer frente el Estado para el cumplimiento de sus deberes, tales como afianzar la justicia, consolidar la paz interior, proveer a la defensa común, promover el bienestar general, entre otros, porque permite el tratamiento unitario y la reunión en una misma causa de tantas personas como afectados exista para la defensa de derechos de incidencia colectiva, o derechos individuales homogéneos, propiciando una mayor celeridad en la defensa de los derechos y evitando el dictado de sentencias contradictorias que vulneran la seguridad jurídica. Es por ello que consideramos necesario el tratamiento y regulación de los procesos colectivos por el Poder Legislativo para la creación de una *tutela procesal diferenciada*, y de esta forma, evitar todo tipo de abusos, arbitrariedades y contradicciones que el vacío legal o laguna legislativa permite.



DEL ACCESO A LA TUTELA JUDICIAL EN CÓRDOBA. EXPLORACIÓN SOBRE EL PROCEDIMIENTO DE CÓDIGO DE FALTAS

Diego Luciano Burgos*

Resumen: La tutela judicial efectiva ha sido reconocida como derecho humano en muchas convenciones, entre ellas la Convención Americana de Derechos Humanos. El concepto de la misma permitirá contrastar la normativa respecto al Código de Faltas de la Provincia de Córdoba. De este modo se podrá evaluar normativamente si dicho código es respetuoso de esta garantía mínima del Estado de derecho.

Palabras claves: Tutela judicial efectiva - Derechos humanos - Código de Faltas - Detenciones arbitrarias - Juez imparcial.

Introducción

En el presente trabajo daré cuenta de la interpretación de la Convención Americana de Derechos Humanos —de ahora en más CADH— respecto del derecho humano a la tutela judicial efectiva. A reglón seguido señalaré la adecuación del concepto a la normativa en materia de acceso a la justicia del Código de Faltas cordobés.

Tomaré como pauta conceptual el trabajo de interpretación que ha hecho la doctrina sobre el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos —de ahora en más Corte IDH— *Velázquez Rodríguez c. Honduras* respecto a cuándo se vulnerado el derecho de las personas a la tutela judicial efectiva.

Normativa

En materia de tutela judicial efectiva existen varias disposiciones sobre este tópico en la CADH. Parafraseando algunas de ellas, la primera parte del art. 25 refiere que toda persona tiene el derecho a un recurso efectivo ante un juez, a los fines de que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

El art. 8º consagra el derecho de toda persona a ser oída en un plazo razonable por un juez —imparcial e independiente— en la sustanciación de cualquier causa iniciada contra ella. A su turno, el art. 7.6 consagra el derecho de toda persona privada de libertad a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que ése decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. El artículo luego versa sobre lo que se conoce en Argentina como hábeas corpus preventivo.

* Abogado por la Facultad de derecho y ciencias sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, Maestrando en Derecho y Argumentación, secretario de actuaciones en jerarquía de meritorio en la Policía Judicial del Poder Judicial de Córdoba, integrante del grupo de investigación “Políticas Sociales y Derechos Humanos” del Centro de Investigaciones Sociales y Jurídicas (FdD. y Cs. Soc. UNC), diegolucianoburgos@gmail.com

La segunda parte del art. 25 termina por completar el esquema refiriendo en particular tres obligaciones del Estado: garantizar que la autoridad competente del Estado decida sobre los derechos de las personas que interpongan el recurso, desarrollar las posibilidades del recurso judicial y garantizar el cumplimiento de las sentencias.

Sucintamente estas disposiciones refieren algunos puntos salientes sobre este derecho tal y cual como ha sido positivizado. La Corte ha precisado por vía de sentencias el significado de esto en distintos casos.

Caso Velázquez Rodríguez contra Honduras¹

Éste es el *leading case* acerca de lo que la tutela judicial efectiva representa en el marco de todo el ulterior desarrollo doctrinal, realizado por la Corte. Este caso, en el marco de una dictadura militar, se configuró la desaparición forzada de personas justamente sobre la persona de Velázquez Rodríguez. Puntualmente acerca de los recursos la Corte refiere:

“64. Que sean adecuados significa que la función de esos recursos, dentro del sistema de derecho interno, sea idónea para proteger la situación jurídica infringida. En todos los ordenamientos internos existen múltiples recursos, pero no todos son aplicables en todas las circunstancias. Si, en un caso específico, el recurso no es adecuado, es obvio que no hay que agotarlo. Así lo indica el principio de que la norma está encaminada a producir un efecto y no puede interpretarse en el sentido de que no produzca ninguno o su resultado sea manifiestamente absurdo o irrazonable. Por ejemplo, en procedimiento de orden civil, expresamente mencionado por el Gobierno, como la presunción de muerte por desaparecimiento, cuya función es la que de los herederos puedan disponer de los bienes del presunto muerto o su cónyuge pueda volver a casarse, no es adecuado para hallar la persona ni para lograr su liberación si está detenida”².

He aquí que la doctrina, siguiendo a COURTIS, dice que es posible establecer un concepto de efectividad del cual se desprende por un lado el carácter normativo y por el otro, el carácter empírico³. El carácter normativo se refiere a la idoneidad del recurso, esto es la ya citada capacidad: *para establecer si se ha incurrido en una violación de derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla*. Añade posibilidad para *dar resultados o respuestas a las violaciones de derechos humanos*.

La Corte IDH se hace eco de un principio de orden internacional mediante el cual para que se reconozca la existencia de un recurso judicial éste debe existir no sólo formalmente, sino que debe ser efectivo y adecuado⁴. Por ello la Corte reitera en diversos pronunciamientos: *Que sean adecuados significa que la función de esos recursos, dentro del sistema de derecho interno, sea idónea para*

¹ Corte IDH. *Caso Velázquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo. Sentencia del 29 de julio de 1988.

² Corte IDH. *Caso Velázquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo. Sentencia del 29 de julio de 1988, párrafo 64.

³ COURTIS, CHRISTIAN, “El derecho a un recurso rápido, sencillo y efectivo frente a afectaciones colectivas de Derechos Humanos”, en VÍCTOR ABRAMOVICH, ALBERTO BOVINO y CHRISTIAN COURTIS (Comp.) *La aplicación de los tratados de derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década* (1994-2005), Buenos Aires, CELS y Del Puerto, en prensa.

⁴ CIDH —Comisión Interamericana de Derechos Humanos—, *El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el sistema interamericano de derechos humanos*, OEA, Washington (D.C.), 2007, p. 72.

proteger la situación jurídica infringida. También, la Corte se encargará de reiterar que *así lo indica el principio de que la norma está encaminada a producir un efecto y no puede interpretarse en el sentido que no produzca ninguno o su resultado sea manifestamente absurdo o irrazonable*⁵.

En definitiva, en un nivel de normas positivas, las mismas deben permitir que se pueda plantear la violación al derecho humano en particular y que haya forma prevista de remediar la situación de violación.

En segundo lugar Courtis nos habla del carácter empírico, el mismo está relacionado con las condiciones políticas e institucionales⁶ que hacen posible que un recurso previsto normativamente pueda *cumplir con su objeto u obtener el resultado para el cual fue concebido*. Entre otras cosas, señala el autor que un recurso no es efectivo cuando es *ilusorio, demasiado gravoso para la víctima*. Siguiendo a la Corte IDH, la misma en el nombrado fallo ha establecido:

“66. Un recurso debe ser, además, eficaz, es decir, capaz de producir el resultado para el que ha sido concebido. El de exhibición personal puede volverse ineficaz si se le subordina a exigencias procesales que lo hagan inaplicable, si, de hecho, carece de virtualidad para obligar a las autoridades, resulta peligroso para los interesados intentarlo o no se aplica imparcialmente”⁷.

Detenciones preventivas en el marco del código de faltas

En Córdoba el Código de Faltas —de ahora en más CF—, ley provincial 8431 t.o. ley 9444, faculta a la policía a detener preventivamente a cualquier infracción perseguible de oficio mientras ésta sea cometida en flagrancia. Todo esto según lo establecido en el art. 123 CF.

Si uno considera la libertad ambulatoria como el derecho humano potencialmente vulnerado, queda por analizar dentro del ámbito normativo si existe un recurso adecuado. En el CF lisa y llanamente no existe ninguna manera de abrir la instancia judicial durante el período de la detención preventiva.

Acerca de la duración de la detención preventiva aparentemente la misma no puede ir más allá del plazo fijado en el art. 117 que establece un término de tres días desde iniciada la actuación sumarial para que la autoridad dicte resolución. Aunque es dable señalar que sólo existe una disposición expresa, en el caso del art. 114 que fija en 24 horas de detención preventiva, a los fines de identificar cuando se trate del delito de merodeo.

Dado el panorama es mi entender que se vulnera el derecho consagrado en el art. 8 de la CADH —ser oído—, el art. 7.6 de la CADH —a que un juez resuelva sin demora la legalidad de la detención—⁸ y art. 25 de la CADH ya que no

⁵ Además de: Corte IDH. *Caso Velázquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo. Sentencia del 29 de julio de 1988, párrs. 64 y 66. También: Corte IDH, *Caso de la comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tigni*. Sentencia del 31 de agosto de 2001. Serie C N° 79, párr. 111; *Caso Cantos*. Sentencia de 28 de noviembre de 2002. Serie C N° 97, párr. 52; *Caso Juan Humberto Sánchez*. Sentencia de 7 de junio de 2003. Serie C N° 99, párrafo 121; *Caso Maritza Urrutia*. Sentencia del 27 de noviembre de 2003. Serie C N° 103, párr. 117, entre muchos otros.

⁶ COURTIS, CHRISTIAN, “El derecho a un recurso...”, cit., p. 39.

⁷ Corte IDH. *Caso Velázquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo. Sentencia del 29 de julio de 1988, párr. 66.

⁸ En contra el fallo de la Corte Suprema de la Nación. Véase “N., J. G. s/ infr. art. 15, inc. 4°, LCP s/ incidente de inconstitucionalidad”, con nota de BUTELER, JOSÉ A., en <http://www.pensamientopenal>.

existe normativamente un recurso diseñado en esta etapa. También el art. 25.2 de la CADH ya que tampoco desarrolla las posibilidades del recurso judicial.

La apertura de la instancia judicial

La intervención del órgano judicial no es en modo alguno simultáneo o coetánea con el actuar policial. La competencia objetiva del juez está dado por la apertura de la instancia de apelación, esto es, cuando el aprehendido manifiesta disconformidad hasta dentro de las 48 de notificada la resolución condenatoria —que de otro modo se la tendrá por aceptada, todo según el art. 118—. Esto, sin perjuicio de que la persona potencialmente se encuentre detenida hasta ese momento, sin sufrir dicha situación mayor cambio.

La segunda vía para iniciar el control judicial es la solicitud *por escrito*, por parte de cualquier persona en caso de la detención del imputado lo cual recuerdan ETCHICHURY y JULIANO que dada la selectividad del Código, esto puede ser poco menos que una empresa inalcanzable para las personas vulnerables de las sociedad que se ven frente a la autoridad policial⁹.

Desde el punto de vista normativo, es destacable que exista un recurso. Ahora bien, desde el mismo punto de vista el Código prevé que no es necesaria la defensa letrada obligatoria (art. 15 CF), tampoco prevé separación entre el juzgador en primera instancia y el acusador (art. 114 CF: en ambos casos es la policía de la provincia). Con lo cual la posibilidad de que el propio imputado desde su estado de privación de libertad plantee ante sus propios acusadores (la policía) su disconformidad y ésta sea exteriorizada ante un juez parece ser cuestionable.

Por lo expuesto es mi conclusión que las condiciones de posibilidad del recurso judicial no garantizan plenamente el estándar en materia de tutela judicial efectiva, art. 25.2 CADH al menos no normativamente. Que la policía actúe como juzgador de sus propias acusaciones es lisa y llanamente la vulneración al art. 8 de la CADH (refiere un juez o tribunal independiente e imparcial).

Respecto al punto de vista institucional o sociológico, las condiciones en que se ejerce la detención no han sido consideradas en este trabajo. Aventura que los testimonios de quienes han vivido en carne propia el CF confirmarán lo que aparenta ser *la indignidad de arrodillarse ante los hombres y no ante las leyes*.



com.ar/node/27379, cit. Véase considerando 27 del voto de la mayoría. Consultado por última vez el 07 de septiembre de 2014.

⁹ ETCHICHURY, HORACIO JAVIER y JULIANO, MARIO A., *Código de Faltas de la Provincia de Córdoba. Ley 8431 y modificatorias. Comentario*, Lerner, Córdoba, 2009, p. 198.

LAS MEDIDAS PARA MEJOR PROVEER EN EL PROCESO CIVIL, JAQUE AL PRINCIPIO DISPOSITIVO Y AL DEBIDO PROCESO

María Celeste González*

Resumen: Se plantea en la presente investigación la *hipótesis* siguiente: “El activismo del juez a la hora de decretar las medidas para mejor proveer, pone en jaque el principio dispositivo del proceso civil y el del debido proceso, defensa en juicio e igualdad, al actuar extralimitándose en sus funciones jurisdiccionales, lo que hace al acto susceptible de ser nulo”.

En el presente artículo se expone en forma sucinta los resultados alcanzados.

Palabras Claves: Medidas para mejor proveer - Extralimitación del juez - Violación de principios y derechos procesales.

Planteo del tema

Las medidas para mejor proveer constituyen el instrumento procesal mediante el cual se permite al juez civil una cierta iniciativa probatoria ex officio al final del proceso, justo antes de dictar sentencia.

So pretexto el dictado de medidas para mejor proveer se pretende lograr una igualdad que baja, y se nivela con quien ha omitido probar, ha incurrido en negligencia. No es facultad del juez actuar como una parte, supliendo su inactividad o negligencia, él es un funcionario judicial, y en el proceso civil y comercial, no le está permitido suplir tal inactividad, introducir pruebas sorpresivas, ni nada que ponga en jaque el principio dispositivo.

Límites en el dictado de las medidas para mejor proveer

El uso de estas medidas no es la regla sino una excepción que reconoce *límites* como lo son¹:

1- *No puede suplir con la actividad oficiosa del juez: la negligencia y error probatorio de las partes:*

No se trata aquí de que el juez no pueda dictar medidas probatorias aun mediando la negligencia de las partes, puesto que éste tiene el deber de esclarecer los hechos ordenando la producción de prueba que considere decisiva (de no existir negligencia o insuficiencia probatoria, ergo, no habría necesidad del dictado de tales medidas), el nudo gordiano de la cuestión es que no haga el juez un mal uso o abuso de dichas atribuciones con la *finalidad* de suplir la negligencia.

* Alumna de 6to. año de Abogacía. Becaria Secyt 2013 Investigación en el marco del Proyecto categoría “A” “Nulidades procesales de los actos del juez y los principios jurídicos y procesales del bloque de constitucionalidad: sus actuales desafíos”. Directora de Investigación: Dra. Rosa Ávila Paz de Robledo, a quien le agradezco con profunda admiración, respeto y cariño (mail: celestita363@hotmail.com).

¹ GOZAÍNI, OSVALDO ALFREDO, *Derecho procesal civil: Teoría general del derecho procesal*, Editar, Buenos Aires, 1992, pp. 577 y ss.

cia probatoria de *una* de las partes, esto llevaría a que se vea afectada la imparcialidad del juez al beneficiar con su actitud a una parte en desmedro de la otra, lo que haría susceptible dicho acto de nulidad procesal al violentar los derechos constitucionales de igualdad ante la ley, debido proceso, entre otros.

2- *No puede mediante su dictado obstaculizar el principio de contradicción:*

No se debe de afectar el adecuado desarrollo del contradictorio puesto que éste integra el orden público procesal. Debe permitir a las partes ofrecer los medios de prueba relativos a los hechos sobre los cuales dichas medidas recaen, posibilitando el adecuado control de la misma tanto al actor como al demandado. Pero no debe caerse en la falacia de considerar que *prima facie* el dictado de dichas medidas afecta el contradictorio puesto que el juzgador desconoce a quién va a beneficiar la prueba.

3- *Recurribilidad de las medidas para mejor proveer cuando quebranten derechos constitucionales:*

En torno a esto se ha dicho que las medidas para mejor proveer resultan de la tarea intelectual del juez y responden a su particular modo de ver en cuanto considera que con las pruebas existentes hasta el momento no logra llegar a un punto consistente necesario para conformar su convicción. Por lo que admitir que dicha labor intelectual puede verse obstaculizada mediante la impugnación de las partes llevaría a que la medida no pudiese cumplir con su finalidad. Esto lleva a aceptar como regla su no recurribilidad puesto que entorpecería la actividad del juez en orden a su labor para sentenciar. Pero se admite como excepción incuestionable su impugnación cuando las mismas no respeten los requisitos de validez, se quebrante la igualdad o cuando la prueba objeto de dichas medidas sea manifiestamente ilegal.

Nulidad procesal y medidas para mejor proveer cuando quebrantan derechos de las partes

Es conveniente abordar este tema desde dos puntos de vista o dos momentos en que esta simbiosis puede darse:

- El primero es respecto a la posibilidad de que alguna de las partes peticione la nulidad de la resolución judicial en virtud de haber omitido el juez disponer la ejecución del instituto de las medidas para mejor proveer para resolver el caso, cuando para la parte que incursiona en la nulidad dicho acto era trascendente para resolver con justicia el caso².

- El segundo se relaciona con el mal uso o abuso del instituto de las medidas para mejor proveer que llevan a que la parte afectada pida la nulidad de dicho acto, por haberse conculcado en dicha decisión judicial derechos de raíz constitucional que hacen al bloque de derechos protegidos bajo el amparo del debido proceso³.

² FISCELLA, MARÍA EDITH, *Nulidades procesales*, Juris, Santa Fe, 1994, p. 163.

³ CASTEJÓN, FERNANDO F., "El contralor de las partes en las medidas para mejor proveer", LA LEY, 1991-A, 307, Cita Online: AR/DOC/13525/2001.

Comprobación de la hipótesis

De acuerdo a lo estudiado, investigado y aprehendido tanto en doctrina, legislación como jurisprudencia, debo dar por comprobada la hipótesis de la que partí.

Paso a dar mis razones

1) El dictado de las medidas para mejor proveer en el proceso civil no violentan *per se* los derechos de ninguna de las partes del proceso, puesto que a lo que tienden es a lograr ayudar al juez a dar base cierta a una convicción necesaria para fallar de acuerdo a los parámetros legales, sociales y morales exigidos. De ello dan cuenta numerosos fallos que así lo sostienen.

2) Los derechos/principios de igualdad, defensa en juicio y debido proceso no se encuentran conculcados, puesto que las partes son anoticiadas de la decisión del juez al disponer de tales medidas y les cabe siempre la posibilidad de peticionar su nulidad cuando las mismas violenten sus derechos (circunstancia que como desarrolláramos anteriormente tanto la doctrina y la jurisprudencia consideran excepcional pero que no niegan ante la posibilidad de que la violación se fundamente concreta y sustancialmente).

3) Tal como se expresa en la hipótesis y en este momento lo corroboramos, el dictado de las medidas para mejor proveer será susceptible de ser nulo cuando el juez actúe extralimitándose en sus funciones, lo cual decididamente pone en verdadero jaque a los derechos antes citados y también el principio dispositivo sobre el que tiene basamento nuestro proceso civil, ya que el mismo —si bien flexibilizado en virtud de los poderes/deberes que hoy se le reconocen a los jueces—, continua siendo la estructura principal de la mayoría de los códigos de procedimientos civiles y comerciales.

4) Apoya la tesis que se corrobora en la presente hipótesis las décadas de vigencia del instituto de las medidas para mejor proveer, tanto a nivel genérico —su origen se reconoce desde Las Siete Partidas del Rey Alfonso El Sabio—, como a nivel local en nuestro código de forma como en la doctrina jurisprudencial sostenida por nuestros tribunales ordinarios y por el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, en fallos que rezan de antaño en los cuales se advierte la benevolencia de dichas medidas para el esclarecimiento de la verdad real en el proceso y la realización de la justicia en el caso concreto.



EL CONCEPTO DE COLECTIVO: EL CASO DE LOS JÓVENES AFECTADOS POR LA APLICACIÓN DEL CÓDIGO DE FALTAS*

*Ramiro Daniel Moyano***

En la actualidad podríamos afirmar que en principio la mayoría de los países son culturalmente diversos. Esta diversidad plantea una serie de cuestiones importantes. Así minorías y mayorías se enfrentan cada vez más respecto de temas múltiples. Encontrar respuestas moralmente defendibles y políticamente viables a dichos problemas, creo, constituye uno de los desafíos al que se enfrentan las democracias en la actualidad.

Entiendo que determinar si existen razones para considerar a los sujetos afectados por la aplicación del Código de Faltas de la provincia de Córdoba como un grupo o colectivo y, de ser así, cuáles son los derechos específicos que deberían serles reconocidos, es intentar encontrar respuestas moralmente defendibles frente a esta problemática.

El concepto de derecho colectivo o grupal

Los derechos colectivos son derechos específicos de los cuales son titulares ciertos grupos de humanos. Éstos se contraponen a los derechos individuales. Son individuales aquellos derechos de los que gozan los individuos como particulares y que en principio no pueden ser restringidos, siendo por tanto inalienables, imprescriptibles, e inmanentes.

Hay posiciones liberales que proclaman su oposición al ejercicio diferenciado de derechos en función de grupos. Una estrategia consiste en rechazar la legitimidad, como así también el carácter colectivo de los derechos implicados. Otra estrategia esgrimida por éstos consiste en aceptar el carácter colectivo de las disposiciones pero negar que otorguen derechos. Los libertarios, como Nozick, no aceptan que un Estado otorgue protección y beneficios especiales a grupos dentro de la sociedad y que el Estado se arrogue otros derechos que infrinjan las libertades de los individuos y de las asociaciones voluntarias (Nozick, 1974: 88-119). Así justifican la existencia de tales derechos reduciéndolos a derechos individuales y sosteniendo que nacen del derecho de las personas naturales a formar un Estado u otro tipo de asociación. Los liberales igualitaristas sostienen que lo que parecen ser derechos colectivos son en realidad derechos individuales dis-

* El presente trabajo es un resumen de la investigación en proceso de realización, en el marco del programa de Becas de Pre-grado que desarrolla anualmente el CIJS, dirigido por el Dr. Hugo Omar Seleme. Agradezco los aportes que me han realizado Hugo Seleme y los compañeros del Programa de Ética y Teoría Política, en particular quiero agradecer a Romina Frontalini Rekers y a Santiago Truccone.

** Estudiante de Abogacía en la Universidad Nacional de Córdoba. Miembro del Grupo de Ética y teoría política. Ex Becario del programa de movilidad académica del Grupo Montevideo.

frazados, ya que con cierto grado de complejidad es posible demostrar que hasta los derechos más evidentemente colectivos se reducen a derechos individuales. Otro argumento en oposición al ejercicio de derechos colectivos es el de la re-denominación. Parte de la idea de que los derechos colectivos, a diferencia de los individuales, deberían considerarse como una cuestión política. Por lo tanto propugna que deberíamos hablar de acuerdos institucionales y disposiciones colectivas, más que de derechos. Esta clase de argumento tiene como objetivo que los derechos colectivos resulten con ello menos rígidos y menos polémicos. Pero a su vez se tropieza con la dificultad de convertir el ejercicio de estos derechos en un equivalente a mendigar privilegios que un Estado tenga la discrecionalidad para otorgar o denegar.

Entre quienes defienden la existencia de los derechos colectivos se encuentran los pluralistas liberales. Éstos se han lanzado mayoritariamente a una defensa de la diferenciación de grupo dando por supuesto a la vez que esto justifica los derechos o el ejercicio de los mismos de manera colectiva. Algunos pluralistas recurren al argumento de la justicia compensatoria para justificar los derechos colectivos. Sostienen que la formación de Estados nación, tanto como la dinámica interna de éstos, crea desventajas inevitables para las minorías étnicas y culturales. La promoción del valor justicia nos obliga a deshacer esos procesos pero debido a la imposibilidad que ello implica indica que esos grupos tienen derecho a políticas de recuperación y compensación si esas desventajas redujeron gravemente el valor del derecho de ciudadanía de sus miembros.

Intentando avanzar en la discusión

Hasta aquí he presentado brevemente las posiciones que se oponen o que defienden la existencia de derechos colectivos. Si tomamos como premisa verdadera la existencia justificada de derecho colectivos aún resta analizar qué características debe poseer un grupo para poder ser sujeto de derechos colectivos.

Peter French (1984) distingue entre “colectividades agregadas” y “colectividades conglomeradas”. Una colectividad agregada es una simple colección (conjunto) de individuos como, por ejemplo, la gente que espera en la parada del colectivo. Si fuéramos a atribuir responsabilidad moral o derechos morales a un agregado, aquella responsabilidad y aquellos derechos podrían ser reducidos (o reducibles), sin ninguna pérdida a las responsabilidades y derechos de los individuos que la componen. Por el contrario, una colectividad conglomerada posee una entidad unificada ya que está formalmente constituida como una organización con una estructura interna, reglas, oficinas y procedimientos para la toma de decisiones. Organizaciones de este tipo poseen una identidad que no puede ser reducida a las identidades de las personas que forman parte de ella, el ingreso o egreso de uno de sus miembros no deriva en una nueva organización. Por lo tanto “lo que es aplicable a un conglomerado no es necesariamente aplicable a uno de aquellos o a cada uno de aquellos individuos asociados en él” (1984, 13).

Dwight Newman (2004, 128-9) distingue entre conjuntos y colectividades. Un conjunto, equivalente a los “agregados” de French, se transforma en un grupo diferente cada vez que la pertenencia cambia. No tiene identidad separada de los individuos que la componen. Una colectividad, en cambio, permanece

idéntica aunque la pertenencia cambie. Para ambos, French y Newman, es una condición necesaria para la atribución de derechos diferenciados en función del grupo que éste posea una identidad que sobreviva a los cambios en la conformación de sus miembros.

Para otros autores la organización interna y las características objetivas no constituyen una condición necesaria para la atribución de derechos diferenciados en función del grupo. La condición necesaria recae sobre los rasgos subjetivos del grupo. Lo relevante es que los individuos que forman el grupo se sientan fuertemente ligados como miembros de un grupo con el cual se identifican. En este sentido, para Larry May (1987) un grupo tiene un estatus moral irreducible como grupo cuando sus miembros están tan relacionados entre sí como para poder realizar acciones y poseer intereses conjuntos que no podrían realizar y poseer como individuos separados. Un grupo cuyos miembros están unidos por estas relaciones solidarias es, según May, capaz de poseer responsabilidades y derechos morales que no pueden ser reducidos o descompuestos en los derechos de sus miembros mancomunadamente considerados. Una medida significativa de unidad e identidad parecería una condición esencial para que un grupo sea el tipo de grupo que pudiese poseer derechos y soportar responsabilidades, aunque tal cosa aparece como una condición necesaria pero no suficiente.

Planteo del problema concreto y de algunas de sus dificultades

De lo que se trata, específicamente, es de determinar cuál de las concepciones antes reseñadas —las posiciones formalistas de French y Newman y la subjetivista de May— es más apta para caracterizar a los grupos aptos para ser titulares de derechos colectivos y, una vez hecho esto, establecer si el colectivo en cuestión satisface o no los elementos establecidos por esta concepción.

La dificultad reside en que no es del todo claro, y de allí la necesidad de seguir investigando, en qué sentido el grupo de los afectados por la aplicación del Código de Faltas de la provincia de Córdoba satisface los requisitos establecidos por ninguna de estas concepciones. Ello es así desde que no poseen una organización interna formal o informal, no existen vínculos de solidaridad reconocibles, y además de ello carecerían en principio de una subjetividad colectiva.

Otra de las características especiales de este grupo es que son reconocidos como tal a partir de la existencia de una práctica estatal que los excluye del goce de derechos esenciales. Con anterioridad a la existencia de la práctica no eran reconocidos como tal.

En consecuencia la efectivización de ciertos derechos colectivos podría reducir los miembros del grupo a cero y ésta es una cuestión con la que debe lidiar cualquier pretensión de justificar la existencia de derechos diferenciados para este colectivo.



MEDIDAS ADOPTADAS FRENTE AL CAMBIO CLIMÁTICO EN EL CONTINENTE ANTÁRTICO

*Viviana Trinidad Paredes**

Resumen: En el año 2014 se han cumplido 110 años de ocupación permanente de la Antártida Argentina. Esta región tiene una gran importancia desde diversos puntos de vista, entre los que podemos mencionar su importante cantidad de recursos, vivos y no vivos, y su carácter de fuente importantísima de agua dulce. En esta investigación centraremos nuestra atención en una problemática ambiental que consideramos transversal, esto es el cambio climático y su impacto en el continente antártico. Dentro del vasto tema del cambio climático, nuestro propósito es determinar las medidas jurídicas adoptadas para hacerle frente dentro de la Antártida.

Palabras claves: Antártida - Cambio climático - Medidas jurídicas.

En los tiempos que corren, el cambio climático se ha convertido en un asunto crucial. A diario escuchamos nuevas noticias al respecto y nuevas advertencias sobre las precauciones que deberíamos tomar para evitar los desastres climáticos que se viven en distintas partes del mundo. Más allá de las medidas que toma cada uno individualmente, considero fundamentales las medidas adoptadas por los Estados para preservar el medio ambiente. En la presente investigación me centro en un área del mundo que considero muy importante: la Antártida. Territorio ubicado en el Polo Sur y que se encuentra bañado por los Océanos Pacífico, Atlántico e Índico. Se encuentra cubierta por una capa de hielo que oculta su perímetro, su relieve y sus verdaderas dimensiones, por lo que no se conoce con exactitud su área, pero se estima en 14.000.000 de km. cuadrados. Se encuentra a 1000 km de Ushuaia, la ciudad más austral de nuestro país. Su clima se caracteriza por ser extremadamente frío, seco, ventoso y escaso de precipitaciones. En la práctica no existe el verano.

Gracias a las actividades científicas que se realizan en la Antártida y al impresionante avance en las últimas décadas se conoce hoy con certeza, parte de las magníficas riquezas que guardaba de manera insospechada el Continente Antártico. Así por ejemplo, entre los recursos vivos, puede mencionarse que en el Océano austral existen más de 25 géneros de algas, más de 200 especies de peces, focas, ballenas y el famoso "Krill" (pequeño crustáceo). En cuanto a los recursos minerales, se ha comprobado también la presencia de más de 220 tipos de minerales y energéticos tales como hierro, carbón, oro, gas, petróleo y uranio; las reservas de petróleo y uranio, según estimaciones preliminares, serían las mayores existentes en la tierra.

Centrándonos en el aspecto jurídico, la Antártida es una reserva natural destinada a la paz y la ciencia: así está previsto en el Preámbulo del Trata-

* Estudiante de sexto año de Abogacía (FDyCS, UNC). Becaria de pregrado del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales (2014-2015). Ha realizado ayudantía en la cátedra C de Derecho Internacional Público. Correo electrónico: *trinidadparedes@hotmail.com.ar*.

do Antártico, celebrado en Washington en 1959. Los países reconocen que es en interés de toda la humanidad que la Antártida continúe utilizándose siempre exclusivamente para fines pacíficos y que no llegue a ser escenario u objeto de discordia internacional, buscando promover de este modo los propósitos y principios enunciados en la Carta de Naciones Unidas. Actualmente cuenta con 50 miembros signatarios, de los cuales 28 son partes consultivas. Estas “partes consultivas” desarrollan una importante labor científica en la Antártida, y por su calidad de consultivos cuentan con plenos derechos decisorios. Las restantes 22 partes no consultivas son invitadas a participar de las reuniones y contribuyen en las deliberaciones pero no tienen derecho a voto, no participan en la toma de decisiones.

Argentina es parte consultiva en este tratado. Además de la presente convención, el “sistema del tratado antártico” lo componen otros instrumentos, todos aprobados por nuestro país, como ser:

- *Convención para la Conservación de Focas Antárticas*, adoptada por la Conferencia sobre la Conservación de Focas Antárticas reunida en Londres entre los días 3 y 11 de febrero de 1972 y suscripta por la República Argentina el día 9 de junio de 1972, en vigor desde 1978 (aprobada por la República Argentina mediante ley 21676, del 31/10/1977)¹.

- En Cambera (Australia) se suscribió la *Convención para la Conservación de los Recursos Vivos Marinos Antárticos*, acuerdo internacional adoptado en la Conferencia sobre la Conservación de los Recursos Vivos Marinos Antárticos durante el 7-20 de mayo de 1980. Esta convención tiene por objetivo conservar la fauna y flora marina de la Antártida, como reacción al interés creciente en la explotación comercial del kril antártico, que es un componente esencial del ecosistema marino antártico al ser alimento básico de múltiples especies. La celebración de este tratado pone de manifiesto cómo con el tiempo los países van reconociendo “la importancia de salvaguardar el medio ambiente y de proteger la integridad del ecosistema de los mares que rodean la Antártida”².

- *Protocolo al Tratado Antártico sobre Protección del Medio Ambiente (o Protocolo de Madrid)*. Firmado en Madrid en 1991, en vigor desde 1998 (aprobado por la República Argentina mediante ley 24.216, publicada por el B.O. del 25/6/1993)³. Con este Protocolo, el Sistema se vio reforzado con una serie de normas que involucran el compromiso de las partes, en la protección global del medio ambiente y de sus ecosistemas dependientes y asociados, designando a la Antártida como reserva natural, consagrada a la paz y la ciencia. Además, el Protocolo estableció el Comité para la Protección del Medio Ambiente (en adelante CPA) como grupo de expertos para proveer asesoramiento y formular recomendaciones a la Reunión Consultiva del Tratado Antártico (en adelante, RCTA) sobre la implementación del Protocolo. El CPA se reúne todos los años en ocasión de la RCTA⁴, pero de ser necesario puede reunirse en otros momentos para llevar a cabo sus funciones.

¹ <http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/210000-214999/212534/norma.htm>.

² Convención para la Conservación de los Recursos Vivos Marinos Antárticos, aprobada por la República Argentina mediante ley 22.584, publicada por el B.O. del 14/5/1982.

³ <http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=614>.

⁴ <http://www.ats.aq/s/ep.htm>.

Como convención marco debe tenerse en consideración también la Convención de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (en vigor desde 1994). Según los Principios de tal Convención, los países Partes deberían tomar la iniciativa en lo que respecta a combatir el cambio climático y sus efectos adversos. Esta Convención reviste gran importancia, al ser un compromiso de todos los Estados Partes (que a la fecha son 194, más 2 observadores) por “impedir la interferencia peligrosa del ser humano en el sistema climático”. Es claro que la Antártida, al ser parte integrante del globo, se ve alcanzada por las disposiciones de esta Convención Marco, debiendo tenerse en cuenta este espacio en su aplicación. La reducción de la emisión de gases de efecto invernadero y las medidas preventivas del cambio climático también deben ser tenidas en cuenta en este espacio polar.

La Convención de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, además, define “cambio climático” como un cambio de clima atribuido directa o indirectamente a la actividad humana que altera la composición de la atmósfera mundial y que se suma a la variabilidad natural del clima observada durante períodos de tiempo comparables; y a los “efectos adversos del cambio climático” como los cambios en el medio ambiente físico o en la biota resultantes del cambio climático que tienen efectos nocivos significativos en la composición, la capacidad de recuperación o la productividad de los ecosistemas naturales o sujetos a ordenación, o en el funcionamiento de los sistemas socioeconómicos, o en la salud y el bienestar humanos.

La protección del medio ambiente ha sido un tema central de la cooperación entre las Partes del Tratado Antártico. La RCTA se reúne anualmente, adoptando medidas, decisiones y resoluciones sobre la Antártida. Podemos observar de la lectura de sus Informes y Actas (disponibles en el sitio web de la Secretaría del Tratado Antártico) cómo desde la primera hasta la última celebrada en Bruselas en 2013, los países se han preocupado por preservar el medio ambiente antártico, buscando proteger las especies autóctonas y evitar el avance de los efectos del cambio climático.

También se debe tener en cuenta que la Argentina elabora anualmente su Política Nacional Antártica, en cumplimiento del decreto 2316/90 del Poder Ejecutivo Nacional, fijando los intereses de la República Argentina en el continente antártico en general y en el sector cuya soberanía reivindica en particular.

El principal valor a conservar en la Antártida es su carácter de fuente única de información prácticamente libre de contaminación u otros efectos humanos, para las ciencias geofísicas, geológicas y biológicas, útiles para la humanidad. La Antártida posee un gran valor como laboratorio natural para la investigación científica en problemas de relevancia global. A menos que sus características naturales puedan ser preservadas de la contaminación en aumento debida fundamentalmente a la acción del hombre, la actividad científica se podría ver seriamente restringida.

Para aumentar la protección de la Antártida, el Protocolo de Madrid prevé en su artículo tercero que “las actividades en el área del Tratado Antártico deberán ser planificadas y realizadas sobre la base de una información suficiente, que permita *evaluaciones previas y un juicio razonado sobre su posible impacto en el medio ambiente antártico* y en sus ecosistemas dependientes y asociados, así como sobre el valor de la Antártida para la realización de investigaciones

científicas". El artículo 8º del mismo, impone a las partes realizar evaluaciones de impacto ambiental de sus actividades antárticas. Estas evaluaciones permitirán brindar información sobre las consecuencias medioambientales de la actividad propuesta.

Debemos poner el énfasis en difundir la importancia del agua para la vida, y explicarlo desde la Antártida, por encontrarse allí, la mayor reserva de agua dulce del planeta, además de muchísimos otros recursos como los ya mencionados (ya se trate de fauna, flora y otros recursos como ser: minerales, gas, petróleo). Podemos destacar que las partes del Tratado Antártico han expresado su "intención de trabajar juntos para un mejor entendimiento de los cambios en el clima de la Tierra, y de buscar activamente modos de abordar los efectos del cambio climático en el medio ambiente Antártico y ecosistemas asociados".



TRABAJO SEXUAL: UNA MIRADA DE LA LEGISLACIÓN VIGENTE Y DESDE LAS PERSPECTIVAS DE LOS/AS TRABAJADORES SEXUALES

Agustina Prosperi Ledesma *

Resumen: En un contexto de ampliación de derechos para las diversas sexualidades, el presente trabajo, desde una perspectiva crítica, tiene como objetivo indagar acerca de las diferentes nociones sobre trabajo sexual y los modos en que el derecho, en tanto práctica social, es reproductor o transformador de los discursos históricamente dominantes sobre sexualidad y el ejercicio del trabajo sexual. Para ello se abordará el análisis de la legislación internacional, nacional y provincial vigente sobre el tema, haciendo eje y profundizando en la comprensión de la legislación de la provincia de Córdoba. La presente investigación se enmarca en la metodología cualitativa de investigación de ciencias sociales adoptando el paradigma interpretativo comprensivo.

Palabras Clave: Derechos sexuales y reproductivos - Trabajo sexual - AMMAR.

Introducción

A partir del s. XX, asistimos a una ampliación de los derechos sexuales y reproductivos, lo que llevo a politizar la sexualidad, cuestionando la legitimidad del orden sexual y logrando generar una ampliación de los derechos para las diversas sexualidades¹. Es aquí donde se puede insertar el trabajo sexual. A través de él, se ponen en cuestión las ideas y discursos dominantes en materia de sexualidad, trabajo, sindicalización que actualmente constituye un desafío para el mundo jurídico.

Santiago Morcillo define al “trabajo sexual como el intercambio de sexo por dinero”². Por su parte, Marisa Fassi, lo define como “...el intercambio voluntario de servicios sexuales por dinero o algún otro beneficio”³. Desde el punto de vista normativo, el derecho juega diferentes roles en la manera en que los Estados regulan el trabajo sexual.

En nuestro país, ni la Constitución Nacional⁴ (CN), ni los tratados internacionales suscriptos con jerarquía constitucional⁵, ni el Código Penal⁶ prohíben el trabajo sexual de forma explícita.

* Estudiante de Derecho, Facultad de Derecho y Ciencias Sociale, Universidad Nacional de Córdoba. Becaria de pre-grado del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales.

¹ VAGGIONE, JUAN MARCO, “Introducción”, en MORÁN FAUNDES, JOSÉ MANUEL; SGRO RÚATA, MARÍA CANDELARIA y VAGGIONE, JUAN MARCO, *Sexualidades, desigualdades y derechos. Reflexiones en torno a los derechos sexuales y reproductivos*. Ciencia, Derecho y sociedad, Córdoba, Argentina.

² MORCILLO SANTIAGO, “La ley y la trampa. Discordancias en la legislación argentina sobre prostitución”, en JONES, DANIEL; FIGARI, CARLOS y BARRÓN LÓPEZ, SARA (comps.). *La producción de la sexualidad*, Biblós, Buenos Aires, Argentina.

³ FASSI, MARISSA, “Por un Derecho con Derechos. Trabajo sexual y el reclamo por una legislación participativa y desde las bases”. En IX Conferencia Internacional IASSCS International Association for the Study of Sexuality, Culture and Society. Publicado en <http://redreconocimientotrabajosexual.blogspot.com.ar/> [último ingreso miércoles 9 de diciembre].

⁴ Arts. 14, 14 bis, 16 y 19 de la Constitución Nacional.

⁵ Art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional.

⁶ Arts. 125, 125 bis, 126 y 127 del Código Penal.

Respecto de los tratados internacionales con jerarquía constitucional, Argentina ha ratificado la Declaración Universal de Derechos Humanos⁷, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre⁸, el Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales⁹ y la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer¹⁰. Todos ellos consagran la libertad de trabajar, de hacerlo en condiciones dignas y el acceso a las protecciones que ello conlleva.

Por su parte, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) recomienda a través de un informe¹¹ que “la industria del sexo esté incluida en las contabilidades oficiales de los gobiernos entendiendo que con un reconocimiento al sector del sexo, los Estados serían requeridos para ampliar los derechos y las protecciones de trabajo a la gente que trabaja en él”.

Planteo del problema

Teniendo en cuenta lo mencionado anteriormente y comenzando a hacer un análisis de parte de la legislación vigente en Argentina, y específicamente en la provincia de Córdoba, encontramos una cantidad de normas que regulan de manera directa o indirecta la actividad, poniendo en tensión el ejercicio del trabajo sexual como ejercicio del derecho al trabajo. Entre ellas se puede mencionar el decreto nacional 936/2011 que impide la oferta sexual en los medios de prensa, el Código de Faltas de la Provincia de Córdoba que aún sostiene la figura de prostitución escandalosa, y las leyes de lucha contra la trata de personas, a nivel nacional la ley 26.842, y a nivel provincial la ley 10.060 y su decreto reglamentario 582/12. Esta normativa no distingue claramente el delito de trata de personas del ejercicio del trabajo sexual autónomo, reproduciendo la idea de que esta actividad es igual a un ilícito y que la trabajadora sexual es una víctima que se encuentra sometida.

Vemos, así, que existe una vasta legislación sobre el tema que en algunos casos genera contradicciones con el trabajo sexual en tanto ejercicio del derecho al trabajo.

Frente a esto, en 1994, surge la Asociación de Mujeres Meretrices de Argentina (AMMAR) que nuclea a las trabajadoras y los trabajadores sexuales, generando un espacio de representación que pretende instalar en la agenda pública el reconocimiento jurídico de sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales. Desde 1997 integran la Red de Trabajadoras Sexuales de Latinoamérica y el Caribe que tiene como objetivo apoyar y fortalecer a las organizaciones de trabajadoras y trabajadores sexuales en la defensa y promoción de sus derechos.

En el año 2013, los/as integrantes de AMMAR propusieron un proyecto de ley nacional de trabajo sexual autónomo para fomentar el reconocimiento de sus derechos como trabajadoras y trabajadores.

Partiendo del supuesto que la legislación vigente genera una confusión entre lo que es el trabajo sexual ejercido de manera autónoma y la trata de per-

⁷ Art. 23.

⁸ Arts. 14 y 37.

⁹ Arts. 6º y 7º.

¹⁰ Arts. 3º y 11.

¹¹ LIN LE LIM, *The Sex Sector: The economic and social bases of prostitution in Southeast Asia*, 1998.

sonas con fines de explotación sexual llevando así a quienes lo ejercen a una situación de vulnerabilidad y ante todo lo descrito anteriormente surgen los siguientes interrogantes:

¿Qué noción de trabajo sexual emerge de la Constitución Nacional y los tratados internacionales ratificados por Argentina? ¿Qué noción de trabajo sexual emerge de la ley 10.060, del Código de Faltas de la provincia de Córdoba? ¿Qué noción de trabajo sexual emerge del informe de la OIT? ¿Cómo recepta nuestra provincia las recomendaciones realizadas en el informe de la Organización Internacional del Trabajo? ¿Cómo influyen los diferentes enfoques sobre trabajo sexual en las legislaciones de Córdoba? ¿Cómo significan los integrantes de AMMAR al trabajo sexual? ¿Qué noción de trabajo sexual surge del proyecto de ley presentado por AMMAR?

Objetivo general

Comprender la noción de trabajo sexual que emerge de la legislación nacional, provincial y vigente e identificar y analizar las tensiones y concordancias con la noción de derecho al trabajo sexual autónomo elaborado por AMMAR.

Objetivos específicos

- Caracterizar la noción de trabajo sexual en la Constitución Nacional y en los tratados internacionales ratificados por Argentina.
- Caracterizar la noción de trabajo sexual en la legislación provincial.
- Identificar las influencias de los distintos enfoques en la Constitución Nacional, los tratados internacionales y la legislación de Córdoba.
- Reconocer las recomendaciones realizadas por la OIT y analizar su recepción en la legislación provincial.
- Caracterizar el significado de trabajo sexual para los/as integrantes de AMMAR.
- Describir y analizar el proyecto de ley presentado por AMMAR.

Bibliografía

ENTELMAN, RICARDO, "Discurso normativo y organización del poder. La distribución del poder a través de la distribución de la palabra", en *Materiales para una Teoría Crítica del Derecho*, Abeledo Perrot, 1991.

FASSI, MARISSA, "Por un Derecho con Derechos. Trabajo sexual y el reclamo por una legislación participativa y desde las bases", en IX Conferencia Internacional IASSCS International Association for the Study of Sexuality, Culture and Society. Publicado en <http://redreconocimientotrabajosexual.blogspot.com.ar/> [último ingreso miércoles 9 de diciembre].

FOUCAULT, MICHEL (2013), *La verdad y las formas jurídicas*, Gedisa, Buenos Aires, Argentina.

MORCILLO SANTIAGO, "La ley y la trampa. Discordancias en la legislación argentina sobre prostitución", en JONES, DANIEL; FIGARI, CARLOS Y BARRÓN LÓPEZ, SARA (comps.). *La producción de la sexualidad*, Biblós, Buenos Aires, Argentina.

VAGGIONE, JUAN MARCO, "Introducción", en MORÁN FAUNDES, JOSÉ MANUEL; SGRO RÚATA, MARÍA CANDELARIA Y VAGGIONE, JUAN MARCO, *Sexualidades, desigualdades y derechos. Reflexiones en torno a los derechos sexuales y reproductivos*, Ciencia, Derecho y sociedad, Córdoba, Argentina.

Leyes consultadas

Código de Faltas de la Provincia de Córdoba.

Constitución Nacional.

Decreto 936/2011.

Decreto 582/2012.

Ley Nacional 26.842 contra la Trata de Personas.

Ley Provincial 10.060 de la Lucha contra el Narcotráfico y la Trata de Personas.



ABSTRACTS

SECCIÓN I

DERECHO PÚBLICO Y ANÁLISIS DE POLÍTICAS PÚBLICAS

ALTAVILLA, CRISTIAN

Coparticipation of tax check. An intergovernmental relation analysis trough a case study

The debate over a new revenue share system (coparticipation) gained new vigor after the project of bill to incorporate the 100 per cent of the so-called "check tax" in the system, instead the currently 30 per cent, tabled by an oppositional parliamentary group in 2009-2010, strengthened after the 2009 elections. This renewed enthusiasm put the coparticipation on the national political agenda, and in this new political context, the enactment of a new revenue share regime seemed to be, in some extent, feasible. Nonetheless, the intergovernmental fiscal relations and the federal revenue share system have certain institutional characteristics that complicate the long-term agreements and, consequently, inhibit institutional innovation.

Keywords: Revenue Share System - Neoinstitutionalism - Game Theory - Intergovernmental Relations - Negotiation Processes

BONETTO, MARÍA SUSANA

Democratic alternative scenario in the post-neoliberal Argentina

In this paper an approach to meaning and certain conditions of possibility of a democratic political mobilized and militant aims, after the crisis of neoliberalism in the region and the changes that question. This proposal is based on the review of some theoretical references that challenge the universalization of liberal-republican rationality as the only democratic canon. Moreover, it raises the possibility of analyzing regional democracy in their political anchor and contingent agonist because it enables a better understanding of the new Latin American democratic structures.

Keywords: Democracy - Militancy - Legitimacy - Conflict

BORGARELLO, ESTHER SUSANA ~ JUÁREZ CENTENO, CARLOS

National identity and the new Law on Audiovisual Media 26522

National identity includes cultural identity and political identity and is located in a political-cultural community. This is important because it means that any effort to forge a national identity is also a political action with its corresponding consequences. Today we find that there is a replacement in the form of experience based on the virtual reality For this reason we ask is it possible to preserve the national identity against this process that the world has become a large village? What happens to national identity or the communities originating?

The identity of peoples is manifested in folklore expressions. Tradition represents and characterized the culture of a people, that is why it is necessary to define cultural policies to meet this new challenge arising from globalization, to define the lines of cultural policy that embraces a vision of culture, and thus preserve the cultural heritage of a nation. Recent media law seeks to preserve these aspects.

Keywords: Identity - New technologies - Audiovisual Media Law.

DORONI, GEORGINA

Responsibility for mining environmental liabilities and mine closure. Brief analysis of Bolivia, Chile and Perú's regulatory framework

The purpose of this research is to analyze, on the one hand, the legal system applicable to the management of mining environmental liabilities and, on the other hand, Bolivia, Chile and Perú's regulatory

framework for mine closure. A comparison is made concerning the responsibility for mining environmental liabilities and the closure of mines, with the aim of identifying instruments for remediation and rehabilitation of historically polluted sites, as well as for preventing the generation of environmental liabilities, which may contribute to our mining regulatory system at national and provincial levels.

Keywords: mining environmental liabilities - mine closure - responsibility - regulatory framework.

ETCHICHURY, HORACIO JAVIER

Property and social security in a resolution by Argentina's Supreme Court. Human rights and nationalization of contributions to a AFJP

This article analyzes, from a human rights perspective, the 2013 decision by Argentina's Supreme Court that upheld the 2008 nationalization of contributions to private pension fund managers (Spanish acronym: AFJP). After describing the privatized system created in 1994 and the nationalization statute passed in 2008, the article describes the main arguments offered by the Court. In particular, the text examines the tension between the right to property and the right to social security, as established in Argentina's Constitution. The article holds that the Court relies in a restricted conception of property, which overlooks the changes introduced by the 1994 constitutional reform.

Keywords: Social Security - Property - Pensions - Human Rights

FORADORI LAURA ~ SALASSA BOIX, RODOLFO

The environmental education and the environmental taxation: related issues

Despite the seriousness and urgency of the current ecological crisis the attempted solutions have not achieved enough success. In this scenario the authors emphasize the relevance of education to achieve a change of attitude in the relationship between individuals and the environment and the usefulness of Tax Law as a legal tool for environmental protection influencing the individual's behavior. Thereon the work is based on an interdisciplinary analysis in order to determine the meeting points between educational and tax legal measures.

Keywords: public policies - environmental public management - environmental protection - environmental taxation - environmental education.

JULIÁ, MARTA SUSANA ~ ULLA, MARÍA CAROLINA

Legal and Institutional Roads in the Environmental Policies

In the study cycle environmental policies in the legal, political and institutional system in Argentina, from conception to execution, at times, appears a unique way where how to generate environmental policy in the system occurs. In the analysis of this process there is no single way but begin to countless paths, shortcuts and detours for observing the procedures followed by the setting of environmental policy in the country appear. It is for this reason, we intend to reflect on the plurality of legal and institutional observe trails and analyzes and to-dos to understand the problem under analysis.

Keywords: Implementation of Environmental Policy - Environmental Policy Implementation - Environmental Law - Environmental governance - Environmental Policy

OLIVARES, NICOLÁS EMANUEL

The democratic constitutionalism from a deliberative democratic conception

This paper mainly aims to analyze the connection between normative conceptions of democratic constitutionalism and deliberative democracy. To these ends, we will follow six steps. First, study the given normative connection between the concepts of constitution and democracy. Second, try to define the term deliberative democracy. Third, try to explicit what kind of theory is democratic constitutionalism. Fourth, provide arguments in defense of such deliberative democratic conception. Fifthly, evaluate whether democratic constitutionalism comply with the regulatory standards imposed by deliberative democracy. Finally, we will outline some tentative conclusions.

Keywords: deliberative democracy - democratic constitutionalism - constitutional interpretation - constitutional conception.

PASTOR DE PEIROTTI, IRMA ~ ORTIZ DE GALLARDO, MARÍA INÉS

Staff Recruitment for Public Service

At the national and provincial level, there are various forms of recruitment of staff for the public sector. Law N° 25.164 regulates national public employment and Law N° 7.233 which corresponds to

the agents of the Central Administration of the Province of Córdoba. One method of procurement is to staff time, which refers to temporary or seasonal providing services that can not be covered by the permanent staff. Analyze in this work which rights correspond to staff when it terminated the relationship of public employment. Also in what jurisdiction corresponds raise demand and what compensation is appropriate.

Keywords: Recruitment - Stability - Aptitude - Compensation - Provisional - Permanent.

ROBLEDO, FEDERICO JUSTINIANO ~ ROBLEDO, FEDERICO (H)

Right to health of people with disabilities- reflections about it effective judicial protection through “amparo”, precautionary remedies and anticipated judicial decisions.

We focus on constitutional-conventional-integral protection of Human Rights of Person with disability with special interest in the right to health. On this field, we analyze the newest international covenant with constitutional hierarchy in our National Constitution (art. 75th), the Convention on Rights of Person with Disability by the National Act 27,044 of 2014.

We study the period of time 2011-2014 (that is the comprehensive of the previous situation of the National Act 27,044 and the present situation with the National Act 27,044) and we analyze the warrant of “amparo”, autosatisfactive judicial measure (“*medida autosatisfactiva*”), and provisional measures happened in Argentina’s Constitutional Justice in defense of rights of person with disability that strengthen efficacy to their right to health and so as access of justice. In that order, on the first hand, we identify conventional and constitutional norms as well as international treaties of Human Rights connecting rights to health and rights of person with disability; on the second hand, we take a paradigmatic sample of jurisprudence of the Interamerican Court of Human Rights, the National Supreme Court of Justice of Argentina and Federal Courts of Justice, as well as the Supreme Court of Justice of the Province of Córdoba (Argentina). We address our opinion about the National Act 27,044 of 2014 that has given constitutional hierarchy to the Convention and present our conclusions.

Keywords: Constitutional-Conventional Warrants -- Rights of person with disabilities - Right to Health -Access of Justice of Vulnerable Groups - *Amparo*, autosatisfactive judicial measure and provisional measure.

RODAS PELUC, JUAN PABLO

Federal matters that emerges from the sentence dictated in the case “Portal de Belén Civil Association Vs. Supreme Government of the Province of Córdoba – Direct injunctive relief, Appeal resource”

The May 21, 2013, the Third Court of Appeals in Civil and Commercial Matters of the city of Cordoba, decided to place under it had duly filed the Portal of Bethlehem Civil Association against the imminent threat of death for all people born in the province of Cordoba, following the entry into force of Resolution provincial Ministry of Health, No. 93/2012. This resolution, which was issued in compliance urged by the Supreme Court of Justice of the Nation in the FAL case, passed a guide patient care procedure for applying for legal abortion practices, as established in the art. 86 subsections. 1 and 2 of the Criminal Code. The Chamber ordered the demand, the Government of Córdoba, to refrain from implementing the resolution, which declared unconstitutional for contradicting the constitutionality block, Córdoba Constitution (Const. Cba.), Ss. 4, 19 inc. 1 and 59, and provincial law N° 6222 arts. 5 inc. b and 7 inc. d. 2).

If that judgment became final (it is not because it is pending resolution of the appeal in the Superior Court of Córdoba), would be capable of extraordinary appeal and that the following federal issues are emerging: 1) Direct complex federal matter under Art. 14 inc. 2 of Law 48, as the contested decision has given constitutional validity of legislation in the province of Cordoba (Const. Cba. Arts. 4, 19 and 59, and provincial law N° 6222, arts. 5 inc. “B” and 7 inc. “d”) at the expense of violating federal rights such as privacy (CN Art. 19), equality (CN Art. 16) and dignity (arts. 11.1 American Convention on Human Rights Universal Declaration -CADH- and 1 Human Rights -DUDH-.) 2) complex indirect federal question in accordance with art. 14 inc. 2 of Law 48, has since given constitutional primacy to provincial law cited, above common national law (CP, art. 86 subsections. 1 and 2), thus violating the principle of constitutional supremacy (CN Art. 31). 3) federal question by arbitrariness, having contradictory foundation and its departure from precedent of the Supreme Court, in particular the case FAL.

Keywords: constitutional and conventional review - arbitrariness of the judgment - Doctrine of conditional surrender - not punishable Abortion -Principles of dignity and harmfulness.

ROSSETTI, ANDRÉS

Popular participation, social claims and the constitutional reform of 1994 in Argentina

This article analyzes how the constitutional reform in Argentina of 1994 regulated popular participation and social claims. The question to resolve is if those changes in norms, are correlated with reality and if it was the aim to do them. Claims happen with or without the help of constitutional norms, seems to be the question of the author and he presents his answer to it.

Keywords: Social claims - Popular participation - Constitutional reform in Argentina

URQUIZA, MARÍA ISABEL

The Supreme Court and the *pro homine* principle

For twelve years, the Court comes acknowledge in their sentences, *pro homine* principle. However, the meaning and the scope of this principle is the same in cases in which it has been applied for the High Court? Through an discourse analysis of the Supreme Court leading cases, efforts are made to show the diversity of nuances of the principle *pro homine* in the Supreme Court.

Keywords: Supreme Court - principles - *pro homine* - leading cases.

YORNET, YÉSSICA ELIZABETH

Mining royalties in Catamarca: distribution and contradictions of use. (2004-2013)

Mining activity generates in the Province of Catamarca significant income through mining royalties. Some of these resources are used by all cities of the province, as established by local law, while another percentage goes to the Treasure Office.

With the aim of regulating this usage by municipalities and in order to achieve economic and social development in the most postponed jurisdictions, the province government has regulated the mining royalties and stipulates the way by which they will distribute these funds, its permitted usages by law, and the activities that are also restricted to municipalities. This paper to examine the system of mining royalties, distribution, administration and subsequent monitoring of expenditure by the Court of Auditors is empowered to effect organ.

Keywords: mining royalties - distribution - economical distribution - municipalities.

SECCIÓN II

DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO RELACIONES INTERNACIONALES E INTEGRACIÓN REGIONAL

ADÉN, ERCILIA IRENE

Peoples self-determination right. A human right to democracy?

This paper aims to analyze-from a moral point of view-if the existence of a self-determination's right implies an obligation to hold a democratic form of government by the states of the International Community. The analysis will be realized from the egalitarian liberal conception of justice proposed by John Rawls and democracy will be understood as a mechanism for collective decision-making.

There are authors who claim that the birth of a human right to democracy is derived from the way the United Nations Security Council sometimes acted by making use of the doctrine of the responsibility to protect. For that reason, after presenting the Rawlsian proposal and from its point of view, the way the United Nations Security Council acted in a particular case applying the theory of the responsibility to protect will be morally evaluated.

Keywords: human rights - democracy - peoples self-determination.

BACH, JULIA DANIELA

Environmental taxes and the principle of free trade in Mercosur

Among the objectives of MERCOSUR, there is the free circulation of goods, services and productive intra-zone factors; the strengthening of the integration process; and the existence of proper conditions for competition between nations. The fiscal and environmental policy decisions that are ad-

opted by the member states can alter the conditions related to competition and create distortions that affect the flow of free trade. The primary objective of this paper is to determine whether environmental taxes are compatible with MERCOSUR principles, to identify the applicable regulatory framework, and to establish guidelines to be used for resolving conflicts that may arise.

Keywords: Environmental taxes - free trade - Mercosur.

SALAS, GRACIELA ~ STICCA, MARÍA ALEJANDRA

Human Rights – a reinforcement of MERCOSUR?

From its beginnings, the promotion and protection of human rights accompanies the putting in functioning of the MERCOSUR.

In this paper we try to clarify if the promotion and protection is one of the essential elements not only for the addition of a new State as part of the same, but also for their permanence, but essentially to the very existence of this integration process.

Keywords: human rights – reinforcement – Mercosur.

SILES, MATÍAS HORACIO

“Paradiplomacy and international responsibility”. Brief analysis of argentine case in the light of his Constitutional Law and Public International Law

The transformations in international society since de last quarter of the last century have stimulated a progressive involvement of subnational states in international relations. The constitutional reform of 1.994 has received this new international reality to recognize provinces the ability to manage their own international relations. But de imprecision of international recognition, when determining the potential provincial actuate, is problematic in the face of a possible international responsibility of the Argentine State, due to the legal regulation of this matter in public international law.

Keywords: Paradiplomacy - National Constitution - International agreements - International responsibility.

VILLEGAS, CANDELA NOELIA

Isolated Acts of companies incorporated abroad and the problem of their classification

Currently, companies not only develop their social activity in the state of their constitution but also they are increasingly searching to expand their boundaries to other states. Therefore, it becomes essential the study of the performance of these companies incorporated abroad that develop their activity in a different country from the state of constitution as well as to focus in determining the criteria to distinguish the concept of “isolated acts” from the concept of “usual operating activity”

Keywords: Corporations Incorporated Abroad - Habitual Activity - Isolated Acts- Concept- Effects

SECCIÓN III

DERECHO PRIVADO

AZAR, ALDO

The extinction of obligations in the argentinian Civil and Commercial Code, in general, and the regulation of the merger of debits and credits, and the daton in payment, in particular. Sistematic, consequential and comparative interpretation with the Argentinian Civil Code.

The Argentinian Civil and Commercial Code regulates the extinction of obligations and the merger of debits and credits as well as the daton in payment, among them. This work analyses the legal text, outlines the differences with the Civil Code regime and essays an interpretation according to the goals of the legal figure.

Keywords: merger - daton in payment - interpretation.

BOSIO, ROSA ELENA

Autonomy of the right to social security

The protective action of Social Security has become a substantial factor of our civilization, so it is impossible to imagine a living world without it.

For Social Security to be efficient, effective and productive, financial resources must be autarchic, and have autonomy of the national treasure funds. Autonomy which has always been stated on the National Constitution, Art. 14 bis and legal standards, but never accomplished. Distortions in governmental decisions have systematically violated the constitutional mandate, all compounded because mandatory Social insurance has not been implemented yet.

Keywords: Social Security, distortion, principle of financial autonomy, Social Security.

CERUTTI, MARÍA DEL CARMEN

Principle of prevention and principle of caution in the law of damages

The work includes: 1. Similarities and differences that the doctrine considered relevant among the preventive function and the precautionary in the law of torts. These are established taking into account as the facts and the available scientific information are presented. 2. Description of the normative reception in Argentina, making differences between rules formulated in the manner of standards and formulated in the manner of early. Court cases are presented and left posed conceptions on methods of interpretation of the law. 3. Finally formulate questions that suggest a new layout on causation in damage that affect the environment, health and consumers.

Keywords: function - preventive - precautionary - interpretation - causality.

FARAONI, FABIÁN ~ LLOVERAS, NORA ~ ORLANDI, OLGA

Expenses, debt and rewards: The law in force (individualistic system) the sanctioned law (solidarista system)

Loads the regime of community, responsibility for debts of spouses and rewards system are analyzed from the regulations contained in the Civil Code which is repealed and the Civil and Commercial Code of the Nation 2014, outlining the main changes and advances in such areas.

The changes are important contributions, clarify doubts, provide unregulated aspects that are structured on the principles of autonomy and family solidarity. The regulatory context examines the fundamental rights of autonomy and responsibility, with a consistent look of the "economy" in families.

Keywords: Expenses - Debt - Rewards.

RICHARD, E. HUGO

Teaching and investigation of crisis corporate law

Teaching focused on the rules of laws 19.550 and 24.522 makes it difficult to have a systemic-constructivist vision about the crises of societies. The corporate law contains adequate rules imperative to limit such crises. Subsequent bankruptcy proceedings normally omit all reference to such breached rules (law). Investigation is also distant from a comprehensive vision of the crisis of corporate legal persons.

Keywords: Society - Crisis - Corporate insolvency - Social capital - Securing function of the equity capital - Grounds for dissolution.

SAAD, CARLA

The institute of reversion and its implication in dependent teleworking

Dependent Telework it presents itself as an initial form in the employment contract or as an innovation in a traditional employment contract. This article approaches the possibility of a teleworker to return to its traditional labor services or vice versa, its fit within the legal system, the faculty of the employer of organization and its limits, the concept of reversion and its reach.

Keywords: Reversion - dependent work relation - telework- ius variandi.

SALA MERCADO, MARÍA VALERIA

International immigration and its effects in personal statute through jurisprudence

The article gathers up some resolutions picked up in the study of "international immigration and its effects in personal statute", taking in account that migrants' populations are vulnerable groups as regards their fundamental rights.

Keywords: international migration- human rights.

URIONDO DE MARTINOLI, AMALIA

Multicultural societies. Possible localizing connection from applicable law to family relationships

In today's multicultural societies, it is necessary to achieve peaceful coexistence between immigrants and the native population through active recognition of difference. From the perspective of private international law, to achieve this objective requires propitiate adequate ways to promote a dialogue between the legal systems of the immigrant people, with due attention to their similarities and differences, in order to respond and spatial continuity to their personal and family situations in the place where they conduct their lives as the country of origin.

Keywords: International migration - multicultural society - family relationships - social integration - applicable law.

VALAZZA, RENATO ANTONIO

Repair of collective moral damage

It begins by briefly describe the transformation that evidence, at present, the general theory of duty to respond, with particular attention on increasing catalog of compensable damage. Then a concept of collective moral damage is provided, the criteria developed to assess the admission of repair are described and then the various mechanisms used by judges described to achieve the repair of collective moral damage, either through system in kind or monetary compensation.

Keywords: damages - environment - justice - effectiveness - integral reparation.

SECCIÓN IV

DERECHO PROCESAL

ÁVILA PAZ DE ROBLEDO, ROSA ANGÉLICA

Civil and Commercial Cassation in the National Law 26853/2013 for legal cause of Arbitrariness

This article analyzes the use of civil and commercial appeal, with particular reference to the legal grounds for arbitrariness. First, various conceptual, historical and procedural aspects, concerning the appeal is analyzed. Second, comparatively analyzes the regulation of appeal in the various provincial procedural rules. Third, the main guidelines of Law 26,853 / 2013, the various arguments and positions put forward in the parliamentary process, as well as major procedural aspects are analyzed. Finally, we completed our reflective conclusions.

Keywords: Purely impure Cassation appeal - Appeal in civil and commercial - causal legal for arbitrariness and National Federal Court of Appeals in Civil and Commercial.

ROBLEDO, MIGUEL ~ ROBLEDO, DIEGO

Unify the doctrine in the national level -with particular reference to the remedy for inapplicability of the law with the reform of the National Law 26.853/2013 about Civil and Commercial Cassation-

This paper aims to analyze the use of inapplicability of the law in the Code of Civil and Commercial Procedure, with the reform introduced by the National Law 22,434. It also complements the study of the new National Law 26,853 / 2013, under which the Federal and National Court of Appeals in Civil and Commercial Matters and, consequently, the use of civil and commercial appeal in such jurisdiction is created. In particular, it focuses on the causal casatoria aimed at achieving the unification of the doctrine of different rulings issued against substantially similar cases.

Keywords: Federal and National Court of Appeals in Civil and Commercial - civil and commercial Cassation - Legal Doctrine - plenaries - Faults Unification of legal doctrine.

SECCIÓN V

HISTORIA DEL DERECHO – HISTORIA CONSTITUCIONAL

GAUNA, GLADYS

Assembly of the year XIII – “The first institutional document concerning the acknowledgement of the rights of man”

The declaration of the Law of Wombs for female slaves by the Assembly of the Year XIII is the first Document concerning Human Rights issued by our country. Slave trade in the Rio de la Plata territory,

social life, its economic profits, the international historical context, the legislative precedents and the abolitionist spirit show that the ideals of freedom of the May Revolutionaries accounted for the country's Independence and the statement of the Freedom of Man and of the Peoples as a natural right.

Keywords: slaves - traffic - conflict with Brazil - French Revolution - Human Rights

LLAMOSAS, ESTEBAN F.

A jurist in times of transition: reinterpretations of tradition in the first half of the 19th century

The article discusses the historiographical positions that claim a juridical break after the Revolution of 1810, and attempts to characterize the Cordoba of the first half of the nineteenth century as part of a juridical culture in transition. To this end, reveals the role of jurists educated in the colonial period, which gave different meaning to the legal tradition in the new context. Especially, the analysis focuses on the figure of José Gregorio Baigorri, doctor in theology, reformer of Study Plan of the University, and author of Córdoba Constitution of 1821.

Keywords: José Gregorio Baigorri - Juridical culture of transition - Nineteenth century

ORGAZ, JORGE

On the road to freedom. From the revolution to the constitution.

No matter how significant it was, the importance of the Argentinian Assembly of 1813 has long been underestimated, perhaps due to the fact that it took place between two essential events that marked the beginnings of the Argentine Nation: the May Revolution of 1810 and the Declaration of Independence of 1816. This paper aims at restoring the lasting contributions made by the Congress of 1813 at that time and its impact on the Federal Constitution itself.

Keywords: Argentinian Assembly of 1813 - Lasting contributions - Impact on the Federal Constitution.

TORRES, FÉLIX ALBERTO

Two major events in the history of the faculty of law: the written theses and the cases of José del Viso and Ramón J. Cárcano.

During Julio Argentino Roca's first government (1880-1886) several important events took place at the University of Córdoba, in the academic sphere of this institution. In the first place, the Faculty of Law in July 1883, adopted a curriculum where, for the first time students are authorized to submit written thesis to apply for doctoral degree. This 'new' form came to replace the oral dissertation method from colonial times. In the same year, months later the university Higher Council dictates the absolute freedom to the opinions expressed in the doctrines and theses, ending this way with centuries of ideological trap. Finally, between 1883 and 1884 two highly controversial theses, for the time, were submitted to the Faculty of Law: José de Viso's and Ramón J. Carcano's. Both approved by the Faculty and by the Board after an intense debate, due to the relation of forces between the two corporations has changed in favor of positivist liberal sector. This opens the long road that will lead years later the 1918 Reform.

Keywords: History of Argentinean law - History of the University of Córdoba- Faculty of Law- José del Viso - Ramón J. Cárcano.

SECCIÓN VI

FILOSOFÍA – SOCIOLOGÍA – CIENCIAS DE LA INFORMACIÓN

ABRIL, ERNESTO

Theory of Law and indeterminacy in the Criteria from objective attribution

The current investigation makes a review about the change of meaning awarded to the term "responsibility" when it is used to highlight its objective character or extra contractual. At the same time, it emphasizes that a Statement of Responsibility requires assumptions that are conceptually different and should be analyzed separately, such as; damage, illegality, causation and attribution factor, pre-suppositions that are not confused with responsibility, except when those statements are issued as they appear or are absent. In that way I will specifically refer to the relationship between causality and responsibility in tort law. I will highlight, in this particular legal practice, the existence of cer-

tain inconsistencies regarding to these factors in the attribution of objective responsibility. Finally, I will try to check for chronic semantic problems caused by the use of generic and abstract terms that generate verbal disputes or, whether such disputes do not exist and are just about adopting different points of view.

Keywords: objective responsibility or extra contractual - causality - risk - attribution of responsibility - verbal disputes.

BERGOGLIO, MARÍA INÉS

Citizen views on punishment – About the difference between talking and deciding

In 2004, Córdoba implemented lay participation in criminal decisions within a context of national debate concerning measures against insecurity and crime. These debates were impelled by a social movement demanding harsher penalties as means to improve urban safety.

Data obtained in two public opinion studies, conducted in 1993 and 2011 are used to analyze how feelings of insecurity influence attitudes towards penal punishment.

The analysis of citizen views on punishment extends to the judicial field, reviewing how these views are expressed during jury service. Using a set of 213 sentences pronounced between 2005 and 2012, juror and judge decisions on the same cases are compared.

Keywords: Lay participation in criminal decisions - Attitudes towards penal punishment - Feelings of insecurity.

BRÍGIDO, ANA MARÍA ~ RÍOS GRACIELA

Right to education in Argentina: advances and regressions

The main objective of this work is to analyze Argentinian situation in regards to the fulfillment of right to education on population in age to attend high school (12-17 years old). This issue is approached from two points of view: a) the regulatory framework governing this right; b) and system 's performance according to the behavior of some indicators. These indicators show that the effective exercise of this right is severely compromised in practice. Even though school is largely responsible for this, the main responsibility remains on State, which has non delegable functions.

Keywords: law - education - youths - system coverage - performance.

GONZÁLEZ SALVÁ, CECILIA

Capitalism, Gender and domestic work.

This article aims to shed light on the role of domestic work in contemporary society. To achieve this goal we are going to study the relationship between labor and capitalism, and the role of women in society. Also the relationship between occupational stratification and housework. The sexual division of labor and the separation between public and private spheres, are the foundations of the economic structure. The organization of work in societies who gets this or that job, this or that area, the relationship between tasks and remuneration are areas where capitalism, labor and gender bind inexorably. Understanding these variations is central in order to understand the tensions and actions of several social movements in contemporary Argentina and Latin America.

Keywords: gender - Capitalism - domestic work - social struggles

GRZINCICH, CLAUDIA GUADALUPE ~ PARISI, MARIELA LUCRECIA

Reality in the geography of university audiovisual nonfiction

This paper presents a preliminary research progress made under the project entitled "New perspectives in research and production of content on the screen," held at the School of Information Sciences, Faculty of Law and Social Sciences UNC. Specifically, here are some ways of representing reality proposed audiovisual productions of "nonfiction" performed by the students of this academic space between 2008 and 2010 are queried.

Whereas the process by which individuals become collective representations is strongly linked to the production of meaning and the (potential) social discourse exuding productions developed by undergraduate students as part of the process whose culmination the development are addressed her graduation work.

Keywords: Audiovisual - nonfiction university.

SCAVUZZO, NATALIA

On Acceptance and Identification of Law

In *The Concept of Law* Hart makes the distinction between different points of view in regard to the law. This essay tries to analyse, taking into account these points of view, the different types of statements that can be made about the existence of rules, specially the statements that purport to identify the norms of a determinate legal system. The present work attempts to answer the question if a non participant observer could identify what count as law for a specific community, and if this has an effect on the positivistic theories' paradigmatic thesis: that an objective knowledge of the law is possible.

Keywords: legal statements - legal positivism - acceptance - internal point of view.

TRUCCONE BORGOGNO, SANTIAGO

Is it wrong creating human beings with physical handicaps or disabilities?

Some behaviors may cause some people to be wronged or be in a harmful condition in the future. These can be bad effects that seem to give us moral reasons in order to avoid such actions. However, in some cases it is predictable that if we had not made those behaviors, these individuals would never exist. Therefore we know that if we perform such actions, it will not be worse for those future people. Does this fact remove our moral reason not to do such behaviour? The aim of this paper is to provide some clarity to this debate.

Keywords: Non-Identity Problem - Procreative Responsibility - Harm to Future Generations.



SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN LA 1ra. QUINCENA DE DICIEMBRE DE 2015
EN LOS TALLERES GRÁFICOS DE "LA LEY S.A.E. e I." - BERNARDINO RIVADAVIA 130
AVELLANEDA - PROVINCIA DE BUENOS AIRES - REPÚBLICA ARGENTINA

