

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CÓRDOBA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

CENTRO DE INVESTIGACIONES
JURÍDICAS Y SOCIALES

ANUARIO IX

(2006)

**ABRIL, Celia; ABRIL, Er nesto; ASPELL, Marcela; AVENDAÑO, María del Carmen;
ÁVILA PAZ DE ROBLEDO, Rosa Angélica; BARBARÁ, Jorge Edmundo;
BEGALA, Silvana; BERGOGLIO, María Inés; BIANCIOTTI, Ricardo S.;
BONETTO, María Susana; BONZANO, María de los Ángeles; BORGARELLO,
Esther Susana; CIUFFOLINI, María Alejandra; CORTÉS DE ARABIA, Ana María;
DÍAZ DE LANDA, Martha; DÍAZ, Luis Alberto; DRNAS de CLÉMENT, Zlata;
FARAONI, Fabián; IANNACCONE, Lilitiana; JUÁREZ CENTENO, Carlos A.;
JULIÁ, Marta Susana; LAJE, María Inés; LISTA, Carlos Alberto;
LLAMOSAS, Esteban F.; LLOVERAS, Nora; MERCADO DE SALA, María Cristina;
ORLANDI, Olga; PARMIGIANI DE BARBARÁ, Myriam Consuelo;
PASTOR de PEIROTTI, Irma; PEREYRA, Luis Cruz; PIÑERO, María Teresa;
PIZZICARI, Fernando N.; PLOVANICH, María Cristina; REY CARO, Ernesto J.;
RICHARD, Efraín Hugo; ROSSETTI, Andrés; SAAD DE BIANCIOTTI, Carla;
SALAS, Graciela R.; SALOMÓN, Marcelo; SCARPONETTI, Patricia;
SCHAPIRA, Leopoldo; SHAW, Enrique; STICCA, María Alejandra;
URIONDO DE MARTINOLI, Amalia; VAGGIONE, Juan Marco;
VASSALLO, Jaqueline; YANZI FERREIRA, Ramón Pedro;
ZAMZEM, Verónica**

Universidad Nacional de Córdoba. Facultad de
Derecho y Ciencias Sociales.

Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales
Anuario IX 2006 - 1a ed. - Buenos Aires: La Ley, 2007.
736 p.; 24x17 cm.

ISBN 978-987-03-1035-8

I. Derecho. I. Título
CDD 340

Copyright © 2007 by La Ley S.A.E. e I.
Tucumán 1471 (C1050AAC) 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.

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.

Tirada: 500 ejemplares.

I.S.B.N. 978-987-03-1035-8

AUTORIDADES

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CÓRDOBA

Rector

Jorge Horacio GONZÁLEZ

Vicerrector

Daniel E. DI GIUSTO

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

Decano

Ramón Pedro YANZI FERREIRA

Vicedecano

Manuel CORNET

CENTRO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS Y SOCIALES

Directora

Zlata DRNAS de CLÉMENT

Vicedirectora

María Teresa MOUGHTY

COORDINADORA ACADÉMICA POR ABOGACÍA

María Cristina MERCADO DE SALA

COORDINADORA DE EXTENSIÓN POR ABOGACÍA

Marta Susana JULIÁ

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

Olga PÁEZ

MIEMBROS DEL COMITÉ EVALUADOR DE
PUBLICACIONES DE ESTE ANUARIO

Ernesto ABRIL
Raúl ALTAMIRA GIGENA
Marcela ASPELL
Guillermo BARRERA BUTELER
María Inés BERGOGLIO
Nidia Elinor BISIG
María Susana BONETTO
Martha DÍAZ de LANDA
Adriana DREYZIN DE KLOR
Zlata DRNAS de CLÉMENT
Pedro J. FRÍAS
Liliana IANNACCONI
Carlos A. JUÁREZ CENTENO
María Inés LAJE
Carlos LASCANO
Abelardo LEVAGGI
María Cristina MERCADO de SALA
Myriam Consuelo PARMIGIANI de BARBARÁ
María Teresa PIÑERO
María Cristina PLOVANICH
Víctor F. REINALDI
Ernesto J. REY CARO
Efraín Hugo RICHARD
Graciela RUBIOLO DE LUCERO
Carla SAAD de BIANCIOTTI
Félix TORRES
Ramón Pedro YANZI FERREIRA

PREMIO A LA MEJOR INVESTIGACIÓN ESTUDIANTIL EN DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

Primero: El Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (CIJS) instituye el *Premio a la Mejor Investigación Estudiantil en Derecho y Ciencias Sociales*, dirigido a promover la investigación desde el pre-grado entre los estudiantes de la Carrera de Abogacía de la Universidad Nacional de Córdoba.

Segundo: Pueden presentar trabajos los estudiantes de quinto y sexto año de la Carrera de Abogacía de la Universidad Nacional de Córdoba.

Tercero: El Premio consiste en la entrega al ganador de* la suma de quinientos pesos, *el correspondiente diploma acreditante, *libros/publicaciones periódicas sobre temáticas jurídico-sociales, *publicación de un resumen del trabajo en el Anuario del CIJS. El Tribunal evaluador podrá, de considerarlo pertinente, otorgar Menciones Honoríficas. El Tribunal podrá recomendar la publicación completa del trabajo premiado en el Anuario del Centro.

Cuarto: El Tribunal Evaluador estará conformado por dos integrantes del Consejo Asesor del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales y el/la Director/a del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales. El Consejo podrá designar uno o más asesores para el informe previo de los trabajos presentados, según el área de especialización.

Quinto: La decisión del Tribunal Evaluador será inapelable y el premio podrá declararse desierto.

Sexto: El plazo para la presentación de los trabajos vencerá el 4 de agosto de 2007 a las 18 hs. El premio será otorgado en el acto inaugural de la *VIII Jornada sobre Experiencias en Investigación* del CIJS o, en todo caso, a más tardar, el 31 de octubre de 2007.

Séptimo: Cada participante puede presentar a concurso un solo trabajo. La extensión mínima del trabajo es de 50 páginas A4, letra 12 Times

New Roman a un solo espacio y una extensión máxima de 100 páginas de igual tipo de página, letra y espaciado. Los números de páginas señalados no incluyen la Bibliografía.

Octavo: Los trabajos deben ser remitidos al Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales (Caseros 311, piso 1, 5000 Córdoba, horario de atención al público en días laborables de 09 a 19 hs.) en tres ejemplares impresos y disco 31/2 (A:), identificados con seudónimo, acompañados de sobre cerrado que contenga: *el nombre, domicilio, teléfono, mail del presentante, *copia de las dos primeras páginas del DNI; *copia de las dos primeras páginas de la libreta de estudiante de Abogacía de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNC; *ticket que acredite el año de cursado del estudiante; *breve *curriculum vitae*; *declaración jurada de haber respetado las normas relativas de derechos de propiedad intelectual.

Noveno: Quien presente trabajo de investigación a esta convocatoria quedará obligado a no presentar el mismo a otros concursos similares y a no dar publicidad masiva a su contenido mientras éste no se resuelva.

REGLAMENTO DEL ANUARIO - NORMAS EDITORIALES

1. Características del *Anuario*

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

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

2. Contenido del Anuario

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

3. Extensión de los originales

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

4. Lineamientos del manuscrito

El manuscrito deberá seguir los siguientes lineamientos:

4.1. *Forma del escrito*

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

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

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

4.2. *Abreviaturas y otros signos*

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

4.3. *Tablas y figuras*

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

4.4. *Notas*

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

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

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

5. Material a presentar con el libro

Deberá entregarse el material completo en la Secretaría del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Caseros 311, 1º piso, Córdoba, en el horario de 9 a 19 hs, adjuntando:

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

-Breve *curriculum vitae*.

6. Corrección de pruebas

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

7. Entrega de la publicación al Autor

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

IN MEMORIAM
Rolando Moroni Petit

PALABRAS PRELIMINARES

Este Anuario IX del CIJS constituye una nueva manifestación de la preocupación del CIJS por enlazar enseñanza/aprendizaje-investigación-difusión.

La invitación que cada año cursamos a los investigadores, docentes-investigadores, becarios de pregrado para que colaboren en el Anuario es una forma de impulsar el compromiso con la formación permanente a través de una de sus formas más eficientes de manifestación: la investigación. Todos los trabajos han sido presentados antes del 1 de agosto de 2006 y fueron evaluados hasta el 20 de octubre del mismo año.

La función del docente universitario está hoy lejos de la misión que le asignaran las Leyes de Partidas de Alfonso el Sabio: “los maestros deben mostrar sus saberes a los escolares leyéndoles los libros y haciéndoles entender lo mejor que ellos pudieren” (Ley de la Cuarta Partida, Título XXXI). El gran éxito y prestigio de los colegios jesuitas de fines del siglo XVI se basó en la mayor participación de los alumnos y en la preocupación de los docentes por despertar en ellos la vocación por el estudio continuado.

Es sabido que el nivel científico de una universidad depende en gran medida del desarrollo de la investigación formal o informal de sus profesores y docentes. Tal como el sistema actual lo prevé, la enseñanza y la investigación del derecho y las ciencias sociales constituyen un solo binomio. La investigación es antecedente y consecuente de la enseñanza.

De los cerca de 4000 establecimientos educativos superiores que existen en Europa, con una población estudiantil que supera los quince millones, más del 50% impulsa decididamente la investigación desde el nivel de pregrado. Es una forma de promover -como hoy lo busca el CIJS- a través de distintos medios, desde el nivel de estudiante, la vocación por la investigación científica.

Creemos que la formación académica de un estudiante universitario se completa y perfecciona cuando, a la par de los aprendizajes obtenidos en las aulas, ingresa en el terreno más elevado de la investigación científica que le permite ir forjando un futuro con capacidad creativa y originalidad, apertura a los nuevos conocimientos, objetividad en sus ponderaciones de la realidad jurídica y su entorno y una más consciente, crítica y responsable actitud frente a sus propios compromisos. Por ello, el CIJS, a más de la tutorías en investigación, las becas de pregrado para investigación (con la posibilidad de publicar en el Anuario del CIJS un resumen de los resultados de esa investigación), el sistema de ayudantes alumnos en investigación, convoca este año (incluyendo el reglamento en este Anuario) a concurso para la obtención del *Premio a la mejor investigación estudiantil en derecho y ciencias sociales*.

Buscamos, a través del semillero estudiantil, obtener en el futuro mejores egresados profesionales, mejores docentes y mejores investigadores. Sabemos que la calidad docente está inescindiblemente ligada a la investigación científica y ambas hacen a la existencia misma de una verdadera universidad, comunidad de aprendizaje permanente, comunidad de intereses dinamizadora hacia adentro y eficaz impulsora hacia afuera de los más deseados cambios en el entorno social.

Agradecemos, especialmente, el apoyo de la Secretaría Legal y Técnica de la Presidencia de la Nación, como así también el de la Secretaría de Ciencia y Técnica de la Universidad Nacional de Córdoba, del Colegio de Escribanos de la Provincia de Córdoba, del Colegio de Abogados de la Ciudad de Córdoba, de la Asociación de Magistrados y Funcionarios judiciales de la Provincia de Córdoba y a todos aquellos que, de una u otra forma, han contribuido a la concreción de este Anuario IX del CIJS.

Zlata Drnas de Clément
DIRECTORA

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

- Año 2006 -

El Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba (CIJS), creado en 1985 con el objetivo de promocionar, desarrollar y difundir la investigación científica en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, cuenta con un plantel de investigadores permanentes, que analiza desde una óptica jurídico-social las problemáticas del entorno.

El CIJS es también sede de trabajo de numerosos proyectos de docentes-investigadores de la Facultad e investigadores y becarios subsidiados por otros entes.

El CIJS no sólo busca motivar la investigación científica entre los docentes sino que, también, incentiva la investigación en los alumnos de la Facultad con el objetivo de que no se dilate el desarrollo de la aptitud para investigar, y a su vez, ésta se perfeccione, contribuyendo así a formar futuros profesionales interesados por las problemáticas jurídico-sociales y preparados en el manejo de los mecanismos instrumentales necesarios para canalizar ajustadamente su estudio. A tales fines desarrolla distintos **PROGRAMAS**, entre ellos:

Programa de Tutorías de Investigación: Dirigido a alumnos de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, presenta como objetivos que el tutorando se introduzca en el proceso de investigación científica y, en ese marco, sea capaz de distinguir los modelos del mismo; sustentar las diferencias entre problemática real y construida; ponderar la factibilidad de desarrollo de un problema de investigación planteado; valorar

la importancia del marco teórico y el estudio de antecedentes; diferenciar los diversos métodos; formular un proyecto de investigación científica, etc. El Programa se estructura en dos etapas: *en la primera, el alumno alcanza conocimientos en metodología de investigación científica; *en la segunda, elabora un proyecto de investigación.

Becas de Pregrado: Dirigido a alumnos de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, tiene por objeto apoyar el proceso de formación en investigación de los alumnos de pre-grado. La beca consiste en un emolumento mensual, para desarrollar un proyecto anual de investigación, o bienal (en caso de corresponder renovación). Los proyectos presentados por los postulantes son puestos a consideración de la Comisión Evaluadora de Becas designada por el Honorable Consejo Directivo de la Facultad, la que está presidida por la Directora del Centro de Investigaciones e integrada por la Coordinadora Académica del mismo Centro y por cuatro Profesores de la casa. La Comisión Evaluadora decide fundamentalmente la adjudicación de las becas y está facultada para solicitar evaluación externa de los proyectos, cuando así lo requiere la problemática del proyecto. Los becarios desarrollan la investigación bajo la dirección de un Profesor o Investigador de la Facultad, el que se obliga a orientar al alumno en lo concerniente a la ejecución del proyecto de investigación, a los fines de garantizar el desarrollo del proceso de aprendizaje en la especialidad, a más del metodológico. Asimismo, el becario se obliga durante el transcurso de la beca a presentar dos Informes avalados por el Director de la Beca: uno, a los seis meses de iniciada la investigación (Informe de Avance) y otro, transcurridos doce meses desde el inicio de la beca (Informe Final). Una vez aprobado el Informe, el becario se desliga de las obligaciones emergentes de la beca.

Sistema de Ayudantía de Alumnos en Investigación: Dirigido a alumnos de la Carrera de Abogacía de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, a fin de que tengan la oportunidad de ir formándose en investigación mediante la incorporación a un proyecto de investigación en curso, pudiendo elegir entre los que se encuentran radicados en el CIJS (SECyT, CONICET, Agencia Córdoba Ciencia y otros en el marco de Convenios celebrados por la Universidad con entidades de promoción de la investigación del extranjero, *i.a.*: Comisión de las Comunidades Europeas, Banco Interamericano de Desarrollo, CERCI de Italia, Instituto de Cooperación Iberoamericana, etc.). El Sistema permite al estudiante ir adquiriendo habilidades en el manejo de jurisprudencia, doctrina, legislación y entrar en contacto con elementos y mecanismos propios de un proceso de investigación jurídica o jurídico-social en sus distintos modelos.

Sistema de Formación en Investigación para Graduados: Dirigido a adscriptos y docentes de la Facultad, que buscan formarse en investigación, bajo la dirección de un docente-investigador o investigador formado. Tiene como objeto favorecer el perfeccionamiento de graduados miembros de la Casa en la investigación científica, brindándole las herramientas metodológicas necesarias y la posibilidad de contacto directo y práctico con las labores de equipos de investigación e investigadores.

Otras actividades del CIJS: *-incentivación de la investigación mediante la organización de Cursos, Seminarios, Jornadas, Ferias Informativas, etc.; *-asesoramiento a miembros de la comunidad académica, para la presentación de proyectos de investigación en lo relacionado a aspectos epistemológicos y metodológicos; *-respuesta a las necesidades de asistencia técnica a los Departamentos, Cátedras y otras áreas de la Facultad en materia de investigación; *-asistencia a doctorandos, maestrandos y cursantes de carreras de postgrado en la formulación de sus proyectos de investigación; *-asistencia y desarrollo de actividades conjuntas con entidades públicas vinculadas al rol del CIJS (vg.: Municipalidad de Córdoba, Policía Judicial, Poder Legislativo, Poder Judicial, etc.).

Entre las **actividades de formación desarrolladas en el CIJS durante el año 2006**, se cuentan: *-Seminarios sobre *Simulación Internacional de Relaciones Exteriores Vía Internet* (Proyecto ICONS del Departamento de Gobierno y Política de la Universidad de Maryland, USA): Dirigido a alumnos de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. El mismo, consiste en la efectivización de simulaciones de procesos de decisión de política internacional, mediante comunicación electrónica, abordando actuales problemáticas del sistema internacional, tales como: derechos humanos, desarrollo económico, medio ambiente, comercio internacional, control de armamentos, terrorismo, Medio Oriente, tráfico internacional de drogas y salud. Director por la parte argentina por A. Leopoldo Schapira; *-Curso sobre *“Elaboración de Monografías-Ayudantía de Alumnos”*: Dirigido a ayudantes alumnos y ayudantes en investigación con el objeto de ayudar a cubrir falencias en la preparación y realización de trabajos monográficos. *-Curso sobre *Consideraciones Prácticas para la Elaboración de Monografías*: Dirigido a adscriptos de cátedra y asistentes en investigación, con el objeto de subsanar dificultades en la preparación y realización de trabajos monográficos encargados por las cátedras. *-*IX Jornada sobre Técnicas de Aprendizaje en Derecho y Ciencias Sociales*”: Organizada conjuntamente con el Departamento de Derecho Público de la Facultad de Derecho y Ciencias Socia-

les, dirigida a alumnos de la Facultad, con el objeto de acercar a los estudiantes algunas modalidades de estudio aptas para la superación de las más frecuentes dificultades en el aprendizaje. *- *Jornada de apoyo a Ponencias para VI Congreso de Derecho Concursal "Interpretando la Ley de Sociedades para la Prevención y Solución a la Crisis de la Empresa"*: Dirigida a alumnos y docentes con el objeto de analizar los tipos y modelos más utilizados en la elaboración y presentación de ponencias. Ha sido utilizado este mecanismo para el "VI Congreso de Derecho Concursal" y "IV Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia"; *- *Seminario sobre Jurisdicción Penal Internacional. Mecanismos Mixtos*: Dirigido a graduados y estudiantes de los últimos años de la carrera de Abogacía. Expositor: Prof. Dr. Sergio Salinas (Zaragoza-España); *- *Taller Interdisciplinario CIJS/UNC-Municipalidad de Córdoba sobre Principio precautorio en la doctrina, legislación, jurisprudencia y práctica argentinas*: Taller de labor conjunta entre integrantes del equipo de investigación del proyecto subsidiado por SECyT y radicado en el CIJS sobre el tema "La práctica Argentina en materia de sustentabilidad ambiental a través de la aplicación del principio precautorio" y funcionarios / empleados dependientes de la Dirección de Medio Ambiente de la Municipalidad de la Ciudad de Córdoba; *- *Curso sobre Análisis Metodológico de casos Jurisprudenciales de Derecho Constitucional. Derecho de y a la Propiedad*: dirigido por el Mgr. Andrés Rossetti y coordinado por la Ab. Magdalena Inés Álvarez.; *- *Seminario sobre Derechos Humanos* con la participación de los especialistas chilenos Dres. *Juan Guzmán* (Decano de la Universidad Central del Chile), *Hugo Llanos Mansilla* (Profesor de Derecho Internacional Público de la Universidad Católica de Chile), *Raúl Campusano* (Profesor de Derecho Internacional Público en la Universidad de Chile); *- *Seminario de profundización: Infancia y Políticas Sociales*: Desarrollado en el marco del Seminario Interdisciplinario de los Derechos del Niño, dirigido por la Dra. María Inés Laje; *- *Seminario sobre la Actividad italiana en la Antártida* a cargo del Profesor Dr. Gianfranco Tamburelli (Universidad La Sapienza-Roma) desarrollado en el marco del proyecto de investigación desarrollado conjuntamente por la Universidad de Roma La Sapienza y la Universidad Nacional de Córdoba. *- *Seminario sobre el Sistema Autónomo en España* a cargo del Dr. José Luis Merino (Presidente de la Academia Aragonesa de Jurisprudencia).

Investigaciones en cooperación con entidades o universidades extranjeras: *Proyecto: "The Evolution of the Environmental Protection Legal Regime for Antártica" (2005-2008): Durante el año 2006 se ha desarrollado un proyecto de investigación conjunto CIJS y el Institute for

International Legal Studies - Italian National Research Council (CNR), siendo los responsables del Proyecto los Dres. Gianfranco Tamburelli (Italia) y Zlata Drnas de Clément (Argentina). El equipo italiano ha visitado el CIJS entre los días 25 y 28 de octubre y desarrolló diversas actividades académicas (Seminario, conferencias). En 2006 se publicó la obra conjunta *The Antarctic Legal System and Environmental Issues*, Giuffré Editores, Milano, 2006; **Programa ALFA de las Comunidades Europeas*: El CIJS continúa participando en el *Proyecto EULATIN II* del Programa ALFA de la Unión Europea, que nuclea a doce universidades (7 europeas y 5 latinoamericanas). Durante 2006 se continuó el Plan dispuesto en Innsbruck en 2005, habiéndose enviado un becario de post grado y un investigador para formación en Alpbach e Innsbruck. En 2007 está previsto enviar a universidades europeas dos becarios de post grado y un investigador. Asimismo se ha ofrecido el CIJS para recibir a dos becarios y cuatro investigadores extranjeros. Durante el mes de septiembre se desarrollaron encuentros en Buenos Aires y Montevideo.

A los fines de promover: *-el intercambio y la difusión de experiencias en investigación desarrolladas en la Facultad; *-fortalecer el nexo permanente entre el CIJS y las Cátedras; *-favorecer la integración de frutos de las investigaciones desarrolladas en la Facultad todos los años, en el mes de octubre de cada año, se desarrollan las **Jornadas sobre Experiencias en Investigación**. La actividad suele reunir a centenares de miembros de la Casa vinculados a la investigación científica. Durante 2006 se desarrolló la VII Jornada.

Para difundir entre los alumnos, los docentes, los investigadores y la comunidad académica de la Facultad, en general, las distintas vías y sistemas de apoyo a la investigación, todos los años se organiza una **Feria Informativa sobre Becas, Subsidios y otros Incentivos a la Investigación**. Durante 2006 se desarrolló la III Feria.

En oportunidad de la Jornada y Feria referidas se convocó al **“Premio a la mejor investigación estudiantil en derecho y ciencias sociales”**, cuyas bases se incluyen en este Anuario.

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

SECCIÓN I
DERECHO NACIONAL PÚBLICO Y PRIVADO

APLICACIÓN DEL DERECHO E INDEPENDENCIA INTERNA DE LOS JUECES

(THE ENFORCEMENT OF LAW AND INTERNAL INDEPENDENCE OF THE JUDGES)

*Ernesto Abril**

RESUMEN: En el presente insisto en establecer precisiones en la relación conceptual entre el fenómeno de la aplicación del derecho preexistente a casos individuales y la denominada “independencia interna de los jueces”. En especial, luego de considerar las dos reglas que rigen en el Estado de Derecho, a saber: 1) Que los jueces deben ser independientes; y 2) Que sólo deben estar sujetos a la ley, trato de establecer el sentido de ambas reglas. Luego de ello, analizo el problema de la denominada ‘*inspección jerárquica*’ de la actividad decisoria de los jueces ordinarios que en nuestro caso se encuentra a cargo de los Tribunales Superiores. Señalo al respecto algunas de las más relevantes interferencias que ello provoca sobre la independencia interna de los jueces. Concluyo con consideraciones que resultan necesarias para lograr una política judicial que corrija las desviaciones que pueden observarse en la actualidad.

PALABRAS CLAVE: Aplicación del derecho – Independencia interna de los jueces – Estado de Derecho – Inspección jerárquica.

Introducción

1. Desde hace tiempo trato de lograr alguna precisión sobre algunos aspectos relevantes de la relación entre el fenómeno de la aplicación del derecho y la denominada “*independencia interna de los jueces*”. No ignoro que el problema es de una amplitud que torna imposible toda tarea de agotar sus diversas aristas en un artículo de la extensión del presente¹. A ello

*Profesor Titular de Introducción al Derecho, Cátedra “C”; Profesor Adjunto de Filosofía del Derecho, Cátedra “B” y Director de la Maestría en Derecho y Argumentación.

¹Desarrollé el tema con mayor amplitud en un trabajo que presente al concurso realizado por el Centro de Perfeccionamiento del Poder Judicial de la Provincia “Ricardo C. Núñez” sobre el tema *Las virtudes judiciales en el contexto actual*, bajo el título: “*El Poder Judicial: entre contextos y virtudes*”, inédito, año 2005 y cuya extensión torna imposible incluirlo en el presente.

se agrega, que son muchas las voces que acusan que la proclamada existencia de independencia por parte del poder jurisdiccional no es otra cosa que un postulado del liberalismo del siglo XVIII y que, en la actualidad, solo constituye un dogma que no refleja la verdadera relación que mantiene el poder judicial con el resto de los poderes de la organización estatal y además, que tampoco describe con objetividad lo que sucede al interior de la propia organización jurisdiccional².

En principio resulta evidente que la expresión “*independencia*” no sólo es usada soslayando el problema de su ambigüedad³ sino que a su vez y lo que es más grave, quienes utilizan ese término parecen también ignorar la vaguedad que lo aqueja y que, concretamente, impide todo intento de delimitar con cierta racionalidad el ámbito de la discusión al respecto⁴. Afirmar que un poder⁵ es independiente desde

² Al respecto: ALEJANDRO NIETO, *El desgobierno judicial*, Fundación Alfonso Martín Escudero, Editorial Trotta, Segunda Edición, Madrid, 2005, página 117 y siguientes. También son relevantes las consideraciones que realiza al respecto DIETER SIMON, *La independencia del juez*, traducción de Carlos Ximénez-Carrillo, Editorial Ariel S.A., Barcelona, 1985, páginas 14 y siguientes.

³ Así dentro del uso de este término genérico y abstracto se suele incluir sin efectuar ningún deslinde, la *independencia profesional* de los jueces, es decir, un conjunto de reglas que tiende a garantizar derechos personales derivados de esa condición; la *independencia funcional*, o sea, el conjunto de reglas que tienden a garantizar la libertad de criterios al tiempo de actuar y decidir por parte de los jueces y por último, la *independencia institucional* que alude al conjunto de reglas que tienden a garantizar el funcionamiento de la jurisdicción sin las habituales interferencias por parte de los otros poderes y en especial, del propio Poder Ejecutivo. En el presente me interesa especialmente el segundo de los sentidos indicados a pesar de reconocer que la desvinculación de estos tres sentidos resulta difícil en la práctica y sólo puede apreciarse con alguna claridad desde el punto de vista analítico.

⁴ Así, ALESSANDRO PIZZORUSSO nos advierte de estas dificultades al señalar que si la justicia es administrada en nombre del electorado (principio de soberanía popular), resulta extraño que se elija a los jueces por concurso y como consecuencia de ello, que no sean políticamente responsables. Por su parte, si se afirma que los jueces sólo están sujetos a la voluntad del parlamento –en nuestro caso, al Poder Legislativo– tampoco resulta fácil de entender cómo es que constituyan un poder autónomo e independiente. Que si la jurisdicción es ejercida por magistrados ordinarios, resulta incomprensible que los propios textos constitucionales prevean simultáneamente jurisdicciones especiales. Y si por último, se sostiene que los jueces se distinguen entre sí sólo por la diversidad de funciones, no se entiende la competencia del Consejo Superior –en nuestro caso, el Consejo de la Magistratura– para deliberar respecto de sus promociones, palabra que indica ascenso en sentido jerárquico (Vid: PIZZORUSSO, ALESSANDRO, *L'organizzazione della giustizia in Italia. La magistratura nel sistema político e istituzionale*, Editorial Einaudi, Torino, 1990, página 37 y siguientes). Es importante destacar que tanto la ambigüedad como la vaguedad del mismo resulta problemática porque, quienes discuten el tema parecen creer que la utilización del mismo grafismo o de la palabra proferida verbalmente aseguran que discuten sobre lo mismo cuando, en la mayoría de los casos, se encuentran implicados en una disputa o desentendimiento meramente verbal.

la simple regla de uso común de la lengua castellana implica referir a la circunstancia de que ese poder no tiene dependencia de otro o bien, que quienes lo integran sostienen sus derechos u opiniones con firmeza, entereza de carácter, es decir, sin admitir intervención ajena⁶.

Por ese motivo es importante realizar una pequeña digresión con el objeto de describir la organización estatal, tarea que enfrentaré desde dos perspectivas diferentes. Así, en teoría del derecho, John Austin consideró que para caracterizar una sociedad política e *independiente*, el término soberanía –como poder supremo– tenía como correlato inseparable la sujeción. Los rasgos distintivos que éste jurista asignaba a este tipo de sociedades eran concretamente dos, a saber: “1. **El grueso de la sociedad tiene un hábito de obediencia o sumisión a un superior determinado y común: ya sea una determinada persona individual o un cuerpo o suma de personas individuales.** 2. **Este individuo determinado, o cuerpo determinado de individuos, no tiene un hábito de obediencia a un superior humano determinado... Los otros miembros de la sociedad están sujetos a ese superior determinado. La posición de los otros miembros hacia ese superior es un estado de sujeción o un estado de dependencia...**”⁷. Esta caracterización del poder soberano de una sociedad con poder de imposición estatal es ampliamente aceptada tanto por la teoría jurídica dominante como por la teoría política y la sociología. No se admitiría que una sociedad pueda constituir un Estado si, simultáneamente, no se muestra supremo al interior de la organización y si, además, no se manifiesta independiente de cualquier otra organización política similar. En suma, supremacía interna e independencia externa son características constantemente atribuidas a una sociedad de la que pueda predicarse que cuenta con organización estatal⁸.

⁵ Otro término que también se usa soslayando su ambigüedad dado que el mismo puede ser usado haciendo referencia a la capacidad fáctica de imposición, cuanto a la competencia –en sentido normativo– de los distintos departamentos en que se suele habitualmente dividir la organización estatal. En el contexto del presente se observa también que la regla de uso común alude, en primer término, a lo que se conoce como independencia externa mientras que, en el segundo párrafo, el diccionario alude a la independencia interna.

⁶ Vid: *Diccionario de la Lengua Española*, Real Academia Española, Vigésima Primera Edición, Tomo h/z, Editorial Espasa, Madrid, 2000, pág.1157.

⁷ JOHN AUSTIN, *El objeto de la Jurisprudencia*, Traducción y estudio preliminar de Juan Ramón de Páramo Argüelles, CEPC, Madrid, 2002, página 199. El destacado en negrita, en cursiva dentro del texto.

⁸ Sobre el tema me extendí largamente en “Sobre la noción sociológica de soberanía”, *II Congreso Nacional de Sociología Jurídica, Cambio social y Derecho, Debates y propuestas sociológicas en los inicios del Siglo XXI*, Córdoba, 8-10 de noviembre de 2001,

Sin embargo, atribuir estas características a la organización estatal en su conjunto no implica ausencia de división de funciones dentro de la misma. La teoría de la división de poderes gestó la idea de que, dentro de las organizaciones de este tipo, existía la necesidad de establecer pesos y contrapesos entre aquellos que dentro de ella cumplían funciones ejecutivas, respecto quienes legislaban y finalmente, de los que se dedicaban específicamente a la aplicación a casos individuales de las reglas de conducta promulgadas por los otros departamentos en que se divide el Estado. Por tal motivo, se dedicó especial atención a la independencia de estos últimos, tanto en sus relaciones con otros poderes como con respecto a quienes integraban este específico departamento del Estado.

Ahora bien, es fácil advertir que la descripción que emprendía John Austin era estrictamente explicativa en el ámbito de lo fáctico⁹. Por su parte, la segunda descripción tiene que aludir necesariamente al ámbito de lo normativo. Aunque ambas mantienen relaciones entre sí, resulta necesario distinguirlas en el análisis que emprenderé. Ello así, porque el discurso jurídico se expresa de un modo que lleva necesariamente a desentendimientos. Así, se afirma que el Poder Judicial es independiente y que los jueces *sólo están sujetos* a la ley, cuando en realidad y siempre desde esta última perspectiva, debería expresarse que el Poder Judicial *debe ser* independiente y que los jueces, *deben* encontrarse sujetos a la ley. Esta situación me llevó a elaborar dos preguntas fundamentales cuyas respuestas pretendo abordar en el presente trabajo. Así,

Actas, Universidad Nacional de Córdoba, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Editorial Triunfar, Córdoba, 2001, páginas 15/23. En especial, cuando resalté que el término “soberanía” es relacional y que, por tanto, siempre es necesario indicar, en cualquier contexto, con que se relaciona, es decir, si con un grupo que no mantiene hábito de obediencia permanente hacia ningún otro grupo similar y es habitualmente obedecido por la mayoría del grupo –es decir– un evento que puede corroborarse empíricamente o bien, como sucede en el caso especial de Hans Kelsen, si se relaciona siempre con una norma hipotética básica o fundamental.

⁹ Afirmando esto porque, conforme lo destaca la teoría general, los criterios de identificación del derecho a los que remite John Austin refieren a la existencia o carencia de *hábitos* de obediencia y también, al grado de *probabilidad* de que pueda darse la privación coactiva de bienes de aquellos que no obedecen las órdenes de quien detenta el poder soberano. No pretendo discutir aquí si la descripción de John Austin es correcta o incorrecta. Lo único que sostengo es que las proposiciones del expositor se dirigen a describir cuales son las características que se usan para calificar a una sociedad como política e independiente. Para una discusión de la primer cuestión remito a H.L.A. HART, *El concepto de derecho*, traducción de Genaro R. Carrio, Segunda Edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1977, páginas 99 y siguientes. Para una respuesta crítica: PHILIP SOPER, *Una Teoría del Derecho*, Traducción de Ricardo Caracciolo, CEC, Madrid, 1993, páginas 40 y siguientes.

dentro de la teoría normativa de la división de poderes de la organización estatal y con alusión específica a la independencia “interna” de los jueces: ***¿En qué sentido ellos tienen que ser internamente independientes?***. Y además, ***¿Para qué resulta indispensable que lo sean?***. De estas cuestiones me ocupo en el siguiente apartado. Finalmente, luego de intentar una respuesta satisfactoria a tales interrogantes, me abocaré en el tercer apartado al análisis del modo en que, una vez definido lo que entiendo por independencia interna de los jueces, ella pueda verse afectada específicamente por la denominada “*inspección jerárquica*”. Por último, a modo de sugerencia y conclusión, propondré algunas ideas para discutir el modo en que ella debería llevarse a cabo, sin afectar la independencia interna –en sentido normativo– que se asigna a quienes integran el poder jurisdiccional con carácter de jueces ordinarios¹⁰.

2. Dentro del ámbito normativo y por diversas razones, la cuestión de la independencia externa del Poder Judicial –de aparición histórica posterior– guarda una íntima relación con las modalidades específicas que se asignan a la independencia interna de quienes integran, con el carácter de jueces ordinarios, la propia organización del Poder Judicial. Ellas son concretamente dos. La primera tiene que ver con un conjunto de normas cuyo objetivo es garantizar los derechos personales que se derivan de la condición de Juez. La segunda, remite a otro conjunto de reglas que tienen por objetivo asegurar la libertad de criterios de quienes integran la magistratura, sea durante su desempeño o a la hora de tomar decisiones. Tanto la independencia en su aspecto externo como la que aquí abordaré, constituyen presupuestos subyacentes a la noción de independencia institucional del Poder Judicial y por tanto, sólo teóricamente pueden ser discriminadas y estudiadas de un modo específico. No obstante, a los fines de este trabajo resulta importante efectuar esta distinción analítica en la medida que, los subconjuntos de normas que cité precedentemente, resultan constitutivos de la práctica que se desarrolla al interior de la institución judicial. Fundamentalmente, porque la organización de nuestro Poder Judicial muestra una fuerte estructura jerárquica en orden a la carrera judicial y como un correlato de ello, en el modo de determinar la promoción dentro de ella. Es en este punto donde se verifica la permanente tensión entre la necesaria cooperación que requiere la práctica judicial y la competitividad que impera dentro de la institución como tal.

¹⁰ Con el término ‘*inspección jerárquica*’ aludo a un conjunto de facultades que tienen las autoridades jerárquicamente superiores dentro de la organización de nuestro Poder Judicial tanto para vigilar las actividades de los jueces como para corregir desviaciones mediante medidas que poseen diversos grados de coactividad.

2.1. De este modo, con relación a la respuesta al primer interrogante que formulé precedentemente, es decir, ¿En qué sentido los jueces tienen que ser internamente independientes?, debería decirse que en nuestra organización constitucional el sentido que se confiere al principio de independencia del Poder Judicial se vincula, entre otras cuestiones de relevancia, al monopolio que se le adjudica al establecer que ningún otro poder del Estado puede arrogarse el conocimiento de causas pendientes o reestablecer las fenecidas (artículo 109 y 110 de la Constitución Nacional). Este monopolio debería señalar con claridad la importancia de la función política que se asigna al rol de los jueces ordinarios, monopolio que, bien vale aclararlo, no es delegación de ninguna autoridad superior dentro de la organización sino que lo confiere directamente la propia norma constitucional.

Al optar nuestro poder constituyente por una organización que puede calificarse como “Estado de Derecho” y al asignar el monopolio que se indicó precedentemente a los propios jueces ordinarios, resulta claro que su independencia interna, en el sentido que analizo, impone a todos ellos el deber de responder a toda controversia sobre derechos y obligaciones en las que les toque intervenir, conforme al derecho constitucional preexistente. Ello equivale a sostener que la decisión de los jueces no puede ser producto de su mero arbitrio subjetivo y adicionalmente, que debe permitirse que los ciudadanos tengan la posibilidad empírica de conocer cuál es la solución que el orden jurídico provee para la solución de la controversia. Todo ello, puede resumirse en la necesidad de que los jueces garanticen el derecho de defensa en juicio¹¹. Tal cuestión fue descripta con toda claridad por Hartmut Kliemt al señalar que todo ciudadano tiene el derecho de ocurrir ante los tribunales y poder argumentar sobre ciertos derechos que, según puede sostener, le han sido afectados; y es al Juez a quien, luego del proceso establecido, le corresponderá objetivar tal derecho mediante una resolución motivada o fundada, como lo dije precedentemente, únicamente en el derecho constitucional preexistente¹². Ahora bien, resulta absolutamente claro que el derecho constitucional preexistente no siempre

¹¹ Obsérvese que este requerimiento de la noción de Estado de Derecho parece, “prima facie”, contradecir el sentido que se adjudica a la independencia funcional del Juez tal como fue definida anteriormente. De allí, la necesidad de aclarar esta cuestión en el presente trabajo. Ello así, porque si ellos deben encontrarse *sujetos* a la norma preexistente no parece existir lugar alguno para que ellos operen, en la decisión de casos sometidos a su competencia, conforme a sus propios criterios o que ellos, estén liberados de cualquier interferencia a ese respecto.

¹² Vide: HARTMUT KLIEMT, *Filosofía del Estado y Criterios de Legitimidad*, Editorial Alfa, Barcelona, 1983, página 9 y siguientes.

proporciona claras respuestas frente a los múltiples conflictos que el Juez debe resolver. Adicionalmente, en muchas oportunidades, fundamentalmente cuando se trata de proteger derechos de fuerte arraigo constitucional, la resolución del caso individual requiere del Juez no sólo el cumplimiento del proceso en cuestión y de una adecuada valoración de la prueba legalmente colectada, sino que también implica la necesidad de determinar y precisar aquello que establecen muchas cláusulas constitucionales supuestamente vinculadas con derechos conferidos pero redactadas en términos generalmente ambiguos y vagos¹³. En estos casos, resultará difícil, como cuestión empírica, que si los jueces deben abstenerse de decidir esos casos conforme a sus propios criterios, ellos puedan –entendiendo ‘poder’ en sentido fáctico– abstenerse de hacerlo. En todo caso, es posible que el problema en cuestión se vincule con la existencia de un cierto compromiso de estos con la cultura política dominante y consecuentemente, de la aceptación de las convenciones vinculadas a ella, lo que claramente indica la existencia de un problema que no es fáctico sino de carácter normativo.

Lo cierto es que en estos supuestos, cuando la propia organización del Poder Judicial se encuentra seriamente discutida y por tanto, se presenta inestable, se impone aceptar que el sentido de garantizar la independencia interna del juez, constituye no sólo una garantía frente a quienes intervienen en la controversia sino, fundamentalmente, un incentivo para producir un incremento de la discusión racional de cada una de estas delicadas cuestiones que se someten a su decisión y consecuentemente, para la adaptación de la cultura jurídica a los nuevos conflictos que se presentan en nuestras sociedades¹⁴.

¹³ Me refiero aquí, por ejemplo, a los casos de protección de la dignidad de la persona, a casos vinculados con al derecho de acceso a una vivienda digna. No digo que estos sean los únicos casos. Sólo pretendo señalar que resulta evidente que la mayoría de las cláusulas constitucionales responden a una estructura diferente de las normas jurídicas y a las que se suele aludir con el término “principios” que están conectados a razones de equidad y justicia y en otros, a directivas de políticas. Estoy pensando en la caracterización que de estos elementos normativos proporciona RONALD DWORKIN, *Los derechos en serio*, Traducción de Marta Guastavino, 4ta. Reimpresión, Barcelona, 1999, Editorial Ariel S.A., página 72 y siguientes. Excluyo de estos problemas los casos genéricos en los cuales el derecho confiere expresamente al Juez la facultad de responder al conflicto dentro de cierto marco de discrecionalidad, porque cualquier decisión adoptada por él dentro del mismo, tendrá que ser considerada acorde a derecho. Tampoco refiero a los casos genéricos en los cuales el legislador, con absoluto conocimiento e intención, delega en el Juez la facultad de otorgar solución a las controversias, caso por caso, como sucede, por ejemplo, en nuestro procedimiento arbitral forzoso. Al respecto: HANS KELSEN, *Teoría Pura del Derecho*, Traducción de Roberto J. Vernengo, Editorial U. N. A. M., México D.F., 1979, página 350 y siguientes.

¹⁴ Al respecto, comparto las conclusiones de JULIA BARRAGÁN, en “*Decisiones judiciales y desempeño institucional*”, incluido en *La función judicial – Ética y Democracia*, Jorge

Se trata de advertir que la respuesta que proporciona el Juez ante la controversia particular vinculada a este tipo de casos no deviene del hecho de que los Jueces constituyan una especie de autoridad moral ni que, individualmente, cuenten con tanto poder como para decidirlos a su libre arbitrio¹⁵. Tampoco significa que pueda sostenerse que las soluciones que estos proporcionen a cada caso individual, constituyan una especie de respuesta susceptible de ser calificada de “infalible”, aún cuando conforme a las reglas del proceso puedan llegar a adquirir carácter de definitivas cuando las partes no hacen uso de las facultades de recurrir la sentencia¹⁶. En concreto, entiendo que son éstos los casos –ausencia de solución para el caso genérico dentro del orden jurídico o problemas de indeterminación semántica, especialmente, frente a la textura abierta producida por el uso del lenguaje al promulgar las normas– en los cuales resulta relevante, resguardar la independencia interna de los jueces. Ello así, porque para que el Juez pueda cumplir su

Malem, Jesús Orozco y Rodolfo Vázquez Compiladores, Gedisa Editorial e ITAM, Barcelona, 2003, página 202, quien concluye al respecto que “...se ha podido comprobar que un diseño perfecto (hasta donde este es posible) – la autora refiere al Poder Judicial – no constituye garantía suficiente de buen desempeño-de los jueces-, ya que los aspectos informales tienen una fuerte incidencia en el modo en que funcionan las instituciones. Creemos que en ausencia de una sólida voluntad expresada en los comportamientos institucionales de la autoridad no hay posibilidad de pensar en la obtención de éxito en la construcción de las llamadas esferas informales de las instituciones. Esta es la razón por la cual cada vez que un juez decide un contencioso, a la par de producir una sentencia que cierra el caso, envía simultáneamente un mensaje cuya capacidad de incidencia se extiende a las relaciones de toda la sociedad.”

¹⁵ Al respecto es relevante la lectura del trabajo de EUGENIO BULYGIN, “Sentencia Judicial y creación del derecho”, incluido en *Análisis lógico y derecho*, C. E. C., Madrid, 1991, página 355 y siguientes y del mismo autor: “Los jueces ¿crean derecho?”, incluido en *La función Jurisdiccional – Ética y Democracia*, Jorge Malem, Jesús Orozco y Rodolfo Vázquez (compiladores), Gedisa Editorial e ITAM, Barcelona, 2003, página 21 y siguientes.

¹⁶ Al respecto remito a H.L.HART, obra citada, página 176 y siguientes. No hay que olvidar que toda decisión de un juez ordinario de primera instancia se encuentra sujeta a la posibilidad de que los ciudadanos implicados en un conflicto de este tipo puedan interponer recursos ante las Cámaras de Apelación respectivas. A pesar de ello, ejercida la facultad de recurrir tales decisiones, resultaría relevante que las Cámaras de Apelación funcionaran como órgano y sin adaptarse a la práctica cotidiana de delegar tal función en el Vocal que emite el primer voto y al cual, de consuno, adhieren los restantes. Respecto de esta práctica usual y sus consecuencias, remito a ALEJANDRO NIETO, obra citada, página 51, donde sostiene expresamente que “Cuando el que juzga es un tribunal colegiado, todos los magistrados que forman parte de él han de estudiar el proceso individualmente antes de llegar a la deliberación conjunta; sin perjuicio, claro está, de que se designe un ponente a quien corresponde la tramitación, propuesta de resolución y redacción material de la sentencia. Para la ley lo importante es el Tribunal, el órgano, y no las personas que lo forman...en la mayor parte de los tribunales se ha impuesto la corruptela de que sus miembros deleguen implícitamente su trabajo en el magistrado ponente, de quien fían a ciegas...”.

deber de sujeción a la ley constitucional preexistente es necesario que, empíricamente, le sea posible conocer lo que la ley en cuestión dispone. Caso contrario, siendo el monopolio de esta función asignado por la propia Constitución Nacional, en caso de ausencia de solución normativa dentro del orden jurídico o problemas de indeterminación semántica, no es posible, dentro del ámbito normativo, establecer por vía de organización jerárquica, que determinada autoridad –fuera o dentro del Poder Judicial– pueda tener primacía en una determinación con carácter vinculante acerca de cuál debe ser el sentido correcto asignable a este tipo de normas y consecuentemente, a la solución de la controversia o caso individual¹⁷.

2.2. Ya hemos visto que una organización estatal que pueda ser calificada como “Estado de Derecho” requiere, según un alto consenso en la teoría jurídica, que los jueces resuelvan los casos sometidos a su decisión conforme al derecho preexistente o lo que es igual, que deben hacerlo conforme a normas jurídicas promulgadas con anterioridad a los hechos del proceso. Esto así, con el fin de garantizar a los ciudadanos el conocimiento del modo en que el orden jurídico ha procedido a calificar deónticamente determinadas acciones. Dije también, que todo ello podía resumirse en una cuestión normativa vinculada a la circunstancia de que, dentro de una organización estatal de ese tipo, todo ciudadano tiene que tener garantizado su derecho de defensa en juicio. Pero para responder a la segunda pregunta que dejé formulada, es decir, para qué resulta indispensable que los jueces sean internamente independientes al tiempo de resolver una controversia, resulta necesario agregar que, conforme a nuestra organización jurídica, los jueces tienen la obligación de resolver todos los casos que se someten

¹⁷ No puede olvidarse al respecto que los jueces no son los únicos que tienen el deber de obediencia a la ley, sino que en ese deber se encuentran involucrados todos los poderes públicos y todos los ciudadanos. Es precisamente parte esencial de la función jurisdiccional constituirse en garante de ese respeto por la ley, en la medida en que ella pueda llegar a conocerse y es por eso que, en los casos aludidos, el derecho de defensa en juicio, debe ser garantizado por los propios jueces al permitir en forma amplia, dentro de las reglas procesales y sin interferencias de ningún tipo, que cada parte implicada alegue lo que entiende pertinente para la solución de la controversia. En el balance de estas alegaciones y siempre dentro de los casos indicados, la independencia interna del Juez constituye un requisito indispensable para proporcionar una solución a la controversia. Tampoco, en este sentido, puede constituir una solución vincular este deber de los jueces, a la existencia de jurisprudencia pacífica de tribunales de alzada o de los que constituyen la máxima autoridad jurisdiccional. Esto así, porque prever el comportamiento futuro de ellos en estos casos, no se encuentra exento de riesgos dado que ellos no son inmutables y están expuestos a lo que se conoce como bruscos giros o cambios de jurisprudencia.

a su decisión dentro de la órbita de su competencia. Tal regla de obligación se desprende de una función básica que tienen asignada y que además, es consecuencia de una directiva político institucional. Tal directiva indica que ellos deben dar solución a toda controversia de intereses entre ciudadanos con el objeto de tornar posible, empíricamente, tanto la convivencia entre ellos como la subsistencia de cooperación social en su conjunto. Por ello, así como los jueces no pueden dejar de resolver estas cuestiones, quienes están involucrados en una controversia jurisdiccional no pueden soslayar que tales decisiones pueden serles impuestas coactivamente aún cuando, en uso de su facultad, decidan no tomar participación en el trámite judicial.

La importancia de garantizar la independencia interna de los jueces se vincula a una nueva necesidad del Estado de Derecho, dentro de los cambios y diversidad de conflictos que se presentan en la sociedad contemporánea que es asegurar una práctica jurisdiccional más sensible a los problemas de quienes son gobernados. Por tanto, requiere un cambio de perspectiva por parte de los jueces de modo tal que resulte posible el surgimiento de una actitud de identificación con aquellos que son administrados más que una constante observancia de lo que hacen quienes administran. Se debe reconocer en este sentido, que aún cuando pueda eventualmente verificarse la plena garantía de la independencia externa del Poder Judicial, esta no debe lograrse o consolidarse al costo de un fuerte control interno dentro del mismo. Ello así, porque hacer previsible la respuesta de los jueces en el tipo de casos a los que aludí, no debe derivar de la homogeneidad de quienes integran el poder judicial y sus concretas orientaciones ni de una hipotética neutralidad política que sólo se encuentre asegurada “...al precio de un reclutamiento opaco y poco democrático de los jueces.”¹⁸.

Frente a los problemas actuales y en especial, el de la innegable exclusión social de una enorme proporción de nuestra población, con la consiguiente pérdida de la propia noción política de ciudadanía y de la debilitada autoridad del poder judicial, es necesario repensar la función de los jueces. Como supo decir Antoine Garapon: “Una sociedad no es otra cosa que un sistema organizado de diferencias. Son los elementos diferenciales los que dan a los individuos su “identidad” y los que permiten

¹⁸ Cf.: C. GUARNIERI, “Justice et politique: le cadre institutionnel”, *Les Cahiers français*, La Documentation française, París, 1994, n° 268, página 58. Para ampliar estas consideraciones, ver del mismo autor: *Magistratura e política in Italia, pesi senza contrapesi*, Bologna, Il Mulino, 1992.

*situarse unos con respecto a otros. Los “excluidos” lo están de antemano y ante todo de este sistema de diferencias, están huérfanos de toda afiliación social y por tanto de toda representación”*¹⁹. Por tanto, si una reorganización del Poder Judicial aspira a ser eficaz y por tanto, respetada, tiene que llegar a conocer con profundidad, la mayor complejidad de la materia que ha de juzgar. Por tratarse de regulaciones cada vez más complejas y que pueden afectar intereses importantes de diversa naturaleza, se impone pensar que no será suficiente el conocimiento del derecho por parte de los jueces. En otros términos, estos no sólo deben manejar con precisión determinados conceptos y clásicas técnicas jurídicas sino, fundamentalmente, lograr una autoridad personal tal que la sociedad se reconozca en él. Se trata de que la fuerza de una decisión jurisdiccional resulte tributaria del respeto que se tenga por la persona que la tomó, es decir, de su capacidad, experiencia, diligencia y profesionalidad. De este modo, conforme nuevamente lo expresa el Juez Garapon: “...La concepción moderna de la independencia ya no es el enclaustramiento, el repliegue en una legitimidad exclusivamente jurídica y corporativista sino que, por el contrario, procede de la acumulación de muchos tipos de legitimidad. Aparece como legítimo el tribunal –o el titular– que ha pasado la prueba. Esta eficacia ha de ser ante todo reconocida por quienes trabajan con el tribunal y, más allá, por toda la población”²⁰.

3. Es cierto que el problema de aceptar la necesidad de garantizar la independencia funcional interna del juez dio lugar a una enorme producción intelectual. Ella se exteriorizó en una significativa presencia de estudios sobre la estructura psíquica de los jueces y de aquellos factores que se consideran especialmente relevantes, tanto individual como socialmente, para condicionar su comportamiento a la hora de tomar decisiones²¹.

No obstante, estimo que tal cuestión no es la más significativa en orden a la afectación de la independencia interna del Juez, en el sentido asignado anteriormente. Me parece que aún asumiendo que fuese posible el efectivo control de toda influencia externa respecto de quien

¹⁹ Cf.: ANTOINE GARAPON, *Juezy Democracia – Una reflexión muy actual*, Traducción del francés a cargo de Manuel Escrivá de Romaní del libro: *Le gardien des promesses. Justice et démocratie*, Editions Odile Jacob, París, 1996, Flor del Viento Ediciones S.A., Madrid, Primera Edición en castellano, Noviembre, 1997, página 121.

²⁰ Cf.: ANTOINE GARAPON, obra citada, página 246.

²¹ De estos estudios se destacan los que provienen del movimiento denominado “Critical Legal Studies”. De la multiplicidad de obras al respecto merece destacarse la producción de DUCAN KENNEDY y un reciente trabajo publicado en castellano bajo el título

ejerce el cargo de juez, ello no lograría superar ni dar respuesta alguna al problema que genera la posibilidad de garantizarla. En lugar de ello, resulta más importante el problema que ocasiona la denominada ‘*inspección jerárquica*’, tal como fuera anteriormente definida y a la que todos los jueces, con excepción de los miembros de la máxima jerarquía del poder judicial, se encuentran supeditados. Este tipo de injerencia, en orden a la independencia interna del órgano, tendría justificación si ese control se llevara a cabo mediante una previa y clara exteriorización de los criterios de evaluación y objetivos que se tienen para ello. Después de todo, exigir ese tipo de protección de la independencia funcional de los jueces no es una demanda distinta de aquella que puede exigir cualquier ciudadano, es decir, tener asegurada cierta transparencia y previsión respecto de la forma en que se resuelven los conflictos en sede judicial. Sin embargo, se observa que ella no siempre se desarrolla con ese objetivo y además, es posible corroborar que la mayoría de los jueces asumen, frente a tal inspección, una postura de sumisión –incompatible con el sentido de independencia funcional– antes que ejercer su defensa frente a quienes consideran superiores, cuando ellos impugnan o invalidan sus decisiones. Se agrega a la cuestión, que la falta de transparencia acerca de los criterios y procedimientos a seguir para el ejercicio de tal facultad, genera dudas sobre la imparcialidad de las resoluciones del propio órgano de control²².

Si se la entiende de ese modo, la inspección jerárquica se transforma en una relevante forma de afectar la independencia del órgano jurisdiccional. Ella proviene de la asimilación o acatamiento en la aplicación de ciertas reglas disciplinarias o bien, a la consideración, por parte del eventual sancionado, de la futilidad de emprender la defensa de su postura frente a la acusación. Esto último, se verifica aún más en el caso de la sentencia considerada “errónea” por ser contradictoria con la práctica judicial del máximo tribunal lo que, normalmente, hace suponer

Libertad y restricción en la decisión judicial, Universidad de los Andes, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, Colombia, 1999. También de la misma colección y editorial: WENDY BROWN Y PATRICIA WILLIAMS, *La crítica de los derechos*, Bogotá, Colombia, 2003 y WILLIAM TWINING, *Derecho y Globalización*, Bogotá, Colombia, 2002.

²² Verifíquese la dificultad existente para determinar a qué alude la genérica y abstracta causal de “*mal desempeño del cargo*”. Esta forma de designar la causa más invocada para destituir a un magistrado dio lugar a muchas disputas cuya notoriedad obvia cualquier referencia en este trabajo. Sin embargo, si se considera que la independencia interna tal como la definí, ella también debe proteger al juez individualmente considerado cuando se enfrenta con la propia estructura judicial y debe extenderse a toda influencia proveniente desde el mal denominado “escalafón superior”. Ello así, porque la composición y funcionamiento de estos órganos (CSJN, Tribunales Superiores

que el juez ordinario carece de conocimiento o bien, que su decisión adolece de superficialidad²³.

Es común que la respuesta a la crítica precedente consista en sostener que la independencia sólo significa libertad frente a indicaciones mientras que, en el caso del enjuiciamiento de la conducta del Juez, se relaciona con su actividad judicial pasada y por tanto, que no constituye una interferencia susceptible de vulnerar su independencia. Sin embargo, desde los más simples aportes de la psicología del aprendizaje se sabe que el comportamiento futuro puede manipularse en la forma que se desee, mediante la privación de gratificaciones. Por tanto, la pregunta sigue en pie: *¿Cómo poder mantener esas instrucciones dentro de un nivel reducido y lo menos lastimoso para el afectado?*

Al parecer la cuestión debería consistir en vincular la inspección jerárquica a una investigación y objetiva descripción de la actividad específica y material del juez, a fin de fundar un juicio ulterior sobre su aptitud y, simultáneamente, dejar de cavilar sobre si el mismo es aplicado, puntual, cordial, etc. También es absurdo proponer el apoyo del enjuiciamiento sobre la base de descripciones y dejar de lado su valoración al libre albedrío del quien juzgue. El enjuiciamiento deberá ser presentado sobre la base de la suma de las decisiones jurisdiccionales y si ello fuese imposible, realizar una correcta selección descriptiva de esas sentencias o resoluciones, pero siempre que no se pierda de vista que esta estrategia también implica una valoración –aunque se presente como una descripción– con el resultado de llegar a considerarse como un testimonio circunstancial e insincero²⁴.

de Provincia o Consejos de la Magistratura) pueden pretender, indebidamente, extender el concepto de gobierno del Poder Judicial hasta comprender las propias sentencias y con ello, lograr limitar la independencia de criterio de los jueces ordinarios en la resolución de estos casos.

²³ Jerzy Wróblewski señala con toda corrección que en el proceso de decisión jurisdiccional intervienen valoraciones en todos sus niveles, sea ello en orden a las directivas de primer grado lingüísticas, sistemáticas y funcionales. La preferencia al tiempo de la aplicación de ellas para la construcción de la premisa normativa determina diversidad de sentidos para la misma. De ese modo, el autor considera incorrecto hablar de “interpretatio contra legem” en el caso de que las directivas citadas conduzcan a decisiones interpretativas incompatibles. Estima el expositor que lo más correcto, es hablar de “interpretatio secundum interpretationem” o “interpretatio contra interpretationem” (Vid: WRÓBLEWSKI, JERZY “*Il modello teorico dell’applicazione della legge*”, en *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, XLIV, serie III, 1, 1967, páginas 10-30.

²⁴ Al respecto existen innumerables trabajos relevantes. Cito sólo a modo de ejemplo: HUMBERTO QUIROGA LAVIE Y RICARDO MIRÓ, “*Un modelo y una mejora para los tiempos proce-sales de la Justicia Civil Argentina*”, *Revista Sistemas Judiciales*, publicación semestral del Centro de Estudio de Justicia para las Américas, CEJA, Buenos Aires-2002, Año 2, N° 3,

4. Frente al modo actual de llevarse a cabo la denominada inspección jerárquica y su afectación a la independencia funcional interna de cada juez ordinario cabe, a modo de conclusión, sugerir lo siguiente:

i) Que si se toma en cuenta la forma en que, dentro de nuestro país, se designa a los miembros de la máxima autoridad jurisdiccional, es decir, a cargo del Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado. Y si, además, se agrega a ello la normal asignación autoritativa de sus resoluciones bajo la forma de “doctrina judicial”, se puede verificar una severa distorsión del monopolio que la Constitución Nacional otorga a los jueces ordinarios y todo ello, con la consabida pérdida de su independencia funcional. Ello así, porque con el generalizado acatamiento de tal práctica por parte de un considerable número de jueces, se genera la idea de que el monopolio al que aludí al comienzo se otorga a la Corte Suprema de Justicia de la Nación y no, como corresponde, al Poder Judicial en su conjunto. Ello determina que también se ignore, injustificadamente, la relevante función política que nuestra Constitución le asigna a cada uno de los jueces ordinarios que integran el Poder Judicial. Por ello, ante esta situación sería conveniente que quienes integren estas máximas autoridades dentro de la organización del Poder Judicial, fuesen designados a partir de condiciones vinculadas a su especial capacitación, competencia, compromiso cívico y que, además, lo fuera por mayoría de dos tercios de los integrantes del Senado y por un periodo determinado de tiempo²⁵.

ii) La organización del Poder Judicial debe cambiar radicalmente su concepción actual respecto del modo de entender su estructura jerárquica interna, es decir, dejar de concebirla de forma extremadamente estratificada, rígida y vertical. Ello así, en tanto esa forma de organización es contributiva de la formación de hábitos corporativos en sus integrantes y ello, resulta incompatible con un Estado de Derecho tal como es definido en nuestra Constitución. En este sentido, conforme la correcta distinción que efectúa la doctrina procesal, sería importante que se recordara que ‘jurisdicción’ y ‘competencia’, son términos que no tienen la misma referencia. En efecto, mientras el primero alude a una

página 112 y siguientes. También contiene información importante el informe de la Fundación para el Debido Proceso Legal, “*Pautas para promover la independencia e imparcialidad judicial*”, USAID, Marzo, 2002, que incluye un meduloso informe respecto al estado de situación de la Justicia en Argentina, realizado por Víctor E. Abramovich, Director del CELS, Julio, 2000.

²⁵ Al respecto: ERNESTO GARZÓN VALDÉS, “*El papel del Poder Judicial en la transición a la democracia*”, incluido en Jorge Malem, Jesús Orozco y Rodolfo Vázquez Compiladores, *La función judicial – Ética y Democracia*, obra citada, página 131.

facultad que la Constitución Nacional otorga directamente a cada uno de los jueces a fin de resolver controversias; el último es usado para indicar una cierta delimitación –de espacio, territorio, grado, etc.– dentro de la cual, cada uno de ellos, se encuentra habilitado a ejercer la facultad a la que refiere el primero. La cuestión es que tal distinción todavía es soslayada por una gran mayoría de quienes participan en la conformación de la práctica jurisdiccional, es decir, no se comprende el carácter político que la propia constitución otorga a cada uno de quienes integran el Poder Judicial. Tal como la describe Ricardo A Guibourg: *“El concepto de jerarquía jurídica...proviene históricamente de la jerarquía social y política acuñada desde antes del imperio romano hasta la Edad Moderna. Con el advenimiento de la democracia, la relación entre jerarquía y competencia no se ha liberado aún por completo de aquella tradición: así, hay todavía abogados que, al fundar su recurso de apelación, experimentan un módico placer de venganza al referirse al juez de primera instancia como “el inferior”²⁶*. En suma, entender la organización del Poder Judicial del modo que en la actualidad se interpreta, sólo puede contribuir a un mayor aislamiento de sus integrantes respecto de los problemas que presenta nuestra sociedad. A su vez, genera un comportamiento de tipo corporativo entre sus integrantes pero, al mismo tiempo, determina un aislamiento de quienes lo integran no sólo respecto de la sociedad en su conjunto, sino también al interior de la institución. Ello así, dado que esta forma de interpretar las competencias de cada uno de sus integrantes, es decir, de un modo estratificado y rígido, no hace posible generar un espacio público para discutir entre ellos, relevantes problemas y mucho menos, obtener consensos mínimos acerca de los cambios que resultan necesarios establecer en la vigente concepción, tal como fuera descripta precedentemente.

iii) Resulta necesario asegurar la asignación de suficientes recursos económicos al Poder Judicial a fin de que se emprendan reformas necesarias tales como, por ejemplo, adaptar los procesos actualmente escriturarios a otros que garanticen mayor transparencia y oralidad. Del mismo modo, es necesario que los fondos asignados al Poder Judicial sean administrados y fiscalizados de otra forma que en la actualidad, dentro de la cual se verifica una muy anticuada forma de concentrar excesivas funciones por parte de la máxima autoridad jerárquica y debilitar, de ese modo, la conformación y desarrollo de una magis-

²⁶ Cf.: RICARDO A. GUIBOURG, *Provocaciones en torno del derecho*, Editorial Eudeba, Buenos Aires, 2002, página 57.

tratura más comprometida con la práctica democrática. Aludo en este último caso, a que debe desvincularse la actividad jurisdiccional –en todos los niveles– respecto de aquellas cuestiones relacionadas con una eficiente superintendencia administrativa del Poder Judicial.

iv) Para finalizar, sin pretender agotar con ello todas las cuestiones implicadas en esta cuestión, también es necesario propiciar una profunda discusión sobre la falta de coordinación existente entre el Poder Judicial y los respectivos Consejos de la Magistratura, en orden a la determinación precisa de objetivos compartidos, a la eliminación de la excesiva burocracia en todos sus niveles, a la corrección de las deficiencias que se observan en el propio sistema disciplinario y la generación de claros criterios de selección de los Jueces que, en la actualidad, no muestra en forma clara, la cientificidad de aquellos que se utilizan para medir capacidad e idoneidad para ocupar cargos de tanta relevancia para la ciudadanía.



LA PARTICIPACIÓN Y EL CONTROL DEL USUARIO EN LOS ENTES REGULADORES Y DE CONTROL

(PARTICIPATION AND CONTROL OF THE USER IN THE REGULATING AND CONTROL AGENCIES)

*Jorge Edmundo Barbará**

RESUMEN: La ponencia pretende evaluar hasta dónde se ha cumplido con el mandato contenido en el art. 42 de la Constitución Nacional argentina. Dicha norma reconoce en los órganos de control de los servicios públicos, la “necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios”. Sin embargo, el cumplimiento del postulado constitucional requiere de una reflexión en orden a la problemática que encierra. En efecto, la inserción de asociaciones de usuarios en los Entes, si se trata de inserción para participar en sus decisiones, requiere reflexionar sobre el carácter experticio de las estructuras del Ente y el rol de los usuarios, en principio no expertos, pero susceptibles de otorgar la legitimidad social a través de su participación. Por ello, se torna menester profundizar la perspectiva del órgano de regulación y control del sector público que sea lo suficientemente abierto para receptor esa participación, como asimismo, discernir sobre el carácter sectorial de la representación que invisten las asociaciones de usuarios y la correlativa formación educativa del usuario a cargo de tales asociaciones como condición de cumplimiento previo para pretender apertura del sector estatal en el cual se participe en la decisión de regulación y control. Por último, del análisis de las encuestas practicadas sobre las asociaciones de consumidores y usuarios surge el cuestionamiento sobre si las mismas invisten representatividad suficiente, tanto cuantitativa cuanto cualitativa, para cumplir adecuadamente con el mandato constitucional, o para participar activamente en el proceso de toma de decisiones referidas al control y la regulación.

PALABRAS CLAVE: Entes Reguladores – Constitución Nacional – Asociaciones de Consumidores y Usuarios – Representación – Participación

* Abogado y Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNC. Cursó estudios de postgrado en la Universidad de Tübingen, Alemania. Ex Decano de la Facultad de Ciencia Política y Relaciones Internacionales de

1. Introducción:

La Constitución Nacional de la República Argentina prescribe, en su art. 42, que la legislación nacional debe prever la “*necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios*” en los organismos de control. Dicha norma fue incluida en la Constitución a través de la Reforma Constitucional llevada a cabo en el año 1994.

En el trabajo que elaboramos en 2001¹, al efectuar la interpretación del art. 42 antes referido, entendimos que la cosmovisión ideológica que nutrió esa disposición constitucional fue la propia del Estado Social de Derecho, en los siguientes términos:

“La Constitución se apartó, pues, del modelo liberal del Estado abstencionista propio de los procesos de reforma del Estado y de las privatizaciones llevadas a cabo hasta el momento de la reforma constitucional. Por el contrario, aquí optó por la cosmovisión ideológica más propia del Estado Social de Derecho, toda vez que exige intervención estatal en asuntos de la sociedad, como condición inherente al goce de derechos que la propia Constitución reconoce a los miembros de esa sociedad” (Barbará, 2001).

En consecuencia con tal interpretación sostuvimos, asimismo, que aquella “*necesaria participación*” prevista en la norma referida, debía compadecerse con un nivel de participación de los usuarios propia del *modelo ciudadano*, el cual suponía que el usuario integraba el proceso de toma de decisiones, participando activamente y en forma vinculante, y no meramente en forma pasiva o consultiva, en la creación de un orden que en definitiva lo iba a afectar, sea a título de regulación, sea a título de control.

la Universidad Católica de Córdoba. Profesor Titular de las cátedras de “Historia del Pensamiento Político” e “Introducción a la Ciencia Política y a las Relaciones Internacionales”, de la misma Facultad. Profesor Titular de la cátedra de “Derecho Político”, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba.

¹ La interpretación del art. 42 de la Constitución Nacional de la República Argentina mereció nuestra preocupación en el trabajo presentado en el VI Congreso Internacional del Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD), realizado en Buenos Aires, 5-9 de noviembre de 2001. Recordemos el texto del precitado art. 42: “*Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno. Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios. La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control.*”

Corresponde, entonces, que ahora efectuemos evaluación de la eficacia práctica del mandamiento constitucional y de los obstáculos que son susceptibles de complicar aquella eficacia práctica.

2. La participación y la representación

2.1. Algunos problemas.

La problemática referida a la inserción de los usuarios en los Entes de Regulación y Control es ciertamente compleja.

Por un lado, los Entes de Regulación y de Control de los servicios públicos privatizados, a los cuales se dirige principalmente nuestra atención, suponen estar compuestos y asesorados por recursos humanos dotados de un conocimiento técnico y expertise cada vez mayor. La especialización del Ente, y de sus estructuras funcionales y administrativas, supone un carácter inherente al específico sector de servicios que impone ser controlado y regulado.

La regulación y control de los servicios postales; del transporte terrestre, aéreo, fluvial y marítimo; del gas; de la energía eléctrica; de la utilización de rutas terrestres o de hidrovías; etc., requiere de específicos conocimientos referidos a la naturaleza intrínseca de tales servicios, como, asimismo, de específicos conocimientos que impone el tratamiento integral de dichas áreas, particularmente conocimientos especializados de carácter jurídico y económico que resultan necesarios para regular y controlar cada uno de tales sectores.

Por otro lado, el universo de usuarios de tales servicios, aparece, *prima facie*, como constituido por personas físicas y jurídicas que, si bien son los destinatarios de su prestación, carecen normalmente de los conocimientos técnicos que les permita involucrarse adecuada y eficazmente en el complejo proceso de regulación y control.

Ciertamente que la participación de los usuarios en los Entes de regulación y control, declamada con tanta insistencia como con falta de detenimiento en el análisis de su casuística, tropieza, a nuestro entender, entre otros, con dos obstáculos o problemas principales íntimamente relacionados: El primero, referido a la resistencia que oponen, de manera franca o velada, los técnicos o expertos que invisten funciones de servidores públicos y que son conocedores del sector de servicios públicos a regular y controlar; el segundo, consistente en que, si los usuarios participaran en el proceso de toma de decisiones sólo por su carácter de tales y por un imperativo legal, pero carentes de los conocimientos especializados, su función se vería relegada a cumplir un mero carácter ratificadorio de la opinión de los técnicos, bajo riesgo de dar un salto al vacío si asumen una posición discordante a aquella sostenida por los expertos.

El segundo de los obstáculos o problemas señalado precedentemente conlleva la posibilidad de otorgar legitimidad social, atento el *presumible* carácter representativo del interés sectorial que las asociaciones de usuarios suponen, a decisiones en las cuales sólo formalmente se participa, atento el desconocimiento técnico y experticio del usuario representante y de su real incidencia en la decisión que con su presencia se legitima. Ciertamente que respecto a esta representatividad que son susceptibles de significar tales asociaciones, en el presente trabajo efectuaremos algunas precisiones que nos permitirán conocer su real significación.

En línea con el primero de los obstáculos o problemas señalados –resistencia de expertos a la participación de los usuarios–, Blanca Olías de Lima Gete (2003:226), nos dice: *“Los empleados públicos pueden ver con malos ojos que personas sin especial preparación técnica y que ignoran las complejidades de los procesos, co-dirijan o co-evalúen. Una cosa es consultar a los ciudadanos, atender correctamente al público y mejorar los estándares del servicio, y otra muy distinta darles la posibilidad de intervenir en ellos”*.

Se torna, pues, necesario deternernos a analizar si la problemática señalada es subsanable, a los efectos de advertir si la normativa constitucional que determina la *“necesaria participación de las asociaciones de usuarios”* es –o no– letra muerta y, en su caso, qué observaciones nos merece.

2.2. La participación depende de la perspectiva conque se observe el sector público.

Los Entes de Regulación y Control especializados aparecen en el escenario institucional a partir del tránsito de un Estado prestador de servicios públicos, en términos generales de manera monopólica o cuasi monopólica, a un Estado que sólo regula y controla un mercado que se encarga, a través de operadores privados, de la prestación de aquellos mismos servicios, los cuales, de acuerdo a sus características y a las economías de escala, seguirán siendo prestados en forma monopólica, o bien de manera abierta y competitiva.

Este tránsito fue consecuencia, como es sabido, del proceso de reformas del Estado que se llevó a cabo durante los noventa no sólo en la República Argentina sino en un considerable número de países, latinoamericanos y no latinoamericanos, a través de la privatización de empresas y organismos estatales.

Producida la reforma, de manera simultánea comenzaron las preocupaciones para adaptar el Estado a los nuevos tiempos.

Y así se sostuvo la necesidad de *rediseñar* el Estado, particularmente a través del abandono del paradigma de la burocracia weberiana, apuntando a la necesidad de abrirlo para dar mayor lugar a la participación ciudadana, incluyendo la participación en la gestión pública².

En el año 2000 (Barbará: 158–159) hicimos referencia al trabajo de Stuart Heywood y Jeff Rodríguez (1994:190) sobre un cambio de paradigmas en la gestión pública. En efecto, del “*paradigma de la administración*”, caracterizado porque, en las propias palabras de aquellos autores “*el electorado confiere legitimidad a los políticos, pero en lo demás es invisible. No se establece distinción alguna entre elector, ciudadano o consumidor*”, se habría pasado al “*paradigma de la eficiencia*”, en el cual el período del consenso político cede espacio al de la necesidad de reducir el gasto público y de obtener un mejor rendimiento del dinero. De ese paradigma, se habría pasado, entonces, al “*paradigma del consumidor*”, en el cual la aparición de un nuevo actor –el consumidor–, habría determinado que el modelo del sector privado se trasladara al sector público a través de un “*acercamiento al cliente*”, teniendo por efecto que a la tradicional legitimación del proceso democrático se sumara otra, la del consumidor. Afirmaban, pues, estos autores que “*los servicios tales como el agua, combustible y telecomunicaciones también se refieren a reguladores y órganos de regulación, a quienes se percibe actuando en representación de alguna noción de “público”, para que velen por los intereses de los consumidores y fomenten la competencia*” (1994:200)³.

Del cambio de paradigma se infiere una participación del consumidor, o más precisamente, usuario de los servicios públicos en los organismos de control y regulación, toda vez que se estaba abogando por una cogestión pública de los ciudadanos, como lo decía Kliksberg.

El concepto, entonces, de una Administración Pública rígidamente jerárquica, cuyo sometimiento al *principio de legalidad* suponía

² En “*La reinención del gobierno*”, David Osborne y Ted Gaebler (1992:266) advertían que “*los sistemas públicos tradicionales -incluso los que ponen los recursos en manos de la gente- están diseñados para la conveniencia de los administradores y de los proveedores de servicios, no de los consumidores*”. Asimismo, Bernardo Kliksberg abogaba, en 1994, en la necesidad de “*abrir plenamente el Estado a la participación ciudadana, para lo cual es necesario... desburocratizar,... favorecer todas las formas de cogestión de los ciudadanos... renovar constituciones...*” (1994:27, el resaltado nos pertenece).

³ Stuart Heywood y Jeff Rodríguez ubican al “*paradigma de la administración*” en los años sesenta y setenta; al “*de la eficiencia*”, hacia fines de los setenta y al “*del consumidor*”, a partir de los noventa.

una determinada forma de legitimación democrática, toda vez que *la ley* que predeterminaba a la Administración en su accionar contenía en sí misma el principio de la mayoría –y de la minoría– con que era sancionada en el órgano legislativo, no era ya bastante como para otorgar plena legitimación a la Administración. Se requería sometimiento a la ley, ciertamente, pero horizontalizando su accionar a partir de la inclusión de los destinatarios específicos de ese accionar.

No es, pues, de extrañar que cuando la Administración se especializa, porque el mercado queda sectorizado a través del proceso privatizador, se especializa también el ciudadano a través del rostro del usuario de esos servicios, con pretensión de que esa Administración encargada de ejercer ese poder de policía especializado, lo involucre antes de decidir, porque esa decisión específicamente le afecta.

En otras palabras, la sujeción a la ley por parte de los Entes de Regulación y Control requiere, para su mejor observancia, incluir, y no excluir, al usuario, particularmente cuando el orden normativo que de ese Ente dimana, afecta a quienes tienen que observarlo.

Eloísa del Pino (2004:65), dentro del marco referencial de los paradigmas de la Administración y del rol del ciudadano, presenta un cuadro comparativo. En este cuadro, aparecen los tres paradigmas de la Administración consistentes en el Modelo Burocrático Tradicional (MBT) en el cual el ciudadano es concebido según el concepto de administrado; el modelo de la Nueva Gestión Pública (NGP), en el cual se prioriza la dimensión del cliente y el modelo del Nuevo Servicio Público (NSP), en el cual el sentido lo otorga el ciudadano en cuanto miembro de un grupo comunitario o de interés, en cuanto ciudadano activo.

Nos interesa, a los efectos de nuestras reflexiones, la caracterización que efectúa del Pino del modelo de Administración que se corresponde con el Nuevo Servicio Público y el correlativo involucramiento del ciudadano. En este modelo se advierte al ciudadano como *“más educado y exigente, en su calidad de público potencial u objetivo de una política pública, es miembro de un grupo, probablemente interesado en ser escuchado más allá de las convocatorias electorales”* (2004:68).

Aquí sería necesario precisar que en un modelo de Administración que se corresponde con una participación activa del ciudadano en el proceso de toma de decisiones, aquél no se reduce a ser objeto u “objetivo” de políticas públicas, sino también sujeto de las mismas, esto es, portador de decisiones de aquellas políticas que lo afectan.

Participación supone ser parte en la decisión.

Entiendo que la autora mencionada así lo considera, toda vez que también en el trabajo antes referido nos dice que *“desde la perspectiva de las corrientes neopúblicas, es imprescindible conseguir la inclusión*

real de los ciudadanos en las decisiones públicas y reforzar la ciudadanía y el interés general, aún a riesgo de ser menos eficaces” (2004:60).

Los textos transcritos contienen una valoración del ciudadano que nos puede ayudar en la problemática que hemos señalado en cuanto al rol de un ciudadano–usuario en un escenario dominado por expertos. En efecto, se habla de un “*ciudadano educado y exigente*”, pero también se habla que su inclusión en las decisiones públicas resulta imprescindible “*aún a riesgo de ser menos eficaces*”.

En base a lo expuesto, es posible inferir que la participación del ciudadano–usuario en el proceso de toma de decisiones del órgano estatal de regulación y control de los servicios públicos depende de la manera que se conciba a la Administración Pública.

Ahora bien, esa manera de concebir a la Administración no depende de la perspectiva de análisis de un investigador ni de la elaboración de ingeniosos e inteligentes cuadros teóricos.

Antes bien, la manera de concebir la Administración de manera diferente, con inclusión de los ciudadanos en el proceso de decisiones, entendemos que aparece como una exigencia de la crisis de legitimidad que afecta a las instituciones públicas.

En otras palabras, no siendo ya bastante la legitimidad tradicional, es una exigencia de la realidad social en la que la Administración está inserta, que la participación social–o ciudadana– sea mayor.

La participación del ciudadano en las funciones de control y regulación deben interpretarse como una exigencia social antes que una elaboración intelectual prescriptiva.

Pero, a su vez, impone al ciudadano un conocimiento mayor. Un conocimiento que torne viable la participación que él mismo reclama. Es por ello que más abajo nos ocuparemos de la educación del ciudadano–usuario–.

Si se repara que los Entes reguladores y de control significan una restricción que se imponen a sí mismos los órganos legitimados directamente por el sufragio popular–Poder Ejecutivo y Poder Legislativo–, los cuales delegan funciones de regulación, de control y hasta jurisdiccionales, en cuerpos independientes constituidos por expertos, se aprecia mejor la necesidad de la participación ciudadana en dichos cuerpos como requerimiento de mayor presencia de quienes, se supone, invisten mejor representatividad de los intereses que a ellos competen.

Si la delegación significa menos legitimidad para mayor eficacia, la participación ciudadana significa mayor legitimidad con la probabilidad de menor eficacia.

2.3. El carácter de la representación de las asociaciones de consumidores y usuarios.

El art. 42 de la Constitución Nacional reconoce, o, más bien otorga, la *necesaria participación* en los organismos de control, a “*las asociaciones de consumidores o usuarios*”.

Aquí la Constitución acuerda ese derecho de participación a un sujeto colectivo, no a un sujeto individual. Esto es, a las asociaciones, no a los consumidores o usuarios individualmente considerados.

El constituyente no ha reparado que el plexo de las declaraciones, derechos y garantías previsto en la Constitución consideraba a la persona individual como aquella que merecía el reconocimiento de aquellas declaraciones, derechos y garantías, entre los cuales se encontraba, ciertamente, el derecho “*de asociarse con fines útiles*” (art. 14 C.N.).

Pero también los “*Nuevos Derechos y Garantías*” que incorporó el constituyente reformador en 1994 reconocen a la persona individual, en su carácter de ciudadano, habitante, consumidor o usuario, la titularidad y ejercicio de tales nuevos derechos y garantías, con la única excepción de la constitucionalización de los partidos políticos.

No deja de ser una curiosidad, y hasta una contradicción, que el mismo artículo 42 que comienza reconociendo una serie de derechos a los consumidores y usuarios de bienes y servicios –esto es, a personas individuales–, concluya restringiendo su derecho a participar en los órganos de control, toda vez que ese derecho se acuerda a “*las asociaciones de consumidores y usuarios*” y no a los consumidores y usuarios en general.

Posiblemente hubiera sido más acertado dejar a la ley, que la misma determinara que debían –o no– ser las asociaciones, y no las personas individuales, las que tenían capacidad jurídica para participar en los órganos de control.

Pero como es la propia Constitución la que dispone la participación de las asociaciones de consumidores y usuarios en los organismos de control, ello nos lleva a la necesaria constatación de la representatividad que invisten tales asociaciones.

La cuestión de la representatividad de tales asociaciones merece algunas precisiones.

En efecto, tales asociaciones normalmente se constituyen para defender determinados intereses. Su fuente está dada por la relación de bienes y de servicios que vincula al proveedor de tales bienes y de tales servicios con quien, respectivamente, consume tales bienes o es usuario de tales servicios.

En la República Argentina, ha sido ley, la cual tenía vigencia con anterioridad a la reforma constitucional que incluyera el texto del art. 42

ya referido, la que establece quién es consumidor o usuario y cuáles son las condiciones de existencia de las asociaciones de consumidores.

En efecto, la ley nro. 24.240, vigente desde el 15 de octubre de 1992, –denominada de defensa del consumidor–, en su art. 1º dispone que *“Se consideran consumidores o usuarios, las personas físicas o jurídicas que contratan a título oneroso para su consumo final o beneficio propio o de su grupo familiar o social:.... inc. b) La prestación de servicios....”*⁴.

A su vez, en el art. 2º, conceptúa a los *“proveedores de cosas o servicios”* de la siguiente manera: *“Quedan obligados al cumplimiento de esta ley todas las personas físicas o jurídicas, de naturaleza pública o privada que, en forma profesional, aún ocasionalmente, produzcan, importen, distribuyan o comercialicen cosas o presten servicios a consumidores o usuarios....”*⁵.

Ciertamente que la prestación de servicios configurativa del concepto de consumidor o usuario incluye a los servicios públicos.

Es de advertir, entonces, el concepto legal de consumidor o usuario supone un contrato con un proveedor, en nuestro caso, de servicios públicos, que debe ser a título oneroso y a través del cual se persigue un determinado uso, goce o beneficio propio o de su grupo familiar, o social si fuere una persona jurídica.

Aquello que determina el concepto de consumidor o usuario es, pues, el beneficio que espera obtener a través de un relacionamiento contractual bilateral, pagando, por ese servicio, una determinada suma de dinero.

No persigue satisfacer un interés general. Persigue satisfacer un interés propio, no obstante el carácter público del servicio que recibe.

⁴ El art. 1º de la ley nro. 24.240 expresa: *“1º: Objeto. La presente ley tiene por objeto la defensa de los consumidores o usuarios. Se consideran consumidores o usuarios, las personas físicas o jurídicas que contratan a título oneroso para su consumo final o beneficio propio o de su grupo familiar o social: a) La adquisición o locación de cosas muebles; b) La prestación de servicios; c) La adquisición de inmuebles nuevos destinados a vivienda, incluso los lotes de terreno adquiridos con el mismo fin, cuando la oferta sea pública y dirigida a personas indeterminadas.”*

⁵ El art. 2º de la ley nro. 24.240 expresa: *“2º: Proveedores de cosas o servicios. Quedan obligados al cumplimiento de esta ley todas las personas físicas o jurídicas, de naturaleza pública o privada que, en forma profesional, aún ocasionalmente, produzcan, importen, distribuyan o comercialicen cosas o presten servicios a consumidores o usuarios. Se excluyen del ámbito de esta ley los contratos realizados entre consumidores cuyo objeto sean cosas usadas. No tendrán el carácter de consumidores o usuarios, quienes adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios para integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros. No están comprendidos en esta ley los servicios de profesionales liberales que requieran para su ejercicio título universitario y matrícula otorgada por colegios profesionales reconocidos oficialmente o autoridad facultada para ello, pero sí la publicidad que se haga de su ofrecimiento.”*

Es claro que el precio, la calidad y, en general, las condiciones de prestación del servicio que recibe, forman parte del contenido de la relación contractual.

Por lo tanto, las asociaciones de consumidores o usuarios significan formas sociales aglutinadas en función de los intereses propios que persiguen cada uno de sus miembros, a partir de una forma organizada susceptible de multiplicar la intensidad de la fuerza de tales intereses para que no se vean relegados a una mera sumatoria de los mismos.

Si hubiéramos de encasillar tales asociaciones dentro de la tipología de Ferdinand Tönnies, las mismas se adecuarían más bien a la forma societaria que a la comunitaria.

Y ello porque el fundamento de la inserción de cada miembro en tales asociaciones obedece principalmente a su conciencia racional tendiente a la satisfacción de un fin, a saber, mejorar prestaciones de servicios a cambio de precios, en lo posible que mejor lo beneficien.

La circunstancia consistente en que tales asociaciones puedan desarrollar vínculos solidarios o de ayuda recíproca, descansa, a nuestro entender, en una lógica del *do ut des* propia de la forma societaria, antes que en valores esenciales que comprometen su ser, aspecto éste característico de la forma comunitaria o “grupo esencial”⁶.

La razonabilidad de las reflexiones precedentes aparece constatada por el requisito que marca la ley nro. 24.240 para que las asociaciones se encuentren capacitadas o *legitimadas* para accionar en defensa de los consumidores, en su art. 55, en cuanto sostiene: **“Legitimación. Las asociaciones de consumidores constituidas como personas jurídicas están legitimadas para accionar cuando resulten objetivamente afectados o amenazados intereses de los consumidores....”**⁷

⁶ Haciendo referencia a la caracterización de los respectivos grupos “sociedad” y “comunidad” expuestos en 1887 por el sociólogo alemán Ferdinand Tönnies en su obra *“Comunidad y Sociedad” - “Gemeinschaft und Gesellsechaft”*, Hermann Heller, en su *“Teoría del Estado”*, nos dice: *“El individuo pertenece a la sociedad únicamente por su conciencia racional tendiente a un fin. Los vínculos más sustanciales de la comunidad se hallan, en cambio, fuera de la razón y, especialmente, los de sangre, la tierra y el haber vencido conjuntamente las dificultades de la vida, es decir, la “comunidad de sangre”, la “vecindad” y la “cooperación”... A diferencia de la comunidad, la sociedad es una creación del arbitrio conciente, de la “voluntad del arbitrio”. En la comunidad, que abarca capas más profundas y extensas del individuo, predomina la “voluntad esencial”. En el “grupo esencial” el individuo no se halla inserto mediante actos parciales que pueden ser aislados, como acaece en el “grupo final”, sino según importantes porciones vitales de su ser. No se trata de una vinculación plenamente dependiente del arbitrio, sino que es una forma existencial de vida.”* (1998:126).

⁷ El art. 55 de la ley nro. 24.240 expresa: **“Legitimación. Las asociaciones de consumidores constituidas como personas jurídicas están legitimadas para accionar cuando resulten objetivamente afectados o amenazados intereses de los consumidores, sin perjuicio de la intervención del usuario o consumidor prevista en el segundo párrafo del art. 58.”**

Esto es, son los intereses de los consumidores –o usuarios– la esencia de tales asociaciones, pues es la afectación –o amenaza de afectación– de tales intereses, el requisito de actuación legítima de las mismas. Entendemos que es requisito de su accionar tanto en el ámbito público –por ejemplo, en sede judicial o administrativa– cuanto en el ámbito privado –por ejemplo, ante proveedores u operadores privados–.

Las asociaciones de consumidores o usuarios están determinada, pues, por intereses privados de sus miembros.

Tales asociaciones representan intereses sectoriales, no generales de la población, aun cuando invoquen intereses de toda la población.

A nuestro entender, debemos ser cuidadosos en pretender observar los intereses generales del pueblo –o de los ciudadanos– a partir de los intereses de los usuarios.

No son representantes del pueblo. Su representatividad, en el supuesto que la invistan, es la de los usuarios o consumidores contractualmente ligados a los operadores o proveedores privados. Su interés es económico, privado, determinado por la profesionalidad del proveedor de servicios, antes que por la satisfacción de los intereses generales, aunque de manera mediata puedan proponérselo y perseguirlos.

Revisten, pues, una de las formas de los grupos profesionales.

Y aquí creemos que es necesario no confundirse con la naturaleza pública del servicio que el consumidor o usuario recibe o se beneficia.

Para la protección de ese *servicio público* está el Estado, que vela por los intereses generales, y no sectoriales, de toda la población. De ahí la singular trascendencia de la regulación y control de tales servicios por parte de organismos especializados pertenecientes al Estado. Y de allí también, la complejidad de la inserción en esa regulación y control del servicio público, el cual debe tener en miras el interés general, por parte de asociaciones que tienen en miras el interés particular de sus miembros, aun cuando, como se dijo, de manera mediata, puedan tener presente el bien general.

Asimismo es de tener en cuenta que la circunstancia de que el usuario deba ser tratado como ciudadano, no significa que se pueda elaborar un concepto de ciudadanía, expresión del pueblo o de la nación –esto es, de un ente colectivo en cuyo nombre se formula una voluntad estatal que atiende los intereses generales de ese ente colectivo–, a partir de la noción de usuario, predeterminada por el uso de un servicio determinado.

Con todo acierto, Olías de Lima Gete, ya citada, nos dice: “La posibilidad de reconstituir un nuevo concepto de ciudadanía a partir del consumidor es problemática. Para empezar, la capacidad del usuario para expresar sus deseos y necesidades está condicionada por la misma oferta del servicio. Habría que comenzar por conocer cuáles son los deseos de los ciudadanos y, luego implementarlos de la manera más eficiente. Pero, sobre todo, la calidad de vida y el fortalecimiento de los valores democráticos **sólo en una cierta medida** tienen que ver con la calidad de los servicios. Contemplar al ciudadano básicamente como un cliente significa ignorar su vertiente política y su capacidad de compromiso con los valores de la sociedad en la que se quiere vivir” (2002:232, resaltado nos pertenece).

El rol activo del usuario como copartícipe de una decisión estatal debe, pues, tener como presupuesto las precisiones conceptuales antes expuestas.

2.4. La educación del consumidor o del usuario como condición de existencia de las asociaciones según el marco legal.

Resulta de particular importancia a los efectos de nuestro trabajo la circunstancia de que en la República Argentina, las asociaciones de consumidores o usuarios para ser autorizadas para funcionar, deben tener como finalidad no sólo la defensa y la información del consumidor, sino su educación.

Tal es lo que dispone el art. 56 de la ley nro. 24.240: “**Autorización para funcionar.** Las organizaciones que tengan como **finalidad** la defensa, información y educación del consumidor, deberán requerir autorización a la autoridad de aplicación para funcionar como tales....”. En esa misma disposición se enuncian los propósitos u objetivos que permiten presumir que se cumple con aquellos fines, mencionando, entre ellos “b) Proponer a los organismos competentes el dictado de normas jurídicas o medidas de carácter administrativo o legal, destinadas a proteger o a **educar** a los consumidores.... h) **Promover la educación del consumidor....**”⁸.

⁸ El art. 56 de la ley nro. 24.240 expresa: “**Autorización para funcionar.** Las organizaciones que tengan como finalidad la defensa, información y educación del consumidor, deberán requerir autorización a la autoridad de aplicación para funcionar como tales. Se entenderá que cumplen con dicho objetivo, cuando sus fines sean los siguientes: a) Velar por el fiel cumplimiento de las leyes, decretos y resoluciones de carácter nacional, provincial o municipal, que hayan sido dictadas para proteger al consumidor; b) Proponer a los organismos competentes el dictado de normas jurídicas o medidas de carácter administrativo o legal, destinadas a proteger o a educar a los consumidores; c) Colaborar con los organismos oficia-

Asimismo, la ley nro. 24.240 contiene un capítulo específico –el capítulo 16– que lleva por acápite “*Educación del consumidor*”. Si bien en este capítulo se establece como función del Estado –nacional, provincial y municipal– la tarea de educación del consumidor, también se establece que el Estado debe fomentar la creación y el funcionamiento de las asociaciones de consumidores y la participación de la comunidad en ellas (art. 60)⁹. Y en este capítulo 16 existe una disposición que determina que la “**formación del consumidor debe tender a impulsarlo para que desempeñe un papel activo que regule, oriente y transforme el mercado a través de sus decisiones**” (art. 61, inc. d)¹⁰.

Está claro, entonces, que la necesidad de contar con consumidores educados, esto es, conocedores de las dimensiones que reviste la relación de consumo y de servicios, adquiere el rango de condición necesaria para que participe activamente en la regulación, orientación y transformación del mercado a través de sus decisiones.

Por tanto, resulta imperativo para las asociaciones, como condición de su existencia, tener como fin la educación del consumidor.

Precisamente es el nivel de formación que revelen los ciudadanos–usuarios, el principal motivo para una demanda de cambio en la estructuración jerárquica del organismo administrativo público que debe velar por la correcta prestación de los servicios públicos y, a

les o privados, técnicos o consultivos para el perfeccionamiento de la legislación del consumidor o materia inherente a ellos; d) Recibir reclamaciones de consumidores y promover soluciones amigables entre ellos y los responsables del reclamo; e) Defender y representar los intereses de los consumidores, ante la justicia, autoridad de aplicación y/u otros organismos oficiales o privados; f) Asesorar a los consumidores sobre el consumo de bienes y/o uso de servicios, precios, condiciones de compra, calidad y otras materias de interés; g) Organizar, realizar y divulgar estudios de mercado, de control de calidad, estadísticas de precios y suministrar toda otra información de interés para los consumidores. En los estudios sobre controles de calidad, previo a su divulgación, se requerirá la certificación de los mismos por los organismos de contralor correspondientes, quienes se expedirán en los plazos que establezca la reglamentación; h) Promover la educación del consumidor; i) Realizar cualquier otra actividad tendiente a la defensa o protección de los intereses del consumidor”.

⁹ El art. 60 de la ley nro. 24.240 expresa: “**Planes educativos.** Incumbe al Estado nacional, las provincias y municipalidades, la formulación de planes generales de educación para el consumo y su difusión pública, fomentando la creación y el funcionamiento de las asociaciones de consumidores y la participación de la comunidad en ellas, debiendo propender a que dentro de los planes oficiales de educación primaria y media se enseñen los preceptos y alcances de esta ley.”

¹⁰ El art. 61 de la ley nro. 24.240 expresa: “**Formación del consumidor.** La formación del consumidor debe tender a: a) Hacerle conocer, comprender y adquirir habilidades para ayudarlo a evaluar las alternativas y emplear sus recursos en forma eficiente; b) Facilitar la comprensión y utilización de información sobre temas inherentes al consumidor; c) Orientarlo a prevenir los riesgos que puedan derivarse del consumo de productos o de la utilización de servicios; d) Impulsarlo para que desempeñe un papel activo que regule, oriente y transforme el mercado a través de sus decisiones.”

través de ello, de sus intereses sectoriales, demanda de cambio que conlleva el requerimiento de participar activamente en tales organismos horizontalizándolos.

No se trata de que su educación consista en una mejor información acerca del servicio –o producto– que se utiliza, de su calidad, de la relación precio–servicio o producto, de las condiciones de prestación del servicio. Todo ello es información bajo el supuesto de un sujeto pasivo.

Hemos visto que la ley, acumulativamente, exige que las asociaciones de consumidores, además de informar y defender, eduquen. Esto es, que pongan al consumidor o usuario en condiciones de asumir un rol activo.

Y entendemos que ese rol activo de las asociaciones no puede reducirse en la función de un operador cultural, sino que reclama de las asociaciones cumplir con la misión de transformar al usuario a través de la educación, en un actor susceptible de participar en el proceso institucional de regulación y control. Esto es, de superar el escenario de la demanda social para colocarlo en el de la decisión estatal.

3. Algunos aspectos de la realidad de las asociaciones de consumidores y usuarios en la República Argentina

La ley nro. 24.240 antes referida fue reglamentada por el decreto nro. 1798 dictado por el Poder Ejecutivo Nacional y vigente desde el mes de octubre de 1994.

Por dicho decreto, en su art. 55, “*se crea el Registro Nacional de Asociaciones de Consumidores, las que, para funcionar, deberán estar inscriptas en el mismo*”.

Para el mes de febrero de 2004 se encontraban inscriptas diecinueve (19) asociaciones de consumidores y usuarios a nivel nacional, lo cual significa que debían operar en más de una jurisdicción provincial o federal.

Ahora bien, entre los requisitos de mantenimiento para funcionar, las asociaciones deben contestar a un formulario que la Dirección del Registro Nacional de Asociaciones de Consumidores les presenta anualmente y que es configurativo de la denominada “Encuesta anual a las asociaciones de consumidores”¹¹.

¹¹ Para la obtención de estos datos nos ha resultado de clara utilidad la investigación llevada a cabo, bajo nuestra dirección, por Santiago Díaz Cafferata sobre “*Participación de los usuarios y de las asociaciones de consumidores en los entes reguladores de servicios públicos - Informe Final*” presentado en febrero de 2004 ante el Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba.

Es de advertir que de las 19 asociaciones inscriptas, en el año 2000 contestaron sólo 14 y, en 2001 y 2002, 16 asociaciones.

De los datos proporcionados por el propio Registro Nacional precitado respecto de las 16 asociaciones que contestaron la Encuesta en el año 2000, en aquello que a nosotros nos interesa –representatividad y educación–, podemos constatar:

a) Cantidad total de socios, domicilio de la Sede Central y cantidad de filiales.

	<u>Cantidad Total de Socios</u>	<u>Domicilio Sede Central</u>	<u>Cantidad de Filiales</u>
Asociación A	3500	Ciudad de Buenos Aires	8
Asociación B	1170	Salta	2
Asociación C	3545	Ciudad de Buenos Aires	9
Asociación D	83	Ciudad de Buenos Aires	
Asociación E	202	Formosa	
Asociación F	1404	Ciudad de Buenos Aires	17
Asociación G	No informa	Ciudad de Buenos Aires	
Asociación H	87553*	Ciudad de Buenos Aires	9
Asociación I	201	Córdoba	4
Asociación J	135	Ciudad de Buenos Aires	6
Asociación K	10	Ciudad de Buenos Aires	4
Asociación L	613	Ciudad de Buenos Aires	3
Asociación M	80	Ciudad de Buenos Aires	2
Asociación N	1540	Ciudad de Buenos Aires	20
Asociación O	825	Quilmes, Pcia. de Buenos Aires	3
Asociación P	45	Ciudad de Buenos Aires	1

* En la encuesta del año 2000 sobre 87.840 socios, se aclara que sólo 60 se encuentran activos.

b) Gastos denunciados en campañas de educación e información.

Asociación A	\$ 105.863
Asociación B	\$ 3.800
Asociación C	No informa
Asociación D	\$ 20
Asociación E	\$ 560
Asociación F	\$ 2.500
Asociación G	No informa

Asociación H	\$ 15.000
Asociación I	\$ 6.480
Asociación J	No informa
Asociación K	\$ 2.400
Asociación L	No informa
Asociación M	\$ 2.800
Asociación N	\$ 2.345
Asociación O	\$ 299,45
Asociación P	No informa

c) Evaluación de los datos consignados en “a) Cantidad total de socios, domicilio de la Sede Central y cantidad de filiales”.

Los datos transcritos revelan la escasa membresía que las asociaciones de consumidores y usuarios son susceptibles de mostrar.

Si tenemos en cuenta que la ley nro. 24.240 data de 1992, si bien su reglamentación, como se dijo, se remonta a 1994, se advertirá que después de largos ocho años, si tomamos en cuenta las respectivas fechas de la reglamentación y de la Encuesta de 2002, las asociaciones muestran poca respuesta por parte de la población.

En efecto, de las 16 asociaciones de las que poseemos datos, 15 tienen menos de 4.000 socios. De esas 15, 4 no llegan siquiera a 100 (casos D; K; M; P); 5 tienen menos de 1.000 socios (casos E; I; J; L; O); 5 tienen menos de 3.600 socios (casos A; B; C; F; N) y una no informa sobre cantidad de socios (caso G). Pero en la que revela poseer 87.553 (caso H), en la encuesta contestada en el año 2000 manifestaba esa misma asociación poseer 87.840 socios, con la específica aclaración que permanecían activos sólo 60 socios.

Tan escasa membresía, a su vez, debe ser distribuida en diversas jurisdicciones, además de aquélla en la que se domicilia su Sede Central. Es por ello que entre los datos seleccionados, nos ha parecido pertinente mostrar el número de filiales que denuncian las asociaciones.

No deja de resultar curioso que, en el caso de la asociación K, denuncie 10 socios distribuidos en la Ciudad de Buenos Aires y en 4 filiales.

Asimismo, los datos revelan una alta concentración de las asociaciones en núcleos de alta densidad poblacional. En efecto, de las 103 filiales denunciadas por las 16 asociaciones referidas, una considerable proporción se concentra en tales núcleos urbanos, toda vez que 41 tienen su sede en la Provincia de Buenos Aires; 16 en Capital Federal; 11 en Santa Fe; 7 en Córdoba; 4 en Salta y 4 en Mendoza. No obstante ello, la membresía, como se dijo, es escasa.

De lo expuesto se infiere que tanto numérica cuanto territorialmente las asociaciones de consumidores y usuarios denotan representatividad marcadamente débil.

Si se comparan los datos expresados en las encuestas respecto del número de asociados que tales asociaciones revelan con el universo *real* de consumidores y usuarios de servicios públicos, el cual debiera contarse previsiblemente por millones y si, además, pretendiésemos comprender el carácter representativo de tales asociaciones a partir de la aplicación del *principio democrático de la mayoría real* de los consumidores y usuarios de servicios públicos concluiríamos advirtiendo una virtual ausencia de representatividad genuina por parte de tales asociaciones o, a lo sumo, una representatividad débil en extremo.

Si, a su vez, en este escenario advertimos que los intereses sectoriales que las mismas invocan representar, distan de suponer una total homogeneidad, toda vez que, por ejemplo, algunos usuarios pueden priorizar el interés por el precio del servicio, mientras que otros pueden priorizar el interés por su calidad o por su regularidad o por cualquier otra condición de prestación, se advertirá que las mismas son susceptibles de encerrar los antagonismos o heterogeneidad propia de cualquier organización social, agregaríamos un factor susceptible de resentir aún más la representatividad que de las mismas se ha pretendido sostener, toda vez que esta representatividad descansa sobre la hipótesis de representación de intereses internos homogéneos y no sobre intereses internos contradictorios.

Por otro lado, lamentablemente no disponemos de datos sobre su movilidad y democratización interna, pero no sería desmesurado suponer –al menos hipotéticamente– que en ellas también puede cumplirse la ley de hierro de las oligarquías de Michels.

Por tanto, el análisis de la realidad de las asociaciones nos lleva a advertir el débil carácter representativo que las mismas invisten.

d) Evaluación de los datos consignados en “b) Gastos denunciados en campañas de educación e información”.

En cuanto al cumplimiento de las finalidades que dan sentido a su existencia –defensa, información y educación del consumidor–, de las cuales nos interesa, a los efectos del presente trabajo la educación, el dato más significativo que disponemos es la imputación dineraria que se efectúa a este fin.

Y a este respecto la imputación dineraria que denuncian las asociaciones no distingue cuánto se destina a educación y cuánto a información, ni menos qué ha entendido cada asociación por educación, esto es, si se trata de cursos con algún tipo de metodología y temario; de

trabajos de taller; de charlas o conferencias ilustrativas; si se utiliza algún tipo de bibliografía o soporte; si existió alguna forma de evaluación; si se trataron de audiencias masivas o, por el contrario, de participantes limitados; si se impartieron nociones básicas sobre los servicios públicos, sobre su calidad, su prestación, sus estructuras tarifarias, sus órganos de regulación y control, sus derechos en cuanto a usuarios, etc.

Sin embargo, creemos que algunas conclusiones podemos sacar del escaso material disponible.

Ello así porque de las 16 asociaciones mencionadas, 5 no contestan sobre gastos en “*campañas de educación – información al consumidor*” (casos C; G; J; L; P); 8 manifiestan haber gastado, previsiblemente en un período anual, menos de \$ 4.000 (casos B; D; E; F; K; M; N; O), entre las cuales algunas manifiestan haber destinado sumas insignificantes, como por ejemplo \$ 20 ó \$ 299,45 (casos D y O, respectivamente) y, de las 3 restantes, la primera manifiesta haber imputado la suma de \$ 105.863 (caso A), la segunda \$ 15.000 (caso H) y la tercera, \$ 6.480 (caso I).

Tratándose de encuestas correspondientes al año 2002, en cuyo inicio se abandonó el régimen de convertibilidad existente en la Argentina que había establecido la ley nro. 23.928 del 1º de abril de 1991, el cual imponía la prohibición de emitir moneda nacional sin cobertura en una relación de paridad uno a uno con el dólar estadounidense billete, es previsible que las encuestas reflejen una moneda nacional ya devaluada en una relación que, para 2002, oscilaba entre 1 dólar estadounidense billete igual a 3 y hasta 4 pesos moneda nacional.

La anotación precedente refleja, en términos de valor dólar, el escaso monto que se destinó a educación–información del consumidor y usuario.

Pero aun en términos de relación de paridad con la moneda estadounidense, la imputación a educación–información es insignificante.

Si a ello agregamos que la mayor imputación dineraria denunciada –\$ 105.863– corresponde a una asociación cuyo total de asociados sólo llega a 3.500 (caso A) y que cuenta, además de la Sede Central en la Ciudad de Buenos Aires, con sólo 8 filiales en el país, es razonable suponer la limitada eficacia que la inversión de tales fondos tuvieron en el indiferenciado rubro educación–información.

Ciertamente que de las encuestas proporcionadas por el Registro Nacional de Asociaciones de Consumidores conteniendo los datos consignados por las propias asociaciones no existe dato alguno sobre evaluación de resultados de la actividad de educación–información desarrollados por tales asociaciones.

Sin embargo, con los datos analizados creo que podemos concluir sosteniendo que la posibilidad que las asociaciones hayan cum-

plido con la finalidad de mejorar cualitativamente la educación de los consumidores y usuarios es insignificante o nula en relación al universo real de los mismos.

Menos se podría suponer que, en base a tal educación, se habría puesto a los usuarios, en particular, en condiciones de experticia suficiente acorde a la toma de decisiones que un Ente Regulador y de Control de servicios públicos supone.

Entendemos, entonces, que existe un largo trecho entre la idea de una “ciudadanía más educada” y la realidad de un usuario más educado y entrenado para participar en decisiones sobre prestación de servicios públicos.

En consecuencia, tanto en materia de representatividad cuanto en materia de educación o, podríamos decir con cierta libertad y amplitud, representatividad cualitativa, la realidad nos muestra un escenario bastante distante del espíritu del postulado constitucional ya referido y de las elaboraciones teóricas y conceptuales sobre representación y participación del usuario en los Entes de Regulación y Control.

En efecto, si todo ello es así, la evaluación que nos merece la realidad de tales asociaciones difiere notablemente con la “*necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios en los organismos de control*” que prescribe el art. 42 de la Constitución Nacional, cuyo espíritu descansa sobre la supuesta representatividad que invertirían tales asociaciones.

Pero también nos llega el análisis que aquellos datos empíricos imponen, a quienes nos ocupamos de sostener la participación del usuario en el proceso de toma de decisiones de un Ente Regulador y de Control.

Deber ser y ser revelan siempre una relación de tensión. Pero para estar mejor preparados para defender un determinado deber ser, creemos que es necesario conocer mejor la realidad donde descansa el ser.

Bibliografía: Barbará, Jorge Edmundo: “*Privatización y participación: diseño institucional y control horizontal en entes reguladores*”, Revista “Contribuciones”, Konrad Adenauer Stiftung A.C., Centro Interdisciplinario de Estudios sobre el Desarrollo Latinoamericano (CIEDLA), Nro. 4, Año 2000, Buenos Aires; Heller, Hermann: “*Teoría del Estado*”, Fondo de Cultura Económica, Méjico, 1998; Heywood, Stuart y Rodríguez, Jeff: “*Un Nuevo paradigma para la gestión pública*”, en “*El Rediseño del Estado para el desarrollo socioeconómico y el cambio. Una agenda estratégica para la discusión*”, en “*El Rediseño del Estado. Una perspectiva internacional*”, ob. cit. en “Kliksberg, Bernardo”; Kliksberg, Bernardo: “*El Rediseño del Estado para el desarrollo socioeconómico y el cambio. Una agenda estratégica para la discusión*”, en “*El Rediseño del Estado. Una perspectiva internacional*”, Fondo de Cultura Económica, Méjico, 1994; Olías de Lima Gete, Blanca: “*La mejora de los servicios públicos y la revisión de las relaciones entre la administración y el ciudadano: Las Cartas de Servicios*”, Revista del CIAD Reforma y Democracia, Nro. 25, 2003; Osborne, David y Gaebler, Ted: “*La reinención del gobierno*”, Paidós, Buenos Aires-Barcelona, 1992.

REFORMA A LA LEY DE CONCURSOS Y QUIEBRAS – LEY 26.086 – IMPACTO SOBRE LOS CRÉDITOS LABORALES*

**(THE AIDS AND BANKRUPTCIES LAW AMENDMENT – LAW 26086 –
ITS IMPACT ON LABOR CREDITS)**

*Ricardo S. Bianciotti***

RESUMEN: Se analiza el objetivo de la reforma a la Ley de Concursos y Quiebras en su mayor protección sobre los créditos de los trabajadores, ampliando los supuestos de pronto pagos existentes, reseñando la tendencia sobre protectora de los créditos laborales que emerge en la nueva doctrina judicial de la Corte. Las opciones que tienen los acreedores laborales para hacer efectivos sus créditos; el acotamiento al fuero de atracción; el aumento de funciones de la Sindicatura; la posibilidad de afectar el 1% mensual del ingreso bruto de la concursada, deducidos los gastos de conservación de la empresa, para satisfacer los pronto pagos; la ampliación del curso de la prescripción; el acierto en la derogación del Comité Provisorio de Acreedores y la exclusión de causas laborales del fuero de atracción en el Acuerdo Preventivo Extrajudicial.

PALABRAS CLAVE: Concursos y quiebras – Pronto pago laboral – Fuero de atracción – Síndico

1.–Objetivos de la reforma

El objetivo principal de la reforma está centralizado en el tratamiento de las cuestiones laborales, por cuanto la crisis de la Argentina

* El autor agradece la colaboración de HÉCTOR MARENCHINO y GONZALO GALÍNDEZ en la búsqueda de doctrina y jurisprudencia.

** Especialista en Derecho Procesal Civil de la Facultad de derecho y Ciencias Sociales UNC. Investigador por concurso del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de derecho y Ciencias Sociales UNC. Juez de Concursos y Sociedades N° 5 de Córdoba.

post 2001 afectó todos los valores sociales y jurídicos. La ley 26.086¹ que reformó la actual Ley de Concursos y Quiebras N° 24.522 intenta solucionar algunas cuestiones prácticas de la ley falimentaria vigente –atendiendo principalmente a las necesidades de descongestionar el fuero comercial de la Capital Federal– e impregnar a la misma de una corriente ideológica protectoria de los créditos laborales, que ahora surge con nuevo énfasis.

Dicha reforma tiene como antecedente directo dos proyectos de ley del año 2001², creados en reacción ante la gran crisis macroeconómica argentina y que –al igual que la Ley de Emergencia Pública N° 25.561³ con sus modificatorias⁴ y demás Decretos reglamentarios⁵– fue pensada como un instrumento jurídico de operación directa sobre la realidad que intenta modificar, con fines protectorios del trabajador de la empresa en crisis, efectivamente empleado o ya despedido.

2.– Sinopsis

La ley 26.086 intenta: a) una mayor protección de los derechos de los trabajadores –especialmente en lo que hace al régimen de pronto pago de los créditos que gocen de privilegio especial y general– ampliando, incluso, los supuestos (Ej. Sanciones por retención de aportes a

¹ El 22 de Marzo de 2006, el Congreso de la República Argentina sancionó la Ley 26.086, fue publicada en el Boletín Oficial el 11 de Abril de 2006.

² Proyecto de Ley S.2110/2001 (luego reproducido en el año 2003 por el S.2403/2003) modificatorio de la Ley N°24.522 de C. y Q. respecto al Concurso Preventivo presentado por la senadora Liliana T. Negre de Alonso; y Proyecto de Ley S.1139/2001 (reproducido por el S.1139/2002) modificatorio de las Leyes 24.522 -C. y Q.- y 20.744 –Contrato de Trabajo- a fin de excluir del fuero de atracción a las causas laborales, por la senadora Vilma Lidia Ibarra. (Senado de la Nación, *Diario de Asuntos Entrados*, Dirección de Publicaciones N° 155, Bs. As.: año 2002, p. 3122 y 1835; y año 2003, p. 3402). [Cit. por Negre de Alonso, Liliana T.: “Reformas a la Ley de Concursos Ley 26.086”, Ed. Rubinzal – Culzoni, año 2006, Sta. Fe, p.19]

³ Publicada en B.O. el 07/01/02; y prorrogada con sus modificatorias por ley Ley N° 25.972 -B.O. 17/12/2004- y actualmente por la Ley N° 26.077 -B.O. 10/1/2006- hasta el 31 de diciembre de 2006.

⁴ Ley N° 26.122 B.O. 28/7/2006; Ley N° 25.972 B.O. 17/12/2004; Ley N° 25.820 B.O. 4/12/2003; y Ley N°25.790 B.O.22/10/2003.

⁵ Decreto N° 214/2002 B.O. 04/02/2002; Decreto N° 320/2002 B.O. 15/02/2002 Decreto N° 410/2002 B.O. 08/03/2002; Decreto N° 883/2002 B.O. 29/5/2002; y Decreto N° 2639/2002 B.O. 20/12/2002; Decreto N° 1351/2003 B.O. 6/1/2004; Decreto N° 256/2003 B.O. 26/6/2003; Decreto N° 662/2003 B.O. 21/3/2003; Decreto N° 823/2004 B.O. 28/6/2004; Decreto N° 369/2004 B.O. 2/4/2004; Decreto N° 2014/2004 B.O. 7/1/2005; Decreto N° 1433/2005 B.O. 23/11/2005.

organismos de la Seguridad Social y/o gremiales –art. 132 bis LCT–, por ausencia o deficiente registración –arts. 8, 9, 10, 11 y 15 de la Ley 24.013–, por falta de entrega de certificados de servicio y aportes –art. 80 LCT–; indemnización especial por el despido con causa en embarazo o matrimonio –arts. 178, 180 y 182 LCT–, indemnizaciones agravadas por leyes motivadas en la emergencia pública –art. 1 y 2 de la Ley 25.323 y art. 16 de la ley 25.561); b) liberar la sobrecarga de trabajo que sufren los juzgados con competencia concursal, especialmente los de Capital Federal, en razón del fuero de atracción, que dispone reenviar algunos procesos atraídos a sus juzgados de origen –los juicios laborales, los de conocimiento y litisconsorcio– (Arts. 4 y 9, que modifican el art. 21 de la L.C.Q.); c) otorgar al trabajador, aparentes mayores garantías en relación con la resolución de sus conflictos al ser juzgados por jueces laborales que sostendrán los criterios propios de la especialidad el ‘principio protectorio’ del trabajador con sus tres reglas: in dubio pro operario, de la norma mas favorable y de la condición mas beneficiosa; y los principios de irrenunciabilidad de derechos, de gratuidad, de primacía de la realidad, de la prohibición de discriminaciones, de justicia social, entre otros y con una tendencia sobre protectora de los créditos laborales que emerge con fuerza en la nueva doctrina judicial plasmada a partir de la resolución de las causas Castillo⁶, Aquino⁷, Vizzoti⁸ y Milone⁹ por la renovada C.S.J.N.¹⁰. Son aparentes las mayores garantías por cuan-

⁶ “Castillo”, Fallos: 327:3610, del 07.09.04 en cuanto marcó que la Justicia Federal no tenía competencia en materia laboral.

⁷ “Aquino” en L.L. 2005-A, 16, Fallos 327:3753, en cuanto señaló que es inconstitucional la prohibición –establecida en la ley– de que el trabajador recurriera a la vía civil en caso de no estar de acuerdo con el resarcimiento que le otorgaba la ART, o sea al estándar de “insuficiente reparación” del art. 39 de la ley 24.557.

⁸ “Vizzoti”, Fallos 327:3677, del 14.09.04 en cuanto limitó el tope legal, de la base salarial prevista en los párrafos segundo y tercero del art. 245 de la Ley de Contrato de Trabajo, la Corte entiende que no resulta razonable, justo ni equitativo, que la base salarial prevista en el primer párrafo del citado art. 245 de la Ley de Contrato de Trabajo, vale decir, la mejor remuneración mensual normal y habitual percibida durante el último año o durante el tiempo de prestación de servicios si éste fuera menor, pueda verse reducida en más de un 33%, por imperio de su segundo y tercer párrafos. De acuerdo con ellos, dicha remuneración no podrá exceder el equivalente de tres veces el importe mensual de la suma que resulta del promedio de todas las remuneraciones previstas en el convenio colectivo de trabajo aplicable. La confiscatoriedad se produce cuando se excede el señalado porcentaje.

⁹ “Milone” Fallos 327:4607, dispuso que las indemnizaciones por accidentes laborales se abonen en un solo pago y no en cuotas, como autorizaba un artículo de la LRT, en la medida en que se privilegia el “objetivo reparador”.

¹⁰ Corte Suprema de Justicia de la Nación, integrada por los Dres. Petracchi - Belluscio - Fayt - Boggiano - Maqueda - Zaffaroni - Highton de Nolasco.

to esta protección tal vez podría tornarse ilusoria, ya que por la duración en su tramitación no verificarán tempestivamente, por ende, no serán parte de un posible acuerdo para acreedores privilegiados, y de existir éste, se le aplicaran las quitas y esperas del acuerdo homologado, conforme la doctrina de la misma C.S.J.N.¹¹ que *en discrepancia con el criterio de las instancias ordinarias, consideró que un verificador tardío quedaba sujeto a los términos del acuerdo preventivo homologado*; **d)** situación de los convenios colectivos en el concurso preventivo. El convenio se suspende de pleno derecho con la declaración de concurso, y sabemos que conforme doctrina y jurisprudencia hoy unánime, no se suspenden las cláusulas de seguridad e higiene; pues bien, con la ley 24.522, el juez por mandato legal, no tenía obligación alguna de tomar conocimiento de cual era el estado de situación de los trabajadores frente a esta norma, o sea si no obstante la suspensión se respetan las cláusulas de seguridad e higiene; ello sin dejar de reconocer que muchos magistrados toman la iniciativa y lo investigan¹². La reforma también contempla esta situación, y le impone al Síndico que en el informe sobre los pasivos, se pronuncie sobre la posición de los trabajadores frente a la suspensión de los convenios. **e)** ampliación de los plazos de prescripción de los créditos preconcursales de los conflictos no atraídos que tramitaron en fuero distinto del concursal¹³ (Art. 5, que modifica el art. 56 de la L.C.Q.); **f)** eliminación de la posible ingerencia de los acreedores en el control concursal durante la etapa verificatoria (Art. 3, al eliminar el Comité Provisorio de Acreedores del texto del anterior inc. 11, del art. 14 de la L.C.Q.); **g)** aumento de las funciones y responsabilidades Sindicales convirtiendo al Síndico concursal –por una nueva función otorgada– en un veedor para el manejo del pago de ciertas obligaciones del deudor –los pronto

¹¹ C.S.J.N. in re: Alcoholado Boye, Germán M. s/ Conc. Prev. del 25.11.03 LL 2004 C,143; JA. 2004-II, 95 y Niz Adolfo R. s/ Inc. de Verif. Tardía en Florio y Cía ICSA s/Conc. Prev. del 15.04.04 LL 2004 D,373.

¹² Negre de Alonso, Liliana T., ob. cit., El artículo 20 L.C.Q. establece que la apertura del concurso preventivo deja sin efecto- en realidad suspende porque fue un error del legislador – los convenios colectivos vigentes por el plazo de tres años o el del cumplimiento del acuerdo preventivo el que fuere menor. El objetivo del precepto es propugnar la negociación entre las partes – la empresa y la asociación sindical legitimada - de un convenio de crisis, a fin de poder mantener la fuente de trabajo y salir del estado de cesación de pagos.

¹³ Sus titulares, podrán peticionar su inclusión en el pasivo hasta los seis meses posteriores de haber quedado firme la sentencia, aunque haya transcurrido el plazo de dos años desde la presentación en concurso.

pago¹⁴ (Art. 2 –que incorpora un inc. 12 al art. 14 de la L.C.Q.– y Art. 3); por ello a los Síndicos en la resolución de apertura de un concurso preventivo se les requiere que presenten un informe laboral sobre: a) los pasivos laborales denunciados por el deudor; b) previa auditoría en la documentación legal y contable, adjunto un listado de créditos en condiciones de ser abonados con pronto pago e informe sobre la existencia de otros créditos laborales comprendidos en el pronto pago efectuando un plan de pago proporcional a los créditos y sus privilegios (art. 16 L.C.Q. modificado por ley 26.086); c) la situación futura de los trabajadores en relación de dependencia ante la suspensión del convenio colectivo ordenado por el art. 20 Ley 24.522 (art. 14 inc.11 L.C.Q. modificado por Ley 26.086). Y que emita un informe mensual sobre la evolución del concursado, si existen fondos líquidos disponibles a los efectos de abonar la totalidad de los pronto pagos o modificar el plan presentado (art. 16 L.C.Q. modificado por ley 26.086) y el cumplimiento de las normas legales y fiscales (art. 14 inc. 12 Ley 24.522 incorporado por el art. 2 de la Ley 26.086)¹⁵; y h) evitar ciertos abusos en los que habrían incurrido algunos deudores que recurrieron al instituto del acuerdo preventivo extrajudicial para reestructurar pasivos (Art. 6, de la ley 26.086 que modifica el art. 72 de la ley 24.522)¹⁶, hoy una vez admitido por el Juez el Acuerdo Preventivo Extrajudicial (APE) y ordenada la publicación de edictos, se suspenden los juicios de contenido patrimonial con exclusión de los juicios laborales que continúan su tramitación en su fuero del trabajo.

Se observa que el tema “laboral” es recurrente en la reforma realizada a la L.C.Q., es una de las *ratio* de la misma. Así, a los “juicios laborales” no sólo se los excluye del fuero de atracción –impuesto por el reformado art. 21 de la L.C.Q.– sino que se les brinda a los “accionantes laborales” la posibilidad de optar y suspender la tramitación del procedimiento del mismo concurriendo al fuero concursal por la vía vericatoria que estime conveniente –ya sea pronto pago del art. 16 L.C.Q. o verificación del art. 32 L.C.Q. o verificación tardía del art. 280 L.C.Q.–. De esta forma, los acreedores laborales ven ampliada al extremo las posibilidades de acción para el reconocimiento de su acreencia. Por otra parte, también para los juicios laborales, se modifica el esque-

¹⁴ Junyent Bas, Francisco, Flores, Fernando M. y Berardo, Mónica.: “Comentarios a la Reforma Concursal Ley 26.086”, Ed. Advocatus, Cba., año 2006, pág. 21.

¹⁵ In re: Juan Van Muylem S.A.-Concurso Preventivo- Sent. N°384 del 12.10.06. Juzgado de Concursos y Sociedades Nro. 5 de Córdoba a cargo del autor.

¹⁶ Vítolo, Daniel Roque: “Desaciertos en materia concursal: la ley 26.086”, Publicado en L.L. on line.

ma verificadorio en los concursos preventivos con la incorporación de la figura del pronto pago “de oficio”¹⁷.

3.– Opciones del acreedor laboral y acotamiento del fuero de atracción

Ahora bien, después de la reforma de la L.C.Q., cabe formularse la pregunta: ¿Cómo logra el reconocimiento y cobro de su crédito un trabajador despedido o el trabajador empleado con acreencia originada en la relación de trabajo, ante la presentación en concurso preventivo de su empleador?

Primero deberá distinguir si su “crédito laboral” tiene o no “*causa o título anterior a la presentación del concurso*”. Si el crédito es posterior, la presentación en concurso de su empleador en nada le afecta al momento de entablar las acciones judiciales respectivas, pues debe concurrir ante el fuero laboral y la tramitación ocurre por la vía que allí correspondiere. Ahora bien, si su crédito es *anterior* a la “presentación” del concurso preventivo debe atender a los arts. 21 y 32 de la L.C.Q. que devienen plenamente aplicables, para intentar su reconocimiento y pago.

El reformado art. 21 de la L.C.Q., establece: “*La apertura del concurso produce, a partir de la publicación de edictos, la suspensión del trámite de los juicios de contenido patrimonial contra el concursado por causa o título anterior a su presentación, y su radicación en el juzgado del concurso. No podrán deducirse nuevas acciones con fundamento en tales causas o títulos.– Quedan excluidos de los efectos antes mencionados: ...2. Los procesos de conocimiento en trámite y los juicios laborales, salvo que el actor opte por suspender el procedimiento y verificar su crédito conforme lo dispuesto por los artículos 32 y concordantes...*”.

De esta forma se invierte –en materia de atracción– la regla dada por la redacción anterior del mismo artículo, que era: la suspensión del trámite –etapa de conocimiento– y atracción obligatoria de todos los “juicios laborales” al fuero concursal¹⁸.

A su vez existe una cláusula transitoria en el art.9 de la reforma, sobre competencia material en el sentido que a los juicios excluidos del art. 21 se les aplica de inmediato, debiendo remitirse las actuaciones a la justicia originariamente competente, cuestión que ha resuelto la juris-

¹⁷ Junyent Bas, Francisco; Flores, Fernando M. y Berardo, Mónica: *Ob. cit.*, pág. 15.

¹⁸ Rouillon, Adolfo A. N.: “Régimen de Concursos y Quiebras – Ley 24.522”, Ed. Astrea, 3ª ed. actualizada y ampliada, año 1998, págs. 80/82.

prudencia al ordenar la radicación inmediata en el fuero del trabajo de los créditos laborales¹⁹; o la reasunción de la competencia declinada²⁰.

El plazo de 15 días hábiles del art. 9 de la Ley 26.086 para la remisión de los juicios a los Juzgados originariamente competentes, no prevé apercibimiento o sanción alguna en el supuesto de excederse el término, por lo cual se ha entendido que no se trata de un término de caducidad, cuya perentoriedad implique la *perpetuatio jurisdictionis*

¹⁹ Tal como sostiene el Sr. Fiscal General “las modificaciones introducidas por la ley 26.086 (B.O. 30844 del 11/4/2006) en el texto de los arts. 21, 132 y 133 de la L.C.Q., no permiten vacilación alguna en el sentido que los juicios laborales quedan exceptuados del desplazamiento de competencia que provoca el juicio universal, salvo que el actor opte por suspender el procedimiento y verificar su crédito conforme lo dispuesto por los arts. 32 y concordantes”. Asimismo, “la mencionada modificación legislativa resulta de aplicación inmediata, según se deduce de los términos de la cláusula transitoria contenida en el art. 9º de la ley citada, y que se trata de una norma de orden público en materia de competencia que rige aun en aquellos supuestos en los cuales se hubiese afirmado la aptitud jurisdiccional del Fuero Comercial en una resolución pasada en autoridad de cosa juzgada”. Por último, y teniendo en cuenta que de las constancias de la causa no surge que el accionante haya efectuado la opción prevista por el art. 4º de la ley 26.086 (modificatorio del art. 21 de la ley 24.522) la presente causa no se encuentra alcanzada por el “Fuero de atracción”. En virtud de lo expuesto, corresponde revocar la resolución de fs. 410 y declarar la competencia de la Justicia Nacional del Trabajo para entender en estos actuados. CNTrab., Sala IX - 28/04/2006. “Spina Leonardo Salvador c/ Banco de la Edificadora de Olavarría S.A. y otros s/ despido” (el Dial, 16/6/06).

²⁰ Que el Magistrado, rechazó el planteo de inconstitucionalidad de las citadas normas, declaró la incompetencia de la Justicia Nacional del Trabajo para continuar conociendo en la presente causa y dispuso su remisión al Juzgado donde tramita la quiebra de la codemandada Automotores Transportes Luján S.A. (fs. 95/99). Que ante la apelación de la parte actora (fs. 100/104) y la entrada en vigencia de la ley 26.086 (B.O. 30884 del 1/4/2006) se impone realizar un nuevo análisis del caso. Que en efecto, las modificaciones introducidas por el mencionado texto legal a los arts. 21, 132 y 133 de la ley 24.522, no permiten vacilación alguna en el sentido de que los juicios laborales quedan exceptuados del desplazamiento de competencia que provoca el juicio universal, “salvo que el actor opte por suspender el procedimiento y verificar su crédito conforme lo dispuesto por los arts. 32 y concordantes”. Que asimismo cabe señalar, que la mencionada modificación legislativa resulta de aplicación inmediata, según se deduce de los términos de la cláusula transitoria contenida en el art. 9 de la ley citada, y que se trata de una norma de orden público en materia de competencia que rige, aun en aquellos supuestos en los cuales se hubiese afirmado la aptitud jurisdiccional del Fuero Comercial en una resolución pasada en autoridad de cosa juzgada, por lo que carece de toda trascendencia la existencia de pronunciamientos firmes que hubiesen decidido la radicación de la causa con sustento en el texto originario de la ley 24.522.

Que por lo expuesto, corresponde dejar sin efecto la resolución de fs. 95/99 y ordenar que el Sr. Magistrado reasuma la competencia declinada. In re: Alessandria, Esteban D. y otros v. Transportes Automotores Luján SA y otros. Cámara Nacional de Apelacio-

del tribunal en el que tramita el juicio universal. El carácter de orden Público que caracteriza a la L.C.Q, prima sobre las reglas de índole procesal²¹.

Surge que, luego de la reforma de la L.C.Q., los juicios laborales ya iniciados “no se atraen ni se suspenden” a partir de la publicación de edictos de la sentencia de apertura del concurso y prosiguen su tramitación en sede laboral, salvo opción expresa del “acreedor laboral” de intentar la verificación de su crédito en el concurso, suspendiéndose en consecuencia dichas actuaciones e intentando otras actuaciones en sede concursal para la verificación directa de su crédito en el pasivo.

Por todo ello el “acreedor laboral” si fue reconocido su crédito por “pronto pago” en el concurso del deudor tendrá opción de: a) Aceptar la sentencia de admisión del pronto pago, con lo cual concluye el proceso de conocimiento de su crédito en sede concursal y se suspende en sede laboral, quedando en consecuencia a la espera del cobro de la suma reconocida por la vía del pronto pago; o

b) Intentar una vía de conocimiento más amplia, si lo reconocido no es todo lo que se pretendió, que puede ser: **b1) en el mismo fuero concursal**: ante el mismo juez –interponiendo recurso de reposición– o ante la Cámara en la alzada –interponiendo recurso de apelación–. Si bien el recurso de reposición no está reconocido expresamente en la ley concursal –que habla sólo de la apelación–, la jurisprudencia ha sido unánime en reconocer su procedencia, pues favorece al principio de economía procesal al permitir que el juez de primera instancia corrija eventualmente sus propios errores. Ello no quiere decir que en estos procesos sea “necesario” transitar por la reposición previa a la apelación, razón por la cual la reposición local (arts. 358 y ss, CPCC) deviene un recurso innecesario, pero no prohibido (art. 19, Constitución Nacional), al que las partes litigantes tienen opción de uso para revisión de los decisorios que le produzcan agravios. Cabe aclarar que, mientras continúe intentando el reconocimiento de su crédito en sede concursal, la tramitación del juicio en sede laboral queda suspendida. o **b2) en el fuero laboral**: a través de una acción ordinaria de conocimiento ante su juez natural por la competencia material, si antes no la hubiera iniciado; o el reinicio de las ya comenzadas y suspendidas por el intento

nes del Trabajo, sala 3ª Mag. Ricardo A. Guibourg - Elsa Porta. Buenos Aires, 16 de mayo de 2006. En idéntico sentido: In re: Fernández, Abel F. v. Trenes de Buenos Aires S.A. Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala 2ª. 2ª INSTANCIA.- Buenos Aires, 31 de mayo de 2006 del voto del Dr. Vazquez Vialard.

²¹CNCom. Sala E, in re: Gómez Lidia Esther c/Convivencia Coop. de Vivienda Ltda. s/sumario. Bs.As. 07.07.06

verificatorio en sede concursal (art.16 párrafo 7mo. LCQ reformada). Todas estas opciones del acreedor laboral ante el concurso de su empleadora surgen de una correcta interpretación del art. 21 de la L.C.Q.

A su vez, al conjugarse lo prescripto por el art. 21 con el art. 16 de la L.C.Q., que ordena: “*La resolución judicial que admite el pronto pago tendrá efectos de cosa juzgada material e importará la verificación del crédito en el pasivo concursal*”, la concordancia entre ambos institutos resulta indubitable. Por lo tanto, si el acreedor laboral por *motu proprio* concurre solicitando pronto pago de su acreencia y a su vez se encuentra litigando en sede laboral para el reconocimiento del mismo, la tramitación de este último debe suspenderse.

Hoy, atento las múltiples opciones que brinda la ley concursal para el reconocimiento de su crédito al acreedor laboral y la duplicidad de fueros con posible competencia, la actuación de una ordenada y más eficiente administración de justicia dependerá de una comunicación institucional adecuada.

Por no operar el fuero de atracción para las causas laborales –lo que permite continuar las causas ya iniciadas y/o iniciar otras nuevas en el fuero laboral– y, a su vez, la posibilidad de intentar el reconocimiento del mismo crédito en el fuero del concurso; podría generar una doble tramitación de la causa ante distintos jueces, con el riesgo de obtener sentencias contradictorias y el strepitu fori que ello implica. El anoticiamiento eficaz y oportuno entre los tribunales concursales y laborales de las opciones adoptadas por el acreedor pronto paguista será de vital importancia para hacer efectiva la “suspensión” de trámites prevista en el art. 21 de la L.C.Q. Los avances de sistematización en las Mesas de entradas informatizadas de los juzgados concursales²² y laborales atenuarán los posibles riesgos.

Ahora bien, si el crédito fuera rechazado *in totum* en el “pronto pago”: La solución es idéntica a la anteriormente explicitada.

El rechazo del pronto pago en forma total no implicaría desconocimiento “absoluto” de lo reclamado. La resolución denegatoria del pronto pago no resolverá acabadamente sobre el fondo de la cuestión, pues el pronto pago es una vía sumarisima de verificación y de conocimiento limitado, admisible solamente cuando el crédito resulta indúbido y cierto –a criterio del juzgador–, y con causales de rechazo taxativamente enumeradas: “*el juez podrá denegar total o parcialmente el pedido de*

²² Sistema de Administración de Causas, reordenado por Acordada del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba (Ac. Reg. Nro.700 Serie A del 24.02.04 y sus modificatorios 707 A del 26.03.04; 718 A del 02.07.04, 750 A del 21.02.05 y demás).

pronto pago... sólo cuando se tratare de créditos que no surgieren de los libros que estuviere obligado a llevar el concursado, existiere duda sobre su origen o legitimidad, se encontraren controvertidos o existiere sospecha de connivencia entre el peticionario y el concursado.” (art. 16, cuarto párr., L.C.Q.) y como tales de interpretación restrictiva, y que atendiendo a la laxitud de su enunciación dejan un amplio margen al juzgador para valorar el crédito en su conjunto y la pertinencia de la causal de rechazo que se hubiera invocado para su desestimación. Como puede observarse, las causales de rechazo no hacen al “fondo” del crédito, sino a características del mismo que lo tornan dudoso y que por ello requieren un proceso de conocimiento más amplio para resolver su pertinencia.

Por ello, el reconocimiento posterior en sede laboral de un crédito del trabajo antes rechazado al intentarse su pronto pago en sede concursal, no produciría *strepitu fori*, por la distinta naturaleza del instituto del pronto pago –que sólo resuelve sobre créditos indiscutidos y no sobre el fondo de la cuestión– y además por ser hoy una de las vías alternativas pertinentes. Asimismo, esta diferencia de efectos entre resolución admitida y resolución denegatoria del pronto pago, la establece el reformado art. 16 de la L.C.Q. que en su párrafo 7° ordena: “*La que lo deniegue, habilitará al acreedor para iniciar o continuar el juicio de conocimiento laboral ante el juez natural.*”; y que también en su párrafo 6° reza: “*La resolución judicial que admite el pronto pago tendrá efectos de cosa juzgada material e importará la verificación del crédito en el pasivo concursal.*”

4.– Pago total o afectación del 1% mensual del ingreso bruto de la concursada

Toda una novedad protectoria de los trabajadores es el octavo párrafo del art. 16 LCQ en el que se dispone que: “Los créditos serán abonados en su totalidad, si existieran fondos líquidos disponibles. En caso contrario y hasta que se detecte la existencia de los mismos por parte del síndico se deberá afectar el 1% mensual del ingreso bruto de la concursada”. Cambiando la anterior ley, que sugería que los pronto pagos “debían ser satisfechos prioritariamente con el resultado de la explotación” y que diera origen a una diversa jurisprudencia²³. Norma que a decir verdad, en

²³ La expresión “resultado de la explotación” del art. 16 de la ley de concursos y quiebras no puede ser entendida como resultado “neto” de la actividad, una vez descontados los gastos de funcionamiento, insumos, impuestos, salarios y demás costos, sino como los “primeros ingresos provenientes de la explotación”, pues tal concepción se compa

la praxis, fue inoperante, como tal vez lo sea la nueva, y ello porque el legislador todavía no le otorga fuerza ejecutiva a los pronto pago.

La disposición ha levantado una ola de críticas de los abogados de empresas²⁴, quienes consideran al dispositivo inconstitucional por violación del principio de igualdad (art. 16 C.N.) otros consideran que tendrá un efecto negativo al imposibilitar la recuperación de la empresa²⁵ y en Córdoba ya algunos han solicitado la declaración de inconstitucionalidad²⁶.

Se destaca que los acreedores laborales podrán solicitar el pago sobre los fondos líquidos, que incluyen los saldos disponibles en cajas de efectivo y cuentas bancarias, “Inversiones” con grado de liquidez, tales como títulos y acciones, depósitos bancarios a plazo fijo o cuentas bancarias remuneradas, cuota partes de fondos comunes de inversión abiertos y otros activos financieros, y en cualquier otro activo o vehículo de inversión lícito, y “Créditos”. El Síndico en su nuevo rol deberá informar el promedio ponderado de dichos saldos en el mes inmediato anterior, relacionado con el flujo de fondos, esto es la serie cronológica de ingresos y egresos financieros de la concursada.

dece con un instituto que ha sido previsto justamente para satisfacer necesidades alimentarias apremiantes de los trabajadores afectados por la situación concursal de su empleador. CNCom., sala C, 05/08/2005, “Trotta, Marcelo s/inc. de pronto pago en: Telearte S.A. s/conc. prev.”, LA LEY, 10/03/2006, CNCom., sala E, 31/05/2005, “Cerámica Zanon Saci y M.I.”, DJ, 2005-2-1178 - IMP, Rev. 17/2005, p. 2369; CNCom., sala E, 31/03/2005, “Alpargatas Textil S.A.”, DJ, 2005-2-881 entre otros. Y “El pronto pago de los créditos laborales dependerá de la suficiencia o insuficiencia de los fondos provenientes del resultado de la explotación — en el caso, se rechazó el pago inmediato de un crédito laboral—, debiendo identificarse resultado con **beneficio** y no con un mero ingreso; sin embargo, no corresponde otorgarle al beneficio equivalencia con ganancia o resultado favorable que emane de un balance de ejercicio, toda vez que ello anularía la prerrogativa que la ley pretende otorgar al trabajador por la postergación en el tiempo que conllevaría. CNCom., sala E, 28/02/2003, “González Cabeza, Amador A. s/inc. de verif. en: Transportes Atlántida S.A. s/conc. prev”, ED, 202-343 - LA LEY, 2003-E, 171.

²⁴ Anchaval, Hugo A. : Los fondos líquidos y el pronto pago en La Ley online, con citas de Vítolo, Daniel Roque, “Fantasía y realidad en la reforma de la ley 26.086 a la Ley de Quiebras”, (Adla, Bol. 9/2006, p. 1).

²⁵ Rivera - Roitman - Vítolo en “Reformas a la Ley de Concursos y Quiebras ley 26.086 - Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2006, ps. 76/77.

²⁶ (Juzgado de Concursos y Sociedades N° 3, a cargo del Juez Ricardo Belmaña, en autos: “Catering Argentina S.A. – Gran Concurso Preventivo” por los Dres. Fernando Aznar y Gastón Villada; y Juzgado de Concursos y Sociedades. N° 6, a cargo de la Juez Dra. Delia Carta de Cara, en autos: “Sociedad de Beneficencia Hospital Italiano - Gran Concurso Preventivo”, por los Dres. Eduardo Manuel Juárez y Oscar Macario Carrizo).

El juez deberá en cada caso contemporizar las posiciones, *teniendo en cuenta la naturaleza de la actividad de la concursada*, debiendo considerar que no todas las empresas son iguales, pues mientras empresas ligadas a la producción, como empresas manufactureras, tendrán una alta proporción de activos fijos y una baja liquidez, la liquidez del sector servicios será superior al promedio, como por ejemplo si concursara alguna empresa que expende cospeles o tarjetas telefónicas, en la cual su gran giro diario no es proporcional con la liquidez disponible, debiendo satisfacer primero los gastos y costos de explotación, *a fin de permitir la conservación de la empresa*, por ello deben deducirse los pagos de: cargas sociales, los proveedores, alquileres, servicios –luz, gas, agua, etc.–; se reitera, criterio que deberá contemporizar el magistrado en cada caso, analizando las particularidades de cada empresa relacionada con la naturaleza de su objeto social y su flujo de fondos.

Sugerimos que en futura reforma, se obligue a incorporar en la propuesta de acuerdo preventivo, un Plan estratégico de negocios de la Empresa, por el lapso de cumplimiento del acuerdo (3, 5 ó 10 años) que incluya: reducción de costos, decisiones sobre el personal, acciones respecto de equipos y maquinarias, campañas promocionales, planes para la busca de nuevos clientes, para aumentar la calidad de los productos y servicios, inserción en nuevos mercados y posibilidades de exportación; orientando todas estas acciones al logro del objetivo de conservar la empresa.

5.– Rubros por los que prospera el “pronto pago”

El nuevo texto del art. 16 de la ley 24.522 establece que: “... dentro del plazo de 10 días de emitido el informe que establece el artículo 14 inciso 11), el Juez del concurso autorizará el pago de las remuneraciones debidas al trabajador, las indemnizaciones por accidentes de trabajo o enfermedades laborales y las previstas en los artículos 132 bis, 232, 233 y 245 a 254, 178, 180 y 182 de la Ley N° 20.744; artículo 6° a 11 de la Ley N° 25.013; las indemnizaciones previstas en la Ley 25.877, en los artículos 1° y 2° de la Ley N° 25.323; en los artículos 8° y 9°, 10, 11 y 15 de la ley N° 24.013; en el artículo 44 y 45 de la Ley N° 25.345 y en el artículo 16 de la Ley N° 25.551, que gocen de privilegio general o especial y que surjan del informe mencionado en el inciso 11 del artículo 14”.

Analizaremos pormenorizadamente el nuevo art. 16 que dispone que dentro del plazo de diez días de emitido un informe por parte del Síndico respecto de la situación de los créditos laborales, el juez del concurso autorizará el pago de:

- 1) las remuneraciones debidas al trabajador;
- 2) las indemnizaciones por accidentes de trabajo o enfermedades laborales;

3) las sanciones conminatorias por omisión de ingresos de aportes retenidos previstas en el art. 132bis de la ley 20.744²⁷;

4) indemnizaciones agravadas por despidos por causa de embarazo art. 178 ley 20.744²⁸;

5) las correspondientes al despido por causa de matrimonio art. 182, ley 20.744²⁹;

6) las indemnizaciones sustitutivas del preaviso, integración de indemnización con salarios del mes de despido, y la indemnización por antigüedad, aún en caso de despido indirecto –arts. 232³⁰, 233³¹, 245³², 246³³, 247³⁴ y 248³⁵, ley 20.744–;

²⁷ Si el empleador hubiere retenido aportes del trabajador con destino a los organismos de la seguridad social, o cuotas, aportes periódicos o contribuciones a que estuviesen obligados los trabajadores en virtud de normas legales o provenientes de las convenciones colectivas de trabajo, o que resulten de su carácter de afiliados a asociaciones profesionales de trabajadores con personería gremial, o de miembros de sociedades mutuales o cooperativas, o por servicios y demás prestaciones que otorguen dichas entidades, y al momento de producirse la extinción del contrato de trabajo por cualquier causa no hubiere ingresado total o parcialmente esos importes a favor de los organismos, entidades o instituciones a los que estuvieren destinados, deberá a partir de ese momento pagar al trabajador afectado una sanción conminatoria mensual equivalente a la remuneración que se devengaba mensualmente a favor de este último al momento de operarse la extinción del contrato de trabajo, importe que se devengará con igual periodicidad a la del salario hasta que el empleador acredite de modo fehaciente haber hecho efectivo el ingreso de los fondos retenidos. La imposición de la sanción conminatoria prevista en este artículo no enerva la aplicación de las penas que procedieren en la hipótesis de que hubiere quedado configurado un delito del derecho penal. (Artículo incorporado por art. 43 de la ley 25.345 B.O. 17/11/00).

²⁸ Se presume, salvo prueba en contrario, que el despido de la mujer trabajadora obedece a razones de maternidad o embarazo cuando fuese dispuesto dentro del plazo de siete y medio (7 y 1/2) meses anteriores o posteriores a la fecha del parto, siempre y cuando la mujer haya cumplido con su obligación de notificar y acreditar en forma el hecho del embarazo así, en su caso, el del nacimiento. En tales condiciones, dará lugar al pago de una indemnización igual a la prevista en el art. 182 de esta ley.

²⁹ El art. 180 de la ley 20.744 dispone que serán nulos y sin valor los actos o contratos de cualquier naturaleza que se celebren entre las partes o las reglamentaciones internas que se dicten, que establezcan para su personal el despido por causa de matrimonio. Por su parte, el art. 182 señala que, en caso de incumplimiento de esta prohibición, el empleador abonará una indemnización equivalente a un año de remuneraciones, que se acumulará a la establecida en el art. 245.

³⁰ La parte que omite el preaviso o lo otorgue de modo insuficiente deberá abonar a la otra una indemnización substitutiva equivalente a la remuneración que correspondería al trabajador durante los plazos señalados en el art. 231.

³¹ Los plazos del art. 231 correrán a partir del día siguiente al de la notificación del preaviso. Cuando la extinción del contrato de trabajo dispuesta por el empleador se produzca sin preaviso y en fecha que no coincida con el último día del mes, la indem-

nización sustitutiva debida al trabajador se integrará con una suma igual a los salarios por los días faltantes hasta el último día del mes en el que se produjera el despido. La integración del mes de despido no procederá cuando la extinción se produzca durante el período de prueba establecido en el art. 92 bis. (Artículo sustituido por art. 4° de la ley 25.877 B.O. 19/03/04); El texto de la ley y los antecedentes parlamentarios que les dieron origen han sido objeto de publicación en la revista "Antecedentes Parlamentarios", Rev. 3/2004, p. 471).

³² En los casos de despido dispuesto por el empleador sin justa causa, habiendo o no mediado preaviso, éste deberá abonar al trabajador una indemnización equivalente a un (1) mes de sueldo por cada año de servicio o fracción mayor de tres (3) meses, tomando como base la mejor remuneración mensual, normal y habitual devengada durante el último año o durante el tiempo de prestación de servicios si éste fuera menor. Dicha base no podrá exceder el equivalente de tres (3) veces el importe mensual de la suma que resulte del promedio de todas las remuneraciones previstas en el convenio colectivo de trabajo aplicable al trabajador, al momento del despido, por la jornada legal o convencional, excluida la antigüedad. Al Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social le corresponderá fijar y publicar el promedio resultante, juntamente con las escalas salariales de cada Convenio Colectivo de Trabajo. Para aquellos trabajadores excluidos del convenio colectivo de trabajo el tope establecido en el párrafo anterior será el del convenio aplicable al establecimiento donde preste servicios o al convenio más favorable, en el caso de que hubiera más de uno. Para aquellos trabajadores remunerados a comisión o con remuneraciones variables, será de aplicación el convenio al que pertenezcan o aquel que se aplique en la empresa o establecimiento donde preste servicios, si éste fuere más favorable. El importe de esta indemnización en ningún caso podrá ser inferior a un (1) mes de sueldo calculado sobre la base del sistema establecido en el primer párrafo. (Artículo sustituido por art. 5° de la ley 25.877 B.O. 19/03/04).

³³ Cuando el trabajador hiciere denuncia del contrato de trabajo fundado en justa causa, tendrá derecho a las indemnizaciones previstas en los arts. 232, 233 y 245.

³⁴ En los casos en que el despido fuese dispuesto por causa de fuerza mayor o por falta o disminución de trabajo no imputable al empleador fehacientemente justificada, el trabajador tendrá derecho a percibir una indemnización equivalente a la mitad de la prevista en el art. 245 de esta ley. En tales casos el despido deberá comenzar por el personal menos antiguo dentro de cada especialidad. Respecto del personal ingresado en un mismo semestre, deberá comenzarse por el que tuviere menos cargas de familia, aunque con ello se alterara el orden de antigüedad.

³⁵ En caso de muerte del trabajador, las personas enumeradas en el art. 38 del decreto-ley 18.037/69 (T.O.1974) tendrán derecho, mediante la sola acreditación del vínculo, en el orden y prelación allí establecido, a percibir una indemnización igual a la prevista en el art. 247 de esta ley. A los efectos indicados, queda equiparada a la viuda, para cuando el trabajador fallecido fuere soltero o viudo, la mujer que hubiese vivido públicamente con el mismo, en aparente matrimonio, durante un mínimo de dos (2) años anteriores al fallecimiento. Tratándose de un trabajador casado y presentándose la situación antes contemplada, igual derecho tendrá la mujer del trabajador cuando la esposa por su culpa o culpa de ambos estuviere divorciada o separada de hecho al momento de la muerte del causante, siempre que esta situación se hubiere mantenido durante los cinco (5) años anteriores al fallecimiento. Esta indemnización es independiente de la que se reconozca a los causa - habientes del trabajador por la ley de accidentes de trabajo, según el caso, y de cualquier otro beneficio que por las leyes, convenciones colectivas de trabajo, seguros, actos o contratos de previsión, le fuesen concedidos a los mismos en razón del fallecimiento del trabajador.

7) falta de pago en término de la indemnización por despido incausado del art. 9º de la ley 25.013³⁶, ya que los arts. 6º, 7º, 8º, 10, 11, 12 y 13 fueron derogados por la ley 25.877³⁷, no fue un error legislativo, por el trámite parlamentario el senado debía sancionar el texto originariamente aprobado en el año 2004 para poder convertirlo en ley;

8) las indemnizaciones agravadas de la ley 25.877 arts. 4º³⁸ y 5º³⁹;

9) las indemnizaciones agravadas para relaciones laborales no registradas o registradas de modo deficiente contempladas en la ley 25.323 – arts. 1º⁴⁰ y 2º⁴¹;

³⁶ Art.9 Ley 25.013 (Falta de pago en término de la indemnización por despido incausado). En caso de falta de pago en término y sin causa justificada por parte del empleador, de la indemnización por despido incausado o de un acuerdo rescisorio homologado, se presumirá la existencia de la conducta temeraria y maliciosa contemplada en el artículo 275 de la Ley 20.744 (t.o. 1976).

³⁷ Artículos 6, 7, 8, 10, 11, 12 y 13 derogados por art. 41 de la Ley.25.877 B.O. 19/3/2004.

³⁸ Sustitúyese el art. 233 de la ley de contrato de trabajo, 20.744 (t.o. 1976) y sus modificatorias, por el siguiente texto: "Artículo 233. - Los plazos del artículo 231 correrán a partir del día siguiente al de la notificación del preaviso. Cuando la extinción del contrato de trabajo dispuesta por el empleador se produzca sin preaviso y en fecha que no coincida con el último día del mes, la indemnización sustitutiva debida al trabajador se integrará con una suma igual a los salarios por los días faltantes hasta el último día del mes en el que se produjera el despido. La integración del mes de despido no procederá cuando la extinción se produzca durante el período de prueba establecido en el artículo 92 bis."

³⁹ Sustitúyese el art. 245 de la ley de contrato de trabajo, 20.744 (t.o. 1976) y sus modificatorias, por el siguiente: "Artículo 245. - En los casos de despido dispuesto por el empleador sin justa causa, habiendo o no mediado preaviso, éste deberá abonar al trabajador una indemnización equivalente a un (1) mes de sueldo por cada año de servicio o fracción mayor de tres (3) meses, tomando como base la mejor remuneración mensual, normal y habitual devengada durante el último año o durante el tiempo de prestación de servicios si éste fuera menor. Dicha base no podrá exceder el equivalente de tres (3) veces el importe mensual de la suma que resulte del promedio de todas las remuneraciones previstas en el convenio colectivo de trabajo aplicable al trabajador, al momento del despido, por la jornada legal o convencional, excluida la antigüedad. Al Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social le corresponderá fijar y publicar el promedio resultante, juntamente con las escalas salariales de cada Convenio Colectivo de Trabajo. Para aquellos trabajadores excluidos del convenio colectivo de trabajo el tope establecido en el párrafo anterior será el del convenio aplicable al establecimiento donde preste servicios o al convenio más favorable, en el caso de que hubiera más de uno. Para aquellos trabajadores remunerados a comisión o con remuneraciones variables, será de aplicación el convenio al que pertenezcan o aquel que se aplique en la empresa o establecimiento donde preste servicios, si éste fuere más favorable. El importe de esta indemnización en ningún caso podrá ser inferior a un (1) mes de sueldo calculado sobre la base del sistema establecido en el primer párrafo."

⁴⁰ Las indemnizaciones previstas por las leyes 20.744 (texto ordenado en 1976), art. 245 y 25.013, art. 7º, o las que en el futuro las reemplacen, serán incrementadas al doble

10) las indemnizaciones agravadas de la ley de empleo 24.013 – arts. 8º⁴², 9º⁴³, 10⁴⁴, 11⁴⁵ y 15⁴⁶;

cuando se trate de una relación laboral que al momento del despido no esté registrada so lo esté de modo deficiente. Para las relaciones iniciadas con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley, los empleadores gozarán de un plazo de treinta días contados a partir de dicha oportunidad para regularizar la situación de sus trabajadores, vencido el cual le será de plena aplicación el incremento dispuesto en el párrafo anterior. El agravamiento indemnizatorio establecido en el presente artículo, no será acumulable a las indemnizaciones previstas por los arts. 8º, 9º, 10 y 15 de la ley 24.013.

⁴¹ Cuando el empleador, fehacientemente intimado por el trabajador, no le abonare las indemnizaciones previstas en los arts. 232, 233 y 245 de la ley 20.744 (t.o. en 1976) y los arts. 6º y 7º de la ley 25.013, o las que en el futuro las reemplacen, y, consecuentemente, lo obligare a iniciar acciones judiciales o cualquier instancia previa de carácter obligatorio para percibir las, éstas serán incrementadas en un 50%. Si hubieran existido causas que justificaren la conducta del empleador, los jueces, mediante resolución fundada, podrán reducir prudencialmente el incremento indemnizatorio dispuesto por el presente artículo hasta la eximición de su pago.

⁴² El empleador que no registre una relación laboral abonará al trabajador afectado una indemnización equivalente a una cuarta parte de las remuneraciones devengadas desde el comienzo de la vinculación, computadas a valores reajustados de acuerdo a la normativa vigente. En ningún caso esta indemnización podrá ser inferior a tres veces el importe mensual del salario que resulte de la aplicación del art. 245 de la ley de contrato de trabajo (t.o. 1976).

⁴³ El empleador que consignare en la documentación laboral una fecha de ingreso posterior a la real, abonará al trabajador afectado una indemnización equivalente a la cuarta parte del importe de las remuneraciones devengadas desde la fecha de ingreso hasta la fecha falsamente consignada, computadas a valores reajustados de acuerdo a la normativa vigente.

⁴⁴ El empleador que consignare en la documentación laboral una remuneración menor que la percibida por el trabajador, abonará a éste una indemnización equivalente a la cuarta parte del importe de las remuneraciones devengadas y no registradas, debidamente reajustadas desde la fecha en que comenzó a consignarse indebidamente el monto de la remuneración.

⁴⁵ Las indemnizaciones previstas en los arts. 8º, 9º y 10 procederán cuando el trabajador o la asociación sindical que lo representen cumplimente en forma fehaciente las siguientes acciones: a) intime al empleador a fin de que proceda a la inscripción, establezca la fecha real de ingreso o el verdadero monto de las remuneraciones, y b) proceda de inmediato y, en todo caso, no después de las 24 horas hábiles siguientes, a remitir a la Administración Federal de Ingresos Públicos copia del requerimiento previsto en el inciso anterior. Con la intimación el trabajador deberá indicar la real fecha de ingreso y las circunstancias verídicas que permitan calificar a la inscripción como defectuosa. Si el empleador contestare y diere total cumplimiento a la intimación dentro del plazo de los treinta días, quedará eximido del pago de las indemnizaciones antes indicadas. A los efectos de lo dispuesto en los artículos 8º, 9º y 10 de esta ley, sólo se computarán remuneraciones devengadas hasta los dos años anteriores a la fecha de su entrada en vigencia. (Artículo sustituido por art. 47 de la ley 25.345 B.O. 17/11/00).

⁴⁶ Si el empleador despidiere sin causa justificada al trabajador dentro de los dos años desde que se le hubiere cursado de modo justificado la intimación prevista en el art. 11,

11) las indemnizaciones suplementarias y sancionatorias previstas en la ley de Prevención de la Evasión Fiscal 25.345 – arts. 44⁴⁷ y 45⁴⁸; y

12) la doble indemnización prevista en la ley 25.561 de Emergencia Pública⁴⁹.

el trabajador despedido tendrá derecho a percibir el doble de las indemnizaciones que le hubieren correspondido como consecuencia del despido. Si el empleador otorgare efectivamente el preaviso, su plazo también se duplicará. La duplicación de las indemnizaciones tendrá igualmente lugar cuando fuere el trabajador el que hiciere denuncia del contrato de trabajo fundado en justa causa, salvo que la causa invocada no tuviera vinculación con las previstas en los arts. 8, 9 y 10, y que el empleador acreditare de modo fehaciente que su conducta no ha tenido por objeto inducir al trabajador a colocarse en situación de despido.

⁴⁷ Agrégase como segundo párrafo del art. 15 de la ley de contrato de trabajo, el siguiente texto: Sin perjuicio de ello, si una o ambas partes pretendieren que no se encuentran alcanzadas por las normas que establecen la obligación de pagar o retener los aportes con destino a los organismos de la seguridad social, o si de las constancias disponibles surgieren indicios de que el trabajador afectado no se encuentra regularmente registrado o de que ha sido registrado tardíamente o con indicación de una remuneración inferior a la realmente percibida o de que no se han ingresado parcial o totalmente aquellos aportes y contribuciones, la autoridad administrativa o judicial interviniente deberá remitir las actuaciones a la Administración Federal de Ingresos Públicos con el objeto de que la misma establezca si existen obligaciones omitidas y proceda en su consecuencia. La autoridad judicial o administrativa que omitiere actuar del modo establecido en esta norma quedará incurso en grave incumplimiento de sus deberes como funcionario y será, en consecuencia, pasible de las sanciones y penalidades previstas para tales casos. En todos los casos, la homologación administrativa o judicial de los acuerdos conciliatorios, transaccionales o liberatorios les otorgará la autoridad de cosa juzgada entre las partes que los hubieren celebrado, pero no les hará oponibles a los organismos encargados de la recaudación de los aportes, contribuciones y demás cotizaciones destinados a los sistemas de la seguridad social, en cuanto se refiera a la calificación de la naturaleza de los vínculos habidos entre las partes y a la exigibilidad de las obligaciones que de esos vínculos se deriven para con los sistemas de seguridad social.

⁴⁸ Agrégase como último párrafo del art. 80 de la ley de contrato de trabajo (t.o. por dec. 390/76), el que sigue: “Si el empleador no hiciera entrega de la constancia o del certificado previstos respectivamente en los apartados segundo y tercero de este artículo dentro de los dos (2) días hábiles computados a partir del día siguiente al de la recepción del requerimiento que a tal efecto le formule el trabajador de modo fehaciente, será sancionado con una indemnización a favor de este último que *será equivalente a tres veces la mejor remuneración mensual, normal y habitual percibida por el trabajador durante el último año* o durante el tiempo de prestación de servicios, si éste fuere menor. Esta indemnización se devengará sin perjuicio de las sanciones conminatorias que para hacer cesar esa conducta omisiva pudiere imponer la autoridad judicial competente.”

⁴⁹ Suspéndese la aplicación de la ley 25.557, por el término de hasta noventa (90) días. Por el plazo de ciento ochenta (180) días quedan suspendidos los despidos sin causa justificada. En caso de producirse despidos en contravención a lo aquí dispuesto, los empleadores deberán abonar a los trabajadores perjudicados el doble de la indemnización que les correspondiese, de conformidad a la legislación laboral vigente. (Por art. 4°

Se han incluido rubros como el previsto por el art. 132 bis de la ley de contrato de trabajo que exige la acreditación de circunstancias complejas para la vía del pronto pago como son, por ejemplo, la retención indebida de aportes. Incluso, se incorporan las indemnizaciones agravadas de la ley 25.323 que requieren, por su esencia, intervención jurisdiccional, lo que es extensivo a las establecidas por la ley 24.013, en tanto se refieren a situaciones, en principio, debatibles, y a los incrementos de emergencia previstos por el art. 16 de la ley 25.561, sin dejar de lado la inclusión de las indemnizaciones por accidentes de trabajo o enfermedades laborales, que se lleva acabo prescindiendo de una clara conceptualización en el actual marco normativo de los infortunios laborales, más allá de la opinión que éste pueda merecer desde un punto de vista constitucional a la luz de la nueva doctrina judicial fijada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación⁵⁰.

Ello siempre que estos conceptos y créditos surjan del informe que debe realizar el Síndico y que se encuentren amparados por privilegio general o especial, y con vista al acreedor laboral y al concursado

de la ley 25.972 B.O. 17/12/04 se proroga la suspensión de los despidos sin causa justificada dispuesta por el presente artículo y sus modificatorias, hasta que la tasa de desocupación elaborada por el Instituto Nacional de Estadística y Censo (INDEC) resulte inferior al diez por ciento (10%). En caso de producirse despidos en contravención a dicha suspensión, los empleadores deberán abonar a los trabajadores afectados el porcentaje adicional que fije el Poder Ejecutivo nacional, por sobre la indemnización que les corresponda conforme a lo establecido en el art. 245 de la ley de contrato de trabajo 20.744 (t.o. 1976) y sus modificatorias. Esta disposición no resultará aplicable a los empleadores respecto de los contratos celebrados en relación de dependencia, en los términos de la Ley de Contrato de Trabajo 20.744 (t.o. 1976) y sus modificatorias, a partir del 1° de enero de 2003, siempre que éstos impliquen un aumento en la plantilla total de trabajadores que el empleador poseía al 31 de diciembre de 2002. Vigencia: a partir del día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial. Porcentaje adicional: Por art. 1° del dec. 1433/2005 B.O. 23/11/05 se fijó en el 50% el adicional previsto en el segundo párrafo del art. 4° de la ley 25.972. Vigencia: a partir del 1° de diciembre de 2005. Porcentaje anterior: 80% (art. 1° del dec. 2014/04 B.O. 7/1/05) Prorrogas anteriores: Decs. 823/04 B.O. 28/06/04; 369/04 B.O. 2/4/04; 1351/03 B.O. 6/1/04; 256/03 B.O. 26/06/03; 662/03 B.O. 21/3/2003 y 883/2002 B.O. 29/5/02). Por art. 1° del dec. 2639/02 B.O. 20/12/2002 se dispone que lo establecido en la última parte del presente artículo no será aplicable a los empleadores, respecto de los nuevos trabajadores que sean incorporados, en relación de dependencia en los términos de la ley 20.744, a partir del 1° de enero de 2003, siempre y cuando la incorporación de los mismos represente un aumento en la plantilla total de trabajadores que el empleador poseía al 31 de diciembre de 2002).

⁵⁰ La Sentencia dictada por la CSJN, el 21/09/2004 in re: "Aquino, Isacc c. Cargo Servicios Industriales S.A." y otras, reseñada en la cita 8.

(art. 18 C.N.) a fin de resguardar el derecho de defensa en juicio de ambos.

El texto transcripto, aparte de introducir un plazo, pone de manifiesto la intención de ampliar al máximo los créditos susceptibles de ser abonados por este canal expeditivo.

6.- Conclusiones

Las virtudes o defectos de la reforma a la ley de Concursos y Quiebras surgirán de la praxis judicial; por el momento, se advierte:

1.- Una mayor protección a los derechos de los trabajadores, ampliando los supuestos del pronto pago existentes (Ej. Sanciones por retención de aportes a organismos de la Seguridad Social y/o gremiales –art. 132 bis LCT–, por ausencia o deficiente registración –arts. 8º, 9º, 10, 11 y 15 de la Ley 24.013–, por falta de entrega de certificados de servicio y aportes –art. 80 LCT–; indemnización especial por el despido con causa en embarazo o matrimonio –arts. 178, 180 y 182 LCT–, indemnizaciones agravadas por leyes motivadas en la emergencia pública –arts. 1º y 2º de la Ley 25.323 y art. 16 de la ley 25.561) y con la tendencia sobreprotectora emanada de la nueva doctrina judicial de la C.S.J.N. ya reseñada.

2.- Acotamiento del fuero de atracción al excluir los juicios laborales (salvo opción del trabajador) y los juicios de conocimiento y litisconsorcios.

3.- Otorgamiento de aparentes mayores garantía a los trabajadores, al ser juzgados por los jueces del fuero laboral, pero esta protección tal vez podría tornarse ilusoria, ya que por la duración en su tramitación no verificarán tempestivamente, por ende, no serán parte de un posible acuerdo para acreedores privilegiados, y de existir éste, se le aplicaran las quitas y esperas del acuerdo homologado, conforme la doctrina de la C.S.J.N. ya reseñada.

4.- Aumento de funciones de la Sindicatura al tener que expedir nuevos informes mensuales de pronto pago que tramitarán de oficio e informar sobre la situación de los convenios colectivos de trabajo, convirtiéndolo en un veedor de la empresa.

5.- Obligatoriedad para el deudor concursado de afectar el uno por ciento (1%) mensual de su ingreso bruto de la concursada, lo que ya ha generado planteos de inconstitucionalidad por violación al principio de igualdad (art. 16 C.N) y que los magistrados deberán resolver teniendo en cuenta la particularidades de cada empresa relacionada con la naturaleza de su objeto social y su flujo de fondos.

6.- Ampliación del curso de la prescripción, con excepción al régimen de costas por la tardanza en los juicios exceptuados del régimen de atracción (laborales, juicios de conocimiento y litisconsorcios).

7.– Acierto en la derogación del Comité Provisorio de Acreedores, que en la praxis judicial casi nunca se constituía por el temor de los acreedores de asumir nuevos costos y mayores responsabilidades.

8.– A fin de evitar ciertos abusos, hoy una vez admitido por el Juez el Acuerdo Preventivo Extrajudicial (APE) y ordenada la publicación de edictos, se suspenden los juicios de contenido patrimonial con *exclusión* de los juicios laborales que continúan su tramitación en su fuero del trabajo.

La doctrina judicial interpretando el verdadero sentido y alcance de la reforma a la ley concursal, marcará su aceptación o rechazo resolviendo los planteos de inconstitucionalidades de los operadores del derecho, que al momento sólo se han referido a la afectación para el pronto pago de los créditos laborales con el 1% mensual del ingreso bruto de la concursada. Y la inconstitucionalidad de la exclusión del fuero de atracción de los procesos de conocimiento en trámite y los juicios laborales, la cual se ha desestimado⁵¹. Por lo que prima facie está comenzando a ser aceptada con sus virtudes y defectos.



⁵¹ En relación al planteo de afectarse la igualdad, en última instancia, los legitimados para articular el planteo serían los sujetos vulnerados por un tratamiento desigualitario. No advierto en el planteo del impugnante, la existencia de un agravio a algún derecho, o declaración o garantía constitucional reconocido o implícito, que habiliten en el caso la declaración de la inconstitucionalidad de la norma. Por lo expuesto, estimo que no debe acogerse el planteo formulado en relación al art. 21,inc. 2 de la LCQ, lo que así decido. In re: Catering Argentina SA Gran Concurso Preventivo Sent. Nro.401 del 01.09.06 Juzgado de Concursos y Sociedades Nro.3 de Córdoba. Mag. Ricardo Belmaña.

EXCESO Y ERROR EN LA RESPUESTA PENAL. UN RETORNO A LOS ORÍGENES

**(THE EXCESS AND MISTAKE IN THE CRIMINAL ANSWER.
A RETURN TO THE ORIGINS)**

*Ana María Cortés de Arabia**

RESUMEN: El artículo hace referencia al exceso en las causas de justificación, es decir, a la situación en la cual el autor que ha iniciado una acción permitida por la ley, supera los límites establecidos en la causal respectiva. Determinar las clases de error que le impiden apreciar las circunstancias reales del caso y la naturaleza y consecuencias de la eximente han sido motivo de atención tanto de la doctrina como de la jurisprudencia.

PALABRAS CLAVES: Exceso - Error – Causas de justificación – Punibilidad.

1. Introducción

Si en algunas situaciones el miedo desplaza a la razón, existen muchas otras en las cuales la razón se utiliza para justificar nuestras acciones producidas por el temor. Y cuando el hombre se asusta demasiado, comienza a ceder sus derechos civiles. Es así que:

“... los hombres independientes y aislados, cansados de vivir en continuo estado de guerra y de gozar de una libertad que resultaba inútil por la incertidumbre de conservarla, sacrificaron una parte de ella para gozar del resto seguros y tranquilos...”¹.

*ANA MARÍA CORTÉS DE ARABIA. Profesora Adjunta de Derecho Penal, Parte General. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNC. Profesora Titular de Derecho Penal, Parte General Facultad de Abogacía. UBP. Córdoba. Co – Directora del Programa de Enseñanza para la Práctica Jurídica. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. UNC. Categorizada Docente - Investigadora. UNC.

¹BECCARIA, CESARE. *De los delitos y de las penas*. Edit. Arayú, Buenos Aires, 1959, p. 180, edición bilingüe.

Párrafo de neto cuño contractualista que se anula al encontrarse el sujeto en una situación de necesidad extrema, debiendo retomar el derecho cedido, al no poder esperar el auxilio oportuno que deben brindar las instituciones. Este retorno a los orígenes se aprecia ante la existencia de una circunstancia real de peligro que es la que obliga al sujeto a actuar.

Pero, no siempre la repulsa para alejar de sí el mal que le amenaza es el adecuado en el caso concreto, sino que, por diversas circunstancias, el autor va más allá de lo que la ley le permite por una falsa apreciación de la realidad que lo circunda. Y es aquí donde el error que con determinadas características excluye la culpabilidad, y las causas de justificación que hacen desaparecer la antijuridicidad, se acercan, al punto de vincularse estrechamente en la consecuencia jurídica del art. 35 del CP argentino.

Es preciso, entonces, tomar posición en estas situaciones sobre si el sujeto actúa conforme o contrario a derecho.

Si el significado funcional de la justificante es anular el desvalor del hecho típico, el exceso vuelve las cosas a su primer cauce y el acto se considera punible; según nuestro derecho, a título de culpa, pero punible al fin.

La legitimidad del acto se funda en el ejercicio regular, es decir, dentro de la legalidad (requisitos que da la ley para cada justificante), caso contrario, y de acuerdo a la intención del agente, nos encontraríamos en exceso o abuso², ambos castigados por el derecho aunque en diferente medida³.

Ahora bien, ¿Se le puede exigir a un sujeto que se encuentra en una situación real de peligro y necesitado de actuar que mida exactamente sus acciones para no sobrepasar el límite dado por la ley, la

² C. Nac. Casación Penal, sala 2ª, 01/09/1998, Miranda, Mario Eduardo s/recurso de casación. DELITOS CONTRA LAS PERSONAS. Homicidio. Figura básica. Aspecto subjetivo. Causas de justificación. Cumplimiento de un deber. Muerte producida por personal policial que dispara sobre la nuca de la víctima. Circunstancias que habilitan al personal policial el empleo de armas de fuego. Buenos Aires, setiembre 1 de 1998.

³ Para el Derecho español, el exceso, por ej. en la corrección por parte de los padres o tutores puede provocar la apreciación incompleta de la eximente o la estimación de una atenuante analógica si el exceso fuere muy grave. En la legítima defensa, el exceso puede surgir por el empleo de mecanismos defensivos que sobrepasen el límite de lo racionalmente necesario dejando de estar justificada esta acción defensiva, sin perjuicio de que la culpabilidad del autor pueda quedar excluida o, en su defecto, aplicarse la correlativa eximente incompleta Conf. M. COBO DEL ROSAL – T. S. VIVES ANTÓN. *Derecho Penal*. 4ª Edición. Edit. Tirant lo blanch libros. Valencia, 1996. pp. 440 y 470.

autoridad o la necesidad? Pensamos que no es posible dar una respuesta in abstracto, sino que debe analizarse cada caso in concreto. Si bien el principio de la no exigibilidad⁴ opera ya en el proceso de tipificación, determinando la irrelevancia (atipicidad) de las conductas cuya realización exceda las posibilidades del hombre medio; en una segunda acepción, la exigibilidad es adscripta, generalmente, al juicio de reproche, determinando la inculpabilidad del sujeto. Sin embargo, como la exigibilidad constituye un aspecto esencial al deber, allí donde se entiende que el deber pertenece al injusto, se desplazan, en ocasiones, fragmentos de la no exigibilidad al plano de la antijuridicidad⁵.

2. Planteamiento del problema

El tema motivo de nuestro análisis se presenta cuando el agente encontrándose en una causa de justificación, asentada en una situación de necesidad, va con su accionar más allá de los límites de la exigencia legal respectiva.

El exceso inintencional presupone que el sujeto se encuentre actuando lícitamente pero un error en la apreciación de las circunstancias reales del caso concreto que lo llevan a reaccionar, le impide apreciar la exacta situación que le toca vivir y mantenerse dentro de los límites legales de la justificación. Si el exceso es intencional, en cambio, el agente sustituye un fin lícito por uno ilícito, encontrándose en abuso y responde a título de dolo.

El exceso es punible con la pena fijada por el delito culposo y el autor tendrá pena si en la parte especial del código un tipo delictivo así lo prevé.

3. Deslinde al marco teórico

El estudio del exceso se realiza en general, para observar sus antecedentes, características y el efecto que produce y, en particular, en cada una de las causas de justificación contenidas en nuestro ordenamiento positivo y en su tratamiento por la Jurisprudencia. Este actuar exagerado, ante la omisión de un deber de cuidado, transforma un acto

⁴ No es justo ni humano exigir un discernimiento preciso de los medios de salvación al sujeto que en situaciones de legítima defensa o estado de necesidad, la situación misma de peligro suscita el temor o la sorpresa en el necesitado. Conf. SOLER, Sebastián. *Derecho Penal Argentino*, I, 375. Edit. TEA, Bs. As, 1976.

⁵ COBO DEL ROSAL – VIVES DE ANTÓN. Ob. cit. pp. 617, 619, 620.

permitido por la ley en un ilícito aunque sea en cumplimiento de un fin legítimo.

Las justificantes se fundan en causas objetivas y subjetivas⁶ y como tales pueden ser valoradas erróneamente por el autor.

Es preciso referirse al papel que tuvo el error en la apreciación de las circunstancias que determinaron la acción excesiva, sea porque el sujeto piense que sus bienes o los de un tercero, corren un riesgo que no existe o que es mayor al verdadero o que la agresión persistirá si no conculca acabadamente el peligro pero, en ocasiones, el autor debe haber comprobado “conforme al deber” o “concienzudamente” los extremos de la situación⁷.

Determinar la naturaleza del exceso si es doloso o culposo, si la ley contempla el exceso intensivo o extensivo, el “exceso en la causa” o legítima defensa imperfecta; acordar si el exceso constituye un error de tipo o de prohibición sean ellos vencibles o no, son todos temas que han interesado a la doctrina, pero lo cierto es que en nuestro sistema legal, concluido que existe un exceso, la respuesta penal es aplicar la pena que deviene del acto realizado con culpa o imprudencia, según lo estipula el art. 35 del CP.

Cuando falta alguno de los requisitos exigidos por las causas de justificación (por ej. la racionalidad del medio en la legítima defensa o la inminencia del mal más grave en el estado de necesidad) no nos encontramos en la justificante respectiva. Estas situaciones, denominadas por el derecho español justificantes incompletas⁸, no se encuentran regulada en nuestro código, por lo tanto, deben resolverse como situaciones de inculpabilidad y apreciadas dentro de las pautas de individualización de la pena del art. 41 del CP⁹.

El hacer necesario, si fue racionalmente adecuado según la acción justificada, pero desmesurado, porque el autor no advirtió por error que hubiere bastado una conducta defensiva menor, será punible si el error es vencible pero si es invencible se eximirá de pena al autor¹⁰. En cambio, en los casos de exceso extensivo la conducta no se justifica¹¹.

⁶ JAKOBS, GÜNTHER. *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*. Edit. Marcial Pons, Madrid, 1997, 431 y ss. plantea claramente el tema al referirse a: La llamada tendencia a la justificación y el conocimiento de los elementos del tipo de justificación.

⁷ Idem, p 435.

⁸ Código Penal español, arts. 20 y 21, 1º.

⁹ Conf. CREUS, Carlos. *Derecho Penal. Parte General*. Edit. Astrea, Capital Federal, 1992. p. 339.

¹⁰ Para ZAFFARONI, EUGENIO R. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. III, p. 640, el exceso intensivo se excluye del ámbito del art. 35 si el mismo opera *ab initio*.

¹¹ Conf. Creus, ob. cit. p. 340. La doctrina y jurisprudencia española considera el exceso extensivo como ausencia del “estado defensivo” (respecto a la legítima defensa) cuan-

4. Antecedentes legislativos¹²

En el derecho comparado histórico encontramos disposiciones sobre comportamientos excesivos, especialmente referidas a la legítima defensa. La ley del Talión determinaba la igualdad entre la reacción punitiva y la lesión de bienes. El Derecho hebreo castigaba los excesos del vengador privado. En el Derecho Romano se alude al tiempo que transcurre entre el ataque y la reacción que debía ser inmediata, caso contrario constituiría venganza. Norma repetida en la *Glosa* al hablar de la reacción *inmoderada* de algunas personas y a la *inmediación*, es decir que la reacción se efectúe sin solución de continuidad.

Tanto la legislación española como los derechos modernos de los siglos XVIII y XIX mantienen esta tesitura.

Nuestros precedentes legislativos consideran el exceso específicamente. Tejedor lo trata de manera casuística respecto de la legítima defensa¹³; en el Proyecto de 1881 el exceso se reduce al mal uso del derecho; pero el Código de 1886 vuelve a ocuparse del exceso en la legítima defensa con una fórmula basada en presunciones¹⁴. El Proyecto de 1917, como resultado del pensamiento de Herrera quien critica el de Proyecto de 1906 por no prever en sus disposiciones el exceso en la

do no existe aún actualidad o inminencia del ataque o bien porque la reacción se proroga indebidamente por haber cesado la agresión. Es decir, considera una causa minorante de la punibilidad al exceso en la reacción que supera los límites de la necesidad y no al exceso extensivo.

¹² Conf. VIDAL, HUMBERTO S. *Derecho Penal Argentino. Parte General*. Edit. Advocatus, Córdoba, 1994, p. 219 y ss. DE LA RÚA, Jorge. *Código Penal Argentino. Parte General*. Edit. Depalma. 2ª. Edición. Buenos Aires, 1997, pp. 633 y ss. DONNA, Edgardo A. *El exceso en las causas de justificación*. Estudio del art. 35 del Cpen. Edit. Astrea, 1985, pp 22 y ss. ZAFFARONI, ob. cit. III, 640 y ss.

¹³ Conf. al Código de Baviera (arts. 157 y 158) en el cual se preveían “casos de límites sobrepasados” pero, en el decir de Zaffaroni (ob y lug. cit) entre el sistema de Feuerbach y nuestro art. 35, existen dos diferencias fundamentales: a) El art. 130 del código bávaro preveía el supuesto en que *el caso sobrepasase*, es decir, cayese fuera de los límites, en tanto que el art. 35 prevé el caso en que *el autor excede* los límites. Cuando es el “caso” lo que cae fuera de los límites no es necesario que haya habido legítima defensa en ningún momento, pero cuando se exige que el autor exceda los límites, se presupone que en algún momento estuvo sin excederlos, es decir, dentro de ellos. b) Por otra parte, el art. 35 suprimió toda referencia al miedo y a la imprudencia, lo que nos impide hacer una integración analógica de la fórmula en perjuicio del sujeto y de la legalidad penal.

¹⁴ En su art. 83, inc. 1º, consagró el sistema de las eximentes incompletas, tomado de España (hoy art. 21.1) que a su vez, se había basado en el art. 18 del código brasileño de 1830.

legítima defensa, propone una figura genérica ingresando así al código vigente con el agregado de: por culpa o imprudencia.

Se sostiene que Moreno se inspiró en el art. 50 del Código Penal italiano de 1889, basado, a su vez, en el “Proyecto Zanardelli” de 1887 que establecía una disminución de la pena correspondiente al delito doloso pero, en la doctrina, existía una interpretación contradictoria respecto a la naturaleza del mencionado artículo ya que algunos consideraban al exceso culposo como Carrara y otros, doloso, como Impallomeni.

Los Proyectos de reforma tratan de mejorar la fórmula legal destacando el carácter culposo del exceso, salvo el proyecto de 1973 que propone la reducción de la pena para el respectivo delito, tanto en sus máximos como en sus mínimos.

La Comisión para la elaboración del Proyecto de Ley de Reforma y actualización integral del Código Penal¹⁵ de 2006, considera al exceso entremezclado con otras eximentes de penas utilizando una técnica legislativa defectuosa y poco clara en la cual se observa un vocabulario semejante al de la legislación y doctrina española, estableciendo en el Título IV referido a la IMPUTABILIDAD:

- Art. 34 – Eximentes. No es punible: ... inc. “l) El que cometiere un hecho ilícito excediendo los límites de la legítima defensa o de un estado de necesidad justificante por miedo insuperable” y
- El art. 35 – hace referencia a la Disminución de la pena: ... “c) El que obrare con error vencible sobre los presupuestos de una causa de justificación o de una situación de necesidad exculpante. La pena será la prevista para la tentativa”.

En el primer caso de este último artículo, observamos la justificación putativa y en el segundo caso, a la coacción. Tanto en los arts. 34 y 35, en los incisos mencionados, parece subyacer el temor como impulsor de la conducta exagerada.

5. El artículo 35 del Código Penal vigente

La redacción del artículo es amplia, dando lugar a criterios interpretativos disímiles pero es preciso mantenerse dentro de los requisitos que la norma contiene para no violar el principio de legalidad y de reserva penal.

¹⁵ Res. del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos N° 303/04 y N° 136/05. Articulado Libro Primero. Texto final. 12/05/2006.

CP. art. 35: *“El que hubiere excedido los límites impuestos por la ley, por la autoridad o por la necesidad, será castigado con la pena fijada para el delito por culpa o imprudencia”*.

Todas las causas de justificación pueden devenir en un exceso¹⁶. El exceso a que se refiere el art. 35 del CP no se presenta como una figura totalmente autónoma ya que se basa en los diferentes casos contemplados en el artículo anterior y, esencialmente, debe preexistir una causal objetiva de justificación¹⁷.

La ley no hace diferencia en cuanto al origen del exceso y no distingue si obedeció a un terror extraordinario, a impresión súbita, o si proviene de agitación de espíritu, perturbación, miedo, etc, producido por la agresión¹⁸.

6. Aspecto objetivo y subjetivo del exceso

Objetivamente, el autor se encuentra en una situación extrema que le impulsa a obrar para salvar sus bienes o los de un tercero y, si bien ello se asienta en un permiso legal, siempre que se den los extremos exigidos en cada justificante, ese actuar posee límites que el sujeto transgrede.

Pero también debe analizarse la actitud subjetiva en la cual se encontraba el agente en el momento del hecho. Subjetivamente, el ex-

¹⁶ Algunos comentaristas del Código (Gonzalez Roura, Derecho Penal, II, 57; Jofré, Comentario al Código Penal, 100; García Zavalía, Exceso en los límites de la defensa, JA, 46, 762; Bs. As., 15-VI-926; JA, 20, 1027 con nota a J. Loayza) y cierta tendencia jurisprudencial, admiten que la coacción es un estado de necesidad y, por lo tanto, estaría comprendido en el exceso. No compartimos esta posición sobre la naturaleza dada a la coacción, ya que consideramos que el sujeto que actúa de esta manera no se le puede exigir otra conducta y las amenazas serían causales de inculpabilidad y no de justificación, con la consiguiente consecuencia jurídica diferente respecto a cada partícipe en el hecho. Por lo tanto no sería procedente, en este caso, el exceso que se da en el campo de la antijuridicidad en su aspecto negativo.

¹⁷ Es en la legítima defensa, en el derecho de corrección de los padres y en el cumplimiento de un deber por parte de funcionarios policiales, donde encontramos la mayor cantidad de situaciones de excesos resueltos por los Tribunales. El temor de repetición de la agresión, el miedo, el que repele el ataque injusto en las condiciones de la legítima defensa y sigue castigando a la víctima inerte por los golpes recibidos, el error en la apreciación del peligro o en los medios para la repulsa, el pensar que es víctima de un ataque que no existe, son algunas causas de la conducta exagerada.

¹⁸ SCBS, 3/7/34. JA, 47-294.

ceso, según la normativa, posee un contenido *culposo*. Sin embargo un sector de la doctrina, entiende que estas conductas son dolosas¹⁹.

Vidal sostiene que “ninguna causa de justificación es dolosa, desde que no puede existir comprensión de la criminalidad de un hecho lícito”²⁰ y, en consecuencia, niega el carácter doloso al exceso. La Jurisprudencia también acepta, en general, las formas culposas del instituto en cuestión, aunque pueda admitirse el error del autor al reaccionar²¹.

Y es el error el que impide al sujeto actuar conforme a derecho.

7. El error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación

El tratamiento jurídico del error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación es una de las cuestiones más polémicas que se plantean en torno al error. De la regulación prevista en el art. 35 CP no se puede derivar una posición sistemática, tampoco, si dicho error debe ser tratado como un “error sobre un hecho constitutivo de la infracción penal” (error de tipo), “como un error sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal” (error de prohibición) o una tercera categoría llamada error sobre la justificante. Por lo tanto, la decisión acerca de estas cuestiones surgirá de consideraciones dogmáticas y político-criminales.

Los autores de la llamada corriente tradicional, incluyeron esta situación en el llamado error o ignorancia de hecho contenido en el art. 34 del CP²² participando de la teoría estricta del dolo. Aunque Jiménez de Asúa²³, sin descartar la existencia de un error de hecho, considera los

¹⁹ En general los finalistas; pero, Zaffaroni, *Tratado*, III, 639, manifiesta que el art. 35 del C.P. establece una disminución de la pena y opina “que se trata de un menor grado del injusto porque es menos antijurídica la acción que comienza siendo justificada...”. En otra posición, Núñez, *Las disposiciones*, 150 y *Manual*, 173, niega que la pena atienda al “menor grado de antijuridicidad del delito cometido por exceso, sino al menor reproche que merece la responsabilidad culposa frente a la dolosa”.

²⁰ VIDAL, HUMBERTO S. *Derecho Penal argentino*, 224.

²¹ El Proyecto de 1979, art. 14 admite en el caso del exceso intensivo, la impunidad *propter perturbationem animi*.

²² NUÑEZ, RICARDO, *Tratado de Derecho Penal*, II, pp 96 y 97. Marcos Lerner Editora, 1987. Córdoba. FONTAN BALESTRA, Carlos, *Tratado de Derecho Penal*. II, 328. Edit. Abeledo Perrot, 1977, SOLER, Sebastián. *Derecho Penal Argentino*. II, 67 y ss. Edit. TEA, Buenos Aires. 1976.

²³ JIMENEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de Derecho Penal*. VI, p. 549. Edit. Losada, 1982.

errores sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación como error de prohibición aunque con las mismas consecuencias jurídicas del error de tipo. Mir Puig²⁴, sostiene que por afectar como el error de tipo el supuesto de hecho prohibido por la norma, y no a ésta, no puede admitirse la opinión del finalismo ortodoxo que lo considera constitutivo del “error de prohibición”, sino que ha de atribuírsele la misma significación que el error de tipo.

En cambio, los autores enrolados en la teoría de la culpabilidad, estiman que cuando el agente supone que su conducta está amparada por una causal de justificación que no existe, o que en el caso concreto concurren los presupuestos objetivos de la misma pero que en realidad no están, se encuentra en un error de prohibición indirecto^{25/26}. De manera semejante, se considera que el error de prohibición, cuando es insuperable, excluye la culpabilidad pero, a pesar de esto, la conducta sigue siendo dolosa aunque se disminuye el reproche²⁷.

Quienes consideran el error sobre las eximentes putativas como una categoría autónoma²⁸, beneficiando a quien padece un error de tipo en mayor manera que quien padece de un error de prohibición, se separan de la teoría estricta de la culpabilidad la cual estiman desproporcionada.

Dentro de la concepción de la culpabilidad limitada, Sancinetti, manifiesta que “Aquí decide la justicia y la conveniencia de la solución, no el análisis teórico normativo²⁹”. El autor explica que no es lo mismo

²⁴ MIR PUIG, SANTIAGO. *Derecho Penal. Parte General*. PPU, SA. Impreso por TECFOTO, S L. Barcelona, 1996, 252.

²⁵ BAIGUN, DAVID Y ZAFFARONI, EUGENIO R. *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*. T I, 1997, 554. Edit. Hammurabi. JESCHECK, Hans – Heinrich. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Edit. Comares, Granada, 1993, p. 283, dice que “El error sobre las causas de justificación constituye una clase particular de error de prohibición”.

²⁶ Tribunal en lo Criminal N° 2 de Mercedes. Legítima defensa. Agente policial. Ingesta de medicación mezclada con alcohol. Error de prohibición. 21/12/2004. El Tribunal, en autos “Guevara, Eduardo F.”, resolvió que incurre en error indirecto de prohibición, el agente policial que habiendo ingerido una medicación mezclada con alcohol, disparó sobre un compañero cuando se sintió “agredido”, actuando bajo un error inevitable sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación.

²⁷ BACIGALUPO, ENRIQUE. Tipo y error. p. 104. Edit. Hammurabi, 1988.

²⁸ Por ej. RIGHI, ESTEBAN. La culpabilidad en materia penal. Edt. Ad-Hod, 2003, pp 141 y 143.

²⁹ SANCINETTI, MARCELO. Sistema de la teoría del error en el Código Penal argentino. Edit. Hammurabi, 1990, p 22, mencionado por BOTANA, María F. *El error de prohibición y su relación con el art. 35 del CPen. Argentino*. Revista de Derecho Penal y Procesal Penal. N° 8, Lexis Nexis, abril 2005, pp 430 y ss.

el sujeto que ni siquiera sabe que mata por estar en error de tipo que aquel que lo hace por suponerse en situación de justificación putativa. En el primer hay pura negligencia, en el último hay un actuar que el agente asumió como doloso pero justificó por imprudencia, por lo que valorativamente este caso deberá ser tratado más gravemente que la imprudencia simple, ya que es un error de índole especial, diferente del error de tipo”.

Otro sector de la doctrina³⁰ afirma que el error sobre los presupuestos objetivos de la justificación no es un error de tipo en sentido estricto, a pesar de poseer una estructura más próxima al error de tipo que al error de prohibición, ya que “afecta a la completa caracterización” del hecho en el plano de la realidad. La representación errónea del autor de la existencia de la situación objetiva ha sido considerada por algunos autores, como equivalente a la existencia real de la situación objetiva³¹, pero ello nos lleva a adelantar que sólo será así si el error ha sido esencial e inevitable³².

Bacigaluppo, al hablar sobre la atribuibilidad, sostiene que quien se excede en la acción necesaria para el ejercicio de una causa de justificación no es punible si lo hace ignorando en forma inevitable este exceso, es decir, creyendo en forma invencible que su acción es necesaria. Para estos casos rige el error sobre la prohibición y sólo dará lugar a una atenuación de la pena³³.

El exceso para ser punible, tiene que ser “querido”; pero el problema es resolver es si es querido como exceso o como una forma de

³⁰ SILVA SANCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. Edit. J. M. Bosch, Barcelona 2002, p. 397. ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General*. Edit. Civitas, S.A. Madrid, 1997, 871.

³¹ MUÑOZ CONDE, FRANCISCO. *¿Legítima defensa putativa? Un caso límite entre justificación y exculpación?* Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal, Edit. Bosch, Barcelona, 1995, pp. 183 y ss sostiene que: Quien recurriendo al «criterio objetivable de lo racional o de lo razonable» (es decir, atender a lo que hubiera hecho en las mismas circunstancias una persona normal), debe considerarse una causa de justificación plena, “ya que la creencia subjetiva queda objetivada y convertida, a través de un proceso de normativación judicial, en una realidad jurídica”. También hace referencia a los juristas americanos fuertemente influenciados por lo razonable. En desacuerdo con sólidos argumentos, María da Conceição S. VALDAGUA. *Legítima defensa y legítima defensa putativa. Observaciones a la ponencia de Muñoz Conde*. Idem, p 201.

³² Juzgado de Instrucción Menores y Faltas. Autos “M. G. L. psa homicidio simple”. Sentencia del 13/12/2004. Legítima defensa. Exceso en la legítima defensa putativa. Error inevitable. Se resuelve declarar al menor encausado, autor del delito de homicidio simple por exceso en la legítima defensa putativa. El imputado creía justa y razonablemente, conforme a las circunstancias vividas que la víctima venía a continuar con la agresión cuando en realidad huía de la persecución policial.

³³ BACIGALUPPO, ENRIQUE, *Manual de Derecho Penal*. Edit. Temis S.A.. Colombia, 1996, 146.

realizar la acción que se considera justificada. En el primer caso se respondería por dolo³⁴ y en el segundo a título de culpa³⁵.

Las dificultades que la suposición errónea de una situación justificante se plantea, especialmente, en orden a determinar su ubicación en la teoría del delito. Según la teoría de los elementos negativos del tipo, el error sobre los presupuestos de una causa de justificación constituye un error de tipo que excluye el dolo, pero que puede ser castigado por culpa o imprudencia; consecuencia de concebir el tipo como “tipo de injusto” que implica que sólo se puede hablar de tipo penal completo cuando no concurren causas de justificación. Una de las principales objeciones que se han hecho a la teoría de los elementos negativos del tipo ha sido la de desconocer la distinta función que cumplen el tipo (tipificación del injusto) y las causas de justificación (desaparición de la antijuricidad en una situación excepcional). El error es de tipo negativo o limitador y no un supuesto de error de prohibición³⁶.

El error sobre un elemento esencial de una causa de justificación (p. ej. la agresión ilegítima) no conduce a la impunidad sino todo lo contrario, el sujeto no puede ampararse en la justificante y si fuere accidental (p. ej. la necesidad del concreto medio empleado en la defensa) se plantearía el tema del exceso intensivo en la defensa putativa.

³⁴ El criterio de ponderación de la necesidad debe efectuarse *ex ante* y en atención a ello quien dispara sobre el que apunta – valiéndose de aquello que a todas luces aparece como un arma de fuego – se defiende legítimamente, puesto que los datos de la experiencia (que son también las circunstancias de la ley) indican que el además de sacar armas importa tenerlas, no lo contrario. Y ello por más que *ex post* se demuestre que dicha arma se hallaba descargada o no era operativa para su función específica, ya de todas maneras el relato del imputado devendría verdadero (aunque sólo subjetivamente) y entonces el juzgador no podría válidamente prescindir del mismo toda vez que en dicha hipótesis el error del sujeto activo no podría atribuírsele en función de una negligencia culpable. EXIMENTES. Legítima defensa ejercida con exceso. Generalidades. Presupuestos del art. 34 inc. 6 CP. No configuración. C. Acus. Penal. Cba. 7/6/06 Semanario Jurídico, N° 1568, p 121.

³⁵ Conf. CREUS, CARLOS. *Derecho Penal. Parte General*. p. 337. Edit. Astrea, Buenos Aires, 1992.

³⁶ Con distintos argumentos (sistemáticos, criminológicos, normativos), también considera más coherente la solución de tratar el error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación como el error de tipo, SILVA SANCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 1992, pp. 397 y 398. NÚÑEZ, Ricardo, *Manual de Derecho Penal*, p 192. Considera que son errores de hecho, no sólo los que recaen sobre los elementos objetivos del tipo delictivo, sino también, los que versan sobre sus elementos normativos, así como los errores cuyo objeto son las circunstancias que, al margen del tipo, estructuran una situación de justificación o de inculpabilidad, por ej. (ver nota) el error del autor sobre la existencia de circunstancias que configuran una agresión en su contra o, respecto a la inminencia o gravedad de ella.

Cuando se hace referencia a la existencia o los límites de una causa de justificación se observa cuán lejos están las representaciones del sujeto respecto a una situación real de justificación³⁷.

8. El exceso en las causas de justificación en particular

El exceso en el *estado de necesidad* resulta de la producción innecesaria de un mal que no es el menor entre los posibles (opciones dentro de las que el autor puede elegir) para evitar el mal mayor; pero en este caso, faltaría un requisito del estado de necesidad regulado por el art. 34 inc. 3º del CP, no se estaría originariamente en la justificante y, por ende, no podríamos hablar de exceso.

En el *cumplimiento de la ley, el ejercicio legítimo de un derecho, autoridad o cargo*, el exceso surge de haber sobrepasado los límites de lo permitido y necesario. La situación que nos lleva al abuso del derecho surge cuando se contraría los fines que tuvo la ley al reconocer el derecho de que se trata o que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbre (Código Civil, art.1071).

En la *legítima defensa* existe exceso cuando persiste la acción defensiva a pesar de que el peligro ya ha pasado³⁸; cuando los medios no son racionales respecto a la agresión^{39/40} o cuando ha mediado pro-

³⁷ ROXIN, CLAUS. *Derecho Penal. Parte General*. Edit. Civitas, S.A. Madrid, 1997, 871, 872.

³⁸ C. Crim. Córdoba, 9ª, 03/04/1987. "Casini, Pablo Horacio s/Legítima defensa. Exceso". El exceso se configura dentro de nuestra dogmática, cuando hay una desproporción entre el medio empleado y la agresión o cuando de alguna manera ha habido provocación por parte del que se defiende. Debe responder como autor de exceso en la legítima defensa (arts. 34 inc. 6 y 35 Cpen) quien ante el requerimiento que le formulara la víctima de accederlo carnalmente, se negó firme y categóricamente, lo que provocó la consecuente posterior actitud de nerviosismo, fastidio y acaloramiento de aquella, por la frustración de su propósito, lo que motivó que tomara un arma blanca y se trabara en lucha con el autor, el que luego de desapoderarlo, le infirió reiteradas heridas, aun después de que la víctima se encontraba reducida. Se trata, evidentemente, de un exceso en el modo, en tanto la conducta del autor ha desnudado una intensificación innecesaria de la acción inicialmente justificada.

³⁹ Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala 6ª. Homicidio. Exceso en la legítima defensa. Robo a la salida de una entidad bancaria. 19/11/2004. En autos "Pelech, Pablo", se resolvió que encuadra en el delito de homicidio simple cometido con exceso por legítima defensa, el imputado que luego de ser interceptado a la salida de una entidad bancaria por tres individuos desarmados con la intención de sustraerle el dinero recién retirado, extrajo de su portafolios una pistola y disparó ocasionado la muerte de uno de ellos. Pero, no se consideró exceso por el Tribunal de Casación Penal de Buenos Aires,

vocación suficiente por parte del que se defiende. Llamados, los dos últimos, *exceso en los medios* y *exceso en la causa* respectivamente⁴¹.

Quedan excluidos del exceso en la causa, la provocación que alcanza las características de una agresión ilegítima y la agresión provocada con el objeto de colocarse en un pretexto de legítima defensa.

9. Conclusiones

- Existe exceso cuando el autor que ha iniciado una acción justificada, supera, por omisión de un deber de cuidado, los límites establecidos en la causal legal respectiva sin abandonar su voluntad de actuar justificadamente.
- Cuando falta alguno de los requisitos exigidos por las causas de justificación (por ej. la racionalidad del medio en la legítima defensa o la inminencia del mal más grave en el estado de necesidad) no

sala 1ª, del 07/09/2004. Exceso en la legítima defensa. Extemporaneidad. Subsistencia en la agresión. Víctima físicamente disminuida. En autos “Arista, Eduardo D.” se resolvió que no existió exceso en la legítima defensa por parte del imputado puesto que si bien disparó con resultado mortal cuando sus atacantes se retiraban del lugar, se trataba de una persona físicamente impedida y con sus condiciones de defensa notablemente disminuidas y que se encontraba todavía sometida a la agresión ilegítima de sus victimarios, quienes poseían armas de fuego, sin poder descartarse, por otra parte, que la agresión no podía renovarse.

⁴⁰ C. Crim. San Francisco. 15/5/06. Sentencia Nº 27. “Basualdo, José Ernesto psa. de homicidio simple y hurto simple”. En lo que al tema respecta, la Cámara resolvió que “Para la aplicación del art. 35, CP, deben encontrarse reunidos los requisitos de la legítima defensa, con excepción de la racionalidad del medio empleado. En este caso, ello ocurre, pues si bien el imputado sufrió una agresión ilegítima que lo atemorizó mucho al ser atacado en su propio domicilio por la víctima y no hubo de su parte provocación suficiente porque el incidente tuvo como origen una disputa por la devolución de una pequeña suma de dinero, en cambio, no había necesidad racional de emplear el cuchillo para impedir o repeler la agresión. En síntesis, el imputado obró de acuerdo al art. 35 del CP porque lo animaba la finalidad propia de la legítima defensa, no obstante, cometió un exceso culposos en su acción, pero con el ánimo de obrar legítimamente.

⁴¹ El exceso en la causa ha sido admitido por la doctrina y la Jurisprudencia. Núñez considera que el Código Penal no ha receptado esta tesis y ella no puede surgir del art. 35. “... pues ella no implica, como lo exige este precepto, tratándose de la legítima defensa, un exceso en los límites impuestos por la necesidad, pues en tanto que el exceso en la causa toma en cuenta la provocación por el agredido y la agresión que desencadena, el exceso en los límites impuestos por la necesidad (exceso extensivo) atiende a la relación de la agresión con el medio empleado para evitarla o repelerla. Se trata, en definitiva, de situaciones diferentes: mientras el exceso de los límites impuestos por la necesidad de defenderse niega la existencia de la justificación por defensa, la cuestión del exceso en la causa busca afirmar esa existencia” NÚÑEZ, Ricardo C. *Manual de Derecho Penal*, 4ta. Ed. actualizada, 174.

nos encontramos en la justificante respectiva y por ende no puede hablarse de exceso.

- El error impide la pena del exceso cuando es error de tipo, esencial e invencible.
- Debe diferenciarse *exceso de abuso*, en el primero nos encontramos vinculados, en cuanto a la pena, a un delito culposo y en el segundo, a uno doloso ya que la intención excluye la legitimidad del hecho implicando el abandono voluntario de la situación justificada y, por lo tanto, el hecho típico es antijurídico.
- El fundamento de punir el exceso radica en que la ley limita la reacción impidiendo la injusticia de una acción objetivamente desmedida por parte del afectado.
- El Código Penal argentino no prevé expresamente el exceso impune; pero la pena corresponderá al agente solamente si en la Parte Especial del Código existe un tipo que prevea la forma culposa del delito cometido⁴².

⁴² **Bibliografía:** BACIGALUPO, Enrique. Manual de Derecho Penal. Edit. Temis. Bogotá, 1996. BOTANA, María F. El error de prohibición y su relación con el art. 35 Cpen. Argentino. Lexis Nexis. Revista de Derecho Penal y Procesal Penal. abril, 2005; CARRARA, Francesco. Programa de Derecho Criminal. Edit. Temis. Bogotá, 1977; CREUS, Carlos. Derecho Penal. Parte General. Edit. Astrea. Buenos Aires, 1992; DE LA RÚA, Jorge. Código Penal Argentino. Parte General. Edit. Depalma. 2ª. Edición. Buenos Aires, 1997; FONTÁN BALESTRA, Carlos. Tratado de Derecho Penal. Edit. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1970; FONTÁN BALESTRA, Carlos. Introducción y Parte General. Edit. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1995; JAKOBS, Günter. Derecho Penal. Parte General. Edit. Marcial Pons. Madrid, 1997; JESCHECK, Hans-Heinrich. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Editorial Comares. Granada, 1993; GIMENEZ DE ASÚA, Luis. Tratado de Derecho Penal. Edit. Losada S.A. Buenos Aires, 1977; LAJE ANAYA-GAVIER. Notas al Código Penal Argentino. Parte General. Edit. Lerner, Córdoba, 1996; MUÑOZ CONDE, Francisco - GARCÍA ARÁN, Mercedes. Derecho Penal. Parte General. Edit. Tirant lo Blanch, libros. Valencia, 2002; MUÑOZ CONDE, Francisco. ¿“Legítima” defensa putativa? Un caso límite entre justificación y exculpación. Libro homenaje a Claus Roxin, Fundamentos de un sistema europeo de derecho penal. Edit. Bosch, Barcelona, 1995; MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal, Parte General. PPU, S.A. Barcelona, 1996; NÚÑEZ, Ricardo C. Derecho Penal Argentino. Parte General. Edit. Lerner. Córdoba, 1976; NÚÑEZ, Ricardo C. Manual de Derecho Penal. Parte General. Edic. Actualizada. Edit. Lerner. Córdoba, 1999; QUINTEROS OLIVARES, Gonzalo. Parte General del Derecho Penal. Edit. Thomson – Aranzadi. Navarra, 2005; ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. Edit. Civitas. Madrid, 1997; SILVA SANCHEZ, Jesús María. Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo. Edit. Bosch. Barcelona, 2002; SOLER, Sebastián. Derecho Penal Argentino. Edit. TEA. Buenos Aires, 1976; VALDAGUA, María da Conceição S. Legítima defensa y legítima defensa putativa. Observaciones a la ponencia de Muñoz Conde. Libro homenaje a Claus Roxin, Fundamentos de un sistema europeo de derecho penal. Edit. Bosch, Barcelona, 1995; VIDAL, Humberto S. Derecho Penal Argentino. Parte General. Edit. Advocatus. Córdoba, 1994; WELZEL, Hans. Derecho Penal Alemán. Editorial Jurídica de Chile. Santiago 1972; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Edit. EDIAR. Buenos Aires, 1995; ZAFFARONI, E. ALAGIA, A. SLOKAR, A. Derecho Penal Parte General. Edit. EDIAR. Buenos Aires, 2002.

ANÁLISIS ENTORNO A LA PROHIBICIÓN PENAL DE LA EUTANASIA

(ANALYSIS ROUND THE CRIMINAL PROHIBITION OF EUTHANASIA)

*Luis Alberto Díaz**

RESUMEN: Se aborda el caso de eutanasia terapéutica, activa y directa y la aplicación del tipo penal del homicidio, a partir de una determinada interpretación de la ley penal. Primero, se describe el contexto social. Segundo, se identifican las condiciones objetivas y subjetivas, propias e ineludibles, de la práctica eutanásica, que tienen relevancia normativa en el derecho penal comparado. Se señala que el homicidio (arts. 79 y 80 inc. 1º del CP.), no contempla las condiciones de; (i) enfermedad terminal y/o graves padecimientos, (ii) petición seria y reiterada, y (iii) motivación del autor para llevar a cabo la acción. En tercer lugar, se expusieron algunas razones que estarían justificando la interpretación dominante de la ley penal, mostrando que para aquella, la dignidad humana, se realiza, en los supuestos de eutanasia, mediante una protección del derecho a la vida, por tener una primacía constitucional respecto del derecho a la privacidad y el principio de autonomía de la voluntad. Por último, y como contrapartida, se formulan algunas objeciones en orden a la posible afectación de los principios penales de legalidad y proporcionalidad de la pena.

PALABRAS CLAVE: Eutanasia – Homicidio – Interpretación de la ley.

1. El problema

Nos proponemos reflexionar en torno a la interpretación de la ley que llamamos “*dominante*”, para la cual, la eutanasia terapéutica, activa y directa constituye el delito de homicidio simple (art.79 CP.), si la muerte resultare de una acción desplegada por un profesional de la

* Docente de Problemas del Conocimiento y Formas del Razonamiento Jurídico, Facultad de Derecho y Cs. Ss. de la U.N.C.

salud y/o de homicidio calificado, agravado por el vínculo (art. 80 inc. 1º, CP.), si el autor fuese un ascendiente, descendiente o cónyuge de la víctima (enfermo terminal o con graves padecimientos).

Nos ocuparemos únicamente de la eutanasia terapéutica, activa y directa¹, de por qué para el derecho penal aquella es un homicidio y en tal sentido pretendemos; (i) describir el contexto de la ley penal, (ii) presentar diferentes sistemas penales, en vistas de encontrar ciertas claves interpretativas o criterios relevantes, y (iii) analizar, a partir de lo desarrollado, la interpretación dominante de la ley penal en relación con principios jurídicos tales como el de legalidad y proporcionalidad de la pena.

2. Morir contemporáneamente

Eutanasia encuentra su origen en la palabra griega eu-thantos, cuya traducción literal es la de buena muerte, y que contemporáneamente entendemos como muerte digna. La muerte es más bien un fenómeno que aparece como proceso cuyo momento final resulta del producto de acciones y decisiones humanas, que están mediadas y atravesadas por la técnica médica. Un ejemplo de ello son las unidades de terapia intensiva, la sustitución de partes del cuerpo humano por aparatos tales como respirador artificial, las técnicas de alimentación e hidratación artificial y los trasplantes de órganos entre otras. Así nuestra ley de Trasplantes de Organos y Materiales Anatómicos, N° 24.193 (art. 23)², taxativamente prevé las condiciones que se deben reunir y constatar, para considerar a una persona muerta.

¹ En adelante nos referiremos a ella utilizando la voz eutanasia. La muerte es anticipada por la acción directa de un tercero, con motivo de una petición reiterada y sería por parte de un enfermo terminal o con graves padecimientos.

² Ley N° 24.193. Art. 23; El fallecimiento de una persona se considerará tal cuando se verifiquen de modo acumulativo los siguientes signos, que deberán persistir ininterrumpidamente seis (6) horas después de su constatación conjunta: a) Ausencia irreversible de respuesta cerebral, con pérdida absoluta de conciencia; b) Ausencia de respiración espontánea; c) Ausencia de reflejos cefálicos y constatación de pupilas fijas no reactivas; inactividad encefálica *corroborada por medios técnicos y/o instrumentales adecuados a las diversas situaciones clínicas, cuya nómina será periódicamente actualizada por el Ministerio de salud y acción social con el asesoramiento del Instituto Nacional Central y Unico Coordinador de Ablación e Implante (INCUCAI)*. La verificación de los signos referidos en el inc. d) no será necesaria en caso de paro cardiorespiratorio total e irreversible.

3. La eutanasia en el derecho penal comparado³

Anticipar la muerte de otro, con motivo de una enfermedad grave, adquiere relevancia jurídico penal, según criterios sentados por la doctrina y la jurisprudencia, cuando la conducta del tercero (médico o familiar), sea mediante un hacer o no hacer es identificada como un matar a otro (homicidio), o como un ayudar o colaborar en la muerte propia de otro (ayuda al suicidio), por encontrarse éste, padeciendo una enfermedad grave. Diferentes alternativas de respuesta por parte de las leyes penales emergen de los Estados democráticos –occidentales–. Aquí sólo nos ocuparemos de aquella conducta desplegada por un tercero que es identificada como un matar a otro, y que encuentra su motivación en la petición o la piedad, siempre que, el enfermo sea terminal o con graves padecimientos. De una primera aproximación a los sistemas jurídicos penales occidentales, emerge la siguiente clasificación orientadora.

Un primer sistema, al que llamamos de *despenalización restringida*, prevé la legalización, bajo ciertas condiciones y circunstancias, de la eutanasia terapéutica activa y directa, como es el caso de las legislaciones de Holanda y Bélgica. Se sustrae del ámbito de intervención directa del poder punitivo a las prácticas de eutanasia terapéutica. La ley holandesa de “*Terminación de la vida a petición propia y del auxilio al suicidio*”⁴, interesa para nuestro tratamiento, en la medida que es el resultado no sólo de un previo debate social, sino que además y principalmente consolida y fija normativamente conductas y prácticas sociales existentes con anterioridad en aquel país. La ley avanza sobre lo que llamamos eutanasia terapéutica, en cuanto legaliza –mediante una eximente penal– y reglamenta la intervención del médico, que cumpliendo ciertas exigencias objetivas, subjetivas y administrativas, (i) da por terminada la vida, (ii) presta auxilio a otro para suicidarse, o bien, facilita los medios necesarios para el suicidio del enfermo grave (paciente), requiriéndose

³ En relación con la eutanasia la bibliografía a consultar y a modo de sugerencia, además de la ya citada se puede consultar: (i) JAKOBS GÜNTER, *Suicidio, Eutanasia y Derecho Penal*, (1999), Tirant lo Blanch, Valencia; (ii) Schotsmans P., *El debate de la Eutanasia en Bélgica*, JA, 1998–732; (iii) FACORRO – VITTADINI Andrés, *Eutanasia: su tratamiento en la doctrina y el derecho comparado*, ED, 171–980; (iv) REINALDI Víctor, *Dejar morir sin delinquir*, Revista de la Facultad de Dcho. y Cs.Ss. – U.N.C., Argentina; (v) ROXIN, C. y otros, “Eutanasia y suicidio. Cuestiones dogmáticas y de política criminal”, 2001, Comares, Granada.

⁴ Ley 26.691. Ver, ADRUET A., ob.cit.

para estos supuestos la petición de aquel⁵. Los sujetos intervinientes son el médico y el paciente. Para el supuesto que éste último sea menor de edad, se requiere además la intervención en la decisión del padre que ejerza la patria potestad o de aquel que tenga la tutela del menor. Si el paciente no puede prestar su consentimiento, debe haberlo prestado por escrito con anterioridad y haber contado al momento de la manifestación con la edad de al menos dieciséis años⁶.

Un sistema legal intermedio, al que llamamos de *penalización atenuada*, es aquel que atenúa la pena en aquellos casos, en los cuales se dan ciertas condiciones fácticas que se consideran relevantes y que forman parte de las prácticas eutanásicas. Trataremos por separado algunos sistemas penales extranjeros, ya que se advierten diferencias en los textos legales, en cuanto a los tipos de injustos (modos comisivos) y su punibilidad.

⁵ Ley 26.691. Cap. 1 – Definiciones. **Art. 1.** *En esta ley se entenderá por: "... b) Auxilio al suicidio: ayudar deliberadamente a una persona a suicidarse o facilitarle los medios necesarios a tal fin, tal y como se recoge en el art. 294; párrafo segundo, segunda frase, del Código Penal; c) El médico: el médico que, según la notificación, ha llevado a cabo la terminación de la vida a petición del paciente o ha prestado auxilio al suicidio".* Capítulo 2. Requisitos de cuidado y esmero profesional. **Art. 2.** *" Los requisitos de cuidado a los que se refiere el art. 293, párrafo segundo, del Código Penal implican que el médico: a) ha llegado al convencimiento de que la petición del paciente es voluntaria y bien meditada, b) ha llegado al convencimiento de que el padecimiento del paciente es insoportable y sin esperanzas de mejora, c) Ha informado al paciente de la situación en que se encuentra y de sus perspectivas de futuro, d) ha llegado al convencimiento junto con el paciente de que no existe ninguna otra solución razonable para la situación en la que se encuentra este último, e) ha consultado, por lo menos, con un médico independiente que ha visto al paciente y que ha emitido su dictamen por escrito sobre el cumplimiento de los requisitos de cuidado a los que se refieren los apartados a) al d) y f) ha llevado a cabo la terminación de la vida o el auxilio al suicidio con el máximo cuidado y esmero profesional posibles. ...".* Capítulo 4. Modificaciones en otras leyes. **Art. 20.** *"El Código Penal va a ser modificado de la siguiente manera. A) El art. 293 pasa a tener el siguiente texto: Art. 293.1. El que quitare al vida a otra persona, según el deseo expreso y serio de la misma, será castigado con pena de prisión de hasta doce años o con una pena de multa de la categoría quinta. 2.- El supuesto al que se refiere el párrafo 1 no será punible en el caso de que haya sido cometido por un médico que haya cumplido con los requisitos de cuidado recogidos en el art. 2 de la ley sobre comprobación de terminación de la vida a petición propia y del auxilio al suicidio, y se lo haya comunicado al forense municipal conforme al art 7, párrafo segundo de la ley Reguladora de los Funerales. B) El artículo 294 pasa a tener el siguiente texto: Art. 294.1. El que de forma intencionada indujere a otro para que se suicide será, en caso de que el suicidio se produzca, castigado con una pena de prisión de hasta tres años o con una pena de multa de la categoría cuarta. 2. El que de forma intencionada prestare auxilio a otro para que se suicide o le facilitare los medios necesarios para ese fin, será, en caso de que se produzca el suicidio, castigado con una pena de prisión de hasta tres años o con una pena de multa de la categoría cuarta. Se aplicará por analogía el art. 293, párrafo segundo..."*

⁶ Cfr. Andruet A., ob.cit.

La ley penal de España, incrimina de modo genérico, por considerar relevantes, aquellos comportamientos que intervienen (de modo esencial) en la muerte consentida de otro, regulando especialmente (art. 143. 1; 2 y 3, CPE.), (i) la inducción al suicidio, (ii) la cooperación necesaria al suicidio, y (iii) el homicidio consentido o auxilio ejecutivo al suicidio. En el inciso subsiguiente (art. 143. 4, CPE.)⁷, se considera especialmente la eutanasia y en una aproximación al tipo penal, podemos concluir que los requisitos exigidos son los siguientes; la petición, que ha de ser seria e inequívoca, quedando fuera, por tal motivo todos aquellos que no cuenten con capacidad para prestar el consentimiento y pedir la anticipación de la muerte, como es el caso de los menores, incapaces y pacientes comatosos. Para este último supuesto, y sólo para algunos tratadistas se puede suplir mediante un testamento vital previo que tiene que existir en el caso concreto. Otro requisito es la enfermedad mortal y/o dolorosa, no debiendo interpretarse como condiciones acumulativas, sino como optativas, es decir, o padece una enfermedad mortal o padece dolores intolerables, haciéndose un distinguo en cuanto a la condición mortal de la enfermedad, pues alcanza con que ésta sea hipotética, pudiendo o no producirse. Respecto de los dolores intolerables, estos han de ser actuales, han de estar presentes y ser reales. Por último, resta señalar que la conducta ha de ser activa, al modo de cooperación o de ejecución, los que nos permite sostener, como se entiende mayoritariamente, que la eutanasia pasiva e indirecta son impunes para el derecho penal español.

La ley penal de Alemania, no sanciona penalmente a la colaboración o ayuda al suicidio, por lo que tales comportamientos son impunes, sea que se den o no las condiciones eutanásicas en el caso concreto. La posición predominante, entiende que para aquellos casos por el cual un tercero da muerte a otro, determinado por la petición de éste último, la ley penal prevé la figura típica del homicidio por petición (§ 216, StGB)⁸, como un modo atenuado del homicidio. La eutanasia

⁷Art. 143.4 CPE. *“El que causare o cooperare activamente con actos necesarios y directos a la muerte de otro, por la petición expresa, seria e inequívoca de éste, en el caso de que la víctima sufriera una enfermedad grave que conduciría necesariamente a su muerte, o que produjera graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar, será castigado con la pena inferior en uno o dos grados a las señaladas en los números 2 y 3 de este artículo”*. El Art. 143. 2 CPE. refiere a la cooperación necesaria al suicidio, con una pena de prisión de dos a cinco años; el Art. 143.3 CPE, refiere al homicidio a petición, con una pena de seis a diez años. Este último es una atenuación del homicidio que prevé una pena de diez a quince años.

⁸§216 StGB; *“Homicidio a petición. (1) Si alguien es determinado al homicidio por la petición expresa y seria del fallecido, se le impondrá pena privativa de libertad de seis meses a cinco años. (2) la tentativa es punible.”*

activa, teniendo en cuenta sus especiales condiciones ya descritas con anterioridad, ingresa en la figura típica del homicidio por petición. No obstante ello, Roxin sostiene que se debería dar un paso más en casos extremos, excluyéndose la punibilidad de este tipo de práctica (adhiera al Proyecto Alternativo de Ley sobre la Eutanasia)⁹. Desde una perspectiva diferente, Jakobs¹⁰, al adentrarse en un análisis de la ley penal alemana sostiene que los supuestos de eutanasia activa son un especial modo de ayudar a otro a provocar la propia muerte (suicidio), y si tenemos especialmente en cuenta, que la ayuda o colaboración al suicidio no es delictiva, entonces la eutanasia activa queda fuera del ámbito de injerencia del derecho penal y del sistema punitivo. Al mismo tiempo y como consecuencia, propone una interpretación restrictiva del homicidio por petición, en cuanto delito de peligro abstracto¹¹.

En Latinoamérica, la ley penal de Colombia (art. 326 C.P.C.)¹², prevé el homicidio por piedad (llamado pietístico o eutanásico). El tipo penal exige; (i) como condición objetiva, que el sujeto pasivo se encuentre padeciendo intensos sufrimientos, provenientes de una enfer-

⁹ ROXIN C., ob.cit. "Para situaciones de este tipo, en la que no existe otra salida, y donde no se encuentra a disposición ningún otro medio, el proyecto Alternativo ha propuesto en el § 216 II la siguiente redacción: El tribunal, bajo los presupuestos del apartado primero (esto es, el homicidio a petición – nota del autor-), podrá excluir la pena cuando la muerte sirva para el cese de una grave situación de sufrimiento insostenible para el interesado, que no pueda ser evitada o mitigada por ninguna otra medida".

¹⁰ JAKOBS G., ob.cit.

¹¹ JAKOBS G., ob.cit., "Voy a tratar de demostrar que, en el derecho penal hoy vigente en Alemania, la prohibición contenida en el delito de homicidio a petición (§216 StGB) no se extiende de modo alguno tan ampliamente como normalmente se afirma, es decir, que algunos casos de eutanasia directa, a los que aludiré más detalladamente, no pueden ser abarcados por la prohibición sin que se vulneren valores jurídico-penales usuales y acreditados. ... En resumen. 1. Dado que el derecho garantiza el orden externo entre diferentes personas, ni el suicidio realizado responsablemente por propia mano, ni la participación de otro en el mismo son hechos injustos. 2. El homicidio a petición es un suicidio consumado en división de tareas, en el que el solicitante es quien determina el fin, no el ejecutor. 3. La razón de ser de la prohibición del homicidio a petición es el peligro abstracto de que la petición de muerte pueda no ser madura. 4. En situaciones como en las de eutanasia indirecta o pasiva, en las que, en caso de duda, se presume que la dignidad de una muerte pronta es preferible a la vida, no puede ser mantenida la suposición de la falta de madurez de una petición de muerte; tales situaciones deben excluirse, por tanto, del delito de homicidio a petición. 5. La licitud de la eutanasia directa, que aquí se preconiza, no depende del capricho individual del solicitante, sino de la razonabilidad objetiva – por supuesto, susceptible de cambio – de su petición, razonabilidad que es controlada por el derecho".

¹² Art. 326 CP. Colombiano; "Homicidio por piedad. El que matare a otro por piedad, para poner fin a intensos sufrimientos provenientes de lesión corporal o enfermedad grave o incurable, incurrirá en prisión de seis meses a tres años".

medad grave o incurable; (ii) como condición subjetiva, la piedad, es decir, el sujeto activo habrá de actuar motivado por razones humanitarias para con el necesitado de muerte. El tipo penal, no establece como una exigencia típica, el consentimiento y la petición por parte del sujeto pasivo, no obstante ello, como lo ha resuelto la C.C.C., esta manifestación de voluntad expresa, es una exigencia que se desprende de la correcta interpretación del derecho a la vida y la autonomía de la voluntad, bajo la luz constitucional.

Al otro extremo de la despenalización, encontramos sistemas jurídicos de *penalización severa*, por que no prevén una atenuación de la pena en razón de las condiciones eutanásicas, configurando, prima facie, la eutanasia activa, el delito de Homicidio (en su figura genérica o calificada, agravada por el vínculo), con penas que aparecen como desproporcionadas. Entre ellos, la ley penal argentina, en cuanto que no cuenta con la figura típica del Homicidio por Petición o por Piedad, y por lo tanto devienen aplicable (interpretación mayoritaria de la dogmática penal), las figuras típicas del homicidio simple o el calificado agravado por el vínculo (arts. 79 y 80 inc.1º, C.P.)¹³, pudiendo el Juez, para éste último supuesto, aplicar las circunstancias extraordinarias de atenuación¹⁴, si así lo considera.

4. Las condiciones propias de la eutanasia

Los textos legales citados nos permiten señalar que aparecen condiciones que emergen de la propia práctica de la eutanasia y que son receptadas por la ley, por ser condiciones propias e ineludibles, que la identifican y la diferencian de otras que no lo son. Estas serían las siguientes; *Graves padecimientos*. Incluye aquellas enfermedades, que

¹³ Art. 79 CP. argentino; "Se aplicará reclusión o prisión de ocho a veinticinco años, al que matare a otro, siempre que en este Código no se estableciera otra pena".

Art. 80, inc. 1º CP.; " Se impondrá reclusión perpetua o prisión perpetua, pudiendo aplicarse lo dispuesto en el art. 52, al que matare: 1º A su ascendiente, descendiente o cónyuge, sabiendo que lo son";

Art. 80 último párrafo CP.; "Cuando en el caso del inc. 1º de este artículo, mediaren circunstancias extraordinarias de atenuación, el juez podrá aplicar prisión o reclusión de ocho a veinticinco años".-

¹⁴ CREUS C., *Derecho penal. Parte Especial*, 1992, Astrea, Bs. As., 16. "En nuestro sistema son circunstancias extraordinarias de atenuación las referidas al hecho, que por su carácter y la incidencia que han tenido en la subjetividad del autor, han impulsado su acción con una pujanza tal, que le ha dificultado la adopción de una conducta distinta de la que asumió".

de acuerdo al estadio actual de la ciencia médica y la capacidad tecnológica, se consideran incurables¹⁵, sea que (1) el suceso mortal se haya instalado, como aquellas que (2) si bien el suceso mortal no se ha instalado provocan dolores y sufrimientos permanentes e intolerables (tanto psíquicos como físicos), anulando toda posibilidad de desarrollar un proyecto de vida. *La petición*. Es el pedido efectuado por aquel que se encuentra (necesitado) bajo graves padecimientos, sea en cualquiera de las posibilidades anteriormente enunciadas. Esta petición no es una aceptación o un consentimiento, sino que es una manifestación expresa, seria e inequívoca¹⁶ del deseo de morir. Se requiere en estos casos, que esté precedida de la información que posibilite conocer su estado de salud y consecuencias futuras a raíz de tal estado. En aquellos casos en que el enfermo grave no se encuentra en condiciones de pedir su muerte (niños, dementes o pacientes comatosos que están imposibilitados de expresar de modo serio e inequívoco la voluntad de morir), la mayoría de los especialistas, requieren que además de una enfermedad sin posibilidades de curación y terminal (condición objetiva de posibilidad para llevar a cabo la acción de anticipación de la muerte), se admita la posibilidad de suplir la autonomía de la voluntad, mediante la representación y la presunción. Otros, proponen (sería posible sólo para pacientes comatosos), intentando alejarse de aquella aproximación, que quien por encontrarse cercano afectivamente con el enfermo terminal, lleve a cabo una reconstrucción de las convicciones (ideales de vida e intereses) a partir de lo vivido de modo consciente por parte del enfermo terminal, tratando de ser coherente con aquellos intereses,

¹⁵ A nuestro entender esta fórmula resulta problemática, pues si bien y como suele decirse o se pretende sostener, los descubrimientos científicos son patrimonio de la humanidad, no es menos cierto que la oportunidad de contar y hacer uso de ellos, por parte de los ciudadanos depende de la capacidad tecnológica del país en el que viven (primer mundo o tercer mundo), y/o de los recursos económicos disponibles con que cuentan. Por otra parte, bien sabido es que no todos los Estados priorizan la salud pública, más aún, en aquellos que no hay tal prioridad, la diferencia entre la asistencia sanitaria pública y la privada resulta inconmensurable. Un ejemplo de ello es la *medicina paliativa*, pues no hay hasta el momento una política pública al respecto, quedando reservada tal posibilidad solamente para aquellos que pueden afrontar los altos costos de la oferta privada. Esta diferencia es una muestra acabada del incumplimiento de los deberes del Estado, que suscribe, ratifica y otorga jerarquía constitucional a los tratados internacionales de derechos humanos, sin preocuparse en lo más mínimo por llevar a cabo tal compromiso voluntariamente asumido.

¹⁶ Lo serio e inequívoco requiere de que se trate de un enfermo grave, que haya expresado reiteradamente su voluntad de morir, a partir de las consecuencias gravosas que la enfermedad trae consigo.

justificando la decisión en torno a la eutanasia activa. Creemos que al momento de debatir la eutanasia, la autonomía de la voluntad, nos coloca en situaciones de difícil resolución, para con aquellos enfermos terminales, que por encontrarse en estado de inconciencia (menores de edad o enfermedad mental), están imposibilitados de comprender y decidir. *La intervención motivada.* En relación con la conducta desplegada por aquel que interviene en la práctica de la eutanasia como sujeto activo (despliega una acción u omisión, sea al modo de eutanasia indirecta, pasiva o activa), debe encontrar su motivación en (1) el grave padecimiento y (2) la petición. Estas co-determinan la intervención que produce la muerte. Si bien esta intervención del tercero escapa a toda pretensión de justificación moral concluyente, las leyes penales extranjeras hacen referencia sólo a la petición o completan las condiciones recurriendo a la piedad o compasión. Creo que en ambos casos la exigencia legal es que en el sujeto activo esté presente una motivación, es decir, que la acción desplegada lo sea en razón de las dos condiciones anteriores. La acción desplegada es eutanática (anticipa el fin de la vida) cuando está motivada en las condiciones de graves padecimientos y petición seria e inequívoca. Para algunos sistemas legales se exige el sentimiento de piedad o compasión por parte del sujeto activo, aunque creemos que al juzgador le alcanza para identificar una conducta eutanática, con la convicción de que, dado los graves padecimientos y la petición seria e inequívoca, el sujeto activo no obró por móviles impuros o atípicos, pues estaríamos ante otra figura delictiva.

5. La eutanasia en el Derecho Penal Argentino

Como lo sostiene la doctrina judicial¹⁷, no constituye eutanasia e ingresan en el ámbito de decisión del enfermo terminal (petición expresa y seria de un mayor capaz), tanto el negarse a un tratamiento terapéutico, como la aceptación y petición de una asistencia médica paliativa (paliar el dolor o los graves sufrimientos), a sabiendas de que probablemente o con seguridad tal actuar acelere el acaecimiento de la muerte. En ambos supuestos, mediando la información correspondiente (el consentimiento informado) y en virtud de ser conductas autorreferentes y motivadas en el respeto y protección de los derechos fundamentales de integridad corporal y autodeterminación, propias del ám-

¹⁷ Ver Fallos: (i) C.S., abril 6-993 – Bahamondez, Marcelo, LL. 1993 – D, 125; (ii) CNCiv., sala H, febrero 21-1991 – Jakobson, Juan, ED., 144 – 122; (iii) CS., enero 11-2001 – T.S. c/ Gobierno de la ciudad de Bs. As., LL. 2001 – 188.

bito de privacidad (art. 18 C.N.), no constituyen delito. La Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires¹⁸, ratifica lo que la doctrina judicial sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación viene sosteniendo, en orden a la primacía del derecho fundamental a la vida, el reconocimiento de la autonomía de la voluntad del paciente y la intimidad, en cuanto derechos personalísimo del cual sólo puede disponer su titular.

Si la eutanasia no fue prevista por el legislador al momento de sancionar la ley penal vigente, entonces se requiere de una interpretación de la ley penal no mecánica¹⁹ que (art. 75 inc. 22) tenga en cuenta los derechos fundamentales receptados por los Tratados, Pactos y Convenciones Internacionales con jerarquía normativa constitucional²⁰.

Primero, la eutanasia no está contemplada por nuestra ley penal, como sucede en el derecho penal comparado y por ello, la interpretación dominante de la ley penal, considera aplicable el tipo penal del homicidio simple (art. 79 CP.) o el homicidio calificado, agravado por el vínculo (art. 80 inc. 1º CP), pues la eutanasia, al igual que el homicidio, es un matar a otro, que lesiona el derecho fundamental a la vida. Segundo, el Estado de Derecho no sólo debe velar por la seguridad jurídica, sino también por una justicia material (CSJN), de la cual son tributarios tanto los principios como las normas inferiores en su conjunto. Tercero, tal directiva, encontraría su realización mediante una efectiva protección del derecho fundamental a la vida, en cuanto que de este dependen los demás²¹. Si bien no es absoluto, sino más bien relativo y referencial, pues cede ante especiales previsiones legales, como la legítima defensa (art. 34, inc. 6 y 7, CP.) o el de armarse en defensa de la Nación, o la no punibilidad de la tentativa del suicidio, de ello no se infiere que deba ceder ante otros derechos dada su falta de viabilidad²².

¹⁸ Fallo de S.C.B.A., 09/02/2005, autos S., M. d. C., Insania.

¹⁹ Esclarecer el sentido actual e institucional del texto en relación con su contexto. Al respecto se puede consultar; (i) Gadamer, H.G., *Verdad y Método I y II*, (1977/2000), Sígueme, Salamanca. (ii) Bacigalupo E., *Principios Constitucionales de derecho penal*, (1999), Hamurabi, Bs. As.

²⁰ RICOEUR PAUL, *Fundamentos filosóficos de los derechos humanos: una síntesis*, (1985), Serbal / UNESCO, Paris. "Estos derechos consisten esencialmente en reconocer al individuo o a grupos internos a la sociedad la posibilidad de poner límites a la acción del estado, y por lo tanto el poder de reivindicar su derecho y de esa forma anular las decisiones contrarias al mismo".

²¹ Fallo de S.C.J.B.A. cit. ant., voto del Dr. Hitters, "... la jerarquía constitucional otor-gada al derecho a la vida (primero y más importante) impone que aún en caso de duda, siempre debe estarse por la solución más favorable a su prolongación (o subsistencia)".

²² Ver CREUS C., ob.cit., 5 .

Esta interpretación dominante, supone que una protección jurídico-penal del derecho a la vida (C.S.J.N.)²³ lo es desde la concepción. Por ello, según creemos, en nuestra tradición legal, propuestas interpretativas tales como las que sostienen que la eutanasia quedaría fuera del ámbito de prohibición penal en virtud de la relatividad y disponibilidad del derecho a la vida –sea por que éste cede, o bien ante el derecho a la intimidad y la autonomía de la voluntad, o bien, ante el derecho fundamental a no recibir tratos crueles e inhumanitarios–, no han encontrado hasta el momento recepción, de un modo tal que pudiesen generar una doctrina judicial vinculante (precedente).

En lo que sigue se formulan algunas objeciones, valiéndonos para ello de los principios²⁴ de legalidad y proporcionalidad de la pena.

El principio de legalidad (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), que encuentra reconocimiento constitucional (arts. 18, 19 y mediante el art. 75 inc. 22 de la CN., el art. 9 de la CA,²⁵ y el art. 9 del PIDCP²⁶), vendría a poner en tensión a la interpretación dominante, que a partir del enunciado típico genérico, “*el que matare a otro*”, propone la aplicación del homicidio simple o calificado agravado por el vínculo a las prácticas de eutanasia, toda vez que en éstas, habría un sujeto activo que detenta el dominio del hecho, hasta el momento último, llevando a cabo una acción por comisión (objetiva-subjetiva) de dar muerte a otro²⁷. Esto sería lo que permitiría la aplicación de los tipos penales antes mencionados, aunque si bien ambas conductas lesionan el derecho a la vida,²⁸ mediante un matar a otro, tal analogía no resultaría posible sin afectar el principio de legalidad, pues median diferencias fácticas, conceptuales y morales. Prueba de ello es que el homicidio simple o agravado por el vínculo, previsto por nuestra ley penal, no recoge las condiciones objetivas y subjetivas, que son propias e ineludibles de la eutanasia, y que los sistemas penales comparados mencionados, si las prevén.

²³ Ver Fallo de la CS. 2001/01/11, LL. 2001-188.

²⁴ Para el debate en torno a la interpretación de la ley y los principios jurídicos ver; (i) Alexy R., *Sistema Jurídico, Principios Jurídicos y Razón Práctica*, (1998), Doxa 5, Madrid. (ii) Dworkin R., a) *Los derechos en serio*, (1989), Ariel, Barcelona b) *El imperio de la justicia*, (1992), Gedisa, Barcelona. (iii) Prieto L., *Ley, principios y derechos*, (1998), Dykinson, Madrid.

²⁵ El Principio de legalidad y retroactividad en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

²⁶ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

²⁷ Ver DONNA E, *Derecho Penal. Parte Especial. T. I yII*, (1999), Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe.

²⁸ Ver. CALSAMIGLIA A., *Sobre la eutanasia*, (1992), Revista Doxa N° 13, 337.

Pareciera entonces que la dificultad reside en determinar si estamos en presencia de hechos similares, susceptibles de analogía o no. En favor de la segunda opción, podría decirse que la eutanasia terapéutica, activa y directa es tal, sólo cuando se dan las condiciones propias e ineludibles, y que omitirlas, considerando análogo el homicidio a la eutanasia, es llevar a cabo una interpretación extensiva en contra del imputado, in mala partem, pues con ella se estaría decidiendo en favor de la tipicidad, prohibición y sanción penal por sobre la atipicidad y no punibilidad. Además, todo texto (ley penal) tiene un contexto, que como señalamos, habría sufrido cambios tales como el paso de la sociedad tradicional a las sociedades tecnocientíficas y con ello al morir tecnológico, imponiéndose, en un derecho penal garantista, la aplicación de otro principio (derivado del principio de legalidad penal), como los es el principio penal de respeto histórico al ámbito legal de lo prohibido²⁹, que viene a limitar las interpretaciones extensivas, que en otros ámbitos del derecho serían posibles.

La otra objeción se encamina en orden al principio de proporcionalidad de la pena³⁰, pues ésta es una sanción que debe guardar relación con el supuesto de hecho de que se trata y así, en el homicidio, la pena privativa de la libertad obedece a un programa de selección criminali-

²⁹ Ver. ZAFFARONI E., ob.cit. "En estos casos se debe tomar en cuenta el contexto cultural del texto legal, y cuando se comprueba un fenómeno de inusitada extensión prohibitiva, se impone una reducción histórica. La legalidad es un principio que sirve para garantizar la limitación del ámbito de programación criminalizante legislativa, y no se puede revertir su sentido convirtiéndolo en un argumento de extensión inusitada y nunca prevista en el contexto originario del texto, cuyo efecto es conceder un espacio selectivo de criminalización que alcanza los límites máximos de arbitrariedad. Un tipo penal no puede erigirse en instrumento para la criminalización indiscriminada. ... lo punitivo es un ámbito que deben planificar y aumentar las agencias políticas mediante la ley, y la omisión de éstas frente a cambios significativos de contexto cultural o tecnológico constituye una renuncia a su función, que no es constitucionalmente admisible. La criminalización primaria se establece por acción de las agencias políticas y no por sus omisiones".

³⁰ Ver ZAFFARONI E. y OTROS, ob.cit., 123, "... se le llama principio de proporcionalidad mínima de la pena con la magnitud de la lesión. Con este principio no se legitima la pena como retribución, pues sigue siendo una intervención selectiva del poder que se limita a suspender el conflicto sin resolverlo. Simplemente se afirma que, dado que el derecho penal debe escoger entre irrationalidades, para impedir el paso de las de mayor contenido, no puede admitir que a esa naturaleza no racional del ejercicio del poder punitivo se agregue una nota de máxima irrationalidad, por la que se afecten bienes de una persona en desproporción grosera con el mal que ha provocado. Esto obliga a jerarquizar las lesiones y a establecer un grado de mínima coherencia entre las magnitudes de penas asociadas a cada conflicto criminalizado ..."

zante que considera digno de protección a la vida, ante ataques que se encaminan a su eliminación. El homicidio simple tiene prevista una pena privativa de la libertad de prisión o reclusión con un mínimo de 8 años y un máximo de 25 años y el homicidio calificado, agravado por el vínculo, tiene una pena de reclusión o prisión perpetua. La pena mayor del segundo, encuentra su justificación en la mayor gravedad, reprochabilidad y/o intolerabilidad que para la sociedad representa el menosprecio – en razón del parentesco entre el sujeto activo y el pasivo–, al vínculo de sangre o al respeto que se deben los cónyuges. Este programa político jurídico de criminalización, recepta y re-envía un mensaje a la sociedad, acerca de lo que consideramos digno de protección penal y el grado de intolerabilidad que se ve reflejado en la cuantía de la pena, conminada en abstracto por el legislador penal y que el Juez deberá, prudentemente, determinar en el caso en concreto, atendiendo a las circunstancias atenuantes o agravantes particulares (arts. 40 y 41 CP.). Para la ley penal y la sociedad de la cual aquella emerge, importa o se considera más gravoso e intolerable un ataque al derecho a la vida, que un ataque al derecho a la propiedad, o ante ataques a un mismo bien jurídico, como lo es la vida, resulta más gravoso y por ello intolerable, el eliminar la vida de otro por placer, codicia, odio racial o religioso (art. 80 inc. 4), que el dar muerte en estado de emoción violenta (art. 81 inc. 1); ahora bien, de acuerdo a la interpretación dominante, para este proyecto de criminalización (al no haber previsto especialmente la eutanasia terapéutica activa y directa), importaría considerar de igual gravedad y reprochabilidad a; (i) la eutanasia practicada por un profesional de la salud, que pone fin a la vida de otro motivado en la petición seria del paciente, ante una enfermedad terminal o ante graves e intolerables padecimientos, y el poner fin a la vida de otro sin otra motivación más que la de dar muerte; (ii) la eutanasia practicada por un familiar, que le pone fin a la vida del enfermo terminal o con graves e intolerables padecimientos, y con el cual está unido en razón de un vínculo de parentesco y afectividad, con aquel otro, que pone fin a la vida por menosprecio a tal vínculo de parentesco del que lo hace por placer, codicia u odio racial. Es decir, con la interpretación dominante se está proponiendo la misma pena, que priva de derechos y provoca dolor, a supuestos de hecho que razonablemente no merecerían igual reproche³¹.

³¹ BACIGALUPO, E., ob. cit., 149. *“La prohibición constitucional de penas inhumanas y degradantes contiene implícitamente el principio de proporcionalidad: Sólo la pena proporcionada a la gravedad del hecho es humana y respetuosa de la dignidad de la persona, es decir no degradante”*.

6. A modo de conclusión

La tarea realizada ha transitado diversos niveles de reflexión, formulando algunas razones que vienen a justificar algunas objeciones a aquella interpretación de la ley penal que aquí llamamos dominante. El objetivo de reflexionar críticamente ha estado precedido, tanto por una idea de ciencia que ya no se reconoce neutral, como por una temática, cuyo debate se nutre y requiere de concepciones políticas, morales y legales, entre otras.



**DECRETOS DE NECESIDAD Y URGENCIA:
de la recepción constitucional a la Ley 26.122**

**(THE DECREES OF EMERGENCY AND NEED: FROM CONSTITUTIONAL
ACKNOWLEDGEMENT TO LAW N° 26.122)**

Carlos A. Juárez Centeno y Fernando N. Pizzicari***

RESUMEN: El presente trabajo aborda la recepción constitucional de los llamados "Decretos de necesidad y urgencia" a partir de la Reforma de 1994, en el artículo 99, inciso 3. Asimismo analiza la norma en cuestión e indaga en la problemática de su constitucionalidad ante la omisión de la reglamentación exigida por el constituyente del 94. La reciente Ley N° 26.122, viene a cumplir con dicho mandato luego de casi 12 años de mora por parte del Congreso de la Nación y la dirigencia política argentina.

PALABRAS CLAVE: Decretos de necesidad y urgencia – Constitución Nacional – Reforma de 1994 – Poder Ejecutivo – Congreso – Ley 26.122–

La norma introducida por la Reforma de la Constitución Nacional en 1994 –Art. 99, inciso 3– fue incorporada para tratar de solucionar un conflicto de poderes entre el Poder Ejecutivo y el Congreso de la Nación. Esto fue así, debido a que desde los comienzos de nuestra organización constitucional el Poder Ejecutivo recurrió a la práctica del dic-

* Director de la Maestría en Relaciones Internacionales del CEA-UNC. Profesor Titular en el Centro de Estudios Avanzados de la UNC. Profesor Adjunto de Derecho Constitucional y Derecho Político en la Facultad de Derecho y Cs. Sociales de la UNC. Investigador categoría I del Programa Nacional de Incentivos para los docentes investigadores del Ministerio de Educación, Ciencia y Tecnología de la Nación.

** Auxiliar docente en la Cátedra de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho y Cs Sociales de la UNC. Docente de Derecho Constitucional en la Universidad Blas Pascal.

tado de normas de contenido materialmente legislativo y cuya sanción correspondía al Congreso, de acuerdo con la distribución de competencias establecida en la Constitución Nacional, fundamentalmente en su anterior art. 67 –actual 75–.

Esta práctica generó el dictado de normas bajo la forma de decretos, que con el tiempo adoptaron la denominación de “Decretos de Necesidad y Urgencia” –en adelante DNU– en alusión a las circunstancias, generalmente excepcionales o extraordinarias, que justifican su dictado¹.

Si bien el origen de su práctica puede remontarse al Decreto 11.543 –del 5 de junio de 1880– por el que se trasladaba el gobierno central a la localidad de Belgrano en ocasión del levantamiento de Carlos Tejedor durante la presidencia de Avellaneda, la misma se nutrirá de otros 14 decretos hasta 1976². Pero con el retorno de la democracia, en 1983, dicha práctica se “dispara”. Así fue que a partir de la redemocratización, los presidentes constitucionales apelaron a los DNU amparándose en la lentitud de los tiempos legislativos frente a la urgencia de los tiempos políticos para dar soluciones a las “recurrentes” crisis socio-económicas que sus gobiernos debían enfrentar³.

Fue así que fruto del denominado Pacto de Olivos, entre el Presidente Carlos S. Menem y el ex Presidente Raúl Ricardo Alfonsín, se dictó la Ley Declarativa de Necesidad de la Reforma de la Constitución Nacional –ley 24.309 – consagrando la facultad de la Convención Constituyente a modificar las atribuciones del Poder Ejecutivo Nacional, es así que en lo que hoy es el art. 99 –atribuciones del Poder Ejecutivo Nacional–⁴, inciso 3, se regla sobre la participación del PEN en la formación de las leyes: en los actos de promulgación y publicación, así como la incorporación constitucional de los llamados DNU.

Teniendo en cuenta la práctica jurídico-política implementada a partir del retorno de la democracia en nuestro país, no era ilógico que

¹ Cfr. BARRA, RODOLFO C. “Decretos de necesidad y urgencia. El caso ‘Rodríguez’.” En: LA LEY, 1998-B, p. 1362.

² SERRAFERO, MARIO. *Exceptocracia ¿confín de la democracia?: Intervención federal, estado de sitio y decretos de necesidad y urgencia*. Ed. Lumiere, Buenos Aires, 2005, p. 134.

³ Durante el período presidencial de Raúl Alfonsín, si bien fueron pocos los DNU en comparación con lo que ocurriría después, fueron importantes en cuanto a la materia y contenidos. Baste sólo con mencionar el 1096/85 que da nacimiento al denominado “Plan Austral” o el 2196/86 que declaró la emergencia en el sistema previsional. Por su parte Carlos Saúl Menem, hasta el año de la Reforma había utilizado el mecanismo de los DNU en más de ciento cincuenta oportunidades.

⁴ En adelante PEN.

muchos estudiosos consideraran preferible su constitucionalización, para imponer un marco normativo al ejercicio de esas facultades,⁵ ya que al no estar previsto en la ley fundamental, sus contornos eran difusos y dependían de la sola voluntad de los gobernantes, con los imprecisos límites que el Poder Judicial pudiera imponerle en los casos concretos sometidos a su decisión⁶. En tal sentido, Humberto Quiroga Lavié sostenía “Sí a los decretos con fuerza de ley en situaciones de excepción, para evitar el colapso social, dentro de los límites de la Constitución y controlados por el poder de nulificación de la Justicia”⁷. Además recordemos su calidad de convencional constituyente en el 94⁸.

A continuación transcribiremos el artículo 99 inc. 3, a los fines de ir analizando la norma constitucionalizada:

(...) Participa de la formación de las leyes con arreglo a la Constitución, las promulga y hace publicar.

El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo.

Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieren imposible seguir los tramites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos, podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia, los que serán decididos en acuerdo general de ministros que deberán refrendarlos, conjuntamente con el jefe de gabinete de ministros.

El jefe de gabinete de ministros personalmente y dentro de los diez días someterá la medida a consideración de la Comisión Bicameral Permanente, cuya composición deberá respetar la proporción de las representaciones políticas de cada Cámara. Esta comisión elevará su despacho en un plazo de diez días al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento, el que de inmediato consideraran las Cámaras. Una ley especial sancionada con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara regulará el trámite y los alcances de la intervención del Congreso.

⁵ IBARLUCIA, EMILIO A. “Sobre la necesidad de que se sancione la ley especial reglamentaria de la Comisión Bicameral Permanente y el alcance de la intervención del Congreso”, En: LA LEY, 2001-F, 1326.

⁶ BIDART CAMPOS, GERMÁN, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional*. t. I, Ed Ediar, Buenos Aires, 1995, p. 65.

⁷ QUIROGA LAVIÉ, HUMBERTO, “Decretos de Necesidad y Urgencia en la Reforma de la Constitución Nacional”. En: LA LEY, 1994-D, 876.

⁸ Es importante señalar que fueron varios los constitucionalistas que participaron de la Convención Reformadora, y que en este sentido podemos enrolarlos dentro del gru-

Vemos que el párrafo segundo del artículo transcrito estipula un principio general, esto es, que el Poder Ejecutivo no debe arrogarse facultades legislativas. En tal sentido estipula una sanción en caso que asuma competencias que el texto constitucional no lo faculta. Dicha sanción es la más grave de todas dentro del derecho: *imponerle a dichas disposiciones el carácter de nulas absolutas e insanables*, es decir que se van a tener por no válidas.

El tercer párrafo alude a las circunstancias en las cuales el PEN podrá echar mano para el dictado de los DNU, *o sea la urgencia y el grave riesgo social*; y por otro lado, *la imposibilidad de seguir con el trámite ordinario de sanción de las leyes y siempre que no se trate de una imposibilidad política del Congreso, sino de una imposibilidad funcional en relación con los resultados que el Gobierno debe imperiosamente conseguir para superar una situación insalvable para la gobernabilidad del país*⁹. En este sentido también se ha sostenido que puede darse el supuesto muy común que el mismo partido político del Presidente fuera mayoría en alguna de las dos Cámaras legislativas, en cuyo caso, la imposibilidad del empleo del trámite ordinario depende de la sola voluntad de ese partido¹⁰. O que se deba a la imposibilidad política de no contar el Gobierno con el quórum o con las mayorías necesarias para poder imponer su propia política en el Congreso de la Nación. De allí la importancia de no confundir imposibilidad política con imposibilidad funcional.

El mismo párrafo tercero enumera las materias en las que el PEN no puede dictar los DNU, ellas son: materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos. La observación que se puede realizar a este punto es que sólo se menciona la materia prohibida – dejando abierta la posibilidad de regular vía decreto de necesidad y urgencia algunos de los más significativos aspectos dentro de la actividad política y jurídica nacionales– en vez de habilitarlo en algunos temas específicos, prohibiéndole explícitamente su uso en aquellas materias que no estén taxativamente permitidas; no obstante lo limitado

po de doctrinarios que avalaban la incorporación de los DNU al texto constitucional. Entre otros podemos citar: Alberto García Lema, Juan Carlos Maqueda, Antonio María Hernández, Miguel Ángel Ortiz Pellegrini, Iván Cullen, Horacio Rossatti, etc.

⁹ QUIROGA LAVIE, HUMBERTO. Op. cit. p. 877.

¹⁰ GHIBAUDO, OSCAR R. y BARONE, LORENZO D. “Relación entre los poderes Legislativo y Ejecutivo frente al dictado de los decretos de necesidad y urgencia”, ponencia presentada en XI Encuentro de Profesores de Derecho Constitucional. En: *Boletín Informativo de la A.A.D.C.* N° 101, Septiembre 1994, p. 8.

de la lista incluida en el texto normativo, la misma no se agota en tan escueta enumeración, ya que existen numerosos límites que surgen de la jerarquía normativa establecida por la misma Constitución: orden normativo, supremacía constitucional, derechos fundamentales, que se le imponen en forma indubitable¹¹. En similar línea argumental se enrola Gregorio Badeni, al expresar que tampoco podrán recaer sobre cuestiones que sólo pueden ser reguladas legislativamente por mayorías especiales, o en aquellos casos en que la Constitución le asigna a una de las Cámaras el rol de Cámara de origen¹².

En referencia a la expresión que “necesidad” que se introduce en el mismo párrafo que venimos analizando, Bidart Campos señala que debe entenderse como algo más que conveniencia; en este caso parece ser sinónimo de imprescindible. La norma en cuestión agrega “urgencia”, y lo urgente es algo que no puede esperar. Necesario y urgente aluden, entonces, a un decreto que únicamente puede en las circunstancias excepcionales en que, por ser imposible seguir el procedimiento normal de sanción de las leyes, se hace imprescindible emitir sin demora el decreto sustitutivo¹³. En la misma línea de pensamiento, Gregorio Badeni sostiene que en el ámbito de la vida social, política o económica de una Nación, pueden presentarse situaciones graves de emergencia generadoras de un estado de necesidad cuya solución impone que se adopten medidas urgentes para neutralizar sus efectos perjudiciales o reducirlos a su mínima expresión posible. Cuando esas medidas, constitucionalmente, deben revestir carácter legislativo, las demoras que a veces se producen en el trámite parlamentario pueden privarlas de eficacia temporal, y ello justificaría su sanción inmediata por el órgano ejecutivo, ya sea en forma directa o como consecuencia de una delegación congresual¹⁴.

La norma que nos ocupa comienza el cuarto párrafo estableciendo que serán decididos en acuerdo general de ministros que deberán refrendarlos, conjuntamente con el jefe de gabinete de ministros. Este acuerdo general de ministros no se encuentra regulado por la Constitución Nacional en lo que respecta a las formalidades, aunque lo po-

¹¹ PEREZ HUALDE, ALEJANDRO, “Decretos de Necesidad y Urgencia a dos años del artículo 99 inciso 3 de la Constitución Nacional” LA LEY, 1997-D, p.1088.

¹² BADENI, GREGORIO, “Reglamentación de la Comisión Bicameral Permanente”. En: LA LEY, del 21/07/2006, p. 2.

¹³ BIDART CAMPOS, GERMÁN J., “Los Decretos de Necesidad y Urgencia” En: LA LEY, 2001-A. p. 1114.

¹⁴ BADENI, GREGORIO, Op. cit. p. 1.

dría hacer una futura ley de ministerios, mientras tanto el “acuerdo” se expresa y materializa con el refrendo conjunto de todos los ministros más el Jefe de Gabinete, con los efectos generadores de la responsabilidad solidaria que establece el art. 102 de la Constitución. Sin el requisito del refrendo colectivo, el DNU carece de eficacia, estando viciado de nulidad absoluta¹⁵.

El párrafo que estamos analizando, también establece la obligación personal del Jefe de Gabinete de ministros a someter la medida tomada, dentro de los diez días hábiles posteriores a la firma, ante la Comisión Bicameral Permanente –en adelante CBP–. El envío al Congreso del DNU pone en funcionamiento el momento del control legislativo, que prácticamente en la totalidad de los ordenamientos jurídicos que los admiten se encuentra expresamente requerido¹⁶.

Cuando la Constitución exige que personalmente el jefe de gabinete presente el DNU al congreso, la mayoría de la doctrina entiende que no está exigiendo el acto físico del mismo, sin perjuicio que la presencia personal del jefe de gabinete pueda ser requerida por la CBP o por cualquiera de las Cámaras legislativas. Posición que compartimos.

En este sentido, la reciente ley 26.122 sancionada el pasado 20 de julio por el Congreso de la Nación y promulgada el 27 de julio por el Poder Ejecutivo ordena la puesta en marcha de la CBP, y en su artículo 18 regula la labor que deberá llevar adelante en caso de incumplimiento por parte del Jefe de Gabinete de remitir en el plazo establecido los DNU, al establecer que *la CBP se abocará de oficio a su tratamiento*. El plazo de los diez días hábiles se contará a partir de la fecha de vencimiento del término establecido para la presentación del Jefe de Gabinete.

Por otro lado Susana Cayuso entiende que el constituyente reformador de 1994 justificó su incorporación expresa en la norma constitucional con el único fundamento de limitar el ejercicio de tales facultades a condiciones y límites que aseguraran la necesaria intervención del órgano legislativo y un control político simultáneo. Es por ello que les dio el carácter de actos complejos, para cuya validez constitucional exige la concurrencia de dos voluntades, implementando de tal manera un control interórganos. Las voluntades del Poder Ejecutivo y del Congreso de la Nación constituyen el requisito de legalidad para la vigencia de los instrumentos de reglamentación de derechos que se analizan. A

¹⁵ BARRA, RODOLFO C. Op. cit. p.1366.

¹⁶ PEREZ HUALDE, ALEJANDRO. “Decretos de Necesidad y Urgencia a dos años del artículo 99 inciso 3 de la Constitución Nacional”. En: LA LEY, 1997-D, p. 1088.

su vez, en el ámbito del Congreso de la Nación, el procedimiento de control político implementado en el art. 99 inc. 3° pone en ejecución un control intraórganos, toda vez que la decisión de la Comisión Bicameral requiere de la intervención de las Cámaras del Congreso para sellar la suerte de los decretos de necesidad y urgencia¹⁷.

Continúa este párrafo enunciando la forma de integración de la CBP, la que deberá respetar la proporción de las representaciones políticas. En tal sentido, la ley recientemente aprobada –N° 26.122– establece en su artículo 3° que la CBP estará integrada por ocho diputados y ocho senadores, designados por el Presidente de sus respectivas Cámaras a propuesta de los bloques parlamentarios respetando la proporción de las representaciones políticas. Por su parte el artículo 4° regula la duración del mandato de los legisladores que integran dicha Comisión, disponiendo que tendrán vigencia hasta la renovación de la Cámara a la que pertenecen; y que pueden ser reelectos.

El artículo 5° establece las autoridades de la CBP y la elección anualmente de un presidente, un vicepresidente y un secretario, contemplando asimismo la posibilidad de la reelección. La presidencia es alternativa y corresponde un año a cada Cámara. El 6to regula el modo de funcionamiento, y establece que aun en época de receso del Congreso de la Nación cumple funciones. El artículo 7° establece el quórum para que pueda sesionar la CBP, que exigirá la mayoría absoluta de sus miembros.

Siguiendo con el análisis del texto constitucional, el párrafo en análisis dispone que la CBP dentro de los diez días –deben entenderse como días hábiles– elevará su despacho al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento. En tal sentido, la Ley recientemente aprobada se ocupa de reglamentar el procedimiento por el cual la CBP cumplirá con dicho requerimiento. Así el artículo 8° enuncia la forma en que se emitirán los dictámenes, el que se logrará con la firma de la mayoría absoluta de sus miembros, y en caso de que hubiera más de un dictamen con igual número de firmas, el dictamen de mayoría es el que lleva la firma del presidente. El artículo 10 prescribe la modalidad en la que la CBP podrá realizar su labor, la que no es otra que expedirse acerca de la validez o invalidez del DNU y elevar el dictamen al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento; dicho dictamen deberá pronunciarse sobre la adecuación del decreto a los requisitos formales y sus-

¹⁷ CAYUSO, SUSANA. “*La delegación legislativa, los decretos de necesidad y urgencia y la promulgación parcial. Control real o aparente*”. En: LA LEY del 21/07/2006, p.2. La autora también incorpora en su tesis de “actos complejos” el caso de los decretos delegados y los de promulgación parcial, casuísticas éstas que exceden la temática de nuestro trabajo.

tanciales establecidos constitucionalmente para su dictado pudiendo consultarse a las comisiones permanentes competentes en función de la materia.

El artículo 20 establece el mecanismo para el caso de que el dictamen de la CBP no haya sido emitido dentro del plazo establecido en la CN, señalando que las Cámaras se abocarán de inmediato a su expreso tratamiento, y el artículo 21 regula la intervención del plenario de ambas Cámaras, pero en el supuesto que se cuente con el dictamen de la CBP.

El artículo 22 enuncia la forma en que se expedirán ambas Cámaras, las que lo realizarán en forma de resoluciones sobre el rechazo o aprobación del DNU; cada Cámara deberá comunicarle a la otra su pronunciamiento de forma inmediata.

El artículo 23 contiene las prohibiciones para ambas Cámaras de introducir enmiendas, agregados o supresiones al texto del Poder Ejecutivo, debiendo circunscribirse a la aceptación o rechazo de la norma mediante el voto de la mayoría absoluta de los miembros presentes. Por su parte el artículo 24 expresa que el rechazo del DNU por ambas Cámaras del Congreso, implica su derogación de acuerdo a lo que establece el artículo 2º del Código Civil, quedando a salvo los derechos adquiridos durante su vigencia. Es una limitación que carece de todo sentido. La comisión no ejerce funciones jurisdiccionales.

Por último el artículo 26 dispone que las resoluciones de las Cámaras que aprueben o rechacen el DNU en los supuestos previstos por esta ley, serán comunicadas por su presidente al Poder Ejecutivo para su inmediata publicación en el Boletín Oficial.

Conclusión

Luego de la Reforma de la Constitución Nacional en 1994, fueron numerosos los proyectos presentados por distintos legisladores para poner en funcionamiento el control legislativo de los DNU, sin que estos hayan prosperado. Transcurrieron prácticamente doce años de la reforma constitucional para que el Congreso de la Nación sancionase la ley reglamentaria del art. 99 inc. 3 de la Constitución Nacional. Coincidimos en advertir que ello es una demostración del desinterés de la dirigencia política mayoritaria en cada momento y de los titulares del Poder Ejecutivo que se han sucedido en esos doce años, para reglamentar la Comisión Bicameral Permanente¹⁸.

¹⁸ Cfr. BADENI, GREGORIO. Op. cit. p.2.

Como ya lo hemos señalado, la reciente ley 26.122 pone fin a innumerables disquisiciones respecto a la constitucionalidad de los DNU. En tal sentido Bidart Campos,¹⁹ cuya postura compartimos, señala que el PEN no podrá hacer uso de esta facultad constitucional hasta que no estuviera consagrada la llamada ley especial, que reglamente el funcionamiento y contralor legislativo de los DNU. En sentido opuesto, la jurisprudencia de nuestro máximo Tribunal, ha sostenido que la omisión del Poder Legislativo no puede impedirle el ejercicio de las facultades constitucionales que goza el Presidente de la Nación;²⁰ en nuestra opinión esta postura viola la división y equilibrio de los poderes del Estado, toda vez que se estaría en presencia de un tipo de injerencia en materia legislativa por parte del PEN.

Al compartir la posición de Bidart Campos,²¹ consideramos que la ley 26.122 pone en movimiento el control legislativo, pero tampoco se nos escapa que nuestros parlamentarios han dejado olvidado en el tintero temas fundamentales para la vida en democracia y la efectiva institucionalización del sistema republicano de gobierno y la división de poderes, como lo es el plazo en que cada Cámara deberá expedirse acerca del rechazo o aprobación de los DNU, lo que llegado el caso permitirá la vigencia *sine die* de los mismos.

Habrá que esperar la práctica parlamentaria, a los fines de comprobar si realmente el compromiso republicano llevado a cabo por nuestros representantes al dictar esta ley ha sido teniendo en cuenta el espíritu del constituyente, o si estamos en presencia nuevamente de una afrenta a la sociedad y a la vigencia del marco institucional de la división de los poderes que consagra nuestro texto constitucional, con especial referencia a las relaciones entre el Ejecutivo y el Congreso.

La concentración de poder en el PEN,²² y el manifiesto incumplimiento por parte del Congreso de la Nación de las funciones que le

¹⁹ BIDART CAMPOS, GERMÁN. Op. cit. T VI p. 443.

²⁰ Del voto del Dr. Petracchi en autos Rodríguez (LL 1997 F:884).

²¹ En igual sentido ver SABSAY, Daniel y ONAINDIA, José M. *La Constitución de los Argentinos*. Ed ERREPAR, Buenos Aires, 1995. pp. 323 y 324. También en la nota 15 de IBARLUCIA, Emilio A. Op. cit. se cita fallo del juez Federal de Mar del Plata (ED, 162-392) y el proyecto de ley presentado por el Senador Javier Meghini, prescribiendo expresamente la prohibición de sancionar D.N.U. hasta tanto se conformara la Com. Bic. Permanente (D.A.E. H.S. N° 105/97).

²² Situación que puede observarse en forma generalizada en la mayoría de las democracias actuales, sean éstas presidencialismos o parlamentarismos. En este sentido puede citarse lo que señaló la Jueza Federal Ana Diggs Taylor, de Detroit, USA, al expresar en un reciente fallo en referencia al Presidente de su país: "(...) No hay reyes here-

competen por mandato constituyente, transforman la relación de dichos órganos en francamente ineficaces y peligrosas para el fortalecimiento del *estado constitucional de derecho*. La sociedad parece indiferente a tal accionar y la debilidad jurídica del sistema se percibe, consciente o inconscientemente, como si se tratara de una consecuencia necesaria de la estructura democrática de gobierno^{23/24}.



ditarios en Estados Unidos ni poderes que no emanen de la Constitución (...)”. En tal sentido, el director de la Unión Americana de Libertades Civiles, ha señalado que este fallo es un hito contra el abuso del poder que ha sido la marca registrada de la administración Bush. Para ejemplo sólo baste mencionar las más de 800 enmiendas presidenciales que George W. Bush ha utilizado en sus casi seis años en la Casa Blanca. Ver diario CLARIN del viernes 18 de agosto de 2006, p. 28.

²³ En igual sentido, la opinión de CAYUSO, Susana Op. cit. p. 4.

²⁴ **Bibliografía:** BADENI, Gregorio “Reglamentación de la Comisión Bicameral Permanente”. En: Rev. La Ley del 21/07/2006; BARRA, Rodolfo C., “Decretos de necesidad y urgencia, el caso RODRIGUEZ” En: LA LEY, 1998-B, 1362; BIDART CAMPOS, Germán. *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, t. I y VI Ed. Ediar, Buenos Aires, 1995. *Los Decretos de Necesidad y Urgencia*. En: LA LEY, 2001-A, p. 1114; CAYUSO, Susana “La delegación legislativa, los decretos de necesidad y urgencia y la promulgación parcial. Control real o aparente” en: Rev. La Ley del 21/07/2006; GELLI, María Angélica “Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada”, Ed. La Ley, Buenos Aires 2005; GHIBAUDO, Oscar R y BARONE, Lorenzo D. “Relación entre los poderes Legislativo y Ejecutivo frente al dictado de los decretos de necesidad y urgencia”, ponencia presentada en el XI Encuentro de Profesores de Derecho Constitucional. En: *Boletín Informativo de la A.A.D.C.* N° 101, Septiembre 1994; HARO, Ricardo. “Manual de Derecho Constitucional Argentino”. Ed. Advocatus. Córdoba, 2003; IBARLUCIA, Emilio A. “Sobre la necesidad de que se sancione la ley especial reglamentaria de la Comisión Bicameral Permanente y el alcance de la intervención del Congreso” En: LA LEY, 2001-F, 1326; ORTIZ PELLEGRINI, Miguel A. “Los Decretos de Necesidad y Urgencia en la Constitución de 1994”. Marcos Lerner Editora Córdoba, Córdoba 1995; PEREZ HUALDE, Alejandro. “Decretos de Necesidad y Urgencia a dos años del artículo 99 inciso 3 de la Constitución Nacional”. En: LA LEY, 1997-D, 1088; QUIROGA LAVIE, Humberto. “Decretos de Necesidad y Urgencia en la Reforma de la Constitución Nacional”. En: LA LEY, 1994-D, 876; SABSAY, Daniel A. y ONAINDIA, José M. “La Constitución de los Argentinos. Análisis y comentario de su texto luego de la reforma de 1994”. Ed. Errepar. Buenos Aires, 1995.

Fuentes editadas consultadas: Constitución Nacional, Ed. Zavalía, Buenos Aires 2006; Fallo Rodríguez (LA LEY, 1997-F, 884); Ley 26.122 “Régimen legal de los Decretos de Necesidad y Urgencia, de Delegación Legislativa y de Promulgación Parcial de Leyes”, publicada en B.O el 28/07/2006; Diario CLARIN del viernes 18 de agosto de 2006.

LIBERTAD ASISTIDA: LOS ACTORES EN ESCENA*

(ASSISTED FREEDOM: THE ACTORS OF THE SCENE)

*María Inés Laje, López Ariza, Cecilia Inés,
Lupiañez, Andrea, Pinque, Mariana**

RESUMEN: El interés del presente artículo se relaciona con las medidas alternativas a la privación de libertad, aplicadas a adolescentes y jóvenes infractores a la ley penal, en particular la llamada "Libertad

* El contenido de este artículo pertenece a una parte de los resultados de la investigación "Adolescentes infractores a la ley penal: la perspectiva de los Actores", aprobada por la Secyt, UNC y desarrollada en el Cijis durante 2005. Se trabajó con metodología cualitativa, realizamos entrevistas a diferentes personas que en dicha oportunidad ocuparon cargos en las dependencias y programas trabajados. Debemos advertir que quienes fueron entrevistados en ese momento, a la fecha algunos se han desvinculado del Estado o han sido desplazados a otras dependencias.

** LAJE, MARÍA INÉS Licenciada en Antropología Social, egresada de la ENAH México. Doctora en Sociología. Universidad de París 8. Investigadora y directora de proyectos de investigación sobre Infancia/Juventud, desde 1984, acreditados y subsidiados por Conicet, Conicor, Secyt, Agencia Córdoba Ciencia. Docente de la Facultad de Derecho y en carreras de Post grado en otras Universidades del País. Dirige y dicta el Seminario Interdisciplinario de los Derechos del Niño en el C.I.J.S., desde 1986.

LOPEZ ARIZA, CECILIA INÉS. Abogada, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la U.N.C. Adscripta a las Cátedras de Derecho Penal I y II de la Facultad de Derecho de la U.N.C. Investigadora en proyectos acreditados y subsidiados por la Secyt, U.N.C.

LUPIAÑEZ, María Andrea. Abogada, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la U.N.C. Adscripta a las Cátedras de Criminología y Derecho Penal - Facultad de Derecho de la U.N.C. Investigadora en proyectos acreditados y subsidiados por la Secyt, U.N.C. Maestrando en "Maestría en Ciencias Sociales", con mención en Políticas Sociales, Escuela de Trabajo Social, Facultad de Derecho, UNC.

PINQUE, Mariana. Abogada, Facultad de Derecho U.N.C. Adscripta a la Cátedra de Criminología, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la U.N.C. Ex-becaria de la Secretaría de Extensión Universitaria de la U.N.C. Investigadora en proyectos acreditados y subsidiados por la Secyt, U.N.C.

Asistida". Se trata de un programa llevado a cabo por el Órgano Administrativo del Estado que tiene la función de diseñar y ejecutar las acciones encaminadas a la reintegración del niño, dispuestas en las decisiones judiciales. El material que utilizamos en el análisis surge de los señalamientos realizados en entrevistas a los actores involucrados: personal y autoridades del Ejecutivo y los jóvenes destinatarios de la acción estatal.

PALABRAS CLAVE: Adolescentes y jóvenes en conflicto con la ley - Intervención estatal - Derechos

Introducción

La Convención Internacional de los Derechos del Niño (CIDN) es un instrumento normativo que no sólo contiene un catálogo de derechos sino que también establece principios rectores y lineamientos de acción para la puesta en marcha de políticas públicas y de justicia de la niñez. Este se diferencia del modelo anterior, sustentado en el llamado "Paradigma de la Situación Irregular"¹, por considerar al niño como un *sujeto titular de sus derechos*. Esta percepción plantea fundamentalmente el desafío de abandonar la idea del niño como incompetente, para entenderlos con capacidades para definir y decidir sobre sus necesidades e intereses, reconociéndoles mayor autonomía en la decisión que afecta los asuntos de su vida y limitando la intervención amplia del Estado en sus vidas. Este cambio en el modo de percibir la infancia tiene que ver con el paso de un "*modelo de intervenciones autoritarias*", jerárquicas, burocráticas, centralizadoras y que privilegian la institucionalización, el internamiento, la "disposición del menor", hacia un "*modelo de democracia participativa*". Se basa en la utilización de recursos comunitarios, la integración y la participación conjunta del Estado, de la sociedad civil y de los niños en los asuntos concernientes a la infancia, y el rechazo de la privación de libertad como medio de "protección-corrección-castigo"². Las reformas legislativas que se vienen realizando en nuestro país³ con la intención de hacer efectivo este cam-

¹ Consideraba al niño como un sujeto pasivo de la intervención jurídica, objeto de tutela/compasión/represión.

² GARCÍA MÉNDEZ, EMILIO, "Infancia: Legalidad Democrática, Derecho y Realidad" en Bianchi, María del Carmen -comp- "El derecho y los chicos" Ed. Espacio, Bs. As. 1995.

³ Hacemos referencia a la derogación la Ley Nacional 10903, del Patronato de Menores, y la promulgación de la 26061 de Protección Integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, hacia finales de 2005.

bio de percepción de la niñez, deben acompañarse con un proceso de construcción de una nueva institucionalidad mediante la instrumentación de políticas públicas y de programas de acción que respondan a los principios rectores de la Convención.

En lo que se refiere a los niños y/o adolescentes infractores a la ley penal, la CIDN propone un sistema de responsabilidad penal juvenil, que prevé como último recurso la privación de libertad y una serie de medidas alternativas, entre ellas la de libertad asistida, medida que nos ocupa en este artículo.

a) Libertad Asistida: concepto y contenidos.

“La Libertad Asistida ha sido conceptualizada como la medida que deja al menor en poder de los responsables de su guarda, bajo la custodia de un delegado que observa su comportamiento y toma las previsiones pertinentes”⁴.

De las entrevistas realizadas a operadores judiciales y administrativos, se desprenden apreciaciones en coincidencia con esta conceptualización, señalando además como sus objetivos, los siguientes: *“acompañarlo y ayudarlo en un proyecto de vida” ... “el acompañamiento en la búsqueda de trabajo, capacitación y estudios”, “asistir al chico y a su familia”, “es la primera medida –en gravedad- después de restituirlo a la casa, que restringimos el derecho de los papás en el sentido en que hay una persona que está observándolo, estudiándolo. Pero justamente el fin es controlar el cumplimiento de algunas condiciones que se imponen desde el Tribunal y ayudarlos a superar la problemática que lo ha llevado a transgredir la ley”*.

El Programa de Libertad Asistida es coordinado por la Dirección de programas de educación, capacitación, asistencia y contención que depende de la Subsecretaría de Protección Integral del Niño y Adolescente en Conflicto con la ley Penal, dependiente, a su vez, de la Secretaría de Justicia de la Provincia.

En relación con las actividades realizadas en el marco de este Programa, uno de nuestros entrevistados, coordinador entonces, señaló: *“Lo único que podemos ofrecer como respuesta al programa es la escolarización. El nivel primario, seguro, el nivel secundario con un poco de demora y terciario casi no tenemos”*.

⁴ Argentina. Consejo Nacional del Menor y la Familia. Escuela de Formación Especializada. Centro Focal 80. Documento 35670: Medidas alternativas a la institucionalización. Cáp.1, pág. 39. Buenos Aires 1996.

Al respecto, la Dirección aludida en el mes de septiembre de dos mil cinco, a través de convenios firmados con el Ministerio de Justicia y Seguridad y con los de Ministerios de Educación y Producción y Trabajo, inauguró la escuela llamada "Lilikelén"⁵. De acuerdo al material gráfico de difusión de este establecimiento, ésta integra toda la oferta de Educación Formal Primaria y Secundaria, y está dotada con infraestructura adecuada para tal fin. Cuenta con servicios complementarios que la presentan como una institución integral para dar respuesta a la problemática de los jóvenes, como: atención sanitaria y odontológica, equipo técnico interdisciplinario y comedor propio. Su objetivo es la materialización de los derechos a la educación y capacitación laboral a los jóvenes en situación de conflicto con la ley. Desarrolla además, diversos Talleres⁶.

b) Las prácticas de la Libertad Asistida

Del resultado de nuestras indagaciones y específicamente en lo relativo a las prácticas que se llevan a cabo en el marco de este Programa, debemos señalar que ha surgido una característica muy marcada, que puede ser comprendida en el marco de las tradicionales formas del ***ejercicio del clientelismo político***.

Diferentes autores han trabajado teóricamente este tema, en particular la perspectiva desarrollada por Javier Auyero (2000), nos ha permitido reflexionar sobre el significado y vinculación que tiene el clientelismo político con el tema que nos ocupa.

De acuerdo con este autor, el clientelismo es entendido como una práctica política antidemocrática que refuerza y perpetúa el dominio de las elites políticas tradicionales, manteniéndose en el centro del comportamiento de los partidos políticos. Es entendido como el intercambio personalizado de favores, bienes y servicios a cambio de apoyo político y votos entre masas y elites.

Este perdura como una institución extremadamente influyente, informal y oculta, no destinada ni a desaparecer ni a permanecer en los márgenes de la sociedad, aun tratándose de regímenes democráticos en vías de consolidación.

Actualmente, el clientelismo político ha vuelto a ocupar el centro de las preocupaciones políticas y académicas debido a los procesos

⁵ En lengua mapuche significa "abrir los ojos".

⁶ Los que figuran en la folletería son: a) Artes Plásticas b) Taller de oficios textiles c) Taller de Oficios múltiples d) Taller de Informática. e) Taller de Carpintería. d) Taller de peluquería. e) Taller de cerámica. f) Taller de electricidad.

de ajuste y reestructuración económica, de empobrecimiento, desigualdad y de la retirada del Estado. Los crecientes niveles de desempleo y privación material hacen que el intercambio de favores, bienes y servicios por apoyo político y votos vuelva a adquirir una fuerza que había perdido (Auyero, 1997).

El sistema de clientelismo funciona en un marco de pobreza, mediante la figura clave del intermediario entre el ciudadano-cliente y el partido político que con el fin de captar el voto, utiliza los recursos del Estado de manera irregular a través de la administración pública. De esta manera, los aparatos burocráticos del Estado se tornan un baluarte de poder indispensable para que el partido en el gobierno se consolide y se perpetúe. Estos mediadores conocidos como *punteros* o *referentes* según este autor, normalmente son “dueños” de una Unidad Básica y están empleados en el sector público provincial o municipal y construyen una “red” de seguidores que, usualmente, coincide con el área geográfica de dicha unidad.

Se trata de una relación en la que se encuentran dos actores centrales, los *clientes*, agentes que dan apoyo político a un *mediador-puntero político*, o patrón a cambio de bienes, favores o servicios particulares. Los lazos que vinculan a los mediadores con su “círculo íntimo” son densos e intensos.

Los mediadores tienen las conexiones que les permiten acceder al conocimiento sobre la distribución de recursos, por ser miembros del Partido político y gozan de lo que los analistas de redes llaman “centralidad posicional”. Sea esta ignorancia “deliberadamente creada” o sea una ignorancia que “siempre sucede” es bastante claro que los referentes partidarios tratan constantemente de convertirse en los únicos canales que facilitan las transacciones y el flujo de recursos. **Sea creada o no, resulta que es estructuralmente inducida⁷.**

En la medida que los habitantes de los sectores populares o marginales dependen del mediador para obtener información o recursos materiales, podemos decir que éstos gozan de “poder posicional”.

Teniendo en cuenta estos aspectos del clientelismo político, a continuación señalaremos algunas de las características principales que hemos observado en las prácticas del régimen de Libertad Asistida y que nos llevan a comprender que éste es un espacio propicio para la llamada relación clientelar.

- **Escenario “urbano marginal” de actuación.** Los destinatarios del programa son los jóvenes sujetos a procedimiento correccional que

⁷ El resaltado es nuestro.

por una resolución judicial fueron “entregados” en guarda a sus padres o encargados bajo la “sujeción” del régimen de Libertad Asistida por entender que la familia necesita “asistencia” para contener al joven en libertad. Así los entrevistados manifestaron: “... es una medida tutelar, vos se lo entregas en guarda a los padres pero de acuerdo a los estudios técnicos consideras que esa familia va a necesitar una asistencia...” “... **la mayoría de los casos provienen de sectores urbano-marginales. No todos provienen de núcleos familiares delictivos, pero sí de familias escasamente contenedoras... la mayoría de los chicos están procesados por delitos de robo o robo calificado...**”. Además de la posible relación clientelar, podemos también asociar esta localización socio-geográfica de los destinatarios del Programa, con la señalada selectividad del sistema penal, de la que R. Zaffaroni ha hecho vasta referencia (1991).

- **El desempeño del rol de mediador.** Su coordinador puede ser caracterizado como un mediador entre los destinatarios del Programa y el partido político. Así, nuestro entrevistado, al relatar su historia personal e institucional, expresó ser: “un militante orgánico, enrolado dentro de una estructura, la del (...)”⁸ Yo en realidad vengo del (...), que es el (...), pero ahora estamos todos dentro del (...) Yo milito en la seccional primera, que es el centro, y en las últimas internas yo era el segundo en la lista. ... Mi militancia actual es mucho más disipada que antes. Antes yo tenía una actividad constante en la unidad básica. Hoy ya no, más bien consulto para el momento de armar algún proyecto, ese tipo de cosas. Recién casualmente estábamos hablando de eso. De armar unos proyectos de capacitación que yo ya los tengo armados, simplemente habría que cambiarles la denominación y presentarlos en la unidad básica”.

Luego, al relatar sobre la forma en que el Programa se nutre de recursos para su funcionamiento, dijo que: “La gran mayoría de los recursos con que se provee Libertad Asistida, viene de mi actividad política, salvo los recursos de movilidad, los recursos operativos”. Finalmente, basándonos en estas manifestaciones se le preguntó si esto no se prestaría para que Libertad Asistida se convierta en una unidad básica del (...), a lo que nos respondió lo siguiente:

“No, en realidad no, porque primero y principal no es la intención mía y como no es la intención mía y es muy difícil de manejar,... el límite es

⁸ Entre paréntesis y con puntos suspensivos, en lo sucesivo, marcamos las pertenencias partidarias de nuestro entrevistado y las facciones por donde transitó y que en la actualidad pertenece.

muy fino. Digo, el límite es muy fino, por ejemplo con el Juzgado de por medio (sic). Además, yo no soy un loco junta votos, no ando corriendo a la gente para juntar votos. No es mi función dentro del Partido, o por lo menos dentro de la estructura en la que estoy hoy en día. ¡Pero no!, nada que ver, primero porque no todos los que están en Libertad Asistida comulgan con la idea mía. No es que ahí hemos hecho una suerte de unidad básica y que se conduce desde la política. Ahí hay cuatro o cinco que somos... y militantes”.

Personalización de las acciones. Pudimos observar una centralidad, o más bien una personalización en la figura del coordinador de turno del Programa, respecto del poder de decisión ante la demanda concreta del mismo. Veamos algunas respuestas: “...*Yo reviso todos los informes que van a Tribunales y respecto a los oficios de Tribunales que entran, ninguno es asignado sin que yo los vea antes, salvo casos de urgencia en que me llaman de Tribunales entonces lo constituyo yo y luego después lo asigno*”. Señalamos que esta personalización de las demandas del Programa, puede contribuir a incrementar el grado de dependencia y discrecionalidad, y transformar a este agente, en un elemento central en la relación entre “clientes” y Estado⁹. Esto le otorgó, al coordinador, un enorme poder de decisión por su ubicación de administrador de los recursos, permitiéndole ser un actor principalísimo en la construcción de la red de resolución de problemas, que funciona con los recursos de la Subsecretaría.

- **Operadores del Programa:** se encuentran trabajando en el Programa de Libertad Asistida entre quince y dieciocho operadores para la Ciudad de Córdoba bajo la dirección de un coordinador y existen ocho delegaciones en el interior de la provincia.

Con respecto al **sistema de designación de los operadores**, ha sido expresado que no existe un criterio para el ingreso del personal al Programa. Uno de los entrevistados dijo al respecto que: “*Se pueden hacer nombramientos de funcionarios por compromisos políticos, como se ve. Al no existir un ingreso por mérito se llega a esto, que hay funcionarios sin capacitación especializada en el tema, sin experiencia en el tema*”. Otro nos señaló que “... *a Libertad Asistida van todos los castigados... el tipo que*

⁹ No pueden dejar de vincularse estas prácticas a la situación de transitoriedad, porque las designaciones de quienes encabezan Programas como éste -tan vinculado a la candente problemática de la seguridad- responden a decisiones de carácter político.

ya no puede laburar en otro lado porque no ha dado prueba de competencia terminaba en Libertad Asistida. Otro caso, son los que terminan ahí porque son “peligrosos” en otras áreas, como es el caso mío...”.

- **Informalidad y falta de reglamentación.** Esto ha sido observado también respecto de los objetivos y funcionamiento del Programa. Esta característica permite la total *discrecionalidad* en la actuación tanto del coordinador como de los delegados, dejando en manos de la “buena o mala predisposición” o “compromiso personal” de los operadores el resultado de su intervención. Sobre este tema los entrevistados se manifestaron en distintos sentidos: “... yo estoy a cargo de Libertad Asistida hace menos de un año pero nunca me dijeron: ¡bueno che! éste es el programa original... Lo que a mí me conviene!, porque mientras no haya proyecto original yo puedo modificar Libertad Asistida, y dentro de dos o tres meses presentar un proyecto para que Libertad Asistida sea como yo quiera ... Es decir, como quiero y creo que redunda en beneficio para la mayoría”. Otro entrevistado nos dijo: “Al no haber una planificación, no se definen objetivos, áreas de trabajo, roles, no hay funciones... el refrán que dice “a río revuelto ganancia de pescadores”... Lo peor de la política se está consolidando en una área tan sensible como en la de los niños en conflicto”. Así, un operador señaló que: “Funciona, es uno de los programas más necesarios en la actualidad, pero creo que nosotros estamos constantemente operando en base a la coyuntura ... hoy el Programa funciona en un marco de improvisación terrible, ... no tan terrible porque yo estoy todos los días y hay un montón de compañeros más que laburan a conciencia, comprometidos. Libertad Asistida, funciona como una suerte de sistema anárquico”. “Se trata de no incurrir en irregularidades graves que pongan en compromiso la institución”.

- **Ineficiencia del programa:** podemos señalarlo en relación con la capacidad para atender la cantidad de los casos asignados. La cuestión de la *eficiencia*, aparece vinculada a la emblemática situación relacionada a la cantidad de “oficios” que remite el Poder Judicial pidiendo la constitución del régimen, digamos “casos”. Se trata de una preocupación central de las autoridades dar cuenta de su respuesta, y no dejar que se acumulen los oficios. Así, quien fuera su coordinador dijo: “A nosotros nos entraban 70 oficios por mes y salían tres levantamientos por mes, es decir, que nos quedaban 67 casos activos por mes. Al no tratarse de un programa de derivación sino de seguimiento, se torna cada vez más compleja la realidad, porque con esa proporción si vos haces una proyección, tenés que incorporar a laburar a dos personas por mes. Calculando más o menos que cada operador llevaba entre 35 y 40 casos y por mes le

están quedando 67 casos activos, más allá de que nosotros pidamos el levantamiento, etc., nos están quedando 67 casos por mes y alguien se tiene que hacer cargo de ellos". Las operaciones que este actor realiza, no dejan en claro si la calidad del servicio se preserva, más allá del afán por mantener al día y atender la cuota de oficios asignada. Y también como parte de la eficiencia, podríamos incorporar los resultados, y preguntarnos ¿cuántos son los chicos que consiguen organizar su "estrategia de vida" para la inclusión social?

- **Falta de criterios conocidos para el otorgamiento de los recursos**¹⁰. La inexistencia de criterios explícitos para el otorgamiento de los recursos con que cuenta el Programa refuerza las ya señaladas características de discrecionalidad y personalización de los operadores. Ante la ausencia de criterios definidos y conocidos por todos los actores, cualquier demanda puede ser planteada ante la Subsecretaría con la esperanza de ser satisfecha. Sin criterios conocidos, con la decisión en manos de los funcionarios, no existe posibilidad de reclamar derechos, sino limitarse a esperar que se otorgue una "ayuda" que no puede ser exigida. Al respecto, uno de nuestros entrevistados dijo: *"El problema no es la ausencia del Estado, sino la escasa información que se tiene del Estado. Es decir, la gente no sabe donde tiene que ir a pedir algo. Un día cayó una señora con los lentes todos vendados y en uno no tenía el lente y digo le vamos a conseguir los lentes nuevos pero le explicamos para la próxima vez como lo tiene que hacer ella. En el caso de los D.N.I., los mandamos con una nota y le aclaramos donde, como tiene que hablar y van. Serían más que importante que ellos después les enseñen a otros chicos. Los chicos no sabían cómo hacer sus currículum, entonces les digo... señores háganle los currículum a los chicos e imprimanselos"*. Siguiendo con su relato, nos aclara que *"La gran mayoría de los recursos con que se provee Libertad Asistida, viene de mi actividad política, salvo los recursos de movilidad, los recursos operativos. El resto de los recursos, como por ejemplo la inclusión de los changos en el Primer Paso. Es irrisorio, porque se ha firmado un convenio entre Producción, Solidaridad y Secretaría de Justicia, y se firmó dos días después de que se venciera el plazo para la inscripción en el Programa Primer Paso..."*¹¹.

¹⁰ Entendemos como "recursos" todos los insumos con los que debe contar la institución para la consecución de sus objetivos, inclusive los cursos de educación y capacitación.

¹¹ Esto en clara alusión a los Ministerios firmantes y a la falta de coordinación de las acciones.

En lo que respecta al recurso para la capacitación manifestó: *“...en el caso de que contemos con algún caso de capacitación lo ofrecemos. Pero estamos en agosto y aún no hemos tenido ninguna oferta de capacitación. No se nos ha provisto desde el Estado de ningún curso de capacitación. Salen ahora todos los cursos. Antes por ejemplo el programa “Sol” nos ofrecía 50 becas de capacitación y se elegía a los chicos improvisadamente y luego éstos abandonaban. Ahora no seleccionamos tan improvisadamente al potencial beneficiario del curso de capacitación, primero y principal porque todo curso de capacitación te pide una formación básica. Para hacer un curso de gasista el pibe tiene que saber leer, escribir, matemática, aritmética. Entonces, eso lo tenemos que evaluar bien, para poder nosotros también manejar la oferta nuestra. Nosotros tenemos cincuenta becas pero tenemos montones de chicos nuestros que quieren hacer el curso de capacitación, después si lo siguen o no es otro tema”.*

- **El tiempo de permanencia en el Programa.** La intervención del Programa cesa en dos casos: por considerar que se han cumplido los objetivos propuestos en su comienzo o contrariamente por incumplimiento de dichos objetivos. Ambas situaciones son evaluadas por el operador y es éste quien informa al juez para que así lo resuelva. Indagados a algunos miembros del Poder Judicial sobre el porcentaje de pedidos de levantamiento por incumplimiento de los objetivos, nos dijeron que eran superiores a los solicitados por cumplimiento. Con respecto a la **duración de la medida**, la misma no está reglamentada, quedando a criterio del Tribunal o de los delegados, quienes tienen la posibilidad de solicitar su levantamiento. Sobre ello manifestaron que *“...la idea es que no sea más de un año, para mí un año está bien, porque en ese año vos te das cuenta si ese chico ya puede, vos podés dar de alta al acompañamiento, y decir bueno ya está, o de pronto muchas veces nosotros hemos continuado un poco más con la libertad asistida porque nos damos cuenta de que el Programa le está sirviendo, que es muy prematuro sacarlo y otras veces pasa que el chico no, ni la familia ni el chico quieren...”*. *“...las personas necesitan distintos tiempos vos tenés que respetar los tiempos”.*

c) Representaciones de los actores

Siguiendo a E. Goffman (1994) en este punto, hemos podido observar en nuestros entrevistados la voluntad de dirigir la imagen que sobre ellos se construyen. Así, este autor señala que, cuando el individuo desempeña un papel, solicita implícitamente a sus observadores que tomen en serio la impresión promovida ante ellos. Se les induce a que crean que el sujeto que ven posee en realidad los atributos que aparenta poseer, que la tarea que realiza tendrá las consecuencias que

en forma implícita pretende y que, en general las cosas son como aparentan ser.

Estas particularidades se observan claramente en nuestros entrevistados, en donde se ponen sobre la mesa perspectivas, deseos, voluntades y proyectos que van constituyendo para unos, tipos ideales de agentes de la política, para otros en el caso de los jóvenes, el conocimiento de la situación. Los argumentos, los relatos, las referencias a sus actos no hacen más que consolidar la imagen que ellos pretenden fijar en nosotros, “los otros”, los entrevistadores, los jóvenes, los agentes, los profesionales, es decir con quienes interactúan. Esto se refleja además en la construcción de las verdades, tanto en adultos como también en los chicos cuando muestran el dominio de la situación.

Desde la perspectiva dramática, comprendiendo que la vida real es un teatro, entendemos al Programa y a la órbita de gestión pública que lo involucra, como constitutivos de la parte de adelante, en la que se actúa, la que se muestra, la que se comunica. Sin embargo, la parte de atrás, es sobre la que no se habla, la que hay que ocultar, porque es allí donde suceden los episodios de la vida real, allí se producen sucesos que a menudo son imprevistos, no deseados, y sobre los que no se comunica, no se muestra. Desde esta lógica implícita, los entrevistados adultos cumplieron esos requisitos, sin embargo, también los jóvenes a través de los relatos sumamente significativos, pudieron reconocerse la construcción de representación desde otra lógica, desde la de atrás que producían.

La transparencia fue un ítem que sin ser explícitamente abordado, apareció en una de las indagaciones. Observamos en uno de los entrevistados una clara necesidad de señalarlo, de diferenciar otras formas de abordar las prácticas, la lógica del Programa, sobre todo luego de que se indagara y diferenciara la forma clientelar de llevarlo a cabo. A su vez, un modo de dejar expresa la voluntad de concretar cambios, de dejar otras marcas personales.

Así, en referencia a los criterios de selección de beneficiarios por la firma de los Convenios con los sindicatos, se dijo: “... yo pedí un equipo técnico de un trabajador social y un psicólogo y no lo pudieron proveer en su momento, entonces la selección que hicimos, fue teniendo en cuenta la evolución del pibe dentro del programa, las cosas que había cumplido dentro del programa, como por ejemplo escolarización. Hasta el momento, la selección ha sido con sentido común y una cierta lógica muy subjetiva.”

Además de mostrar las actividades centrales del Programa, resultó oportuno también redefinir el rol del operador, y de esta manera dejar asentada esa transformación, de este modo se señaló: “Ese conve-

no lo hicimos con la UOCRA, estamos apunto de suscribir otro con la UOM y así vamos a intentar hacerlo con distintas organizaciones de la comunidad. Yo tengo cuatro o cinco acuerdos para ser firmados. Si antes de fin de año lo logramos estamos en condiciones de decir que hemos redefinido la tarea del operador de Libertad Asistida¹². “No es por soberbio, pero yo creo que en este corto plazo nosotros hemos redefinido eso. Es decir, el operador no es alguien que deba realizar los informes, firmarlos y nada más. Yo por Tribunales casi ni aparezco pero estoy todo el tiempo recibiendo familias. Y antes, al ser tan anárquico el funcionamiento, casi no había consulta para con el coordinador, nadie consultaba a nadie, ahora todo se consulta”.

La situación de entrevista permitió mostrar cómo está presente la cultura de la intervención burocrática, así también la necesidad de redefinir los objetivos y alcances del Programa.

La contracara de estos discursos aparece en lo que expresan los chicos beneficiarios, respecto al Programa, al rol de los operadores y al vínculo con ellos. Lo interesante de esto es que quienes lo expresaron, los chicos, son los que se ubicaron desde la parte trasera del escenario, a pesar de ser algunos de ellos quienes fueron asignados por la institución, para establecer los diálogos con este equipo de investigación.

Así, algunos entrevistados manifestaron no haber obtenido capacitación ni escolarización, expresando otros que solo aprendieron carpintería. En cuanto al rol de los operadores uno de los chicos dijo: “Te ayudan... te consiguen cosas para tu casa”, otro manifestó: “no me va a visitar nunca, no le tengo que ver la cara”, “debería informarse de cómo vivo”. No obstante ello, otro entrevistado se mostró conforme con lo que el programa le ofrecía y dijo: “Estoy acá contento, está muy bueno el curso, muy bueno el colegio, los profes son muy piolas, se pasan... y se la bancan todos”.

d) Articulación y acción colectiva. Si bien el Programa de Libertad Asistida, de acuerdo a algunos agentes permite comprenderlo a partir de las características propias del centralismo que establecen las relaciones de tipo clientelar, hemos observado también algunas tendencias descentralizadoras. Esto puede señalarse como producto del esfuerzo de algunos actores preocupados por concretar una labor conjunta entre diferentes ámbitos estatales y la participación de asociacio-

¹² Este es otro punto necesario de indagar, que nos permitirá conocer la continuidad de las acciones y el alcance de las intenciones, implícito también en los objetivos de nuestro Proyecto de Investigación para 2006.

nes de la sociedad civil. De ello se desprende que estas acciones están organizadas con criterios de integralidad que se concretan a través de convenios y arreglos entre diferentes actores.

“Hay una tarea en diversas zonas de la ciudad con organizaciones de la sociedad civil...” permite esto, destacar que la tarea de algunos operadores está orientada a lograr un mayor aprovechamiento de los recursos barriales mediante la integración y participación conjunta del Estado y la sociedad civil.

A quien indagáramos, hizo referencia a las modalidades de concretar estas estrategias en lo que él describió de la siguiente manera: *“La idea de la autogestión es la siguiente: hacemos una relación con un sindicato, la UOCRA, les pasé 45 nombres de chicos para que sean capacitados con el programa “Más y mejores empleos” del gobierno nacional-obviamente también suscripto por el Ministerio de Producción y Trabajo de Córdoba, con el reconocimiento de la Universidad Nacional, del sindicato y la Cámara de la Construcción-. Las ventajas de este programa son: en primera instancia hay una beca de \$ 50 para movilidad. En segunda instancia, una vez terminado el curso, a la bolsa de trabajo de la UOCRA. El tercer beneficio es que una vez incorporado a la bolsa de trabajo de la UOCRA y en el caso de que consiguieran trabajo y lo perdieran, inmediatamente se les da la libreta de desempleo. Esto sería una solución impresionante. Yo anoté 45 chicos, de los distintos operadores. ... A través de un convenio entre la Secretaria de Justicia y el sindicato”*.

Otro de los entrevistados relata los pasos por los cuales debieron transitar para llegar a lograr diversos recursos. Lo expresa señalando que para él este es *“... el recurso más lindo... en esta parte de acá atrás dice escuela primaria, secundaria y de oficio, esto ha sido fruto del trabajo con tres Ministerios. Es una de las cosas en las que yo más énfasis puse fue en articular convenios que me permitieran juntar los recursos de uno y de otro Ministerio, el Ministerio de la Producción, ellos son especialistas en todo lo que es capacitación laboral, entonces ¿que nos dan a nosotros? Los capacitadores que dan cada uno de estos oficios. Los ponen ellos, los pagan ellos y los insumos que implican cada uno de estos oficios también lo pone el Ministerio de la Producción. Entonces con eso fijense los recursos que son escasos, y siempre son un dolor de cabeza, hoy por hoy los tenemos.... Con lo que es escolaridad a nivel primario... primer ciclo aula uno y aula dos segundo ciclo, tenemos luego el nivel secundario que tenemos el CBU. Este fue el primer convenio que hicimos con el Ministerio de la Producción, y esta es una cosa que ustedes tienen que saber, es que la escuela nuestra es la única que tiene educación de adultos a partir de los 16 años, las otras son a partir de los 18. Esto fue una cosa de poder adaptar como dicen las reglas de Riad todo esto de que en todas partes deben adaptar su sistema educativo a las necesidades de los jóvenes infractores”*.

La importancia de los convenios con otras instituciones se ve reflejada en la continuidad de las actividades programadas en común, pese a los frecuentes e imprevistos cambios de sus operadores, como ya dijéramos, motivados por internas políticas. Así uno de los entrevistados luego de ser removido de su cargo nos dijo: “... *Ahora está en lo que era mi cargo es... abogado y viene de un programa que se llama tierra para el futuro que intenta regularizar los títulos de tierra. Sin tener experiencia y sin tener tiempo de dedicación está ahora a cargo de la dirección de programas educativos, capacitación laboral, asistencia y contención, lo que abarca con todo lo que tenga que ver con la educación formal tanto de chicos que están institucionalizados como los que están en Libertad Asistida. ¿Qué significa esto? que está supervisando los convenios que se han firmado con el Ministerio de educación que son los que han brindado y se han comprometido a un servicio educativo, tanto en la educación formal, primaria, alfabetización y secundaria completa, porque primero teníamos del CBU, luego cuando se firmo un convenio cuando se recibió la primera promoción del CBU para el polimodal. Entonces tenemos toda la trayectoria educativa, lo que se hizo con mucho esfuerzo, con mucho trabajo, de una manera muy inteligente adecuando el sistema educativo actual de adulto a nuestros chicos. Ahora sigue todo esto funcionando porque lo hice por convenio, casualmente porque considero que a estas acciones hay que darles un marco institucional que trascienda a las personas que están ocupando un cargo, de tal manera que por x motivo se van, los otros sigan*”.

Conclusiones

Consideramos que el Programa de Libertad Asistida, como acción estatal orientada por los principios rectores de la CIDN y de la reciente Ley 26061 de Protección Integral a la Infancia, como instancia socioeducativa y de inserción para los adolescentes y jóvenes en conflicto con la ley, carece de un sin número de consideraciones para que se constituya en un ámbito reparador y garantista de los derechos que se enuncian. Sin el deseo de realizar una exhaustiva enumeración de ellas, solo resaltaremos las que en alguna medida hemos tratado en el presente artículo.

Por un lado, dicho programa, al estar previsto en el apartado “b” del art. 52 de la ley provincial 9053, como una medida tutelar a aplicar en los casos de niños y/o adolescentes en conflicto con la ley penal, reproduce las características propias de la doctrina tutelar, basada en el llamado paradigma de la situación irregular, el que parte de considerar al niño como objeto de protección y no sujeto de derechos. Así, la normativa en cuestión le otorga al juez amplias facultades para “disponer” del niño y/o adolescente mediante su “sujeción a un régimen de libertad asistida” considerando solo los estudios técnicos rela-

tivos a su personalidad y condiciones económicas, sociales y familiares, dejando a un lado su responsabilidad penal fundada en la culpabilidad por el hecho que se le atribuye. Estas facultades de “disposición” del juez, que implican el ejercicio del poder punitivo del estado, no se encuentran limitadas por las garantías propias del derecho penal, reconocidas en el art. 40 de la CIDN, esto es, legalidad, debido proceso, principio de inocencia, entre otras.

Por otra parte, en relación con las posibilidades operativas como tales, en términos de sus objetivos, recursos materiales y humanos, es clara la descripción señalada, se trata de un programa improvisado, en el que los recursos para su funcionamiento son provistos por los contactos políticos. Y en donde la preocupación está más orientada a evitar irregularidades que comprometan la institución, que los resultados sobre quienes se está trabajando. Asimismo, la falta de responsabilidad al materializarlo a través de personal sin capacitación y que es proveído por recomendaciones políticas, indicaría las dificultades de comprensión sobre su relevante importancia, la importancia de lograr una buena calidad en sus resultados, teniendo presente que estamos frente a espacios de acción fundamentales no sólo para la población destinataria, sino para la sociedad toda. Toca uno de los problemas más sentidos en la actualidad, tal el de la seguridad. Creemos que podría tratarse, para quienes lo tienen a cargo, de una excelente oportunidad de generar acciones de alto impacto público y efecto social.

Vinculado a esto, señalamos que las relaciones clientelares observadas en las prácticas del Programa de Libertad Asistida no son exclusivas de las políticas estatales referidas a la infancia, sino que responden a un modelo de Estado impulsado por las políticas neoliberales en todo Latinoamérica. Los procesos de “ajuste” del gasto público, propio de estas políticas, repercutieron en una disminución en la cantidad y calidad de las políticas sociales básicas (salud y educación), proceso que paradójicamente se acompañó con un aumento de las políticas asistenciales. Este fenómeno parece explicarse con una lógica mucho más política que económica. Así, mientras las políticas sociales básicas tienden a ser percibidas como una obligación del Estado de las cuales los ciudadanos, en cuanto tales, se sienten acreedores de un derecho, las políticas asistenciales resultan mucho más percibidas como prerrogativas de un gobierno (cuando no de un partido) frente a las cuales el ciudadano se transforma en cliente y el servicio en dádiva¹³.

¹³ GARCÍA MÉNDEZ, EMILIO, “Infancia, Ley y Democracia en América Latina, Análisis Crítico del Panorama Legislativo en el Contexto de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (1990-1998)”, Depalma, 1998.

A partir de 1919 y durante siete décadas, las leyes de menores fueron un instrumento determinante en el diseño y ejecución de la política asistencial, muchas veces de tipo clientelar. El ejercicio del control social de la niñez “abandonada-delincuente”, habilitado por este tipo de leyes, contribuyó a la selección de la clientela de las llamadas instituciones de “protección” o de “bienestar”. La lógica de la situación irregular sostenida durante tantas décadas ha condicionando las prácticas sociales generando en los agentes que las producen, estructuras internalizadas a lo largo de sus trayectorias sociales. Estas “estructuras sociales internalizadas” difícilmente puedan modificarse solo con reformas legislativas por lo que sostenemos que el proceso de adecuación substancial de la Convención debe necesariamente ir acompañado por un proceso de reflexividad institucional, de construcción de una nueva institucionalidad y resignificación de las prácticas sociales de sus agentes, que tiendan a erigir a los niños en verdaderos ciudadanos con capacidad de ejercer sus derechos, con autonomía en la toma de decisión en los asuntos que los afectan, ampliando los espacios de participación de la sociedad civil en los asuntos concernientes a la niñez, limitando la intervención del estado mediante el cumplimiento de las garantías y a la vez exigiendo el cumplimiento y control de lo que le compete. Como señala Foucault “... es preciso trabajar en común con personas implicadas en la práctica, no sólo para modificar las instituciones y sus prácticas, sino también para reelaborar las formas de pensar”^{14/15}.

¹⁴ FOUCAULT, M., 1993.

¹⁵ **Bibliografía:** Auyero, Javier. *Cultura política, destitución social y clientelismo político en Buenos Aires*. Estudio Etnográfico. En Svampa, Maristela Desde abajo, la transformación de las identidades sociales. Editorial Biblos. Universidad Nacional de General Sarmiento, 2000; Auyero Javier. “Evita como performance, Medicación y Resolución de Problemas entre los pobres urbanos del Gran Buenos Aires”, en Auyero Javier (COMP.) ¿Favores por votos? Estudios sobre el clientelismo Político Contemporáneo, Editorial Losada, Bs. As., 1997; Consejo Nacional del Menor y la Familia. *Escuela de Formación Especializada. Centro Focal 80. Documento 35670: Medidas alternativas a la institucionalización. Buenos Aires 1996*; Dini, G.; Gómez, L.; Wester, M.E.; “Políticas estatales en el área de Minoridad: acciones y omisiones”, Libro de Ponencias de las Segundas II Jornadas de investigación social sobre la infancia adolescencia, la Convención Internacional de los Derechos del Niño y las prácticas sociales, Año 2000; García Méndez, Emilio – Carranza, Elías (organizadores) “Del revés al derecho. La condición jurídica de la Infancia en América Latina. Bases para una Reforma Legislativa – UNICEF – UNICRI - ILANUD” Editorial Galerna; García Méndez, Emilio, “Infancia: Legalidad Democrática, Derecho y Realidad” en Bianchi, María del Carmen -comp- “El derecho y los chicos” Ed. Espacio, Bs. As. 1995, Goffman, Erving, La presentación de la persona en la vida cotidiana. Amorrortu, Bs. As. 1994; González del Solar José H., “Presupuesto para la corrección de Menores Delincuentes”. Córdoba, Marcos Lerner; Foucault, Michel, *Las redes del poder*. Editorial Almagesto, Buenos Aires, 1993; Laje, María Inés, Reartes, Julia. Compiladoras

Libro de Ponencias II Jornadas de Investigación Social sobre Infancia y Adolescencia, la Convención de los Derechos del Niño y las Prácticas Sociales. Córdoba, Letras de Córdoba, Abril de 2000; Zaffaroni, Raúl E. Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina. Ed. Depalma, 1991.

Legislación: Ley 23.849: Convención sobre los Derechos del Niño; Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing); Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad; Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia (Directrices de RIAD); Régimen de Penal Aplicable a Menores Incursores en Delitos Ley 22.278; Ley 9053 Protección Judicial del Niño y el Adolescente.



PAGINA 114
BLANCA

LA REGULACIÓN LEGAL DE LAS PRÁCTICAS DE PROCREACIÓN ASISTIDA FRENTE AL DERECHO VIGENTE

(THE LEGAL REGULATION OF THE ATTENDED PROCREATION AND ITS RELATIONSHIP WITH THE IN FORCE LAW)

Por *Dra. Nora B. Lloveras**, *Ab. Olga Orlandi***, *Ab. Fabián Faraoni****, *Ab. Marcelo Salomón*****, *Ab. Susana N. Verplaetse******, *Lic. Valeria Durán******.

Resumen: La investigación aborda el tratamiento de las diversas prácticas de procreación asistida en el marco del derecho filiatorio argentino, y se complementa con la realización de un trabajo de campo en instituciones especializadas en la materia. De ese modo, frente a la preeminencia otorgada por el derecho vigente a la relación biológica o genética existente entre padres e hijos, se colige la necesidad de una regulación normativa integral que contemple los diversos aspectos de la reproducción humana asistida, tanto desde su enfoque jurídico, como así también en la estructuración de los principios rectores de las prácticas médicas pertinentes.

Palabra Clave: Derecho y prácticas de procreación asistida.

* Doctora en Derecho. Profesora Titular por Concurso de Derecho Privado VI. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Investigador. Categoría I.

**Doctora en Derecho. Profesora Adjunta de Derecho Privado VI. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Investigador de la SECyT. Categoría III

***Auxiliar por Concurso de Derecho Privado VI. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Investigador de la SECyT.

****Auxiliar de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Investigador de la SECyT.

*****Adscripta de Derecho Privado VI. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Investigador de la SECyT.

*****Lic. en Psicología. Auxiliar de Derecho Privado VI. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Investigador de la SECyT.

I. Introducción

En materia de procreación asistida¹, los avances de la ciencia y tecnología se traducen en la posibilidad de satisfacer el legítimo deseo de maternidad o paternidad de aquellas personas que no pueden obtenerlo naturalmente.

Paralelamente surge la necesidad de armonizar su implementación con los estándares y principios que informan el derecho dentro del ordenamiento jurídico argentino.

Dado que el tema es amplio hemos acotado nuestra investigación a los aspectos estrictamente relacionados con la filiación.

Partiendo de la premisa que el derecho no debe estar al margen de los avances tecnológicos, hemos examinado el tema desde: a) un enfoque interdisciplinario; b) las soluciones que brinda el derecho argentino en materia de filiación; c) como práctica médica con especial referencia a la ciudad de Córdoba; d) las tendencias del derecho proyectado en Argentina; y e) las soluciones legislativas que se brindan en el derecho extranjero.

La implementación de las técnicas de fecundación asistida repercute en el derecho filiatorio vigente en el sistema jurídico de nuestro país por lo que concluimos suministrando pautas y criterios que contribuyen a su acabada adecuación y armonización.

II. La realidad: Enfoque interdisciplinario

Desde un enfoque interdisciplinario el tema es abordado desde diversas perspectivas.

Se dice que la sexualidad, como origen de la reproducción, no es excluyentemente biológica como resultado de los avances científicos. Estos hechos llevan a planteos e interrogantes desde un enfoque sociológico y psicológico.

Ante la FIV se ve fragmentada la idea de madre biológica cierta. Existe una brecha entre la concepción y el nacimiento. La escena primaria de la concepción se traslada en estos casos a una probeta y la identidad genética entre generando y generado, base del vínculo filiatorio por naturaleza, se quiebra.

Esto implica replantear el contenido y forma de elaboración del concepto de identidad personal sobre todo en aquellos casos en que el

¹ Referencias RA: reproducción asistida; IA: inseminación artificial; FIV: fecundación in Vitro; IAD: inseminación artificial con donación de material genético.

material genético no es de la pareja que concibió. En este aspecto se señalan dos cuestiones fundamentales: la necesidad de una aceptación social de la mencionada disociación y que el hecho no debe ser ocultado. Ambas cuestiones contribuirán a la formación de la identidad del nacido.

III. Las soluciones del derecho vigente argentino. Filiación ante las prácticas de procreación asistida

Las técnicas de reproducción asistida son aquellas a las que se acude para la reproducción humana, y que consisten en procedimientos de manipulación ginecológica tendientes a auxiliar, transformar o sustituir procesos destinados a ocurrir espontáneamente en el aparato genital femenino.

A todos los procedimientos existentes en la materia se los denomina genéricamente técnicas de fecundación artificial, ya que permiten la procreación humana sin que intervenga la relación sexual, por oposición a la fecundación natural o carnal, que requiere la unión sexual de los progenitores.

Existen diversos procedimientos clasificables de acuerdo al grado de complejidad.

Así, la fertilización asistida de baja complejidad corresponde a la inseminación artificial, puesto que consiste en procedimientos ambulatorios sin anestesia general y sin mayor aparatología.

En la técnica de mediana complejidad incluimos a la G.I.F.T (gamete intrafallopian transfer), que en realidad, no es sino una inseminación artificial pero recurriendo a medios más complicados; y por último, la fertilización in vitro (F.I.V.) implica un procedimiento de alta complejidad ya que necesita de un laboratorio altamente especializado.

En todos estos métodos de procreación artificial, el gameto masculino puede proceder del esposo o concubino de la mujer que se expone a estas prácticas, en cuyo caso, estaremos en presencia de una **fecundación homóloga**.

En cambio, cuando proviene de un tercero extraño a la pareja, la fecundación recibe el nombre de **heteróloga**. En idéntica situación nos encontramos cuando sucede con el gameto femenino.

De ello se infiere, que en el marco del derecho argentino vigente, la aplicación de dichas técnicas de reproducción asistida puede generar una dicotomía entre la filiación natural y la filiación legal.

1. Fecundación homóloga:

En el caso que el elemento masculino pertenezca al marido de la mujer a fecundar, y el óvulo también pertenezca a ésta, no surge conflicto alguno desde el punto de vista jurídico en torno a la filiación del hijo, dado que no existen dudas respecto de quienes son el padre y la madre, pues el embrión tiene una constitución genética que deriva de ambos.

En efecto, en el caso abordado y dentro del marco del derecho vigente, deviene de plena aplicación la previsión del art. 242 del Código Civil respecto de la determinación de la maternidad, como así también la presunción de paternidad contemplada en el art. 243 del mismo cuerpo legal, que constituyen normas aplicables tanto a la procreación natural como a la lograda mediante las técnicas de reproducción asistida.

En consecuencia, en los casos de fecundación homóloga no existe diferencia con relación a la filiación entre los nacidos por la unión sexual natural del hombre y la mujer, y aquellos que han sido concebidos por alguna técnica asistida, ello no obstante que los gametos masculinos hayan sido utilizados sin consentimiento del marido, por cuanto dicho extremo en modo alguno implica que el elemento fecundante deje de pertenecer al mismo, siendo precisamente dicha circunstancia –la pertenencia de los gametos– la que como norma general determina la paternidad.

2. Fecundación heteróloga:

En estos supuestos se advierten discrepancias doctrinarias tanto en lo relativo a la determinación de la paternidad como de la maternidad del hijo.

2.1. Determinación de la paternidad:

Conforme lo ya expresado, en el caso de la fecundación heteróloga se produce una dicotomía entre la filiación natural y la filiación legal, en atención a que en nuestro sistema legal la paternidad no resulta atribuida a quien proveyó el semen, sino al esposo de la mujer gestante. Corresponde entonces analizar los distintos supuestos que pudieran presentarse:

2.1.1. Supuesto en que el marido no haya prestado consentimiento para la fecundación heteróloga:

Con relación al presente planteo, en nuestro derecho vigente resulta claro que al marido que no haya prestado su conformidad para la fecundación heteróloga de su esposa le asiste el derecho de desconocer la paternidad, la cual se presume si el hijo nació dentro de los plazos que contempla el art. 243 del Código Civil. Ello fundado, en la ausencia de normas que regulen específicamente la cuestión, y

que tornan de aplicación las disposiciones generales sobre impugnación de la paternidad.

2.1.2. Supuesto en que el marido haya prestado consentimiento para la fecundación heteróloga:

En el caso, corresponde interrogarse acerca de si habiendo el marido prestado previamente su consentimiento en forma libre y sin vicios para la fecundación de su esposa con semen de un tercero donante, el mismo puede o no con posterioridad a ese acto impugnar la filiación del hijo.

Parte de la doctrina en la especie se ha pronunciado en forma afirmativa en cuanto a la posibilidad del marido de desconocer al hijo concebido por su esposa por fecundación heteróloga, con fundamento en el hecho que la voluntad de los interesados es incomputable en una materia de orden público como la filiación².

Otro sector, cuestiona tal postura en base a la doctrina de los “actos propios” y en tanto constituye una inmoralidad la conducta de quien, a pesar de haber dado libremente su consentimiento para la fecundación con gametos de un tercero, luego de haberse ella producido, se vuelve atrás y asume una posición distinta, violando el principio de la buena fe-lealtad, que el derecho no puede desatender³. De ese modo, concluye tal tesis doctrinaria, que la conformidad del marido para la fertilización de la esposa con semen de un tercero resulta una circunstancia suficiente como para impedirle impugnar su paternidad, dejando en claro que ello no implica que el hijo no esté legitimado para ello, lo que efectivamente puede hacer según la legislación vigente en nuestro país.

2.1.3. Supuesto en que el conviviente haya prestado consentimiento para la fecundación heteróloga:

De acuerdo a lo establecido por el art. 247 del Código Civil la paternidad extramatrimonial se determina por el reconocimiento del padre o por la sentencia en juicio de filiación que la declare tal, motivo por el cual la paternidad del hijo sólo resultará de los extremos previstos en dicha norma.

El supuesto examinado no es igual al del consentimiento que presta el marido para la fecundación heteróloga de su esposa, por cuanto si se trata de personas que conviven sin encontrarse unidas en matrimonio, no resulta aplicable la presunción de paterni-

² LLAMBIAS, JORGE JOAQUÍN, “La fecundación humana in vitro”, E.D. 79-897 y sigs.

³ SAMBRIZZI, EDUARDO A., “La filiación en la procreación asistida”, Ed. El Derecho, Bs. As., 2004, pág. 95.

dad del art. 243 del Código Civil, y por ende el eventual consentimiento del conviviente no lo coloca como padre del niño.

3. Determinación de la maternidad:

En lo que se refiere a la determinación de la filiación materna en la procreación asistida, pueden presentarse diversos supuestos, a saber:

3.1. Supuesto de fecundación con óvulo de la propia mujer:

Es la hipótesis más común, y puede producirse tanto por fecundación natural o aplicando alguna técnica de reproducción asistida. En ambos casos, no existen dudas respecto que el nacido es hijo de la mujer que lo ha gestado con un óvulo suyo, y por ende no se observan discrepancias en el campo jurídico, resultando de plena aplicación el principio emergente del art. 242 del Código Civil.

3.2. Supuestos de maternidad subrogada:

La maternidad subrogada consiste en un convenio mediante el cual se acuerda con una mujer la gestación de un niño con semen de un tercero –generalmente el esposo de la mujer que lo encarga, aunque no necesariamente–, para luego entregarle la criatura a ésta. Puede configurarse bajo variadas formas, ya sea por la fecundación con un óvulo de la mujer que gesta al niño para otra que se lo ha encargado, por la fecundación con un óvulo de la mujer que encarga a otra gestar al niño para luego entregárselo, o por la fecundación con un óvulo de una mujer distinta tanto de la gestante como de la que encargó a ésta gestar al niño para luego entregárselo.

En ese aspecto, el criterio imperante se inclina por el hecho que la gestación del niño es la que decide la determinación de la maternidad⁴, solución que encuentra aval en las propias disposiciones del Código Civil, ya que de acuerdo a lo establecido en la primera parte del art. 242 de dicho cuerpo legal la maternidad quedará establecida aun sin reconocimiento expreso, por la prueba del nacimiento y la identidad del nacido.

Asimismo, dicha tesitura otorga preponderancia al hecho del aporte biológico que la gestante hace durante todo el embarazo, derivado de la nutrición y el cuidado embrionario del nacido, que entiende debe prevalecer por sobre la aportación genética, considerando para ello que ninguna norma jurídica dispone que la calidad de madre resulta con exclusividad del aporte genético.

⁴ SAMBRIZZI, EDUARDO A., ob. cit., pág. 155.

Por otra parte, hay quienes ponen el acento en el elemento genético, dado que afirman es el que define la identidad de la persona. En ese sentido, Llambías sostiene que la madre genuina es aquella cuyo óvulo fue fecundado, en contraposición a la que califica como postiza⁵.

Finalmente, otro sector doctrinario proclama a los efectos de la determinación de la filiación, tanto paterna como materna, que deben considerarse como padre y madre del niño nacido mediante una de las técnicas de procreación asistida, a aquella pareja que expresó su voluntad en tal sentido y tomó las medidas necesarias como para que aquél fuera concebido y gestado para ser hijo de ambos, sea que la gestación haya sido llevada a cabo con gametos de ellos o de terceros, y aun cuando la mujer ni siquiera hubiera gestado a la criatura.

Con ese alcance, Grosman y Martínez Alcorta consideran que la filiación materna derivada del uso de la fecundación extracorpórea no puede ser resuelta con igual criterio que el que se aplica a la procreación natural, sosteniendo que la misma debe ser regulada en el sentido de atribuir la maternidad a la persona que tuvo la voluntad de tener el hijo y asumir el rol de madre, agregando que si quien tuvo la voluntad de procrear fue la mujer que dio a luz, será ésta la madre de la criatura, aun cuando hubiese empleado para la fecundación un óvulo ajeno, y si por el contrario, la mujer que quiso tener un hijo fuese la autora del óvulo implantado, será ésta la madre del nacido. En ambos supuestos la mujer que no ha tenido voluntad procreacional no podrá reclamar su maternidad, ni tampoco impugnar el vínculo de quien quiso gestar a la criatura⁶.

IV. La procreación asistida como práctica médica. Trabajo de campo

En el último cuarto de siglo, especialmente a partir de los años 90, se incrementó la práctica de la fecundación extrauterina (vulgarmente llamada *in vitro*, o F.I.V.) en todo el mundo, y la Argentina no fue una excepción. Aunque concentrados fundamentalmente en el área porteña (la Ciudad de Buenos Aires y alrededores), existen en el país especialistas con prestigio internacional, que exhiben altas cotas de éxito en estos procedimientos.

⁵ LLAMBIAS, JORGE JOAQUÍN, "La fecundación humana *in vitro*". ED, 79-899 y sigs.

⁶ GROSMAN, CECILIA P. y MARTINEZ ALCORTA, IRENE, "La filiación matrimonial. Su reforma según la ley 23.264", LA LEY, 1986-D-937 y sigs.

En urbes del interior, como Rosario, Córdoba y Mendoza, La Plata, Mar del Plata, Bariloche, no tardaron en desarrollarse estas técnicas también, siempre en menor escala. Uno de los mayores problemas que se señala es el de criopreservación de embriones. Por un motivo o por otro, los embriones congelados se van acumulando, hasta ser millares. Pasan los años, y pronto ya nadie los quiere, y su preservación, que dista de ser gratuita, deja de pagarse, al extremo de que algunos centros de crío-preservación argentinos hacen firmar a los progenitores que congelan embriones u ovocitos pronucleados, su "cesión" anticipada a esa entidad, para ser "donados" a otras mujeres, en caso de transcurrir dos años sin que se abonen las cuotas respectivas⁷.

El costo de un tratamiento de fertilización asistida oscila entre 4000 y 8000 pesos. No hay reconocimiento de gastos por parte de la Seguridad Social, quienes tampoco reconocen ni reintegran el valor de los medicamentos. El 90% de las entidades de Medicina Prepaga, tampoco reconocen los tratamientos ni los gastos del embarazo y parto si resultan de una fertilización. El 90% de ellas no reintegra los gastos originados por medicamentos.

A través del tiempo se han ido desarrollando las técnicas de FIV-ET, Ovodonación, donación espermática, criopreservación de óvulos, espermatozoides, y embriones, ICSI, estudios genéticos de gametos y embriones no existiendo reportes oficiales sobre alquiler de útero. Nuestro país reporta al Registro de datos Latinoamericano y realiza consensos y guías clínicas. Se realizan aproximadamente 4000 ciclos de fertilización por año.

En la Ciudad de Córdoba, al momento de practicarse la investigación, existen cuatro centros: IMGGO, CIGOR, NASCENTIS, FECUNDART. Todos ellos realizan prácticas de reproducción asistida de baja y mediana complejidad.

Tomando como muestra las tareas propias de unos de estos centros, describimos las tareas comunes que allí se desarrollan:

a) Prácticas que se realizan: En este centro se realizan fecundaciones homólogas (con gametos de la pareja) y también heterólogas, con semen criopreservado de un Banco de Semen de Buenos Aires (PRO-CREARSE-CEUSA). También se desarrolla un programa de donación de óvulos. En este centro no se criopreservan embriones.

⁷ En 1993, a partir del anuncio periodístico del primer parto de niños crío-preservados en la Argentina, los diarios comentaban la existencia de más de un millar de embriones en esa condición en el país (la mayoría de los cuales, en la Ciudad de Buenos Aires).

b) Límites en las prácticas: En cuanto a los **destinatarios**, existen límites para algunas prácticas. No se tiene en cuenta la edad del paciente sino la reserva ovárica (capacidad para responder a la estimulación). Se realizan prácticas en parejas estables. No en parejas del mismo sexo o en mujeres solas. Tampoco realizan fecundación postmortem.

En lo que se refiere a la **forma de realización**, en el centro en que se indagó se fecundan cuatro óvulos metafase II (con capacidad de ser fertilizados). Como las tasas de fertilización rondan el 80% se implantan hasta tres embriones para evitar el riesgo de embarazos múltiples. No hay selección ni descarte de embriones. Tampoco se hace selección de sexo (que se puede realizar haciendo diagnóstico preimplantatorio).

c) Consentimiento informado: Del análisis de diversos instrumentos en donde queda plasmado el consentimiento informado, destacamos:

– **Consentimiento para realizar fertilización in-vitro:** Se informan detalladamente los pasos, modos, medicamentos, técnicas, riesgos y porcentajes de éxito de los procedimientos. Define la fertilización in-vitro como método terapéutico cuyo propósito es lograr el embarazo, no garantizándolo. Aclara que pueden ocurrir complicaciones como cualquier otro embarazo. Se comprometen a establecer civilmente el vínculo filiatorio.

– **Consentimiento informado para la ovo donación en carácter de receptora:** Se informa que la donación de óvulos es voluntaria, gratuita y anónima de mujeres entre 21 y 35 años, sin antecedentes de enfermedades genéticas y en quienes se ha descartado la presencia de enfermedades de transmisión sexual. Resalta que el acto de recepción es anónimo comprometiéndose la receptora a no realizar ningún intento por conocer la identidad de la donante y a considerar a los niños nacidos como hijos propios y anotarlos como tales. En otra cláusula se exime a la institución y a la donante de toda responsabilidad civil o penal.

– **Consentimiento informado para la ovo donación en carácter de donante:** Se informa del procedimiento médico de estimulación ovárica y extracción de óvulos. Se deja sentado que la donación es anónima y que por lo tanto ni la receptora ni la donante pueden conocer la identidad de la otra. Tampoco se informará sobre los resultados obtenidos a partir de los óvulos donados. La donante declara perder todos los derechos que pudiera tener sobre estos óvulos y el producto de su evolución posterior.

d) Pautas y principios legales que se tienen en cuenta en la actualidad. Código de Ética de la Sociedad Argentina de Esterilidad y fertilidad: La institución encuestada observa que reglamenta su actividad en base al Código de Ética de la Sociedad Argentina de Esterilidad y Fertilidad (SAEF) en el cual destacamos los contenidos del punto VII: “Requisitos éticos de ciertas prácticas especializadas”:

– Investigación. Se limita la posibilidad y fines de la investigación. Las prácticas deberán ser aceptadas por el comité especialidades éticas del hospital donde se realice o del centro médico de la SAEF, con el consentimiento informado del paciente.

– Donación de gametos: es aceptada para ser utilizada en procedimientos de fertilización asistida en parejas heterosexuales.

– De los embriones: define su concepto, rechaza el descarte, acepta la congelación de embriones u ovocitos pronucleados con restricciones.

– Deja a criterio del centro médico el número de embriones a transferir.

– Maternidad subrogada, alquiler y/o sesión de útero: se sugiere el planteo particular de cada caso ante el comité de ética de la SAEF.

V. Los proyectos de ley en Argentina

Si bien fueron muchos los proyectos presentados y reiterados en el seno de ambas Cámaras Legislativas solamente hubo uno –en el año 1997– que obtuvo media sanción (Cámara de Senadores) aunque finalmente no fue tratado por la Cámara de Diputados.

Existen muchos precedentes legislativos que han perdido estado parlamentario por no haber sido tratados por las comisiones respectivas durante el año de su presentación.

Con diferentes matices y posiciones jurídicas diversas los proyectos presentados han contemplado todas las alternativas médicamente posibles a saber: tratamientos homólogos y tratamientos heterólogos. Existen proyectos legislativos que privilegian el anonimato del donante, otros que abogan por el derecho a la identidad de los nacidos por estas técnicas, y otros que permiten mayor o menor cantidad de embriones a implantar; como así también los hay de aquellos que prohíben casi en su totalidad la práctica médica de la procreación asistida.

Es notoria y sostenida la dificultad con la que se encuentra el Congreso Nacional para consensuar los contenidos mínimos de una ley que regule la práctica de la procreación humana asistida⁸.

No se puede destacar ni resaltar la consolidación de ninguna tendencia de proyección legislativa que sea clara y sostenida en el tiempo. Se sigue observando un amplio abanico de abordajes, teniendo muchos de los proyectos fuertes diferencias entre sí.

VI. Las soluciones en el derecho comparado

El estudio y análisis de los diferentes sistemas normativos del derecho comparado nos sirven como experiencia a la hora de definir los principios que deben regir la legislación argentina en materia de procreación asistida.

Hemos observado que algunos cuerpos normativos optan por una posición liberal en relación al uso de las nuevas alternativas biotecnológicas, otros en cambio son limitativos.

En ellos se ponen de relieve los medios de seguridad y garantías, los sistemas sancionatorios y otros aspectos ligados estrechamente a las características sociales y al campo ético relacionado con el científico. Muchas veces las diferentes concepciones están vinculadas con la evolución tecnológica que cada país ha logrado.

Algunos países cuentan con legislación específica de las técnicas de procreación asistida⁹, otros con enunciados de principios generales de Bioética y un tercer grupo carece de regulación legal en relación al tema.

⁸ Prueba de ello son los más 42 proyectos de ley presentados individual o colectivamente por legisladores nacionales al cabo de más de 15 años, sin que la fecha se haya logrado ni siquiera una revisión del ya referido proyecto de ley sancionada en el año 1997 por el Senado de la Nación.

⁹ Suecia: Ley sobre la inseminación artificial (1984) y Ley sobre la fecundación in vitro (1988). Dinamarca: Ley sobre el establecimiento de un Consejo Etico y la regulación de algunos experimentos biomédicos (1987). Noruega: Ley sobre fertilización artificial (1987) y Ley sobre las aplicaciones biotecnológicas en Medicina (1994). España: Ley sobre técnicas de reproducción asistida y Ley sobre la donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos (1988). Alemania: Ley sobre protección del embrión humano (1990). Inglaterra: Ley sobre fertilización humana y embriología (1991). Francia: Ley relativa al respeto del cuerpo humano y Ley relativa a la donación y utilización de elementos y productos del cuerpo humano, a la asistencia médica, a la procreación y al diagnóstico prenatal (1994).

Entre las legislaciones “*permissivas*” señalamos la de Gran Bretaña, Australia, EE.UU. y España. En cambio otras son “*restrictivas*”, como las de Austria, Suecia, Italia¹⁰ y Alemania¹¹.

Algunos países propician la unidad legislativa en los contenidos mínimos de la legislación de los países vinculados geográficamente o mediante tratados internacionales¹².

A modo de conclusión, podemos referir que en materia de filiación la mayoría de las legislaciones analizadas consideran: a) que el consentimiento informado a la realización de las prácticas constituye el hecho que genera el emplazamiento en el estado filiatorio, b) privilegian el derecho a la identidad en la fecundación heteróloga, permitiendo el conocimiento de los datos genéticos del donante, c) establecen que los hijos concebidos mediante fecundación heteróloga no están legitimados para deducir acciones de estado de familia, alcanzando también dicha prohibición a los donantes.

VII. Nuestras conclusiones

1. La reproducción asistida plantea un nuevo conflicto respecto al tradicional concepto de identidad personal, en especial en los casos en que el material genético no es de la pareja que concibió.

2. En materia de filiación, el derecho argentino vigente otorga preeminencia a la relación biológica o genética existente entre padres e hijos, permitiendo de ese modo el encuadramiento jurídico de sólo algunas de las diversas hipótesis derivadas de las prácticas de procreación técnicamente asistidas frente al vínculo filiatorio.

3. La regulación legal de las técnicas de reproducción asistida debe necesariamente apuntar hacia el surgimiento de la conciencia

¹⁰ Gazzetta Ufficiale N. 45 del 24 Febbraio 2004 LEGGE 19 febbraio 2004, n.40.

Norme in materia di procreazione medicalmente assistita. Es la más restrictiva de Europa. Prohíbe las donaciones de óvulos y esperma, así como la investigación y la congelación de embriones, y permite que sólo tres óvulos puedan ser fecundados al mismo tiempo en un tubo de ensayo. En el año 2005 fracasó el referéndum convocado para la flexibilización de algunos aspectos regulados en esta ley.

¹¹ MESSINA DE ESTRELLA GUTIÉRREZ, GRACIELA N. – Bioderecho - Capítulo VIII - Derecho comparado y proyectos legislativos. Análisis de algunos regímenes normativos de derecho comparado sobre temas de bioderecho. 7/9/2004. Lexis Nº 2209/001469.

¹² En el IX Congreso sobre Fertilización In Vitro -Florenca, Italia, 1995- los participantes expresaron que las diferencias jurídicas entre las naciones daban lugar a que los habitantes de un país con un sistema restringido (ej.: Alemania), se trasladaran a otro con un orden jurídico más permisivo (ej.: Gran Bretaña) para tratar de ser padres.

social de la disociación entre concepción biológica y sexualidad, privilegiando el principio de la verdad “biológica” del concebido y asegurando la formación de su proceso de identidad personal.

4. El tema analizado requiere de una regulación normativa integral que contemple los diversos aspectos de la reproducción humana asistida, tanto desde su enfoque jurídico en el marco de las pautas de determinación y de las acciones de filiación contenidas en el Código Civil, como así también en la estructuración de los principios rectores de las prácticas médicas especializadas en ese sentido.



PAGINA 128
BLANCA

ALGUNOS ELEMENTOS DE LA GESTIÓN PÚBLICA DEL AMBIENTE

(SOME ELEMENTS OF THE PUBLIC MANAGEMENT OF THE ENVIRONMENT)

*Por Marta Susana Juliá **

RESUMEN: La gestión pública del ambiente adquiere un singular desarrollo a partir del impacto de los problemas ambientales en la agenda de las autoridades gubernamentales. Todo ello impone estudiar la gestión pública del ambiente, su definición, sus elementos: la política, el derecho y la administración ambiental, los espacios institucionales asignados a la temática ambiental y la necesidad de profundizar en algunos requerimientos básicos de la gestión ambiental que aporten a un análisis jurídico ambiental.

PALABRAS CLAVE: Gestión ambiental – Elementos de la gestión ambiental – Gestión pública del ambiente – Gestión gubernamental.

I. Introducción

La gestión pública del ambiente está en desarrollo y expansión, en la actualidad, de acuerdo a la importancia que cada país le asigna a los problemas ambientales. El derecho es uno de los elementos de la gestión y forma una parte importante de su desarrollo.

En las situaciones ambientales las diversas áreas del derecho quedan involucradas, en mayor o menor medida, en la construcción de este nuevo espacio de conocimiento que conforma la temática ambiental. Cada rama establece los recortes y alcances en la regulación, en los límites, en las restricciones, en el aporte de cada perspectiva frente a los numerosos y variados conflictos asociados al ambiente.

* Doctora en Derecho y Ciencias Sociales Investigadora por Concurso del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la U.N.C. ex Becaria de CONICET. Miembro de equipos de investigación.

El impacto de la incorporación del tema ambiental en la agenda política tanto a nivel internacional como nacional y local, su inclusión en las propuestas de la plataforma de los partidos políticos y el desarrollo institucional y jurídico han sido los motores para la gestión ambiental en los sectores gubernamentales.

La gestión ambiental fue definida por Brañes como “el conjunto de actividades humanas que tienen por objeto el ordenamiento del ambiente cuyos componentes principales son la política, el derecho y la administración ambientales”. Para este autor en síntesis “la gestión ambiental supone un conjunto de actos normativos y materiales que buscan la ordenación del ambiente, que van desde la formulación de la política ambiental hasta la realización de las acciones materiales que tienen ese propósito”¹.

A los sectores gubernamentales se los considera actores claves y requieren el auxilio del derecho para la gestión de los problemas ambientales, en ese marco se destaca el derecho Constitucional, Público Provincial o Administrativo, entre otros, que contienen desarrollos específicos sobre la temática ambiental y en materia de gestión.

La gestión ambiental ha demandado la creación de espacios institucionales capaces de otorgar una respuesta a los problemas vinculados al ambiente y ha tenido un desarrollo constante y variado en la región.

Los gestores gubernamentales frente a las demandas de distintos actores en materia ambiental se vieron obligados a la elaboración de respuestas, las que configuraron un conjunto de instrumentos legales de distinta jerarquía y alcance que acompañaron a los distintos organismos en la ejecución de sus políticas.

Para algunos autores “en los países en desarrollo la gestión pública se ha originado mas como una iniciativa de carácter gubernamental, que como respuesta a las demandas de la ciudadanía, hecho que contrasta con los países desarrollados en donde las demandas ciudadanas por la protección del medio ambiente están en el origen de buena parte de la acción del Estado”².

La promulgación de normas ambientales con la creación de áreas específicas generó la conformación de nuevos espacios institu-

¹ BRAÑES, R. *Manual de Derecho Ambiental Mexicano*, Fondo de Cultura Económica, México, 2000, p.117.

² RODRÍGUEZ-BECERRA, M. y ESPINOZA, G. *Gestión ambiental en América Latina y el Caribe*, BID, Washington, 2002. p.10.

cionales, tanto en la consolidación como en la reforma de los lugares existentes.

A nivel nacional desde la creación de la Secretaria de Política Ambiental hasta la redefinición actual como política de estado que reestructura el espacio institucional en la Jefatura de Gabinete, el sector ambiental a nivel nacional perdió jerarquía y paso inadvertido tanto en el Ministerio de Desarrollo Social como en el Ministerio de Salud.

La expectativa actual a nivel nacional es como se organizará el espacio ambiental en el marco de la Jefatura de Gabinete, sus objetivos, políticas, presupuesto y la definición de la estrategia a seguir a ese nivel en la temática.

Las provincias argentinas, por su parte, generaron espacios institucionales diversos para dar respuesta desde los sectores gubernamentales a los problemas ambientales insertando en la administración publica nuevos organismos, reforzando sectores existentes o asociando a sectores existentes la temática ambiental.

Por lo anteriormente destacado podemos observar en nuestro sistema jurídico a los organismos ambientales gubernamentales en las siguientes categorías: 1.- los organismos netamente ambientales creados para atender prioritariamente esta problemática a partir de leyes o decretos que los constituyen con un objeto para tal fin. 2.- los organismos que integran funciones, atienden los problemas ambientales con otras temáticas, aglutinan dos o más temáticas entre las que aparece el ambiente pero el objeto central de atención es compartido con otras áreas o se anexa la temática ambiental a una temática preexistente.

En los organismos provinciales que hoy integran el Consejo Federal de Medio Ambiente (COFEMA)³ se puede observar los siguientes organismos divididos según las categorías mencionadas:

Organismos netamente ambientales	Organismos con otras temáticas
Secretaría de Medio Ambiente y desarrollo sustentable de la provincia de Santa Fe	Subsecretaría de Recursos Naturales de la provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur.
Subsecretaría de Política Ambiental de la provincia de Buenos Aires (hoy en reestructuración)	Secretaría de Estado del Agua y del Ambiente de la provincia de Catamarca

³ Fuente de información de la denominación de organismos www.medioambiente.gov.ar.

Organismos netamente ambientales	Organismos con otras temáticas
Agencia Córdoba Ambiente Sociedad del Estado de la provincia de Córdoba	Instituto Correntino del Agua y el Ambiente de la provincia de Corrientes
Ministerio de Medio Ambiente de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires	Subsecretaría de Obras Públicas y Servicios Públicos, Dirección General de Desarrollo, Ecología y Control Ambiental de la provincia de Entre Ríos
Subsecretaría de Ecología de la provincia de La Pampa	Ministerio de Producción, Subsecretaría de Recursos Naturales y Ecología de la provincia de Formosa
Dirección General de Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable de la provincia de La Rioja	Ministerio de Producción, Infraestructura y Medio Ambiente, Dirección de Medio Ambiente y Recursos Naturales de la provincia de Jujuy
Subsecretaría de Medio Ambiente de la provincia de Mendoza	Subsecretaría de Recursos Naturales y Medio Ambiente de la provincia del Chubut
Ministerio de Ecología y Recursos Naturales Renovables de la provincia de Misiones	Dirección General de Recursos Forestales y Medio Ambiente de la provincia de Santiago del Estero
Dirección de Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable de la provincia de Neuquén	Dirección de Ciencia, Tecnología y Medio Ambiente de la provincia de Tucumán
Consejo Provincial de Ecología y Medio Ambiente de la provincia de Río Negro	Subsecretaría de Recursos Naturales y Medio Ambiente de la provincia del Chaco
Secretaría de Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable de la provincia de Salta	
Subsecretaría de Medio Ambiente de la provincia de San Juan	
Sub-programa ambiente y desarrollo sustentable de la provincia de San Luis	
Subsecretaría de Medio Ambiente de la provincia de Santa Cruz	

Las provincias han optado por distintos rangos y jerarquías en la organización de su administración, estableciendo con la mayor jerarquía como Ministerio tres y Agencia una, como Secretaría tres, como Subse-

cretaría nueve y como Dirección cuatro, la provincia de San Luis que ha establecido un subprograma y un solo caso en que es un Consejo en la provincia de Río Negro.

2. Los requerimientos básicos para la gestión pública del ambiente

La gestión pública del ambiente se implementa a través de numerosos instrumentos, de características diversas, que constituyen un elemento importante para lograr los objetivos que se propone la administración con relación al ambiente. Así podremos hablar de instrumentos políticos, jurídicos, económicos, educativos, culturales, técnicos, administrativos, entre otros, que se utilizan para llevar a cabo la gestión ambiental.

El análisis de los instrumentos que forman parte de gestión pública del ambiente nos permite observar en un momento determinado el estado de desarrollo que tiene el área encargada de atender y resolver los problemas ambientales. Las modalidades seguidas para organizar la actividad del Estado en materia ambiental son variadas, como sus modelos de gestión y las formas de manifestación constituyen la denominada administración ambiental.

La administración ambiental está definida, según Botassi “como la actividad concreta de la administración pública en sentido amplio, que apoyándose en metas de política ambiental e instrumentos normativos locales y federales, apunta a lograr la preservación, recuperación y mejoramiento del medio ambiente, como un medio de propender a la elevación de la calidad de vida de los habitantes”⁴.

La gestión ambiental pública es por tanto la gestión ambiental que desarrollan los sectores de la administración pública en los distintos niveles de gobierno para atender los problemas ambientales de sus jurisdicciones. Utilizamos el concepto de gestión ambiental porque involucra los tres elementos: política, derecho y administración ambiental como partes integrantes de la misma.

Nos preguntamos sobre algunos requisitos básicos para hablar de una gestión pública del ambiente, para luego observar cuáles son los instrumentos que se utilizan en la gestión y cómo podemos valorarla. Para ello nos encontramos frente a una gestión concreta y ante la tarea de construcción de indicadores que permitan su evaluación y comparación.

⁴ BOTASSI, C. A. *Derecho administrativo ambiental*, Librería editora platense, La Plata, 1997, p. 41.

Hay un conjunto de factores que se consideran críticos en la gestión ambiental y que han sido señalados en distintos estudios, de los cuales en cada trabajo sobre gestión según su enfoque se hace hincapié, así por ejemplo “se han seleccionado: el marco legal, los actores de la gestión ambiental, las políticas, los instrumentos de la política y los planes, la integración-coordinación de la gestión ambiental, la descentralización, la participación y los recursos económicos”⁵.

A los efectos de examinar y describir una gestión es necesario tomar en cuenta algunos requerimientos básicos que permitan desarrollarla por parte de los actores gubernamentales, entre los que destacamos los siguientes:

1. La formulación de una política ambiental.
2. La definición del espacio institucional en materia ambiental.
3. El reconocimiento del marco legal ambiental para la gestión.
4. La administración ambiental. El control y la fiscalización.
5. La capacitación para trabajar en la problemática ambiental.

En los sectores gubernamentales de las distintas jurisdicciones podemos observar los requerimientos enunciados los que son complementados por instrumentos políticos, económicos, administrativos, educativos, culturales, etc. A continuación resaltamos algunos de los aspectos a tener en cuenta en un análisis de la gestión pública ambiental.

3. La formulación de una política ambiental

La formulación de una política ambiental por parte de los actores gubernamentales puede estar explicitada o no, muchas jurisdicciones cuentan con referencias en sus constituciones, en leyes generales de ambiente o en las leyes de creación de sus instituciones, donde se observa cuáles son los objetivos a cumplir, las misiones y funciones y en algunos casos hasta la definición de la política a seguir.

La política ambiental es un elemento esencial en la gestión, de acuerdo a la definición de gestión ambiental de Brañes y está asociado, entre otros aspectos, al espacio institucional asignado dentro de la estructura del estado que se trate, al presupuesto con que cuenta, a la jerarquía que tiene en la organización, a la posibilidad de incorporar la

⁵ RODRÍGUEZ-BECERRA, M. y ESPINOZA, G., op. cit. p.8.

dimensión ambiental en las decisiones gubernamentales en forma integral, a la voluntad de ejecutar la política.

En las distintas jurisdicciones se puede decir que existe una política ambiental, que puede estar explicitada o no, en tanto existe una modalidad de atender y resolver los conflictos ambientales por parte del gobierno que se trate y esta política que se manifiesta como una forma de atender y resolver los problemas ambientales de un lugar es uno de los indicadores que permitirán conocer y evaluar la gestión ambiental en un momento determinado.

En el análisis de la gestión pública del ambiente los objetivos del investigador van a determinar las variables a considerar y el tipo de indicadores a utilizar de acuerdo al estudio a realizar.

La construcción de indicadores políticos para la evaluación de la gestión es compleja y requiere de estudios específicos de múltiples variables de acuerdo a los aspectos que se desean observar. Así por ejemplo el discurso político de los responsables de la gestión en cada ámbito jurisdiccional puede ser una unidad de observación válida para profundizar en el discurso político ambiental de los funcionarios.

Desde una perspectiva jurídica ambiental la política ambiental es un indicador trascendente que tiene incidencia en los demás elementos de la gestión (el derecho y la administración ambiental) y debe considerarse el impacto en el marco normativo y administrativo de cada gestión objeto de análisis.

En el sistema jurídico ambiental argentino y teniendo en cuenta la ley general del ambiente y las modificaciones que incorpora al sistema, es imprescindible el análisis de las modalidades en que van a proveer las autoridades la protección del ambiente en los distintos niveles de gobierno y en el marco de los objetivos de políticas establecidos en la misma ley.

Este aspecto se va a convertir en un indicador de cumplimiento normativo en particular del mandato constitucional impuesto.

4. La definición del espacio institucional

Las autoridades políticas en el inicio de cada gestión tienen la facultad de organizar y disponer los espacios y jerarquías que pretenden otorgar a las distintas temáticas gubernamentales. Así la cantidad y entidad de organismos, su personal, presupuesto y los objetivos y metas de cada gestión responden a una planificación y organización de cada jefe político de gobierno.

La ubicación en que se establece un tema denota en el conjunto de problemáticas de gobierno una cierta y determinada jerarquía y la importancia otorgada en dicho contexto.

El lugar que ocupa la temática ambiental en un organigrama es un indicador de la importancia y jerarquía asignada al tema, pero no es el único. A ello debe asociarse la incidencia que tiene en la agenda política de gobierno, la participación en la discusión de gabinete, la posibilidad de considerar los aspectos ambientales en la decisión general de la gestión, entre otros.

La problemática ambiental se ha desarrollado en forma incremental en los últimos veinte años, los marcos normativos se fueron adaptando a las exigencias de cada lugar y la administración dio respuesta a las metas fijadas.

Esto dio lugar a la creación de espacios institucionales específicos como los ministerios de ambiente y distintas formas de organización administrativa gubernamental de acuerdo a las realidades de los distintos países. Tal como lo describiéramos al inicio del artículo en las jurisdicciones de nuestro sistema.

Es cada vez mayor la demanda hacia los gestores públicos en la temática ambiental y el conjunto de responsabilidades que se les ha asignado en nuestro sistema jurídico, en el art. 41 cuando dice “las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica y a la información y educación ambiental”.

Todo ello, constituye un verdadero indicador de cumplimiento a la hora de evaluar la gestión ambiental en Argentina, tarea que tiene algunos desarrollos⁶.

5. El reconocimiento del marco legal ambiental para la gestión

El marco normativo actual cuenta con el reconocimiento de un derecho ambiental vigente y aplicable en los distintos sistemas jurídicos, con un conjunto de normas que regulan los problemas ambientales y con una discusión instalada sobre esta nueva área del derecho en crecimiento y construcción.

⁶ DI PAOLA, M. E. *Normas e indicadores ambientales: de la teoría a la realidad*. FARN, BIRF, 2006, p.47.

La reforma constitucional de 1994 en Argentina, en el tercer párrafo del art. 41, habilitó a la Nación al dictado de las leyes de presupuestos mínimos en materia ambiental lo que inició una discusión doctrinal y de especialistas por demás interesante desde distintas perspectivas. Por un lado el concepto mismo de presupuestos mínimos ambientales, su alcance, significado, consecuencias y modificaciones al actual sistema jurídico⁷.

Por otra parte la necesidad de observar, discutir, ordenar y sistematizar la legislación ambiental vigente en Argentina que proviene de normas propiamente ambientales, de relevancia ambiental y de relevancia casual siguiendo la clasificación de Brañes sobre la legislación ambiental⁸.

Las nuevas leyes de presupuestos mínimo traen una tarea adicional para las provincias y municipios en tanto deben complementar la legislación y adecuar la legislación existente a lo que establezcan las mencionadas leyes.

El derecho ambiental actual cuenta con una enorme diversidad normativa que es necesario analizar, organizar y sistematizar para su adecuado conocimiento y aplicación.

6. La administración ambiental: la prevención, el control y la fiscalización

Los organismos ambientales han desarrollado, por lo menos en los últimos veinte años, una administración ambiental que se va incrementando a través de las distintas gestiones de gobierno y va incorporando nuevos instrumentos para el control y la fiscalización de actividades que impactan en el ambiente.

El instrumento preventivo por naturaleza es la evaluación de impacto ambiental (E.I.A.) que ha sido incorporado en Argentina a partir de los años ochenta y noventa en distintas normas y paulatinamente en las distintas jurisdicciones, con mayor o menor desarrollo⁹.

⁷ JULIÁ, M. S., "La discusión del concepto de presupuesto mínimo en el marco de un nuevo orden ambiental político, jurídico e institucional". *Revista de Derecho Ambiental*, N° 1, Lexis Nexis, 2005, p.99

⁸ BRAÑES, R., "El acceso a la justicia ambiental: derecho ambiental y desarrollo sostenible". PNUMA *Derecho Ambiental y Desarrollo Sostenible*, serie documentos de derecho ambiental 9, México, 2000, p.43

⁹ PNUMA, *El desarrollo del Derecho Ambiental Latinoamericano y su aplicación*. México, 2001, p. 59.

La evaluación de impacto ambiental como instrumento de política ambiental es el instrumento preventivo que permite anticiparse a posibles efectos que se produzcan en el ambiente con el control y fiscalización de los hechos, acciones, actividades y obras que se proyectan en un lugar determinado.

La autoridad ambiental a través de la evaluación de impacto ambiental puede evaluar el desarrollo de los proyectos y anticiparse a los problemas ambientales de su territorio. La E.I.A. junto con el ordenamiento ambiental constituyen dos ejes importantes en la política ambiental en un territorio determinado.

Las auditorías ambientales vienen a complementar a la E.I.A. en la fiscalización y control de las actividades existentes que en muchos casos no han sido sometidas a E.I.A. porque su instalación es previa a la vigencia de las leyes que las exigen.

Los términos de referencias exigibles para la instalación de ciertas actividades permiten ordenar las presentaciones ante los organismos de control y conocer los requisitos en forma anticipada de los aspectos que deben cumplimentarse frente al desarrollo de una actividad.

El desarrollo de estos instrumentos brevemente referenciados permite incrementar las tareas preventivas de los organismos ambientales y trabajar antes de que los problemas se produzcan.

El control y la fiscalización de actividades también constituyen tareas de prevención por una parte y la represión de las conductas que constituyen infracción a las leyes ambientales vigentes.

Se han mencionado algunos de los instrumentos de la gestión ambiental, ya que existen instrumentos de distinto tipo (económicos, educativos, políticos, etc.) y cada gestor utiliza un conjunto de ellos.

7. La capacitación para trabajar en la problemática ambiental

La problemática ambiental como saber es relativamente nueva si bien los problemas ambientales existieron siempre, como dice Gutman y lo que ha variado es la percepción que tenemos de ellos. Es en este sentido que el conocimiento del ambiente, percibido hoy, como problema complejo requiere de información científica y técnica actualizada, interdisciplinaria, sistémica, holística, que considere las particularidades de cada lugar y región.

Es necesario contar con educación ambiental e incorporar la participación ciudadana como integrante de esta realidad socio ambiental. Hoy los derechos de acceso a la información, a la participación

y a la justicia en materia ambiental son parte de la realidad socio ambiental en nuestro sistema jurídico.

Los gestores, operadores, ciudadanos, actores en materia ambiental requieren de una importante capacitación que les permita observar la complejidad de la problemática que enfrentan desde las distintas disciplinas, sectores, organizaciones o espacios sociales desde los cuales les toque formar parte de la misma.

8. Reflexiones finales

La descripción y el análisis de la gestión pública del ambiente en Argentina requiere del estudio de numerosas variables que integran los elementos de la gestión: la política, el derecho y la administración ambientales.

Es necesario iniciar un trabajo que permita ordenar los elementos, sistematizar la información existente y describir los principales indicadores en la temática.

Los problemas ambientales actuales, sus políticas, objetivos, metas son motivo de preocupación de la sociedad actual.

La investigación jurídica ambiental debe crear y desarrollar los instrumentos que permitan evaluar las gestiones ambientales actuales, profundizar en cada indicador de las variables a observar, establecer las formas de cuantificar y calificar los distintos problemas en los sectores ambientales, lo que permitirá contar con nuevos conocimientos en materia jurídica ambiental que aporten al crecimiento del saber y la gestión del ambiente.



PAGINA 140
BLANCA

**TRATADOS BILATERALES DE INVERSIONES EXTRANJERAS:
su posible violación en oportunidad de la crisis argentina de 2001**

**(BILATERAL TREATIES OF FOREIGN INVESTMENTS, ITS POSSIBLE
VIOLATION DURING THE ARGENTINEAN CRISIS OF 2001
(ADVANCE REPORT)**

María Cristina Mercado de Sala - María Valeria Sala Mercado***

RESUMEN: Continuador del informe publicado en Anuario CIJS VIII. Refiere los servicios prestados por empresas extranjeras bajo el amparo de los tratados aplicables. Hace referencia a la hipótesis del “costo argentino” como “el caso argentino”. Refiere *demandas identificadas respecto de los reclamos ante el CIADI, a las que se han accedido durante el período de la investigación. Anticipa conclusiones sobre los casos en la etapa considerada.*

PALABRAS CLAVE: Inversiones Extranjeras – Tratados Bilaterales – Banco Mundial – Demandas ante el CIADI – Caso argentino – Servicios públicos privatizados

1. Introducción

En proyecto de investigación anterior, una de las suscriptas anticipaba conclusiones e interrogantes tales: “no podemos sino concluir que las cuestiones relacionadas con la “inversión” constituyen para los pueblos y los administradores de sus estados, una cuestión de Orden Público. Sin embargo, ¿cómo competir en el Mercado de Bienes ofreciendo incentivos, a las inversiones extranjeras, sin que por dicha competencia se

* Profesora Titular de Derecho Privado IV-Relaciones de Organización-Sociedades- y Derecho de las Organizaciones. Fac. Der. UNC. Profesora Titular de Concentración Empresaria-Grupos, Carrera de post Grado “Especialistas de Derecho de los Negocios”, Fac. Der. UNC. Coordinadora Académica CIJS Fac. Der. UNC.

** Adscripta Derecho Internacional Privado y Teoría Gral. del Proceso, Fac. Der. UNC.

resignen los valores y principios más caros al derecho interno consideradas las necesidades de los pueblos involucrados?"¹

Las inversiones extranjeras son "codiciadas" en el mundo entero ya que los efectos sobre los países receptores son de tal magnitud que las mismas son consideradas un activo importante. No se pueden negar los efectos en cuanto a transferencia de tecnología y "know how", actualización y capacitación de recursos humanos, mejora en la calidad continua y la apertura a posibles mercados, etc., conforme señala la bibliografía especializada².

Previamente al presente, y como informe preliminar del Proyecto de Investigación en curso, referido a la posible violación de los Tratados Bilaterales de Promoción y Protección de Inversiones Extranjeras en Argentina, como consecuencia de la crisis de Diciembre de 2001 y las acciones intentadas por ante la CIADI (Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativo a las Inversiones) contra la República Argentina, hicimos breves comentarios en publicación del CIJS-Fac. Der. UNC, "Anuario VIII", Cba. Noviembre de 2005, al cual remitimos.

En tal oportunidad, anticipamos los resultados de la búsqueda bibliográfica a esa fecha, e hicimos referencia a que la problemática en análisis se inicia como proceso en mayo de 1990, oportunidad en la que se firma el Tratado con la República Italiana. Asimismo con fecha 29/11/1990 Argentina ingresa como país miembro categoría II al organismo multilateral de protección de inversiones. Posteriormente el 21 de Mayo de 1991

¹ MERCADO DE SALA, MA. CRISTINA, "Derecho de las Inversiones Extranjeras" en ANUARIO VI, CIJS Fac. Der. UNC, Córdoba 2003. p.120.

² "Durante la década del noventa el aporte de flujos de Inversiones Extranjeras Directas en Argentina, a la formación de capital fue muy importante. Este fuerte ingreso estuvo enmarcado en un contexto internacional favorable, en el que LIED mundial aumentaba rápidamente en especial los flujos dirigidos a los países en desarrollo. La situación particular del país-caracterizado por un proceso de apertura de la economía, desregulación de las actividades y privatizaciones - jugó un papel muy importante en el crecimiento de la entrada de inversiones de origen extranjero. Luego de su máximo alcanzado en 1999 (debido a la venta de YPF) los ingresos de IED se redujeron fuertemente.....Argentina vivió un deterioro en sus ingresos de inversión extranjera mucho antes del período de la devaluación. ...En 2004 los flujos recibidos por Argentina ascendieron a 4.200 millones de dólares, un 125% más que en 2003... todavía se encuentran por debajo del promedio registrado entre 1992 y 1998 (US\$ 5.700 millones anuales)...Durante la década del noventa los principales sectores de destino de los flujos de IED fueron el sector del petróleo y el de manufacturas, seguidos por el sector de electricidad, gas y agua y el sector bancario"... Publicación de las Bolsas de Comercio de Córdoba y Rosario, "El Balance de la Economía Argentina 2005", Ed. Eudecor, Cba. Diciembre de 2005.

Argentina firma el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, y deposita ante el CIADI el instrumento de ratificación el 19 de Octubre de 1994, entrando el mismo en vigor el 18 de Noviembre de 1994.

Advertimos que **la firma de los TIBs (Tratados Bilaterales de Inversión) se incentivó con el objeto de crear convicción de seguridad jurídica y estimular la radicación de inversiones extranjeras en el país³, para lograr de esta manera reducir el llamado “costo argentino”, y estimular el ingreso de inversiones en un todo conforme al art. 75 inc. 18 de la CN 1994⁴.**

A pesar de la indubitada necesidad de atraer inversiones, la prensa da cuenta que durante el año 2005, se contempló a nivel administración nacional la intención de hacer valer el control de constitucionalidad para apelar eventuales fallos desfavorables del CIADI, por cuanto se habían acumulado tantas demandas que “virtualmente toda la política de servicios públicos estaba en manos de distintos tribunales que se manejan con independencia de criterios”.

Por su parte, con el mismo criterio Alfredo Eric Calcagno y Eric Calcago⁵ consideran que además de las razones políticas arriba expresadas, existen razones jurídicas que anulan las decisiones del CIADI.

El CIADI como filial del Banco Mundial arbitra en litigios entre inversores extranjeros y los Estados Nacionales. Precisamente su jurisdicción surge de los Tratados sobre protección a las inversiones extranjeras suscriptos por países exportadores y receptores de capitales, que establecieron las normas de contratación y al CIADI como organismo de arbitraje.

No obstante ello desde el lado argentino, se argumenta que en la mayoría de las concesiones había cláusulas de jurisdicción local, las que por algunos árbitros, vía interpretación de las mismas, han sido obviadas.

Además, los arriba mencionados autores Dres. Calcagno, consideran que los instrumentos en cuestión, son inconstitucionales porque delegan soberanía en contra de lo establecido por la Constitución Nacional de 1994.

Argumentan que mientras que **el CIADI fue creado en marzo de 1965, Argentina recién adhirió por la ley 24.353 del 28 de Julio de 1994, promulgada el 22 de agosto de 1994 y publicada en el Boletín Oficial el 2**

³ Ley de Inversiones Extranjeras N° 21382, Decreto N° 1853/1993 aprueba texto ordenado.

⁴ “...Proveer lo conducente a...la importación de capitales extranjeros...”.

⁵ (<http://www.argenpress.info/nota.asp?num=018574>).

de setiembre de 1994, fechas a las que les otorgan un valor dirimente. Ello porque el 22 de agosto de 1994 se sancionó la nueva Constitución Nacional, que entró en vigencia el 24 de agosto de 1994, y que en el art. 75 inc. 24 especifica que es el Congreso quien debe aprobar tratados de integración que deleguen competencia y jurisdicción a organizaciones supraestatales como el CIADI.

Los autores manifiestan que **“se plantea así una extraña situación jurídica. La cesión de soberanía al CIADI era válida en el momento de la sanción y promulgación de la ley de adhesión 24.353; pero antes de la entrada en vigencia de esa ley (con su publicación del 2 de setiembre de 1994) ya era insuficiente para delegar jurisdicción: era indispensable que se sancionara otra ley con los recaudos del art. 75 inc. 24. Como este acto nunca se efectuó, cualquier arbitraje del CIADI con respecto a la Argentina es nulo”⁶. Agregan que: “todos los tratados y convenios de inversión duraban 10 años, están vencidos y se prorrogan de modo automático cada año. Sin embargo, son nulos con respecto a la cesión de soberanía; esas cláusulas caducaron con la vigencia de la Constitución Nacional de 1994”. “En consecuencia, -alegan- en ningún caso, ni el CIADI ni ninguna otra organización puede ser árbitro o juez con respecto a Argentina”.**

Debe tenerse presente asimismo y desde la reforma constitucional de 1994, la jerarquía que tienen los Tratados de Paz y Comercio.

El tema por su profundidad e importancia, escapa a este proyecto y –nobleza obliga- a la especialización de las suscriptas⁷, sin embargo, en tanto se invoca un mismo artículo pero diferentes incisos, parecería no del todo serio argumentar la publicación del 2 de Septiembre de 1994, cuando precisamente dicha publicación depende de la premura, eficiencia y eficacia de la propia administración argentina. Asimismo debe recordarse que el mismo art. 75 en el inc. 18 invocado establece que: **“Corresponde al Congreso proveer lo conducente a la prosperidad del país, al adelanto y bienestar de todas las provincias...y promoviendo... la importación de capitales extranjeros...por leyes protectoras de estos fines y por concesiones temporales de privilegios y recompensas de estímulo”.**

Y finalmente, si Argentina ha concurrido por ante el CIADI y negociado con las empresas, exigiendo la renuncia de los reclamos ante el mismo, **en los hechos, ¿no ha consentido la delegación de jurisdicción?** Asimismo en el caso del Ciadi ¿cuál es el régimen jurídico que se toma en

⁶ <http://www.argenpress.info/nota.asp?num=018574>.

⁷ A la fecha hemos solicitado la opinión de un destacado constitucionalista cordobés sobre la interpretación efectuada de los textos por parte de los Dres. Calcagno, con el cual esperamos contar en ocasión del informe final.

cuenta al momento de resolver una cuestión?, ¿no es el de los Tratados quedando relegados los sistemas normativos nacionales? ¿No es por ello que el estado argentino se presenta en el Ciadi frente a cada demanda para demostrar que la devaluación y posterior pesificación, que generó el reclamo se llevó adelante en un momento de emergencia y no puede ser considerada una expropiación?⁸ ¿No está Argentina obligada a obrar con buena fe?

Desde las autoridades argentinas se mantiene una “posición crítica” respecto del régimen CIADI, por considerar que el país no ha incumplido con ninguno de los estándares que plantean los tratados bilaterales de inversión. Nuestra defensa, de acuerdo a lo que establece el derecho internacional público y los Tratados bilaterales, esgrime el estado de necesidad como causal eximente de responsabilidad en función de la grave crisis de 2001. Pero, además sostiene que aquí “no hubo expropiación, trato injusto o discriminación como se plantea. Si hay una cuestión de valor de las tarifas debe ser dirimida en una negociación”⁹.

Es de público y notorio que la crisis de Diciembre de 2001 y el dictado de las Normas de Emergencia Económica, Social, Sanitaria afectaron las relaciones y vinculaciones negociales motorizando reclamos ante el CIADI, los que a la fecha hemos podido ubicar por referencias fragmentadas en publicaciones periodísticas, y accediendo por Internet a sitios del organismo Banco Mundial (World Bank) y CIADI (ICSID), respecto a ciertos datos identificatorios en algunos casos. Como se advertirá más adelante, la información a que se tuvo acceso no abarca los “40 laudos” a que aluden funcionarios en entrevistas periodísticas¹⁰, lo que nos advierte respecto a la confiabilidad de las notas en los medios y justifica una investigación documentada, de un tema de tanta relevancia.

Es una realidad que el estado nacional, sus entes administrativos y las provincias y municipios, celebraron durante los años noventa,

⁸ GUGLIELMINO, OSVALDO, Procurador del Tesoro Nac... “la pesificación no implicó una discriminación hacia el inversor extranjero y tampoco hubo una expropiación porque para que eso suceda es necesario que quien expropia se quede con lo expropiado y la Argentina no se quedó con nada”...en “Multinacionales contra el estado argentino ante los Tribunales Arbitrales del CIADI” por Alejandro Teitelbaum, 15 de febrero de 2005, http://www.elcorreo.eu.org/esp/article.php3?id_article=5281.

⁹ El Cronista lunes 4 de abril de 2005. pág. 4...” El Gobierno apelará ante la Corte los laudos del CIADI”...El Ministro de Justicia, Horacio Rosatti, manifestó que... “nadie cree que la política de servicios públicos de una nación pueda ser dirimida a través de 40 laudos que no tienen comunicación entre sí”...

¹⁰ Rosatti, Horacio, en “El Gobierno apelará ante la Corte los laudos del Ciadi”, El Cronista, Lunes 4 de abril de 2005.

contratos con empresas provenientes de estados extranjeros firmantes de Tratados Bilaterales, especialmente relativos a servicios públicos privatizados. Es en el contexto de los acuerdos en razón de las licitaciones, que debe además considerarse la cuestión y los casos iniciados.

2. Los Servicios de que se trata¹¹

El estado argentino está confrontado a reclamos por un monto de decenas de miles de millones de dólares, que en la información colectada es difícil de precisar¹², ya que un mismo reclamo aparece publicado bajo diferentes cifras según sea el medio consultado¹³. Los reclamos provienen de empresas transnacionales suministradoras de electricidad, de agua, de gas, telecomunicaciones, servicios financieros, concesionarias de explotaciones petroleras, principalmente.

“El decreto 965 del 24 de octubre de 2003, creó la Unidad Asistencia para la Defensa Arbitral, que tiene por misión elaborar estrate-

¹¹ PEÑA FÉLIX, “El caso argentino en el CIADI”... “un factor que contribuyó a la expansión de la red global de convenios bilaterales sobre inversiones, fue el proceso de privatizaciones en muchos países en desarrollo-especialmente en los servicios públicos, y en los sectores de la energía, los hidrocarburos y las telecomunicaciones, entre otros. ...La Argentina fue un caso notorio pero no el único... “Países de Europa Central y del Este participaron de esta tendencia, desde antes aún del colapso de los regímenes comunistas”.....

¹² KRAKOWIAK, FERNANDO, Suplemento Cash, 6 de mayo del 2005. “Tribunal CIADI: aberración de los tratados bilaterales de inversión”... “Luego de la reestructuración de la deuda pública, la Argentina se prepara para enfrentar la definición de otra batalla decisiva en el escenario internacional. Las privatizadas y otras compañías extranjeras le reclaman al estado cerca de 17 mil millones de dólares de indemnización por la devaluación, la pesificación y el congelamiento de las tarifas”....

Cabot Diego, “Aún se tramitan ante el CIADI 30 juicios que reclaman U\$S 15.000 millones - Con la suspensión de Telefónica, ya suman cuatro los procesos congelados” <http://www.lanacion.com.ar/780900>

La voz del interior, 06-04-05, “Si retiran demandas habrá contratos con privatizadas”...el gobierno avaló la idea de condicionar la renegociación de los contratos con las empresas privatizadas a la renuncia de los reclamos ante el CIADI, equivalente a unos 18 mil millones de dólares...

Peña Félix, “EL CASO ARGENTINO EN EL CIADI”...estimaciones preliminares consideran que los contribuyentes argentinos deberían pagar en los próximos años, un monto no inferior a los 15.000 millones de dólares-hay estimaciones superiores-....<http://fundacionbankboston.com.ar/inst/sec10/docs-felixpena/articulos/2005-03>

¹³ Krakowiak, Fernando, artículo citado...6 de mayo del 2005... “en la actualidad el organismo tiene pendientes de resolución 89 casos, de los cuales 36 son denuncias contra la Argentina”....

gias y lineamientos en la etapa de negociación con los inversores extranjeros”¹⁴.

Precisamente por los servicios de que se trata, e invocando los derechos humanos, existe una presentación del CELS y de organizaciones no gubernamentales para ser admitidas ante el tribunal arbitral a cargo del conflicto entre Aguas Argentinas (Suez Lyonnaise des Eaux) y el Estado Argentino. Los mencionados presentaron un escrito titulado **“Solicitan transparencia y participación en calidad de “amicus curiae”, argumentando que la “legitimidad tanto del laudo como del arbitraje se encuentra comprometida por el secreto que afecta al procedimiento”¹⁵.**

No parece coherente la presentación por cuanto el propio autor citado reconoce que “si el procedimiento se hace público, lo que es muy difícil que ocurra, estaría a salvo la legitimidad del laudo y del arbitraje”. Por lo que el secreto del procedimiento les restaría legitimidad al laudo y al arbitraje y no el sometimiento a organismos supranacionales. En definitiva, las pretendidas soluciones al conflicto no parecen guardar ninguna lógica jurídica con las distintas causales que se invocan, y sí y sólo como menciona el decreto 965/03, se trataría de “estrategias y lineamientos para la negociación”.

En nuestro caso, precisamente el secreto del procedimiento, es la causa de todas las dificultades para reunir la información en el tiempo y cronograma que nos autoimpusimos. Correspondería a la Unidad creada por el decreto 965/03, emitir informe suficiente sobre todas las demandas, los reclamos de que se trata y los montos pretendidos. Es la transparencia que reclamamos a los de afuera, la que primera debiéramos practicar internamente. En el caso del ciudadano argentino, su derecho a la información se encuentra circunscrito a lo que sus representantes graciosamente consideren que es conveniente informar. ¿Puede hablarse de derecho a la información?

No obstante los reparos que merece el secreto del procedimiento, tratándose de relaciones comerciales además de internacionales, la cuestión debe ser considerada con extrema cautela, a efectos de no trabar el tráfico jurídico y la credibilidad de nuestro propio sistema a futuro. La credibilidad también se logra si exhibimos ante los acreedores un pueblo objetiva y suficientemente informado, y no manipulado.

¹⁴ TEITELBAUM, ALEJANDRO, especial para ARGENPRESS.info Fecha de publicación 15-02-06.

¹⁵ TEITELBAUM, artículo citado.

Luego del canje de deuda concluido en Febrero de 2005, y el aparente nuevo escenario económico, se impone considerar si en definitiva, los TIBS fueron violados y si los acuerdos a la fecha arribados tuvieron en consideración los reclamos jurídicos o se resolvieron vía nuevas oportunidades de negocios¹⁶, con lo que lo jurídico cede ante lo económico y lo político, por lo que sigue en crisis la seguridad jurídica¹⁷.

Así, el propósito de considerar el tema objetivamente desde lo jurídico y el analizar los textos legales de los Tratados, las leyes de emergencia y las posibles demandas, que nos autoimpusimos, parecería una quimera ideológico-jurídica, especialmente a la luz de la información a la que hemos accedido a través de los medios gráficos y de noticias. ¿O tal vez debamos coincidir con Winston Churchill: "En derecho internacional no existen derechos sino intereses"?

Sin embargo, consideramos que la importancia, complejidad y actualidad del tema, y la credibilidad de nuestro país, ameritan el proyecto. Ello cualquiera sea el resultado final.

3. Del "Costo Argentino" al "Caso Argentino"¹⁸

Luego de la etapa de selección de material, podemos decir que comenzamos coincidiendo en la consideración de que **se justificaban**

¹⁶ Yahoo- Noticias-Argentina: "**Telefónica cierra un acuerdo sobre tarifas con Argentina y suspende la demanda ante el tribunal del BM**"....Comercio y justicia Año LXV-Nº 19734, 2005. "Privatizada retira juicio ante el BM"....Gas Natural Ban, distribuidora de Gas en 30 partidos del noroeste de Bs. As. anunció retiro de demanda por la pesificación y congelamiento de tarifas...intención de seguir invirtiendo..." La voz del interior, 28-04-05. "CIADI piden informes por demanda de Aguas..Aguas Cordobesas o su controlante Suez abrió una demanda contra córdoba, Santa Fe y Bs.As. por 180 millones de dólares"....A Febrero de 2006 Aguas Cordobesas ha renegociado el contrato con fuertes críticas desde distintos sectores. Comercio y Justicia 01-03-06 "Gobierno también prepara un acuerdo con Telecom"...

¹⁷ Comercio y Justicia, 01-03-06. "Gobierno también prepara un acuerdo con Telecom-ambas partes lo rubricarían a mediados de la semana próxima"...."además **desistirá de la demanda** que uno de sus accionistas-la firma francesa-presentó contra el país en el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (Ciadi)" "...según versiones publicadas...en el marco del acuerdo...Telecom reafirmará su plan de inversiones anunciado...; por su parte **el Gobierno se comprometería a crear mediante una ley un marco jurídico estable para el sector. Paralelamente, el Gobierno facultará a la compañía para cobrar en dólares las tarifas de las llamadas internacionales que ingresan al país**".

¹⁸ PEÑA FÉLIX, "El "Caso Argentino" en el CIADI, "Archivos del Presente", Marzo 2005, <http://www.fundaciónbankboston.com.ar/inst/sec10/docs-felixpeña/articulos/2005-03-caso-arg-ciadi.doc>.

los **Tratados en el fin de bajar “el costo argentino”**, sin embargo, la acumulación de planteos ante el CIADI, como consecuencia de las medidas económicas adoptadas por el gobierno argentino a comienzos de 2002, ha devenido en lo que el Dr. Peña llama **“el caso argentino en el CIADI.”**¹⁹

Todo ello y a pesar de que al crearse el CIADI, al decir del Dr. Peña “la idea predominante era que el acceso a sus mecanismos de solución de diferendos tendría un **carácter excepcional**”, y que “a fin de preservar la eficacia de cualquier mecanismo de solución de controversias por medio del arbitraje internacional, se requeriría que las **partes envueltas en el respectivo caso, demuestren que efectivamente han realizado de buena fe un serio esfuerzo para encontrar una solución razonable a la disputa, antes de abrir la instancia arbitral, es decir, la última instancia**”.

Lo anterior, ha sido puesto a prueba, en tanto se ha recurrido al CIADI, y precisamente la primera cuestión planteada han sido las excepciones a su jurisdicción.

4. De las demandas identificadas a los casos a que se ha accedido

En el informe de nuestra autoría publicado en el Anuario del CIJS, dábamos cuenta de treinta casos listados desde 2002²⁰, sin embargo el Dr. Peña en el artículo referido anteriormente, menciona que “a febrero de 2005, 35 casos contra la República Argentina figuraban en la lista del CIADI. No hemos identificado los cinco de diferencia.

No obstante lo manifestado, es preciso “distinguir la identificación de los datos de una demanda”, de “el acceso a la misma”. Precisamente, la cuestión del secreto seguramente nos ha dificultado la tarea.

¹⁹ PEÑA FÉLIX, opus cit. “a partir de 2002 un amplio número de casos de arbitraje han sido abiertos en el CIADI contra la Argentina....A Febrero de 2005, 35 casos contra la República Argentina figuraban en la lista del CIADI...Ellos representan aproximadamente, un cuarenta por ciento de los casos pendientes y casi un cincuenta por ciento del número de casos abiertos en este foro internacional desde enero de 2003...estimaciones preliminares consideran que los contribuyentes argentinos deberían pagar en los próximos años, un monto no inferior a los 15.000 millones de dólares – estimaciones superiores-, si es que todos estos casos fueran resueltos en forma favorable a los inversores extranjeros”:

²⁰ (www.worldbank.org/icsid/cases/pending)

El Cronista lunes 4 de abril de 2005. pág. 4 “...El Gobierno apelará ante la Corte los laudos del CIADI”...El Ministro de Justicia, Horacio Rosatti, manifestó que “...nadie cree que la política de servicios públicos de una nación pueda ser dirimida a través de 40 laudos que no tienen comunicación entre sí”...

Con satisfacción hemos a la fecha accedido a documentos sobre los siguientes casos, que analizaremos conforme nos propusiéramos.

1) **INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES WASHINGTON, D.C. DECISION ON JURISDICTION ICID CASE N°ARB/01/12 AZURIX CORP. (Claimant) c. THE ARGENTINE REPUBLIC (Respondent)** Before the Arbitral Tribunal composed by: Dr. Andrés Rigo Sureda (President), Sir Elihu Lauterpacht, C.B.E.Q.C. (Arbitrator), Dr. Daniel H. Martins (Arbitrator). Secretary of the Tribunal: Claudia Frutos-Peterson, Washington, DC, December 8, 2003.

2) International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) In the Matter of the Annulment Proceeding in the Arbitration between COMPAÑIA DE AGUAS DEL ACONQUIJA S.A. and VIVENDI UNIVERSAL (formerly COMPAGNIE GÉNÉRALE DES EAUX) Claimants - and - ARGENTINE REPUBLIC Respondent Case No. ARB/97/3 DECISION OF THE AD HOC COMMITTEE ON THE REQUEST FOR SUPPLEMENTATION AND RECTIFICATION OF ITS DECISION CONCERNING ANNULMENT OF THE AWARD

3) Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (ICSID), Washington DC 02/08/2004 **Enron Corporation y Ponderosa Assets, L.P. c. República Argentina**

4) Tribunal del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones de Washington DC (TArbitral Centro Internac. de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones Washington) **Fecha:** 03/08/2004 **Partes:** Siemens A.G. c. República Argentina, **Publicado en:** LA LEY - RDM 2004-V, 78

5) INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES WASHINGTON, D.C. Case No. **ARB/02/1 LG&E ENERGY CORP., LG&E CAPITAL CORP., and LG&E INTERNATIONAL, INC. (Claimants) v. ARGENTINE REPUBLIC (Respondent)** Decision of the Arbitral Tribunal on Objections to Jurisdiction. Members of the Tribunal: Tatiana B. de Maekelt, President Francisco Rezek, Arbitrator Albert Jan van den Berg, Arbitrator Secretary of the Tribunal: Claudia Frutos-Peterson Washington, D.C., April 30, 2004

6) INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES (ICSID): **CMS GAS TRANSMISSION COMPANY V. THE REPUBLIC OF ARGENTINA*** [July 17, 2003] +Cite as 42 ILM 788 (2003) + **International Centre for Settlement of Investment Disputes** Washington, D.C. In the proceeding between **CMS Gas Transmission Company (Claimant) and The Republic of Argentina (Respondent)** Case No. ARB/01/8 **Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction** *Members of the Tribunal* Professor Francisco Orrego Vicuña, President The Honora-

ble Marc Lalonde P. C., O. C., Q. C. H. E. Judge Francisco Rezek *Secretary of the Tribunal* Mrs. Margrete L. Stevens, *Representing the Claimant* Lucy Reed Sylvia Noury Freshfields Bruckhaus Deringer LLP New York, United States Nigel Blackaby Freshfields Bruckhaus Deringer Paris, France Jonathan Sutcliffe Freshfields Bruckhaus Deringer London, England Lluís Paradell Freshfields Bruckhaus Deringer Rome, Italy, Guido Santiago Tawil M. & M. Bomcil Abogados Buenos Aires, Argentina *Representing the Respondent* Rubén Miguel Citara Procurador del Tesoro de la Nación Procuración del Tesoro de la Nación Buenos Aires, Argentina.

7) CENTRO REGLO DE DIFERENCIAS INVERSIONES WASHINGTON D.C. EN EL PROCEDIMIENTO ENTRE CAMUZZI INTERNATIONAL S. A. TE y LA REPÚBLICA ARGENTINA (DEMANDADA) (Caso CIADI No. ARB/03/2) DECISIÓN SOBRE EXCEPCIONES DE LA JURISDICCIÓN Ante el Tribunal Arbitral formado por: Profesor Francisco Orrego Vicuña, Presidente; Hon. Marc Lalonde P.C., O.C., Q.C., Árbitro; Doctora Sandra Morelli Rico, Árbitro; Sr. Gonzalo Flores, Secretario del Tribunal En representación del demandante: Sr. R. Doak Bishop King & Spalding LLP Houston, Texas. En representación de la demandada: Dr. Osvaldo César Guglielmino, Procurador del Tesoro de la Nación Argentina; Dra. Cintia Yaryura, Dra. Gisela Makowski, Dr. Gabriel Bottini, Procuración del Tesoro de la Nación Argentina, Buenos Aires-Argentina. Washington, D.C., a 11 de mayo de 2005

8) CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES Caso CIADI No. ARB/03/7 *Camuzzi International S.A. (Demandante) c. República Argentina (Demandada)* Decisión del Tribunal de Arbitraje sobre Excepciones a la Jurisdicción Miembros del Tribunal: Enrique Gómez-Pinzón, Héctor Gros Espiell, Árbitro Henri C. Álvarez, Árbitro; Secretaria del Tribunal Claudia Frutos-Peterson Washington, D.C. a 10 de junio de 2005.

9) CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES Caso CIADI No. ARB/02/16, *SEMPRA ENERGY INTERNATIONAL (DEMANDANTE) C. República Argentina (Demandada)*. DECISIÓN SOBRE EXCEPCIONES A LA JURISDICCIÓN. Miembros del Tribunal: Francisco Oeego Vicuña, Marc Lalonde Sandra Morelli Rico, Wash. DC a 11 de mayo de 2005.

10) PIONEER Natural Resources Co., Pioneer Natural resources (Argentina) S.A. and Pioneer Natural Resources (Tierra del Fuego) S.A. vs. Argentine Republic –Case N° ARB/03/12”

Se advierte que la cuestión de jurisdicción (excepción-objeción) se ha planteado en todos ellos. Destacamos que la mayoría de los casos a los que tuvimos acceso están publicados en Inglés por lo que la tarea de análisis, requiere de procesos previos de Traducción.

5. Conclusiones generales de esta primera etapa:

1. A la fecha no conocemos²¹ que en el Senado de la Nación subsista el interés de revisar 57 Tratados Bilaterales de Inversión (TBIs) firmados por el país en la década del 90, que establecen la jurisdicción del CIADI, tal y como fuera publicitado en ocasión de la presentación de este Proyecto.

2. Desde lo político se consideraría que las consecuencias de la crisis del 2001, afectaron a las relaciones y los agentes civiles y comerciales, por igual. **Concluyendo que si no hubo expropiaciones, ni nacionalizaciones y las remesas pudieron liquidarse, los Tratados no han sido violados, y así lo ha expresado el representante del gobierno argentino en las jornadas de derecho administrativo celebradas en Córdoba. Material escrito al que no hemos tenido acceso en virtud de que se nos ha informado que será publicado a partir del mes de Octubre de este año 2006.**

3. La dificultad para acceder al material requerido para el cumplimiento de los OBJETIVOS GENERALES Y ESPECIFICOS inicialmente propuestos, ha ampliado el plazo inicialmente previsto.

4. La extensión del material acumulado, la traducción del mismo y el correspondiente análisis, nos conduce a concluir la etapa de recolección de documentos, en los diez casos arriba mencionados, para su análisis.

5. Respecto de los casos a los que aún no se tuvo acceso, ya sea por el secreto del procedimiento, o la actualidad de las negociaciones que se están llevando a cabo, solicitamos la prórroga del Proyecto, por la complejidad, extensión, y actualidad del tema.

6. El tema y su relación al sistema jurídico argentino devenido luego de la crisis y la poco clara actitud gubernamental respecto a atraer inversiones, no sólo extranjeras sino de los propios nacionales, ameritan que se profundicen los temas dada la riqueza de los casos en cuestión. El material recolectado en la LA LEY ON LINE da cuenta de la riqueza precisamente en el detalle de "Voces" que realiza.

7. Lo expuesto lleva a la necesidad de reconsiderar la formulación inicial del proyecto en cuanto al tiempo inicialmente previsto (2005-2006), por las siguientes razones:

a) A la fecha, si bien se han identificado los 57 tratados Bilaterales y Leyes aprobatorias, no se han revisados los específicamente apli-

²¹ Diario El Cronista Comercial del viernes 28-01-05.

cables, en tanto la necesidad de identificar y acceder previamente a las demandas ha consumido más tiempo que el inicialmente previsto, impidiendo por ende la identificación en los TIBs de que se trata como marco legal aplicable, el/las supuestas violaciones en que el país podría haber incurrido.

b) Las dificultades se acrecientan si se tiene en cuenta que nos propusimos trabajar sobre documentación original, que por la tutela de confidencialidad nos han resultado inaccesibles.

c) Congruentemente con lo arriba expresado a la fecha no se han analizado los Tratados marco de las Inversiones en cuestión, a la luz de la emergencia (Leyes 25713 y 25796-Decretos 214/02 y ccs), ni analizado las demandas en sus fundamentos, con relación al sistema jurídico argentino devenido luego de la crisis.

d) Se advierte que la intencionalidad de los Tratados ha sido visualizar a los mismos como medio de fomento de las inversiones extranjeras. Ello sin embargo, se pone en duda frente a las excepciones de jurisdicción planteadas.

e) Igualmente advertimos el Capítulo III del Convenio Constitutivo Organismo Multilateral, Operaciones, Artículo 11, inc. b, que expresa que: "...En virtud de una solicitud conjunta del inversionista y el país receptor, la junta, por mayoría especial, puede aprobar la extensión de la cobertura en virtud de este artículo a riesgos no comerciales específicos distintos de los comprendidos en la Sección a) anterior, pero en ningún caso a los riesgos de devaluación o depreciación de la moneda. c) No estarán cubiertas las pérdidas resultantes de lo siguiente: i) cualquier acción u omisión del gobierno receptor a la que haya prestado su consentimiento el tenedor de la garantía o por la cual éste sea responsable...". De la búsqueda a la fecha no ha sido posible Identificar las condiciones de la cobertura y los riesgos no comerciales que hipotéticamente pueda cubrir, si es evidente que los de devaluación y depreciación de moneda no están cubiertos.

f) Del artículo anteriormente citado, se advierte la "necesidad jurídica" que han tenido los inversores de recurrir ante el CIADI, por el riesgo de no ser cubiertos por la garantía por causa de "haber prestado consentimiento a las acciones u omisiones del gobierno receptor".

g) Se han Identificado demandas iniciadas por Empresas de servicios públicos contra Argentina ante el CIADI, tal y como se menciona en los casos listados anteriormente, y conforme se acredita en Anexo al presente.

h) Se han identificado servicios públicos privatizados en conflicto en la actualidad, y otros que por la renegociación de los contratos se ha logrado la suspensión del procedimiento ante el CIADI. Ej. Casos

Telefónica, Camuzzi, Telecom. (Ver Comercio y Justicia, martes 7 de Marzo de 2005, "FRANCE TELECOM retiró su reclamo ante el CIADI. La compañía podrá dolarizar llamadas entrantes del exterior. Derechos y Obligaciones. El acuerdo ratificó los derechos y obligaciones de la concesionaria, que incluyen la imposibilidad de subir la carga impositiva a menos que lo pague el cliente-y la propiedad de la red. Como ya sucedió con Telefónica, Telecom podrá dolarizar el valor de las llamadas internacionales entrantes").

6. Conclusión final a esta primera etapa

Se advierte que desde lo político se consideraría que las consecuencias de la crisis de 2001, afectaron a las relaciones y los agentes civiles y comerciales, por igual. Concluyendo que si no hubo expropiaciones, ni nacionalizaciones y las remesas pudieron liquidarse, los Tratados no han sido violados, así lo ha expresado el representante del gobierno argentino en las jornadas de Derecho Administrativo celebradas en Córdoba, durante Noviembre de 2005, a cuyas conclusiones no hemos podido acceder por retraso en la publicación, nos informan.

El criterio gubernamental aparentemente se funda en la teoría del esfuerzo compartido, no obstante, cabe el interrogante si por esa vía no hemos contradicho el "pacta sunt servanda", que en el comercio internacional no sólo es la ley de las partes, sino que del incumplimiento del pacto se derivan graves consecuencias para los países y por ende para sus habitantes.

Desde el ámbito del derecho civil, asimismo, la Cámara 3 en lo Civil y Com. de Córdoba consideró que las leyes de emergencia "so pretexto de ejercicio del poder de policía de la emergencia han consagrado una verdadera frustración del derecho de propiedad, que excede la frontera que el artículo 28 de la Constitución Nacional, fija a la potestad regulatoria y, en consecuencia resultan contrarias a la CN, aún si se analiza desde la doctrina de la emergencia"²².

En definitiva, hasta la fecha hemos accedido sólo a casos en los que primeramente se debate y resuelve sobre la cuestión de jurisdicción, sin entrar al fondo del reclamo, el que por otra parte, posteriormente se "negocia"²³.

²² (Com. Y Justicia Viernes 10 de marzo de 2005)

²³ "Camuzzi suspende tres de sus juicios contra el país ante el CIADI- Camuzzi hizo en los 90 la inversión italiana en energía más importante del país- Los reclamos retirados o a retirar ya suman U\$S 4.000 millones", en EL CRONISTA -ECONOMÍA & POLÍTICA,

Los principios del derecho están en pugna. La sociedad enfrenta la inseguridad jurídica. ¿Cómo reaccionaremos los pueblos civilizados?, ¿qué interés o intereses debemos priorizar o relegar?, ¿cómo superar el “costo argentino” sin ser “el caso argentino” como prototipo del incumplimiento?.



Martes 20 de Diciembre de 2005.- “Pioneer’s argentine properties are concentrated in two prolific oil and gas producing provinces the Neuquén and Austral basins, covering approximately two million acres... These assets offer stable production and considerable oil and gas exploration opportunities”, en http://www.pioneerinc.com/global_activities/argentina.html.

PAGINA 156
BLANCA

MODELOS DE REGIONALIZACIÓN SUBNACIONAL EN LA PROVINCIA DE CÓRDOBA

(MODELS OF SUB-NATIONAL REGIONALIZATION IN THE PROVINCE OF CÓRDOBA)

*Myriam Consuelo Parmigiani de Barbará**

RESUMEN: En el presente artículo se sostiene que la regionalización es un paradigma emergente en la política de reordenamiento de las relaciones intergubernamentales locales en la Provincia de Córdoba. A partir de ello, describe y compara los diseños institucionales representados por las leyes de regionalización provincial nº 8864/00 y nº 9206/04, analizando sus notas características y su encuadramiento en la normativa constitucional vigente.

PALABRAS CLAVES: Regionalización – Relaciones intergubernamentales – Cooperación intermunicipal – Gobiernos locales

1. Introducción

Un mapeo de las iniciativas innovadoras con respecto a las relaciones intergubernamentales a nivel local en la República Argentina, permite detectar una singularidad para la Provincia de Córdoba: sólo en ella se ha procurado reordenar dichas relaciones de modo estable y formalizado bajo la modalidad regional, al punto tal que en un breve lapso de cinco años se han sucedido dos regulaciones legales en la materia. Si bien esta variabilidad alerta sobre el bajo rendimiento insti-

* Abogada y Doctora en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad Nacional de Córdoba (UNC). Realizó estudios de Posgrado en la Eberhard Universität de Tübingen (Alemania). Profesora Titular de Derecho Político en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNC. Secretaria de Posgrado de la UNC. Su línea de investigación y publicación principal se enmarca en el análisis de políticas públicas, con especial referencia a los procesos de reforma del Estado.

tucional¹, nos induce también a calificar a la regionalización como un paradigma emergente en la política de reordenamiento espacial del ejercicio de las competencias del poder en el ámbito provincial.

Un primer avance en tal sentido lo constituyó ya, en efecto, la ley provincial nº 8864 del año 2000; pero un diseño más innovador e integral es el previsto por la denominada “Ley Orgánica de Regionalización de la Provincia de Córdoba” nº 9206. Sancionada el 29 de diciembre de 2004, esta ley fue iniciada por el Poder Ejecutivo provincial, presentada como instrumento indispensable y adecuado para el denominado “nuevo federalismo cordobés” y parte de la prometida reforma política².

Como contexto común a ambas iniciativas hay que tener presente que, por una parte, Córdoba es una de las provincias argentinas con mayor desarrollo del municipalismo y la descentralización. Simultáneamente, sin embargo, y como es frecuente en todo el país, la textura institucional de sus gobiernos locales manifiesta en general una importante debilidad, derivada de falencias administrativas y de gestión, de desequilibrios financieros ya crónicos y de las dependencias de la política extralocal. Registra además muchas situaciones de inframunicipalismo – localidades con escasa sustentabilidad porque su tamaño genera un déficit de escala técnica y económica-. La fragmentación en las relaciones intergubernamentales tanto a nivel vertical cuanto horizontal ha agrava-

¹ En esta línea de razonamiento es aplicable al proceso el repetido juicio de que “...En muchos países en vías de desarrollo, entre los que están gran parte de los países latinoamericanos, el rendimiento institucional sigue siendo débil” (Jordana, J. y Ramió, C., 2003:112).

² “El Gobierno provincial se apresta a reimpulsar la regionalización política, un proyecto tendiente a promover la asociación de municipios y comunas para la realización de obras y la prestación de servicios. La idea había asido anticipada por el gobernador José Manuel de la Sota en la apertura a sesiones ordinarias de la Legislatura, el 1º de febrero pasado; y fue ratificada por el mandatario a fines de julio, en una disertación ante un selecto auditorio de empresarios y ejecutivos de empresas” (*“La provincia relanza la regionalización”*: *La Voz del Interior*, 29/08/04). “De la Sota reunirá a todos los intendentes a mediados de octubre para plantearles lo que el considera el “nuevo federalismo cordobés”, contemplado en una iniciativa de regionalización que hace tiempo es analizada por el Gobierno provincial, ... Por eso, al hablar ayer en las Jornadas Internacionales de Finanzas Públicas en la Facultad de Ciencias Económicas...” (*“De la Sota ratificó la regionalización de municipios y comunas”*, *La Voz del Interior*, 23/09/04). En correspondencia con el significado político e institucional que se le ha atribuido, la presentación y difusión del proyecto se efectuó en un importante acto con la presencia de las máximas autoridades provinciales y de los gobiernos locales y con todos los ribetes de instancia fundacional, en el Superdomo Orfeo, el 19 de octubre de 2004; pocos días después el proyecto era enviado al Poder Legislativo para su estudio y tratamiento.

do aún más el problema, toda vez que ocasiona superposiciones costosas u obstructivas o vacíos en la producción de bienes y servicios de interés generalizable, sin que las experiencias exitosas en materia de coordinación horizontal local-local a través de entes intermunicipales hayan resultado suficientes hasta ahora para resolver el problema³.

El presente artículo se propone comparar los diseños institucionales representados por las leyes de regionalización provincial n° 8864/00 y n° 9206/04 y, a la vez que señalar sus notas características, analizar su encuadramiento en la normativa constitucional vigente⁴.

2. El marco constitucional

Junto a los arts. 5 y 123 CN, hay que recordar que la Constitución de la Provincia de Córdoba (CPC) de 1987, al igual que la mayoría

³ Son muy ilustrativas al respecto las expresiones de una Intendente en ocasión de defender el proyecto de regionalización luego transformado en ley n° 9.206 en el seno de la Comisión de Asuntos Institucionales, Municipales y Comunales de la Legislatura Provincial, por lo que es pertinente su reproducción textual:

“Sra. Intendente (Bedano): Señor presidente, lo que nosotros venimos a pedirle es ayuda y que nos acompañen. Ayuda, porque estamos convencidos de que ha llegado un momento casi límite en que tanto las comunas como los pueblos y las ciudades ya no tienen ninguna posibilidad de salvarse solas. Los pueblos pequeños por ser pequeños y porque a lo mejor hoy carecen de una infraestructura de recursos humanos y materiales que les permitan abarcar estos nuevos roles de los que hablaba hace un momento el Intendente de Mina Clavero, y las ciudades grandes porque a pesar de tener estructuras más grandes los problemas son dobles en su magnitud. Esta ley –y esto lo podemos decir tranquilos ante ustedes– en realidad es el resultado de muchos años de no haber aceptado el desafío de asociarnos. Si naturalmente, como la sociedad lo venía exigiendo, los distintos mandatos desde hace mucho tiempo en las distintas ciudades y pueblos hubieran aprendido a asociarse y trabajar conjuntamente, seguramente que la regionalización de la provincia hoy sería un hecho y no haría falta ninguna ley o, en todo caso, el proceso hubiera sido mucho más natural. Actualmente, desde los costos que tienen las maquinarias que debemos comprar se hace imposible de afrontar desde una sola administración y nuestros parques viales están añejos y fuera de uso, hasta lo que significa optimizar los recursos humanos que tenemos, todo esto hace que haya llegado el punto límite que tengamos que asociarnos.”

⁴ El esclarecimiento de esta cuestión constituyó uno de los objetivos específicos del Proyecto de Investigación denominado “La nueva política de regionalización en la Provincia de Córdoba: consensos y disensos en torno a la validez jurídica y viabilidad política de la ley n° 9206/04” (Dirección: Parmigiani de Barbará, M.C.; co-dirección: Díaz de Landa, M.I. Subs. SeCyT UNC 2005 y radicado en el CIJS). En la ponencia presentada en el Xmo. Congreso Internacional del Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD) sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública (Santiago de Chile, octubre 2005), panel n° 007, la autora ha tenido ocasión de exponer y discutir algunas de las ideas que aquí reformula y sintetiza.

de las constituciones provinciales argentinas, reconoce también expresamente la autonomía municipal "...política, administrativa, económica, financiera e institucional..." (art. 180 CPC), y define la competencia de los municipios así como regula detenidamente otros aspectos que hacen al régimen municipal en el Título Segundo ("Municipalidades y Comunas") de la Segunda Parte. Consagrada con tal claridad la autonomía provincial, cuando se ingresa a la temática de las relaciones interjurisdiccionales deberá tenerse presente no sólo que las mismas deben basarse en el consenso, sino también que el consenso no puede incluir una delegación a otra instancia de las atribuciones que constitucional y legalmente le son atribuidas a las unidades locales. Esta advertencia es particularmente significativa cuando las relaciones se ordenen según patrones formalizados y más estables –incluso con la constitución de órganos específicos–, y en relación a un conjunto de campos o dominios significativos e interrelacionados de la política pública, tal como sucede en las crecientes modalidades asociativas (áreas metropolitanas, corredores productivos, entes intermunicipales, regiones, etc.); ellas no pueden avanzar sobre las autonomías de municipios y comunas o incluso del propio estado provincial que las contiene.

Pero no cabe duda que constitucionalmente es posible la concreción de formaciones de cooperación auto-coordinada para una gestión más eficiente y efectiva de diversos fines, en forma ascendente, es decir, a partir de los gobiernos locales y en las que pueden participar también otros niveles jurisdiccionales e incluso actores de la sociedad civil (entidades de asesoramiento técnico, por ejemplo). La Constitución de la Provincia de Córdoba de 1987 prevé de modo expreso, en efecto, la creación de "organismos intermunicipales" (también denominados "entes intermunicipales" o "entes intercomunales"), en su art. 190⁵. Estos entes tienen personería jurídica de derecho público emanada de la propia constitución provincial, y sus finalidades pueden ser de distinto tipo, duración y alcance (construir un camino, realizar el servicio de recolección de residuos, proveer de energía eléctrica, etc., o bien varias de ellas o una de tipo integral como propender al desarrollo), pero no son una instancia jurídico-política nueva y distinta de los mu-

⁵ "Las Municipalidades pueden celebrar convenios entre sí, y constituir organismos intermunicipales para la prestación de servicios, realización de obras públicas, cooperación técnica y financiera o actividades de interés común de su competencia. Pueden celebrar acuerdos con la Provincia, el Gobierno Federal u organismos descentralizados, para el ejercicio coordinado de facultades concurrentes e intereses comunes" (art. 190 CPC).

nicipios, sino creaciones de éstos y de su autonomía. Su carácter sólo instrumental o adjetivo es coincidente con el que la doctrina atribuye a las regiones interprovinciales en el Estado federal argentino (arts. 124 y 125 CN) y la mayoría de las constituciones provinciales contienen normas semejantes.

3. Primer diseño de regionalización: modelo selectivo y diferido

La crisis económica nacional desde fines del '90, se constituyó –tal vez paradójicamente– en la “situación de acción” (Scharpf, 1997), en la oportunidad generadora de un intento de innovación más profunda tanto en los patrones espaciales de distribución del poder a través de una nueva modalidad de relacionamiento de las unidades locales, cuanto en la dinámica política y de gestión al interior de éstas.

Este intento se plasmó en el “Acuerdo económico, financiero y fiscal entre la Provincia de Córdoba con Municipios y Comunas para el fortalecimiento sustentable del régimen municipal y comunal” –también denominado “Pacto de Saneamiento Fiscal”–, firmado el 5 de febrero del año 2000 y transformado en Ley provincial nº 8.864 en julio del mismo año. Las reformulaciones introducidas por el “Acta-acuerdo para la reformulación del Pacto de Saneamiento - Acuerdo económico, financiero y fiscal entre la Provincia de Córdoba con Municipios y Comunas para el fortalecimiento sustentable del régimen municipal y comunal” (08/11/2001), a la que sucedió un “Convenio-marco de refinanciación y compensación de obligaciones recíprocas entre Provincia y Municipios y Comunas” (09/05/2002), si bien no alteraron formalmente la política inicialmente proyectada, dieron cuenta de las dificultades para la concreción de la misma más allá de la estricta renegociación de la deuda (puesto que en los hechos no se exigió la efectivización de las innovaciones acordadas como contrapartida para las sucesivas renegociaciones).

En punto específicamente al reordenamiento territorial de las relaciones intermunicipales, el Pacto Fiscal previó la obligación de constituir entes de recaudación y gestión. Dado que éstos, en el caso de las Municipalidades y Comunas con menos de 30.000 habitantes, requerían una integración regional por parte de las unidades locales (“*entes regionales de recaudación fiscal y gestión*”), significa que si bien se asoció la estrategia de saneamiento al incremento de la eficacia recaudatoria local mediante la tercerización, la eficacia se ligó a su vez, en el caso de gobiernos locales de menor escala, a una asociación entre ellos con base territorial (regionalización). De allí que esta modalidad de regionalización pueda caracterizarse como “*selectiva y diferida*”.

Se adoptó una estrategia compleja, relacionando en un único “paquete de políticas” varias cuestiones: a) el “salvataje” fiscal por parte de la Provincia de Córdoba a sus municipios y comunas con una pesada deuda a favor del Estado provincial, sus organismos y empresas, de alrededor de 220 millones de dólares; b) una serie de importantes disposiciones de carácter político-institucional que estaban orientadas a convertirlo en un verdadero instrumento de reformas profundas y rápidas de los gobiernos locales, tanto hacia el interior de ellos en su gestión administrativa, financiera e incluso en sus órganos políticos, cuanto en las relaciones intergubernamentales local-local y todo ello orientado a la consecución del desarrollo sustentable⁶.

Impulsado por el Ejecutivo Provincial y diseñado por éste bajo la modalidad de “coordinación bajo la sombra de la jerarquía”, el Pacto concluido mostró desde el comienzo dificultades en su implementación, y terminó diluyéndose al fin en una simple reprogramación de plazos para el pago de las deudas municipales⁷.

En el reordenamiento espacial diseñado por la ley nº 8864 antes sintetizado, aún cuando la dinámica de coordinación adoptada respondió a la modalidad de “coordinación bajo la sombra de la jerarquía” con el consecuente rol de iniciador por parte del gobierno provincial, existió el consentimiento de municipios y comunas y no importó transferencia de competencias en tanto poder de disposición, por lo que se encuadró en las normas constitucionales existentes (art. 190 CPC).

4. Segundo diseño de regionalización: modelo generalizado y superpuesto

Si bien no se llegó a concretar la regionalización prevista por la ley nº 8864, ésta tuvo la aptitud de crear un exitoso espacio de diálogo y concertación de acuerdos constituido por la Unidad de Trabajo Provin-

⁶ Tal está expresamente establecido como objetivo en el apartado primero, incorporado como Anexo Único a la ley 8864: “Adoptar políticas uniformes que armonicen y posibiliten el logro de la finalidad común de fortalecer –en forma sostenida y continua– el régimen Municipal y Comunal, de modo tal que permita un significativo aumento en la calidad de vida local, un mejoramiento en los servicios a su cargo, el crecimiento de la economía provincial y la reactivación de las economías regionales”. De ahí que el nombre completo de este acuerdo sea “Acuerdo económico financiero y fiscal entre la Provincia de Córdoba con Municipios y Comunas para el fortalecimiento sustentable del régimen municipal y comunal”.

⁷ Las explicaciones de este fracaso han sido discutidas en trabajos anteriores: Díaz de Landa y Parmigiani de Barbará, 2004; Parmigiani de Barbará, 2005.

cia-Municipios (UTPM)⁸, en el que se pudo acordar el refinanciamiento total de las deudas de los gobiernos locales. Pero, además, en el marco del trabajo conjunto fue gestándose un apoyo prácticamente total por parte de municipios y comunas, más allá de los diferentes signos partidarios, a la ley n° 9206; *lo delicado de esto es que, a nuestro entender, se ha avanzado hacia una resignificación del sentido y alcance de la autonomía municipal que surge del plexo normativo constitucional nacional y provincial.*

Con la ley n° 9206/04 ha emergido en Córdoba un nuevo y ambicioso diseño de la regionalización intraprovincial, que tiene como objetivos básicos explícitos el progreso del asociativismo municipal, el incremento de la descentralización de las competencias provinciales y el fortalecimiento de la autonomía municipal⁹, con el fin último del desarrollo sustentable¹⁰. Para la consecución de tales propósitos se han

⁸ Informalmente denominada Mesa de Trabajo Provincia-Municipios.

⁹ “Quiero decirles a modo de síntesis que desde este Ministerio, como articuladores de la política que tiene que ver con los municipios y comunas de la Provincia de Córdoba, aspirábamos a que se cumplimenten tres objetivos que creíamos básicos y que fueran acordados por todos los integrantes de la Provincia de Córdoba y por el Ministerio de Gobierno, que es el fortalecimiento de las autonomías municipales, una mayor descentralización de las competencias de la Provincia de Córdoba a los municipios y el rol del asociativismo de los municipios y comunas. A estos tres objetivos que son las referencias o las banderas del espíritu de este proyecto de ley, ustedes los van a encontrar en cada uno de los articulados de este presente proyecto.”: expresiones del Viceministro de Gobierno de la Provincia en ocasión de la concurrencia de la UTPM a la Comisión de Asuntos Institucionales, Municipales y Comunales (versión taquigráfica de la reunión del 14/12/04).

¹⁰ El sentido otorgado a esta expresión, que condensa (según se pretende) como idea fuerza los valores puestos en juego en la innovación, se manifiesta en el extenso discurso del legislador oficialista Méndez, en ocasión del debate en el recinto de la Legislatura previo a la sanción de la ley n° 9206. El análisis de la versión taquigráfica (22/12/04) muestra –secuencialmente–: a) la valorización de la descentralización (“... este gobierno, mi gobierno, plantea el proyecto de Comunidades Regionales conjuntamente con la Mesa Provincia–Municipios, filosóficamente convencido que son los gobiernos locales los que pueden configurarse como instancias ágiles y entes creativos, primero, por su mayor proximidad a los problemas y segundo, gracias a sus estructuras burocráticas más flexibles por su dimensión y menor grado de formalización ...”); b) la constatación de los procesos de integración a distintos niveles como fenómeno generalizado y su valorización, afirmando la presencia en ellos de “... un denominador común: el concepto de región ...”; c) la comprensión de la región como una formación dinámica, compleja y de coordinación fundamentalmente horizontal de los procesos de políticas públicas entre diversos niveles jurisdiccionales y con actores de la sociedad civil, siempre con una referencia al espacio; aparece asimismo aquí el concepto de “sinapsis” o articulación entre organizaciones, para referenciar la importancia del “asociativismo”; d) la íntima relación entre regionalización y desarrollo, en la medida en que éste se entien-

creado las llamadas “Comunidades Regionales”¹¹, como resulta del mismo texto legal:

“Objetivos.

Artículo 9º.- LAS Comunidades Regionales tienen como objetivo contribuir a hacer más efectiva la gestión de la Provincia y de los Municipios y Comunas en las regiones, generar polos de desarrollo, facilitar la descentralización de funciones y la transferencia de competencias y lograr las demás finalidades establecidas en el Artículo 175 de la Constitución Provincial.”

Por su parte, el referido artículo 175 CPC, ubicado en la Segunda Parte (Autoridades de la Provincia), Sección cuarta (Administración Pública provincial y municipal), dispone:

da no sólo económicamente sino integralmente, realizando la equidad, garantizando la calidad de vida y potenciando sinergias propias (perspectiva endógena, sin desconocer los factores exógenos).

Por otra parte, la centralidad que el desarrollo tiene en el rediseño institucional de la ley nº 9206 queda bien patentizado a través del contenido otorgado a la asistencia a los gobiernos locales, a la que se dedica un título específico con tres artículos: **TÍTULO XI- DE LA ASISTENCIA PROVINCIAL- Asesoramiento y Asistencia Técnica. Artículo 21. - LAS** Comunidades Regionales podrán solicitar asesoramiento y asistencia técnica de las áreas especializadas de los entes y organismos públicos del Estado Provincial. **Indicadores de Desarrollo Regional. Artículo 22. - PARA** evaluar el desarrollo de las Comunidades Regionales, se implementará un instrumento integrado por un conjunto de indicadores interrelacionados que se denominará “Indicador de Desarrollo Regional para la Gestión”. El mismo tendrá ocho (8) componentes del concepto de desarrollo: 1) Capital Físico, 2) Actividad Económica, 3) Capital Humano, 4) Capital Social, 5) Gestión de Recursos Financieros, 6) Transparencia, 7) Capacidad Institucional, 8) Participación Política. **Unidad Operativa. Artículo 23. - PARA** operativizar el Indicador de Desarrollo Regional para la Gestión, recoger y procesar la información y emitir informes anuales actualizados, el Ministerio de Gobierno constituirá una Unidad de Trabajo que garantice objetividad, rigurosidad, idoneidad técnica y economía operativa, a cuyo efecto podrá celebrar convenios o acuerdos con universidades, instituciones y organismos públicos y/o privados.

¹¹ En ocasión de la concurrencia de miembros de la UTPM a la Comisión de Asuntos Institucionales, Municipales y Comunales, la Intendente de la ciudad de Villa María marcó con claridad el giro de la política de regionalización provincial y su eje en la descentralización hacia las comunidades regionales: “También queríamos decirles que esta ley es totalmente distinta a la que en su momento aprobó la formación de los Entes Regionales porque estos constituyen una manera de asociarnos con algunos municipios para ciertas tareas puntuales pero no tiene nada que ver con la descentralización del ejercicio del poder de policía que hoy la Provincia no puede ejercer a distancia” (versión taquigráfica de la reunión del 14/12/04).

“Regionalización

Artículo 175 - Una ley especial establece la regionalización de la Provincia a los fines de facilitar la desconcentración administrativa, la más eficiente prestación de los servicios públicos y unificar los diversos criterios de división territorial”.

A diferencia del anterior diseño que concitó resistencias tempranas aduciendo –al calor de las luchas políticas- avances sobre la autonomía municipal, este nuevo diseño fue elaborado y consensuado en el seno de la UTPM antes de su elevación a la Legislatura por el Ejecutivo provincial para su sanción. Más aún: al proyecto se adjuntó el acuerdo fundamentado por parte de la UTPM y luego miembros sobresalientes de ésta y pertenecientes a distintas fuerzas políticas, concurren a explicarlo y apoyarlo ante la Comisión de Asuntos Institucionales, Municipales y Comunales de la Legislatura; el discurso adquirió por momentos una fuerte vehemencia, otorgando a la estrategia regionalizadora proyectada el carácter de instrumento indispensable y urgente para la viabilidad de los gobiernos locales.

La Ley Orgánica de Regionalización de la Provincia de Córdoba consta de 27 artículos organizados en doce títulos. En lo sustancial que interesa resumir aquí, dispone la regionalización de todo el territorio provincial a través de la creación de Comunidades Regionales cuyos límites se corresponden con los departamentos existentes y comprende todas las unidades locales que en ellos se localizan. A través de la denominación “Comunidad Regional” el legislador pretende, desde un punto de vista discursivo, aludir a la idea de que las futuras regiones desarrollarán una identidad propia y un sentimiento de pertenencia de sus miembros, en la medida en que, por medio de ellas, se agruparan Municipios y Comunas con afinidades culturales, históricas, sociales y económicas entre sí. Pero dado que los departamentos son demarcaciones territoriales al sólo efecto electoral (art.78 inc.1 CPC)¹², la ley ha flexibilizado el criterio, para favorecer el cumplimiento de sus objetivos y respetar, simultáneamente, los necesarios consensos que garantizan la autonomía¹³.

¹² Si bien recientemente se han tomado como base para la organización de la policía provincial y también para las políticas desplegadas desde el Ministerio de Educación Provincial, de modo correspondiente con los nuevos patrones espaciales para el ejercicio de las competencias político-administrativas.

¹³ “Excepciones. Artículo 4º - POR excepción fundada en las características geográficas, económicas y de desarrollo de una zona determinada o en las características de las poblaciones que quedan comprendidas en la Región o en la facilidad de comunica

Las Comunidades Regionales son personas jurídicas de derecho público con capacidad para adquirir y enajenar bienes y realizar todo tipo de actos jurídicos (art. 5 ley n° 9206). La integración a ellas por parte de los Municipios y Comunas localizados en el departamento respectivo es totalmente voluntaria y dispuesta por ordenanza Municipal o Resolución de la Comisión Vecinal, sometiéndose sólo entonces al régimen previsto por la nueva ley: se está pues frente al tipo de coordinación “negociada bajo la sombra de la jerarquía” (Scharpf, 1993) en donde la restricción deviene de la estandarización de las soluciones para resolver satisfactoriamente el “dilema del gran número” y de la eventual pérdida de los incentivos previstos para la cooperación¹⁴.

Los arts. 7 a 10, al regular la jurisdicción y competencia de las Comunidades Regionales, contienen el núcleo de la reforma. En principio, la jurisdicción de las nuevas formaciones regionales recae sobre las denominadas “zonas grises” de la geografía provincial, las que están fuera de los ejidos municipales (del tipo “villa”) y en las que con frecuencia existe un ejercicio difuso del poder de policía provincial a raíz de las distancias, con el consiguiente incremento de costos para la administración pública y merma de acción efectiva. Se excluyen expresamente “los radios urbanos donde los Municipios y Comunas prestan efectivamente los servicios permanentes a la población, salvo convenio especial de algún Municipio o Comuna con la Comunidad Regional” (art. 7). Por el art. 8 el Gobierno de la Provincia “delega en las Comunidades Regionales el ejercicio del Poder de Policía en las mate-

ción entre ellas, el Poder Ejecutivo, a solicitud de los Municipios o Comunas que demuestren interés, podrá: a) Autorizar y reconocer más de una Comunidad Regional en un mismo Departamento, fijando la competencia territorial de cada una de ellas; b) Autorizar que se integren a una Comunidad Regional de un Departamento, municipalidades o comunas de otros Departamentos vecinos, previo consentimiento expreso de la Comunidad Regional de la que se pretenda formar parte, y c) Autorizar que una Municipalidad o Comuna se integre a más de una Comunidad Regional, previo consentimiento expreso de la Comunidad Regional de la que se pretenda formar parte. En el caso de la excepción prevista en el inciso a) precedente, el territorio de competencia de cada Comunidad Regional comprenderá la superficie total de los circuitos electorales correspondientes a los Municipios y Comunas que la integren.”

¹⁴ Si bien se requiere el consentimiento de las unidades locales para integrar las comunidades regionales e incluso adicionalmente para transferirles funciones, la atribución de recursos genera un espacio de imposición jerárquica: “...Premios y castigos. De la Sota aclaró que con la propuesta no se va a plantear que se fusionen los municipios ni la pérdida de la autonomía, pero “sí un sistema de premios y castigos para que los municipios se regionalicen, para que vean el espacio regional y aprovechen mejor los recursos” (“De la Sota ratificó la regionalización de municipios y comunas”, *La Voz del Interior*, 23/09/04).

rias de su competencia, dentro de todo el territorio en el que estas Comunidades Regionales tienen jurisdicción y competencia territorial. Las facultades y obligaciones derivadas de la delegación, serán asumidas por la Comunidad Regional a partir de la fecha en que tal delegación sea expresamente aceptada por ella, previo acuerdo con el Poder Ejecutivo de la Provincia respecto de los recursos para el ejercicio de la delegación". Las Comunidades Regionales tienen asimismo en el ámbito de su jurisdicción "...la competencia material que la legislación vigente atribuya a los Municipios y Comunas,..." (art.10, ap. a).

La ley prevé también el gobierno de la Comunidad Regional; el mismo está a cargo de una Comisión ad honorem integrada por todos los Intendentes y Presidentes Comunales de las localidades miembros, por el Legislador Provincial del departamento respectivo y por el/los Legisladores Provinciales electos tomando a la Provincia como distrito único (art. 78, inc. 2 CPC), según el domicilio registrado antes de la elección. La Comisión designa anualmente una Mesa Ejecutiva y una Sindicatura, ambas ad-honorem, eventualmente podrá nombrar un agente exterior a su seno, como administrador rentado (art. 11); debe aprobar su reglamento interno y el quórum para sesionar se establece en la mitad más uno de los miembros, adoptándose las decisiones por simple mayoría (arts. 13 y 14), salvo disposiciones específicas de cada Comunidad. Finalmente, el art. 15 la atribuye recursos derivados directamente de su actividad (tasas, precios públicos, patentes, multas, etc.) y por vía coparticipada.

Utilizamos para denominar a este modelo de regionalización los términos "*generalizado y superpuesto*". La primera expresión alude, desde el punto de vista espacial, a su extensión a todo el territorio provincial (a todas sus "zonas grises" en primer lugar, pero también a otros posibles segmentos territoriales dentro de las unidades locales a partir de eventual transferencia o delegación de competencias de las mismas o de la descentralización realizada por el gobierno provincial: en todo caso, el espacio de cierre o clausura jurídico-institucional está previsto y son los departamentos en que se divide la Provincia, sin diferencias en razón del tamaño u otras características de las localidades en ellos ubicadas); desde el punto de vista funcional, alude a la amplitud de las competencias y funciones delegables o transferibles por la Provincia y por los Municipios y Comunas: todas las que por la materia sean propias de las jurisdicciones locales. La expresión "superpuesto" apunta a la complejidad del entramado asociativo previsto y puede adquirir un sentido positivo o negativo, según el aspecto en el que se haga hincapié. Las lógicas de la concertación y la flexibilidad están presentes tanto en el diseño de la Comunidad Regional en sí misma, cuan-

to en su coexistencia con otros emprendimientos asociativos existentes o a crearse bajo la forma de “entes intermunicipales” –si bien no se utiliza tal denominación- (art. 190 CPC y arts. 17 y 18 ley nº 9206) lo cual constituye en principio un componente positivo. Y decimos en principio, pues al preverse que “... los Municipios y Comunas que integran una Comunidad Regional podrán generar otras asociaciones, entendidas como espacios extra o supra Comunidades Regionales de concertación territorial...” (art. 18 ley nº 9206), se abre un campo enormemente amplio de posibilidades, a la vez que igualmente impreciso jurídicamente; no está de más recordar que la doctrina ha enfatizado el principio de “exclusividad territorial”¹⁵ para las regiones interprovinciales (Frías, P.J., 1998) a pesar del carácter instrumental claro e indiscutido de las mismas a diferencia de las nuevas Comunidades Regionales.

Inversamente, la denominación adquiere una connotación negativa si se atiende a que la innovación bajo estudio estaría “superponiendo” un nuevo nivel de gobierno a los cuatro expresa y excluyentemente previstos en la Constitución Nacional (Hernández, A. M., 2000, 2005): el federal, el provincial, el de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y el de los municipios autónomos.

¿Se compadece la regionalización hoy formalizada con la institucionalidad constitucional legitimante, tal como la interpreta al menos la doctrina y ha sido hasta no hace mucho tiempo la idea trasuntada en las prácticas de los actores políticos? Adelantamos nuestra respuesta negativa. En efecto: obsérvese que el art. 175 de la CPC se refiere a la regionalización en términos de “desconcentración administrativa”, lo cual no supone crear una nueva persona jurídica sino transferir funciones a un organismo de la propia Administración central, siempre dependiente jerárquicamente de la misma (la literatura especializada en Derecho Administrativo es copiosa y uniforme al respecto: Dromi J. R., 1983; Marienhoff, M. S., 1990; Sayagués Laso, E., 1987; Linares, J. F., 1986; Cassagne, J.C., 1977; Buitrago, I. J. y Dramas, F. M., 1999; Giannini, M. S., 1991, entre muchos otros). Por otra parte, el art. 13 de la CPC es expreso en cuanto a la prohibición de delegar funciones, salvo los casos previstos en la constitución y declara insanablemente nula cualquier trasgresión; sin embargo, el art. 8 de la ley nº 9206 establece una delegación de competencias a favor de una instancia jurídico-política constitucional-

¹⁵ “Dicho principio implica, en el caso argentino, que una provincia puede dividir su territorio entre diversas regiones, pero no pueden superponerse territorios regionales, con el accionar entrecruzado de órganos distintos” (Parmigiani de Barbará, M.C., 2001: 40).

mente inexistente (las Comunidades Regionales), contrariando la disposición expresa del art. 185, 2da. Parte CPC: "... Por ley el Gobierno Provincial delega a los municipios el ejercicio de su poder de policía, en materias de competencia municipal en zonas no sujetas a su jurisdicción territorial"; además, las unidades locales también le pueden transferir a la Comunidad Regional funciones que le son propias (art. 10, ap. d, ley nº 9206).

Llama la atención la ausencia de argumentos jurídicos en la presentación del proyecto a la Legislatura por el miembro informante de las Comisiones intervinientes. Incluso resulta confusa la referencia a las regiones interprovinciales: por cierto, la importancia de la regionalización ha sido una idea fuerza que imperó vigorosamente en la Constitución de la Nación reformada en 1994 (art. 124) para las relaciones interprovinciales. Sin embargo, la doctrina es también aquí prácticamente unánime en que tales regiones constituyen una instancia adjetiva, un espacio de concertación, sin que puedan transferírseles el ejercicio de funciones o competencias (Frías, P., 1980; Hernández, A. M., 2000; Castorina de Tarquini, M. C., 1990; Parmigiani de Barbará, M. C., 2000; Barrera Buteler, G., 1996). En todo caso, el instituto equivalente está configurado en la CPC por los entes u organismos intermunicipales previstos en su art. 190.

5. Reflexiones finales

A manera de conclusión y como reflexión final, se propone una advertencia. La nueva institucionalidad regional en la Provincia de Córdoba recién comienza a registrar algunas concreciones. La nubilidad de la innovación se conjuga con el contexto de un sistema político caracterizado por la fragmentación e inestabilidad partidaria, el debilitamiento de los liderazgos territoriales y una continuada actitud de dinámica pre-electoral.

Ello obliga a ser cautos para interpretar la solidez del consenso sobre la validez constitucional de la ley nº 9206 y también sobre los propósitos de efectivizarla con la envergadura de una auténtica política de Estado. Pero si el consenso se manifestara sólido, significará que están emergiendo nuevos modelos mentales propicios para el cambio institucional, lo cual ocurre "por la percepción de los empresarios de las organizaciones políticas y económicas de que las cosas podrían marchar mejor si el entramado institucional fuera alterado en algún grado" (North, 1991). Quedará pendiente entonces la reforma constitucional, en bien de la previsibilidad y la confianza a que ayudan precisos sentidos constitucionales por todos compartidos y respetando, naturalmen-

te, el sistema de distribución territorial del poder consagrado por la Constitución de la Nación Argentina¹⁶.

¹⁶ **Bibliografía:** Barrera Buteler, G. (2000) "Organismos Intermunicipales", en *Suplemento de Derecho Administrativo y Constitucional, Revista Foro de Córdoba*, N° 2; (1996) *Provincia y Nación*. Edic. Ciudad Argentina, Buenos Aires; Bidart Campos, G. (1968) *Derecho Constitucional I y II*. EdiarSA, Buenos Aires; Buitrago, I. J. y Dramas F. M. (1999) *Elementos de Derecho Administrativo*. Oxford University Press. Santiago de Chile; Casagagne, J. C. (1977) *Derecho Administrativo*. Ed. Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales. Buenos Aires; Castorina de Tarquini, M. C. (1990) "La Provincia en la Región". En *Derecho Público Provincial* (Perez Ghilou y otros). Ed. Depalma, Buenos Aires; Díaz de Landa y Parmigiani de Barbará, M.C. (2004) "Cooperación intermunicipal inducida para el desarrollo regional-local: el Pacto de Saneamiento Fiscal en la Provincia de Córdoba", en *Anuario VI del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales - CIJS-2002/2003*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UNC.; *Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UNC.*; Dromi, J. R. (1983) *Instituciones de Derecho Administrativo*. Ed. Astrea. Buenos Aires; Ekmekdjian, M. A. (1999) *Tratado de Derecho Constitucional*. Ed. Depalma. Buenos Aires; Frías, P. J. (1980) *Introducción al Derecho Público Provincial*. Ed. Depalma. Buenos Aires; (1998) *El Proceso Federal Argentino*. Ed. El Copista. Córdoba, Argentina; Giannini, M. S. (1991) *Derecho Administrativo*. Ed. Ministerio para las Administraciones Públicas. Madrid; Hernández, Antonio M. (h) (2000). *Integración y globalización: Rol de las Regiones, Provincias y Municipio*. Ediciones Depalma. Buenos Aires; (2005) "La descentralización del poder en el Estado Argentino" en *La descentralización del poder en el Estado Contemporáneo*. Ed. por la Asociación Argentina de Derecho Constitucional. Buenos Aires; INAP (comp.) (2001) *Cooperación intermunicipal en Argentina*. INAP- Eudeba. Buenos Aires; Jordana, J. y Ramió, C. (2003) "Las instituciones de la política comercial exterior en América Latina; un análisis comparativo". *Revista del CLAD* N° 27. Editorial Texto C. A. Caracas, Venezuela; Linares, J. F. (1986) *Derecho Administrativo*. Ed. Astrea. Buenos Aires; March J y Olsen J. (1989) *Rediscovering Institutions. The Organizational Basis of Politics*. The Free Press. Nueva York; Marienhoff, M. S. (1990) *Tratado de Derecho Administrativo*. Ed. Abeledo Perrot. Buenos Aires; North, D. C. (1990) *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*. Cambridge University Press, Nueva York; Parmigiani de Barbará, M.C. (2001) *Estado, Sociedad y Región. Un análisis neoinstitucional de la Región Centro de la República Argentina*. Edit. Ciencia, Derecho y Sociedad/UNC. Córdoba, Argentina; (2003) "Instituciones jaqueadas: Reformas político-institucionales a nivel subnacional en el marco de la crisis en Argentina". *Anuario VI del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales -CIJS-2001/2002*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UNC; (2005) "Aspectos jurídicos y políticos de la institucionalización de modelos innovadores de asociativismo municipal: una reflexión a partir de experiencias en Argentina". Xº Congreso Internacional del CLAD, Santiago de Chile. <http://www.clad.org.ve/docume.html>; Sayagués Laso, E. (1987) *Tratado de derecho Administrativo*. Fund. de Cultura Universitaria. Montevideo; Scharpf, F. W. (1993) "Positive and negative Koordination in Verhandlungssystemen". En *Sonderheft* 24, Opladen, WVG; Wiesner, E. (1997) "La economía neoinstitucional, la descentralización y la gobernabilidad local", *Descentralización fiscal en América Latina. Nuevos desafíos y agenda de trabajo*. CEPAL/GTZ; Wright, D. S. (1997) *Para entender las relaciones intergubernamentales*; FCE, México.

EL PLAZO PARA DEMANDAR AL ESTADO

(THE DEADLINE TO SUE THE STATE)

*Irma Pastor de Peirotti**

RESUMEN: El plazo de caducidad establecido en el art. 25 de la Ley de Procedimiento Nacional 19.549 se relaciona con una prerrogativa estatal que es la habilitación de la instancia judicial. Frente a la carencia de un Código Contencioso Administrativo en el orden federal, es necesario analizar cómo se aplican las disposiciones del título IV de la Ley de Procedimiento Nacional, en relación a los plazos, sea en el caso de una denegatoria expresa o ante el silencio de la administración.

PALABRAS CLAVE: Admisibilidad – Caducidad – Habilitación – Instancia – Prerrogativa – Tutela – Silencio.

1. Breve introducción

Un sector de la doctrina ha intentado justificar la existencia del plazo para demandar al Estado, en la necesidad dar seguridad jurídica a la actividad administrativa. Para otros, el fundamento del plazo de caducidad de los actos administrativos, se basa en el carácter de presunción de legitimidad que ostentan.

Al abordar este tema, es importante analizar la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante: CSJN) y la opinión de distinguidos tratadistas.

* Abogada especialista en Derecho Público, egresada de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNC. Profesora adjunta de las cátedras de Derecho Administrativo y Derecho Procesal Administrativo de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la U.N.C. Coordinadora de la carrera de postgrado de especialista en derecho público, de la facultad de derecho y ciencias sociales de la UNC. Miembro del Instituto de Derecho Administrativo en la UNC.

2. El plazo en la jurisprudencia de la Corte

En la causa “**Gorordo**”¹, la Corte estableció que “en lo que respecta al proceso contencioso administrativo el actor, además de las condiciones de admisibilidad establecidas en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, debe cumplir con aquellos requisitos específicos de este tipo de procesos previstos en el título IV de la ley 19.549, cuyo cumplimiento en cada caso concreto el juez está obligado a verificar” y que “dada la condición de presupuesto procesal del plazo de caducidad establecido en el art. 25 de la ley 19.549 el juez de primera instancia estaba facultado para examinar de oficio su cumplimiento y rechazar en caso contrario in limine la pretensión (art. 337 Código Procesal Civil y Comercial de la Nación), pues su falta no requería la expresa denuncia por parte del demandado.”

En la causa “**GIPOBRAS S. A. c. Estado Nacional- Ministerio de Educación y Justicia**”² se estableció que “Los plazos de caducidad previstos en el art. 25 de la ley 19.549 constituyen una prerrogativa procesal propia de la Administración Pública, consecuencia del denominado régimen exorbitante del derecho privado que impera en la relación ius administrativa.” Y que “La limitación temporal del ejercicio de la acción procesal administrativa prevista en el art. 25 de la ley 19.549 no es susceptible de impugnación constitucional, toda vez que constituye una reglamentación razonable del derecho de defensa en juicio en tanto no lo suprime, desnaturaliza o allana.”

En la causa “**SERRA, FERNANDO Y OTRO C/ MUNICIPALIDAD DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES**”³ la Corte dijo que “La existencia de términos para demandar a la administración se justifica por la necesidad de dar seguridad jurídica y estabilidad a los actos administrativos.”

Al vencimiento de los plazos, el particular, pierde, en principio el derecho a demandar al **Estado**. Así lo estableció la CSJN en el caso “**ALCÁNTARA DÍAZ COLODRERO PEDRO V. BANCO DE LA NACIÓN ARGENTINA**”⁴.

En la causa “**BOTTARO, Oscar Eduardo c/Estado Nacional**”⁵, de el 1 de julio de 2004, de la Corte Suprema de Justicia de la Nación:” se

¹ Fallos:322:76.

² CSJN 1995/04/05.

³ Fallos 306: 731-26 de octubre de 1993.

⁴ CSJN 20/8/1996- LL. 1997- A-71.

⁵ CS 1/7/ 04.

estableció “Que aun cuando resulta acertado lo expresado en el fallo acerca de que es inadmisile la acción de indemnización por daños sin cuestionar dentro del plazo del art. 25 de la ley 19.549 la legitimidad del acto administrativo que desestima la pretensión o cuyo contenido excluye el pago de lo reclamado, se advierte que la alzada omitió ponderar que de la mera confrontación de las constancias del expediente surgía que el decreto que dispuso la cesantía del actor fue impugnado judicialmente en término, pues desde la fecha en que se entendió que había quedado notificado (10 de diciembre de 1996) hasta el día de presentación de la demanda (9 de mayo de 1997 conf. fs. 40), no habían transcurrido los 90 días hábiles judiciales requeridos por aquella norma”.

La CSJN en “TAJES”⁶ consideró inaplicables al personal militar y de seguridad las disposiciones de la Ley 25.344.

2.a. En la ley

El art. 25 de la Ley Nacional de Procedimiento Administrativo, en adelante LNPA 19.549, establece el plazo de 90 días hábiles judiciales para demandar al Estado, y en caso de norma expresa que prescriba que la impugnación deba hacerse por vía de recurso, el plazo para deducirlo será de 30 días desde la notificación de la resolución definitiva.

2.b. En la Doctrina

Sostiene Gordillo⁷ que a partir del Plenario “PETRACCA”⁸ la CNACAF sentó como doctrina legal que el acto administrativo consentido no podía ser impugnado judicialmente. Y como consecuencia de ello se comenzó a distinguir entre la vía impugnatoria, en donde se persigue la declaración de ilegitimidad de un acto administrativo, de aquella que persigue la reclamación del reconocimiento de un derecho, basada en el art. 30 de la ley 19549. Pero luego del dictado de la Ley 25.344 se dispuso la aplicación de los plazos establecidos en el art. 25 de la LNPA 19549, también en el caso del Reclamo Administrativo Previo.

3. Cómputo de los plazos

El principio general establece que el plazo comienza a correr a partir del día siguiente a la notificación del acto a impugnar, y si se trata de un día inhábil a partir del primer día hábil siguiente.

⁶ Fallos, 322: 555, 31/3/1999.

⁷ GORDILLO, AGUSTÍN, *Procedimiento Administrativo*, p. 273 Lexis Nexis Depalma.

⁸ CNACAF en pleno, del 24/ 4/1986, LA LEY, 1986- D,10.

El art. 26 establece que “la demanda podrá iniciarse en cualquier momento cuando el acto adquiera carácter definitivo por haber transcurrido los plazos previstos en el art. 10 y sin perjuicio de lo que corresponda en materia de prescripción”.

También debemos tener en cuenta que el plazo del art. 25 de la LNPA 19549, empieza a correr a partir de su notificación, la que deberá ser efectuada conforme a lo establecido y con los alcances de lo dispuesto en el art. 40 y concordantes, Decreto 1759/72 (texto ordenado 1991).

En el caso de que la administración no se expida ante una pretensión del administrado para acceder ante la justicia sólo estará condicionado por los plazos de prescripción.

Cabe concluir entonces, que, cuando se configura el **silencio de la administración** se aplica el plazo de prescripción del art. 26 y no el de caducidad del art. 25 de la ley 19.549.

4. Silencio administrativo y el plazo del art. 25 de la ley 19.549

Debemos preguntarnos cuándo se considera que hay **silencio de la administración**.

Señala Gordillo⁹ que “la inactividad de la administración es un **hecho jurídico** cuya consecuencia prevista legalmente es que el particular pueda dar por denegada su pretensión y producir, de ese modo, el agotamiento de la vía administrativa.” Como consecuencia de ello, **el silencio administrativo se considera denegación tácita**.

El art. 10 de la citada ley establece que si no se prevé un plazo determinado para el pronunciamiento, éste no podrá exceder de sesenta días, y que vencido el plazo que corresponda, el interesado requerirá pronto despacho, y transcurridos otros 30 días sin producirse dicha resolución, **se considerará que hay silencio de la administración**.

Es importante destacar que es diferente la solución para **el caso de los recursos de reconsideración y jerárquico**, en los que transcurrido el plazo en que la administración debió resolver **se configura el silencio, sin que sea necesario el pronto despacho**.

En coincidencia con la mayoría de la doctrina, es importante señalar, que ante el silencio, el administrado puede optar por considerar denegada la pretensión o solicitar que la administración se expida utilizando la acción de amparo por mora.

⁹ GORDILLO, AGUSTÍN, *Procedimiento administrativo* p. 139 Lexis Nexis Depalma.

En el caso de que se utilice el silencio de la administración como denegatorio, el administrado podrá iniciar una acción judicial, y en tal caso, no se le aplica el plazo de caducidad del art. 25 de la Ley Nacional de Procedimiento Administrativo 19.549 (en adelante: LNPA), sino el de prescripción conforme lo establece el art. 26 de la citada ley.

5. El instituto del silencio en la jurisprudencia de la Corte

En el caso “**COLEGIO BIOQUÍMICO DEL CHACO v. INSTITUTO DE PREVISIÓN SOCIAL DE LA PROVINCIA DEL CHACO**”¹⁰ de fecha 4/11/93, la Corte dijo que “la conclusión de considerar operado el plazo de caducidad frente al silencio del Instituto de Previsión, constituye una decisión de injustificado rigor formal y comporta una inteligencia de las reglas contraria al principio *in dubio pro actione*” y prosigue “Por lo tanto, la mecánica aplicación del plazo previsto en el citado art. 11 de la ley 848 efectuada por el tribunal local premia la actitud negligente de la Administración y hace jugar en contra del particular la figura del silencio administrativo instituida, claramente a su favor”.

El fallo de la CSJN “**VILLARREAL, Clara B. c. ANSES**” del 24 de abril de 2001¹¹, estableció que no era necesario un pronunciamiento expreso de la administración para ir a sede judicial. El conflicto se había originado ante una solicitud de reajuste de haberes de un particular, y que, ante la falta de pronunciamiento presentó un pronto despacho, y transcurridos 30 días más inició una acción que originó este proceso.

En el considerando 7º del caso citado la Corte sostuvo que: “si para acceder a la vía jurisdiccional se requiriera un acto expreso, la autoridad administrativa podría impedir las demandas judiciales con sólo no resolver las peticiones que se le plantearan “ y agregó “que el instituto del silencio nació para evitar excesos en tal sentido, de modo que frente a la inactividad, el interesado cuenta con la facultad de recorrer la vía judicial como si hubiese una resolución expresa, aunque no exista.

Cabe destacar que el silencio de la administración no excluye la obligación de resolver que pesa sobre la administración, ni imposibilita el ejercicio del derecho del administrado a obtener una decisión expresa.

¹⁰ CSJN Fallos :316:2477.

¹¹ CSJN Fallos: 324: 1405.

No debemos olvidar que el **derecho a una decisión fundada** de todas las peticiones de los administrados constituye un principio fundamental, cuyo sustento legal se encuentra en el art. 1° de la LNPA 19.549.

La figura del silencio de la administración ha sido establecida a favor del particular, y no como un derecho de la administración, pudiendo aquél prescindir del silencio y requerir el dictado del acto administrativo a través de la acción de amparo por mora.

6. El reclamo administrativo previo y el plazo del art. 25 frente al silencio administrativo

Corresponde también analizar la aplicación del plazo de caducidad del art. 25 de la LNPA 19549, frente al silencio de la administración en el marco de la **reclamación administrativa previa**.

La ley 25.344 reformó el art. 31 de la LNPA 19.549 y estableció la aplicación del plazo de caducidad del art. 25 para accionar judicialmente, ante el silencio denegatorio de una reclamación administrativa.

Esta modificación fue criticada por la doctrina en forma generalizada.

Algunas críticas se centraron en la obligación de la administración de ejercer su competencia. Otras, en que se afecta el debido proceso y la garantía constitucional de defensa de la persona y de sus derechos.

Una de las más importantes, a mi criterio, es que se afecta la **tutela judicial efectiva**, que consiste en que toda persona tiene derecho a acceder a la justicia, solicitar la protección de sus derechos, y obtener una resolución sobre la cuestión de fondo.

Para Canosa¹², la norma que establece el plazo de caducidad, incluso ante el silencio denegatorio es inconstitucional, ya que exime al Estado de la obligación de resolver y se premia su omisión imponiendo un plazo para que el administrado inicie la acción judicial.

7. Consideraciones finales

Existe una falta de concordancia entre el art 26 y el art. 31 de la LNPA, porque mientras el primero establece que ante el silencio de la administración no se aplica el plazo de caducidad, sino el de prescrip-

¹² CANOSA, ARMANDO N., *Alcance de la denominada tutela administrativa efectiva*. Rap Digital Circular letter 50

ción, el segundo prescribe dicho plazo y es una causal de inadmisibilidad de la acción la falta de cumplimiento del plazo de caducidad.

Esto da como resultado una marcada desigualdad, porque ante la impugnación de un acto administrativo, o ante una pretensión del administrado que requiere un pronunciamiento concreto, una vez configurado el silencio se aplica el art. 26 de la LNPA 19.549, por lo que sólo está sometido a un plazo de prescripción, mientras que tratándose de un reclamo administrativo previo, rige lo prescripto en el art. 31 de la norma citada, que establece el plazo de 90 días hábiles judiciales para iniciar la acción.

Cabe señalar, que, incluso ante una denegatoria expresa, en caso de que haya sido notificado defectuosamente, por ejemplo, no se informó sobre los recursos que procedían contra el acto, el plazo en que debe interponerlos, o el agotamiento de la vía administrativa, el art. 40 del Decreto Reglamentario 1759/72 prescribe que se amplía en 60 días el plazo para impugnar ante el órgano judicial.

Por el contrario según el art. 31 de la LNPA, aún en caso de silencio se deberá cumplir con el plazo de caducidad para que se le habilite la instancia al administrado.

Es indudable que esa norma carece de razonabilidad y vulnera un derecho constitucional que es el derecho a la igualdad. También quebranta el derecho a acceder a la justicia, con lo que viola el art. 18 de la Constitución Nacional y los Tratados que fueron incorporados luego de la Reforma de 1994.

Debemos tener presente que la jurisprudencia de la CSJN ha incorporado principios como la **tutela judicial efectiva, el ritualismo inútil y principios de justicia y equidad** por sobre normas que exigen el agotamiento de la vía administrativa y el cumplimiento de los plazos, como son el caso Resch¹³, Zamarreño¹⁴ y el caso Cantera¹⁵. En este último sostuvo que “cabe apartarse de otros criterios cuando el pronunciamiento tenga clara incidencia en la garantía constitucional de la defensa en juicio”.

Para concluir sostengo que el plazo de caducidad prescripto en el art. 25 de la LNPA 19.549 no se debe aplicar cuando hay silencio de la

¹³ RESCH, Héctor Juan c/ Ministerio del Interior- Policía Federal s/personal militar y civil de las FFAA y de seg. CSJN 26/10/2004.

¹⁴ ZAMARREÑO, Mará Antonia c/ Municipalidad de Ensenada – CSJN- Diciembre de 2005.

¹⁵ CANTERA, Timoteo S.A. c/ Mybis Sierra Chica S.A. y otros CSJN 3/3/2005.

administración, porque dicha figura fue instituida a favor del administrado y no de la administración^{16/17}.



¹⁶ **Bibliografía:** CANOSA, N. Armando: *“Alcance de la denominada tutela administrativa efectiva”*. Revista RAP Digital, Circular Letter N° 50; COMADIRA, Julio Rodolfo: *“Una visión panorámica del Derecho Administrativo desde la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”*. En *“Elementos del Derecho Administrativo”*. La Ley. Buenos Aires 2005; COMADIRA, Julio Rodolfo: *“Procedimiento Administrativo. Las bases constitucionales del Procedimiento Administrativo”*. En *“Elementos del Derecho Administrativo”*. La Ley. Buenos Aires 2005; GORDILLO, Agustín: *Procedimiento Administrativo*. Lexis Nexis Depalma. Buenos Aires- 2003; RENNELLA, María P.: *“El sentido y alcance del instituto del silencio administrativo en un Fallo de la Corte y la posible valoración judicial del artículo 31 de la Ley 19.549”*. En *“Elementos del Derecho Administrativo”*, Julio Rodolfo Comadira. La Ley. Buenos Aires 2005.

¹⁷ **Jurisprudencia:** CNACAF en pleno, del 24/ 4/1986, LL, 1986- D- 10. “Petracca”; CSJN, 11/04/1993, “Colegio de Bioquímicos del Chaco c/ Instituto de Prev. Social del la Provincia de Chaco”, Fallos 316:2477; CSJN, 26/10/1993, “SERRA, Fernando y otro c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”, Fallos 306: 731; CSJN, 5/04/1995, “Gypobras S.A. c/ Estado Nacional (Ministerio de Educación y Justicia) s/ contrato de obra pública”, Fallos 318:441; CSJN, 20/8/1996, “Alcántara Díaz Colodrero v. Banco de la Nación Argentina”. La Ley 1997- A-71; CSJN, 4/02/1999, “Gorordo Allaria de Kralj, Haydée María c/ Estado Nacional (Ministerio de Cultura y Educación)”, Fallos 322:73; CSJN, 31/03/1999, “Tajes, Raúl Eduardo c/ Estado Nacional (EMGE) s/ retiro militar y fuerzas de seguridad”, Fallos 322:551; CSJN, 24/ 04/ 2001. “VILLARREAL, Clara B. c. ANSES”. Fallos: 324: 1405; CSJN, 01/07/2004, “Bottaro, Oscar Eduardo c/ Estado Nacional”; CSJN, 26/10/2004. “Resch, Héctor Juan c/ M° del Interior - Policía Federal s/ personal militar y civil de las FF.AA. y de seg”. R. 920. XXXVI; CSJN, 03/03/2005. “Cantera, Timoteo S.A. c/ Mybis Sierra Chica S.A. y otros”. C. 1071 XXXIX; CSJN, 06/12/2005. “Zamarreño, María Antonia c/ Municipalidad de Ensenada”. Z.156.XL.

ENFOQUE CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD

(CONSTITUTIONAL SCOPE OF PERSONALITY RIGHTS)

*María Cristina Plovanych**

RESUMEN: Es posible considerar que la categoría de los derechos de la personalidad forma un círculo concéntrico dentro del más general de los derechos fundamentales, que se caracteriza por un específico mecanismo de tutela que se superpone al sistema de protección establecido en la Constitución y sus normas de desarrollo, de modo que potenciar su autonomía sería inútil e induciría a confusión. Algunos están reconocidos de modo explícito, otros se pueden derivar o entender que están implícitos, arts. 31 y 33 de la Constitución Nacional. En orden a la concreción de estas garantías antes que realizar modificaciones constitucionales para enunciar nuevos derechos, estimamos valioso el aporte de un sistema integrado de normas infraconstitucionales y la tarea de interpretación que de ellas realicen los magistrados. Este desafío encuentra concreción en recientes fallos de distintos tribunales del país, en los que se advierte una cada vez más acentuada actuación de los principios constitucionales en temas vinculados con los derechos de la persona.

PALABRAS CLAVE: Derechos de la personalidad – Derechos fundamentales – Interpretación de la ley

1. Introducción

En el largo proceso histórico que llevó a aceptar el postulado de que todo ser humano es persona por encima e incluso antes que la comunidad organizada, que el hombre por sí mismo titulariza bienes

* Profesora de Derecho Privado I y Privado VII. Co-Directora del Programa de Enseñanza para la Práctica Jurídica. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. UNC.

que necesitan protección del ordenamiento, aún cuando en alguna época o Estado no haya sido reconocido de este modo por el derecho objetivo, la reforma constitucional operada en el año 1994 en nuestro país impacta profundamente en todas las áreas del derecho argentino. Pero el reconocimiento directo de nuevos derechos y garantías, además de la incorporación con rango constitucional de tratados que se refieren a materias que tradicionalmente se entendieron como propias del Derecho Civil, vigorizó el debate sobre si el derecho privado se ha constitucionalizado o si el derecho público se ha privatizado. Entendemos que la cuestión no debe analizarse en esos términos, sino que cabe aceptar la necesidad de una relectura integradora del orden jurídico. Muchos de esos derechos tuvieron siempre acogida en nuestra Constitución, aunque con un desarrollo escueto, luego fueron ampliándose por vía de la legislación y la jurisprudencia, sobre todo esta última fue la que perfiló y dio contenido a los derechos que hoy se denominan entre nosotros como personalísimos o derechos de la personalidad.

2. Aproximación conceptual

En la actualidad pareciera haber consenso en que el sistema de derecho ha establecido como postulado básico, el valor de la persona como centro de la construcción. Los principios de igualdad, libertad fueron formalmente establecidos y proclamados. Al aludir a estos valores básicos nos situamos frente a derechos humanos, derechos fundamentales, intentaré precisar estos conceptos y sigo en esto a Montés Penadés, quien dice que se puede entender por **Derechos humanos** “*el conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional*”. Puede decirse de ellos que nacen como derechos naturales universales, se desarrollan como derechos positivos particulares, para encontrar al fin su plena realización como derechos positivos universales. De este modo al llegar a los tratados internacionales y a las Declaraciones universales, contienen en germen la síntesis de un movimiento dialéctico que comienza con la universalidad abstracta de los derechos naturales, pasa a la particularidad concreta de los derechos positivos nacionales y termina con la universalidad concreta de los derechos positivos universales.

Cuando nos referimos a **derechos fundamentales**, estamos señalando que algunos derechos humanos han sido positivizados, esto es, incorporados en las Constituciones y han sido dotados por ellas de medidas especiales de garantía frente al Estado, especialmente de garantías jurisdiccionales.

diccionales. No parece ser otra la distinción entre derechos humanos y derechos fundamentales: se trata en el fondo, de limitar las facultades de los poderes legislativo y ejecutivo mediante la imposición del respeto a ciertas libertades individuales que tales poderes no pueden menoscabar o solo pueden hacerlo en forma tasada, limitada y transitoria. Es decir, *derechos fundamentales serían un núcleo o círculo más restringido de derechos humanos especialmente protegido por la Constitución a través de especiales mecanismos de garantía* que, en general pero no exclusivamente, contemplan la defensa frente a la invasión o menosprecio por parte de los poderes públicos. El carácter fundamental de los derechos no les hace ilimitados o expandibles hasta el infinito, *el respeto a los derechos a los demás establece un límite*. Son los propios operadores jurídicos quienes definen tales límites, y de modo especial los Tribunales.

Acaso el problema de deslinde entre derechos fundamentales y derechos de la personalidad radica en la propia historia de formación del concepto. Estos últimos fueron identificados y desarrollados por la doctrina civilista desde finales del siglo XIX y eran un útil mecanismo de impulso y protección de la personalidad humana. Con el doble intento de superar el tratamiento meramente formal de la persona y dotar de un mínimo contenido al resguardo de valores inherentes a ella, en el ámbito del derecho privado se crea una específica categoría de derechos subjetivos que se adaptara mejor al objeto sobre el que recae.

Pero en este camino de construcción de protecciones, las Constituciones han ido trascendiendo las libertades públicas, incorporando derechos inherentes a la condición de persona y creando mecanismos de garantía. Esto permite pensar que es más claro, entender que la categoría de los **derechos de la personalidad** forma un círculo concéntrico dentro del más general de los derechos fundamentales, que se **caracteriza por un específico mecanismo de tutela que se superpone al sistema de protección establecido en la Constitución y sus normas de desarrollo, de modo que potenciar su autonomía sería inútil e induciría a confusión**. Es más claro, un entendimiento de los derechos de la personalidad como un círculo de derechos inserto en el ámbito general de los derechos fundamentales; algunos lo están de modo explícito, otros se pueden derivar o entender que están implícitos, arts. 31 y 33 de la Constitución Nacional.

De los derechos humanos se ha pasado, a través de su consagración en los textos constitucionales a los derechos fundamentales, dentro de éstos se señala la presencia de unos específicos derechos fundamentales: los derechos de la personalidad. Todos los derechos de

la personalidad, desde esta perspectiva, son derechos fundamentales; pero no a la inversa¹.

Algunas opiniones que atienden a la certeza del derecho entendida en sentido formal, estiman que es conveniente que la constitución escrita, enumere los derechos fundamentales.

En otro sentido se pronunciaron las XX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebradas en 2005², la Comisión N° 1 en el despacho por mayoría propuso que “No es necesaria la incorporación formal de los derechos personalísimos en la parte dogmática de la CN, toda vez que ésta ya los recepta con singular amplitud por los principios que consagra (Arg. Art. 33, 75 inc.22 y cctes.)”.

Adherimos a esta posición, pues entendemos que aquellos derechos que definen los elementos mínimos indispensables para participar de la vida en términos jurídicos, como el derecho a la vida, el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, derechos personalísimos, informan tanto al llamado derecho privado clásico, derechos civiles, como al derecho social. Poco sentido tiene encasillar en categorías o compartimentos estancos, ya que representan presupuestos para el ejercicio de unos u otros.

3. El problema de la efectividad

La Constitución supone un sistema de valores que, por decisión del constituyente, ha de informar el conjunto de la organización jurídica y política, por lo que el Estado no debe limitarse a enunciar la posibilidad de su ejercicio, sino que debe asumir la obligación positiva de contribuir a la efectividad de tales derechos y de los valores que representan, aún cuando no haya una pretensión subjetiva por parte del ciudadano³.

Estimamos oportuno reflexionar acerca de lo que expresa con relación a la certeza del derecho el Profesor Guido Alpa cuando señala que: “La certeza del derecho —entendida como certeza del dato normativo— es el resultado de tres factores. La claridad y la estabilidad de la

¹ MONTÉS PENADÉS, V.L., *Derecho Civil- Parte General*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1995, p.251 y sgtes.).

² XX JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL, Comisión N° 1, Buenos Aires, 22 al 24 de septiembre de 2005.

³ Sabemos que en este tema se actúa paulatinamente, a través de un proceso lleno de contrastes entre la realidad social y las formulaciones teóricas, donde los avances en el plano formal se traducirán lentamente en progresiones en sentido sustancial.

norma escrita, la prudencia de los intérpretes y la cualidad científica de la doctrina. Y entonces son sus enemigos la inflación legislativa, su mutabilidad, los textos oscuros, las frecuentes mutaciones de directrices interpretativas por parte de los jueces, una información abundante y poco vigilada⁴. Por ello, en orden a la concreción de estas garantías antes que realizar modificaciones constitucionales para enunciar nuevos derechos, estimamos el valioso aporte de un sistema integrado de normas infraconstitucionales y la tarea de interpretación que de ellas realicen los magistrados.

3.1. La labor del legislador

En esta tarea es el legislador quien se encuentra especialmente obligado, ya que recibe de los derechos fundamentales los impulsos y las líneas directivas, por tanto su intervención es la vía óptima para diseñar la proyección horizontal de los derechos fundamentales. Es él quien puede y debe traducir y concretar en los demás ámbitos del ordenamiento jurídico los principios relativos a las garantías y libertades, que se expresan en los derechos fundamentales. Mientras sea posible desarrollar el contenido valorativo objetivo a través de cláusulas generales o normas legales, será ésta la vía adecuada para proyectarlos en la esfera privada, pues es deseable que las soluciones a muchas cuestiones resulten claramente de la ley y no del esfuerzo de la doctrina o de la jurisprudencia para suplir las pasividades del legislador, especialmente cuando existe controversia sobre cuál es el camino a seguir. Las sociedades posmodernas, particularmente complejas y fragmentarias, repletas de paradojas aparentemente insuperables, presentan problemas que merecen respuestas que provengan de reflexiones profundas, ya que no sólo afectan el presente sino que dan el sentido sobre el que se funda el futuro. Estas necesidades se hacen patentes en diversos dominios del plano jurídico, hay temas que se han tornado inciertos (comienzo de la existencia de la persona física, investigaciones genéticas, muerte digna, identidades sexuales diferentes, etc.), que impactan no sólo en los individuos sino en la familia y la sociedad en su conjunto. Sobre estos aspectos hay concepciones disímiles con argumentos contrapuestos de igual valor y legitimidad, lo cual es positivo ya que en toda sociedad democrática siempre existen múltiples pareceres, pero ello genera problemas tanto en lo legislativo como en lo judicial. Falta

⁴ ALPA, GUIDO, La certeza del Derecho en la edad de la incertidumbre. La Ley 08/03/2006. p. 15.

un enlace ordenador de la convivencia social, que relacione adecuadamente los intereses diferentes, por ejemplo en asuntos como vida y autodeterminación, es necesario reformular los conceptos “públicos”. La consideración de que no existen derechos absolutos y de que siempre hay obligaciones y derechos humanos entrelazados que pueden contraponerse exige un elevado grado de responsabilidad colectiva en su ejercicio.

La legislación existente si bien en su momento dio respuestas, hoy requiere una renovación, una adaptación a los tiempos que corren. El legislador ponderando los problemas que la vida práctica presenta al Derecho, tendrá que llenar los vacíos existentes, y comprender que las situaciones diferentes no deben tratadas del mismo modo. Varios de estos problemas rozan el orden público y se sabe, es tarea harto difícil determinar el concepto de orden público. Expresa María del Carmen Cerutti que: “el orden público se convierte en un principio informador de un sistema jurídico y el primer orden público es la Constitución, su alcance y sus límites son de contenido variable, hace al complejo de ideas, principios y normas con que la sociedad —en un momento de su devenir— dirige las acciones, controla sus actos y juzga los hechos: lo justo y equitativo, la “razonabilidad” frente a lo arbitrario y discrecional”⁵.

Los cambios culturales y sociales operados en cuestiones vinculadas al tema en tratamiento, hacen que se puedan revisar algunos criterios. La posibilidad de reformar el orden legal vigente supone aceptar que detrás de la norma, regla o ley, hay una dimensión valorativa que les da sentido, respetando la importancia de la construcción social que permite analizar la significación que la sociedad otorga a las normas históricamente. Las reglas nos obligan a cumplirlas y a respetarlas pero no a renunciar a la participación en la innovación o modificación de las mismas. Es por tanto esencial que las regulaciones legales se formulen sobre la base de los preceptos constitucionales, con el mayor consenso posible, con participación amplia de la ciudadanía, sin imposición de morales particulares, sino bajo los criterios de una ética laica⁶.

⁵ CERUTTI, MARÍA DEL CARMEN, “El orden público en el Código Civil Argentino. Algunas cuestiones relativas a su uso” en *Derecho Civil y Comercial. Cuestiones Actuales*, Editorial Advocatus, Córdoba, 1990, p.111, 112.

⁶ Quizás el debate abierto sobre el Proyecto de Reforma al Código Penal, sea una oportunidad para concretar esta participación social en temas como por ejemplo: punibilidad o no del aborto, eutanasia, consumo de estupefacientes, etc.

Existen temas que con frecuencia son discutidos por la doctrina y jurisprudencia, y no siempre son respondidos con claridad por la ley, por ello es necesario solucionarlos para *determinar qué o a quiénes se protege*, pues surgen después una serie de problemas suscitados por la necesidad de *saber cómo y contra quién se ha establecido la protección legal*, por que no siempre es fácil determinar el sentido y alcance de las normas vigentes en cada ordenamiento para resolver las diversas situaciones. Existen derechos que, no obstante estar enunciados en la Constitución nacional, no tienen por destinatario exclusivo al Estado sino que son “*multidireccionales*”; es decir, están dirigidos al Estado y también a particulares determinados (piénsese, por ej. en el derecho a la intimidad, identidad, no discriminación, etc.), es decir son de aplicación a las relaciones entre particulares. Estos derechos son aplicables en relación con los poderes públicos, y no cabe, en principio, excluir la aplicación de la Constitución a las relaciones entre particulares; si la Constitución proclama, sanciona y protege un derecho subjetivo civil llevándolo a la categoría de constitucional se aplicará no sólo frente al Estado, sino también en las relaciones entre particulares. La protección constitucional se prevé a través del recurso de amparo, que el art. 43 de la C.N. concede “contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares...”.

Se puede establecer entonces que como consecuencia de ser considerados derechos fundamentales, los derechos personalísimos:

- son exigibles frente a los poderes públicos,
- obligan también en las relaciones entre particulares, ya que han recibido por la Constitución su positivación,
- gozan de la protección del derecho civil y de la Constitución, reforzada material y procesalmente ante los tribunales por medio del recurso de amparo y demás medidas tutelares, garantía jurisdiccional en procesos ordinarios, civil (medidas preventivas, reparatorias: indemnización de daños), penal, contencioso- administrativo. El análisis del derecho sustantivo no puede limitarse ya a tomar nota, por ejemplo del hecho de que ciertas normas, incluso a nivel constitucional, proclaman la existencia de determinadas obligaciones y derechos, sino que debe extenderse a una visión crítica de los instrumentos ofrecidos a los individuos y a los grupos para hacer efectiva tal protección. Como expresa Félix Zamudio la verdadera garantía de los derechos humanos consiste precisamente en su protección procesal a los fines hacerlos efectivos⁷.

⁷ FÉLIX ZAMUDIO, “La protección procesal de los derechos humanos” Ed. Civitas, Madrid, 1982.

3.2. La labor de los jueces

La tarea de los magistrados también supone una nueva toma de posición frente a la interpretación de los textos, en su actividad hermenéutica deben recurrir siempre de modo directo e inmediato a los principios del ordenamiento constitucional, ya que estos son el fundamento de las instituciones del derecho civil; no sólo cuando falta la ley ordinaria o la costumbre, sino también cuando se halle presente. En cada institución particular del derecho civil—en realidad en cualquier área del Derecho—, se puede dar entrada al espíritu y los valores de la Constitución, a través de la interpretación y dentro del respeto de sus reglas técnicas. Es por ello que la doctrina más autorizada en la materia invita permanentemente a una relectura del Derecho Privado a la luz de la Constitución, teniendo en consideración la inserción del Derecho Privado en ese plan político que la Constitución define y del cual resultan los derechos y garantías que la Constitución reconoce de manera explícita o aun implícita (art. 33)⁸. En expresión de Aída Kemelmajer de Carlucci esta nueva visión implica que el intérprete, fundamentalmente el juez, se apoye en el método sistemático, entendiendo que el sistema remonta a la norma fundamental; en este camino ascendente, debe advertir que la Constitución siempre incorpora “determinadas opciones políticas y sociales profundas. La aplicabilidad directa de la Constitución, con todo su sistema de principios y de valores, lleva a que la interpretación y el proceso aplicativo del Derecho, lejos de poder entenderse como una operación mecánica pase a ser algo necesaria y rigurosamente axiológico”.

La ausencia de un desarrollo legislativo puede dificultar el ejercicio de los derechos, pero en ningún caso impedirlo, pues éstos se imponen directamente y deben ser aplicados por los órganos primarios del sistema. Si por aquella vía no es posible que los derechos fundamentales actúen en forma eficaz o si no hay ninguna norma, corresponderá a los jueces (en cumplimiento del deber de protección estatal) garantizar la protección de esos derechos. Las normas jurídicas no definen, ni puede hacerlo tampoco la doctrina con precisión, los conceptos de los derechos afectados, en consecuencia es la labor judicial la que delimitará los conceptos y, en el fondo, la protección de estos derechos; en suma se puede decir que en este campo es decisiva la tarea judicial. Si se quiere garantizar la máxima efectividad de los derechos

⁸ RIVERA, JULIO CÉSAR, “El derecho privado constitucional”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, N° 7, Ed. Rubinzal- Culzoni, Santa Fe, 1999.

fundamentales, se debe afirmar la “virtualidad directa”, sin mediaciones para su concreción, en tanto que son derechos subjetivos reforzados por la garantía constitucional, frente a las violaciones procedentes del poder público o de sujetos privados. Esta nueva actitud modifica sustancialmente el rol del juez: se le restituye el papel esencial de asegurar la efectividad del orden jurídico y se le reconoce como instrumento cualificado e imprescindible. En esta senda se inscriben numerosas decisiones adoptadas por tribunales en nuestro país, en particular y en lo relativo al tema de los derechos de la personalidad cabe mencionar desde los fallos de la Corte Suprema sobre intimidad y libertad de prensa (caso Balbín), honor y libertad de prensa (Campillay), libertad de conciencia (Bahamondez), y numerosas resoluciones de distintos tribunales del país, entre ellas, sentencias dictadas por el Juez Hofft, al autorizar ligaduras de trompa en una mujer insana, dación de órganos entre ex cónyuges o entre hermanos biológicos cuyo vínculo no tenía reconocimiento legal⁹.

La lectura de algunos fallos de fecha reciente señala que esta tendencia se encuentra en proceso de reafirmación. Por ejemplo, la Suprema Corte de Buenos Aires despenalizó la conducta de una mujer que había concurrido a un hospital público con un aborto en curso, por entender que había una infracción a la garantía que protege contra la autoincriminación. En el nosocomio se notificó a la autoridad policial, se inició proceso penal que 1º instancia dictó resolución absolutoria, pero luego la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal de Lomas de Zamora la condena. Finalmente la Corte de Buenos Aires que interviene por recurso extraordinario, revoca esta decisión y entre sus argumentos expresa: “El art. 18 de la Constitución nacional señala que «nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo”. La Convención Americana sobre Derechos Humanos reconoce entre las garantías de toda persona inculpada de un delito la de “no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable” (art. 8.2.g.). En igual sentido, la contempla el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su art. 14.3.g. La misma protección establece el art. 29 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires”¹⁰.

⁹ Sentencias publicadas en: JA 1997-III-384; ED 163-973 (1995), con nota de Germán Bidart Campos “Donación y transplante de órganos entre ex cónyuges divorciados vincularmente”; Transplante de órganos: Acción de amparo. Parentesco. Prueba. Posesión de estado, Pedro Federico Hooft, “Bioética y Derechos Humanos”, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1999, p. 202.

¹⁰ SCBA – 07/06/2005, Causa P. 86.052 - «E., A. T. Aborto» – www.eldial.com.ar 26-06-06.

En un tema dramático, la muerte digna de un niño, se expidió un tribunal de Neuquén. En el caso se presenta el Director General de un Hospital de esa provincia en virtud de la decisión de los padres de un menor de edad, respecto de que su hijo en ocasión de padecer una crisis respiratoria, en el contexto de la enfermedad que padece, no sea ingresado en la sala de terapia intensiva de niños a los efectos de recibir tratamientos invasivos. Los padres no rechazan cualquier tratamiento médico, sino tan sólo aquellos que, invasivos, impliquen mantener a su hijo dependiente mientras viva de un medio artificial de soporte vital que consideran cruento e inconducente respecto de una muerte digna. Luego de adoptar todos los resguardos legales que la situación requiere, el tribunal teniendo como norte la Convención sobre los Derechos del Niño y el Adolescente, resuelve hacer lugar a la pretensión ejercida, en consecuencia: “se hace saber a los médicos tratantes que deberán realizar todas las prácticas médicas necesarias consideradas como cuidados paliativos, disponiendo las medidas necesarias a fin de que (...) no sea privado de confort físico y espiritual, aliviando su sufrimiento y mejorando la calidad de vida remanente, y evitando que el niño ingrese a terapia intensiva infantil a los efectos de recibir tratamientos invasivos”¹¹.

En otro caso, ante el pedido efectuado por una mujer en el sentido de que se le practicara una ligadura de trompas luego del parto de su cuarto hijo, en razón de su situación de pobreza extrema, el resguardo de su familia, el derecho a la salud y a la autodeterminación, se expidió la Corte Suprema de Justicia de la Nación. El máximo Tribunal, por mayoría, hizo lugar a lo solicitado. La Corte interviene por vía de recurso extraordinario, y si bien recuerda que la vía extraordinaria no está destinada a reemplazar los medios comunes para solucionar controversias, también afirma que su exclusión no puede fundarse en apreciaciones de exceso ritual, sobre todo si “de lo que se trata es de cuestiones planteadas relativas —nada menos— a los derechos a la salud, autodeterminación y resguardo familiar”, es decir que atento la relevancia de los derechos implicados y las circunstancias fácticas que rodearon al caso el máximo tribunal se expide. Argumenta que: “Hallándose comprometido el derecho a la salud de la amparista en su más amplio sentido, entendido como el equilibrio psico-físico y emocional de una persona, el derecho a la vida, a la libre determinación, a la intimidad, al

¹¹ Juzgado de Familia, Niñez y Adolescencia N° 2, Neuquén, «E. C. S/ SITUACION» Nro. Expte: 25663 Fecha: 20/03/2006.

desarrollo de la persona en la máxima medida posible y a la protección integral de la familia -arts. 14 bis, 16, 19 y 75 inc. 22, Constitución Nacional- no resulta razonable ni fundado impedir la continuidad de un procedimiento cuyo objeto es lograr soluciones que se avengan con la urgencia que conllevan este tipo de pretensiones -en el caso, dirigida a obtener autorización judicial para una ligadura de trompas-, para lo cual cabe encauzarlas por vías expeditivas, entre las cuales es razonable incluir al juicio de amparo”¹².

Estas decisiones judiciales hacen cierto aquello de que «la tarea del juez termina sólo cuando el resultado del proceso interpretativo aparece en sintonía con los principios del derecho constitucional”¹³, y evidencian la expresión de Pietro Perlingieri, acerca de que igualdad, solidaridad y pleno desarrollo de la persona devienen los parámetros axiológicos de una jurisprudencia y de un aparato conceptual apto para fundar una verdadera revolución en los conceptos y sobre todo en la función de esos conceptos.

Para algunos, este nuevo modo de interpretar encierra grandes peligros pues parecería que cada cual puede interpretar a su buen entender una fórmula vacía, pero insistimos para evitar ese riesgo es necesario crear consensos amplios. El magistrado deberá abstraerse de las propias concepciones éticas, morales y religiosas y como dice Santos Cifuentes “ampliar sus miras, actualizar su enfoque, no atarse a los moldes de otros tiempos y suavizar los dictados de la ley para no contradecir su evolución y sus verdaderos alcances, lo que ocurre cuando de algún modo coincide con la sociedad en la que ella se aplica”¹⁴. Será el juez quien deberá desentrañar lo más profundo del conflicto humano que se le presenta y pondrá su prudencia y equilibrio para llegar a una solución justa.

La elevación hacia los principios constitucionales establece la relación entrañable entre los derechos personalísimos y los derechos fundamentales reconocidos en las constituciones y tratados internacionales. Si los valores fundamentales están reconocidos en esas normas básicas, no resulta aceptable la doctrina jurisprudencial que comprime la declaración de inconstitucionalidad como medida extrema, pese a que la Constitución es la ley suprema. Suele decirse que la inconstitu-

¹² CS, Y., G. C. c. Nuevo Hospital El Milagro y otra, fecha: 06/06/2006, publicado en Rev. La Ley del 04/07/2006, p. 6.

¹³ FERRANTI, IONE, L'interpretazione costituzionale della norma civile, en Giuliani A. Ed. Altri, L'interpretazione della norma civile, Torino, Ed. Giappichelli, 1996, p. 179, citado por Kemelmajer de Carlucci, Aída, en “El derecho privado constitucionalizado”

¹⁴ SANTOS CIFUENTES, “Sobre la fidelidad conyugal de los separados”, La Ley, del 22/6/2005, págs.1/2.

cionalidad genera inseguridad jurídica. Estimamos que, a la inversa, la seguridad jurídica exige la aplicación prioritaria de las normas de mayor jerarquía, a despecho de las opuestas (desde luego, en tanto y en cuanto éstas no puedan ser compatibles con aquéllas por vía interpretativa).

Creemos que abordar la difícil tarea de resolver los conflictos en donde aparecen involucrados derechos personalísimos desde esta visión integradora, permite otorgar a la Constitución Nacional la perspectiva que le da Matilde Zavala de González cuando expresa que : “Nunca nos convenció el símbolo geométrico de Kelsen. La Constitución emplazada allá lejos, en el elevado pero frágil vértice de una pirámide, queda expuesta a terremotos y vaivenes. Es preferible imaginarla como un árbol donde los principios constitucionales son las raíces, que envían su savia al tronco y a la copa. Siempre resulta más deseable la firmeza desde el suelo, que la supremacía proclamada pero endeble”¹⁵.

4. Conclusiones

1. Es necesario realizar una relectura del orden jurídico desde una perspectiva integradora, sin puntualizar la discusión acerca de si el derecho privado se ha constitucionalizado o si el derecho público se ha privatizado.

2. La categoría de los derechos de la personalidad forma un círculo concéntrico dentro del más general de los derechos fundamentales, que se caracteriza por un específico mecanismo de tutela que se superpone al sistema de protección establecido en la Constitución y sus normas de desarrollo, de modo que potenciar su autonomía sería inútil e induciría a confusión.

3. Como consecuencia de ser considerados derechos fundamentales, los derechos de la personalidad: a) son exigibles frente a los poderes públicos, b) obligan también en las relaciones entre particulares, ya que han recibido por la Constitución su positivación, c) gozan de la protección del Derecho Civil y de la Constitución, reforzada material y procesalmente ante los tribunales por medio del recurso de amparo y demás medidas tutelares, garantía jurisdiccional en procesos ordinarios, civil (medidas preventivas, reparatorias: indemnización de daños), penal, contencioso-administrativo.

¹⁵ ZAVALA DE GONZÁLEZ, MATILDE, *Pensamientos Jurídicos Selectos. Reflexiones clásicas, dichos populares y anécdotas forenses*. Editorial Juris, Rosario, 2005, p. 27.

4. El Estado no debe limitarse a enunciar la posibilidad de su ejercicio, sino que debe asumir la obligación positiva de contribuir a la efectividad de tales derechos. En esta tarea el legislador se encuentra especialmente obligado y es esencial que las regulaciones legales se formulen sobre la base de los preceptos constitucionales, con el mayor consenso posible, con participación amplia de la ciudadanía, sin imposición de morales particulares, sino bajo los criterios de una ética laica.

5. La ausencia de desarrollo legislativo puede dificultar el ejercicio de los derechos, pero no impedirlo, pues éstos se imponen directamente; si no hay norma expresa o las que hay son ineficientes, corresponde a los jueces (en cumplimiento del deber de protección estatal) garantizar la protección de esos derechos.



PAGINA 192
BLANCA

PRIVATIZACIÓN DE LA CRISIS ECONÓMICO FINANCIERA DE LAS SOCIEDADES

(PRIVATISATION OF THE ECONOMIC-FINANCIAL CRISIS OF CORPORATIONS)

*Efraín Hugo Richard**

RESUMEN: Los concursos de sociedades comerciales que han operado en insolvencia durante mucho tiempo y que, para conservar la empresa, pretenden sin explicaciones enormes quitas y esperas de sus acreedores, imponen preguntas que deben ser contestadas siguiendo cierta unidad y principios. Las respuestas deberían encontrarse en la legislación societaria.

PALABRAS CLAVE: Sociedades – Crisis – Insolvencia – Responsabilidad Administradores – Concurso preventivo de Sociedades

1. Introducción

Hace muchos años que ponemos en tela de juicio la eficiencia del sistema concursal, específicamente en el concurso de sociedades.

En primer lugar por la falta de tempestividad en la apertura de una actuación preventiva, contagiando el estado de cesación de pagos y diseminando el daño al contratar en insolvencia.

Como remedio referimos la responsabilidad de los administradores de sociedades que operaban en cesación de pagos, aún en el caso

* Abogado y Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad Nacional de Córdoba, Profesor Emérito por la Universidad Nacional de Córdoba, Doctor Honoris Causa por las Universidades Nacional de Tucumán y Católica de Salta. Miembro de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Director de su Instituto de la Empresa. Presidente del Tribunal de Arbitraje General de la Bolsa de Comercio de Córdoba, y Miembro de los de las Bolsas de Rosario y Santa Fe y otros Tribunales Internacionales. Publicista y profesor itinerante de post grado en el país y en el extranjero. Director del Departamento de Derecho Comercial Facultad de Derecho y Ciencias Sociales -UNC-.

de aprobar un acuerdo concursal, por lo menos respecto a los acreedores nacidos con posterioridad a la dificultad económica, conforme los datos objetivos que resultaban del informe general del síndico.

En segundo lugar por los acuerdos predatorios de quitas y esperas, inconstitucionales, logrados a través de estrategias donde intervenían terceros no convocados, al no ser acreedores preconcursales. Puse énfasis que la quita a los acreedores implicaba un enriquecimiento de los socios o accionistas de la sociedad concursada.

Como remedio atendimos a la responsabilidad de los administradores, agregando la de los socios de control.

En tercer lugar advertimos que en esos concursos no se habían usado los remedios ni dado los pasos que imperativamente impone la ley de sociedades, ante las dificultades para cumplir con el objeto social o la falta de capital o patrimonio.

En todos los supuestos aparecía una total falta de planificación societaria, propia de un buen hombre de negocios, y en cambio existía un tufillo de la planificación de la insolvencia para afectar a terceros.

En cuarto lugar quedaron de manifiesto estrategias de los administradores y/o socios de la concursada en la construcción del pasivo, su verificación, su cuestionamiento, la cesión o subrogación de créditos, renunciando a privilegios o derechos reales, tendientes a obtener la aprobación de propuestas ilegales.

Sobre el punto meditamos sobre la naturaleza del acuerdo concursal, la legitimación, la exclusión de voto en las múltiples formas que tomó en los últimos tiempos, no para excluir el voto complaciente, sino para excluir el voto de acreedores que se suponía no aceptarían el acuerdo.

Y en ese estado, después de haber realizado alguna investigación sobre el sistema concursal dentro de las relaciones de organización, describimos las bases sobre las que podría construirse un sistema concursal societario y general.

Hoy repensando en todo ello, la propuesta central debería ser la de encontrar la panacea a través de la aplicación de las normas de la legislación general y específicamente de la societaria, para las crisis económicas de las sociedades, privatizando las cuestiones concursales, para que sólo residualmente fuere menester recurrir a estas últimas.

Por ello, en esta nueva presentación sólo se nos ocurre transferir dudas. Pues de la duda nace la investigación y el esclarecimiento de las cuestiones. No nos permitiríamos ello en otra ocasión, pero parece adecuado en la convocatoria del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Córdoba, con el objetivo de presentar comunicaciones al IV

Congreso Iberoamericano de Insolvencia (Rosario, Octubre 2006), aunque la publicación de esta presentación se formalice en el Anuario tiempo después del mismo.

2. Las cuestiones

Como afrontar la crisis económico financiera de una Sociedad?
Como afrontar su cesación de pagos?

Se nos dirá que presentándola en concurso... ello es lo que ocurre en la realidad.

Preguntaremos en primer lugar si la legislación societaria no impone ciertas conductas a administradores y socios ante la crisis?

E inmediatamente después preguntaremos, entonces, cuando se debe presentar una sociedad en concurso?

Y se responderá que ello es cuando los administradores lo crean conveniente, pues ha sido removido el plazo que preveía el art. 10 de la legislación concursal, no existiendo calificación de conducta en la quiebra por presentación tardía y menos sanción alguna en el concurso.

Coherentemente con la segunda pregunta, interrogaremos si no hay alguna previsión en la ley de sociedades para afrontar la crisis económica de la sociedad? Y quizá ligeramente se responderá que no existe norma alguna sobre ello.

Claro que el derecho es una unidad, y un deber de la doctrina hacer una interpretación armónica.

3. Un paradigma de las cuestiones de hecho

Para afrontar la cuestión previamente debe describirse la situación de hecho a la que quiere encasillarse normativamente, o dar las respuestas que el derecho determine.

La situación de hecho de una sociedad en crisis podría describirse así mirando el expediente, particularmente el informe general del síndico y la homologación de un acuerdo de quita del 70% con esperas importantes y plazos de diferimento del pago del 30% sin intereses ni ajustes, ni garantías de cumplimiento: la sociedad operó largos años en cesación de pagos, se presentó ante situaciones insuperables —posiblemente para evitar el remate de un bien en la ejecución de una sentencia en un largo juicio—, en la documentación societaria no se señaló esa crisis con anterioridad a la ratificación de la presentación en concurso, no fue factible en el concurso satisfacer las obligaciones de pronto pago por no haber resultados de la explotación, se presenta una propuesta de acuerdo de quita y espera sin planificación alguna y sin inter-

vención del órgano de gobierno o de administración de la sociedad, se obtuvieron las mayorías para imponer el acuerdo a través del voto de cesionarios de créditos hipotecarios, prendarios o con privilegios que renuncian a los mismos y aceptan la propuesta; eventualmente con pagos parciales con subrogación de créditos por mayor monto –incluso con la oposición del acreedor al que se le pagaba parcialmente- con lo que se alcanzó con justeza la mayoría requerida por la ley, siendo en muchos casos esos terceros sociedades off shore.

4. De nuevo las cuestiones

Ante esa situación nos planteamos: ¿actuaron correctamente los administradores de la sociedad continuando la operatoria en cesación de pagos?

¿No existen normas imperativas de la ley de sociedades que no fueron aplicadas? ¿No nacería de ello responsabilidad?

Se nos contestará que la ley de concursos no genera responsabilidad en el concurso preventivo, y en la quiebra sólo en caso de dolo y no de culpa, y que en este caso no existiría dolo.

Se nos ocurre preguntar: ¿contratar con un tercero en estado de cesación de pagos, previendo que será muy difícil que pueda cumplirse ese contrato, es culposo o doloso?

Inquiriremos sobre si no hay disposiciones en la ley de sociedades que imponen conductas, particularmente de poner la cuestión en manos de los socios. Y soluciones concretas ante la crisis económico financiera de la sociedad.

Cuestionaremos si nuestro Código Civil autoriza la reticencia al contratar, a sabiendas de la dificultad en cumplir el contrato y si en situaciones similares prevé alguna respuesta.

Y si no se cumplen ¿no se generarán acciones de responsabilidad contra esos administradores y quizá también contra los socios?

Nos preguntaremos a que acreedores se le aplican las previsiones concursales ante la apertura de un concurso preventivo de una sociedad?

Inquiriremos si algún otro acreedor o tercero se ve arrastrado por esa situación.

Preguntaremos si algún tercero no atrapado por el concurso puede intervenir en él, particularmente para votar el acuerdo.

Ahondaremos la pregunta sobre si puede votar cualquiera un acuerdo concursal? Quién está legitimado? A quiénes se convoca a un concurso? Sus cesionarios o subrogados pueden votar?

Se nos dirá que ninguna norma impide que cesionarios o subrogados renuncien a derechos reales y privilegios, incluso para aceptar acuerdos que implican prácticamente la pérdida del crédito.

Nos preguntamos: ¿y también para imponer a terceros esas renunciaciones?

También nos preguntamos una quita del 70% con espera larga, no es sólo un abuso de derecho sancionado por la ley concursal sino inconstitucional frente al art. 17 de la CN?

A su vez quién debe hacer la propuesta, nos referimos a que órgano? ¿Qué órgano debe declarar la propuesta imputable a la sociedad que será sometida a la consideración de los acreedores preconcursales? ¿Podrá hacerlo un mandatario? ¿O el presidente o gerente de la sociedad? ¿O el órgano de administración? ¿O el de gobierno?

¿Qué defensa tendrán los acreedores que no votaron favorablemente, sea porque votaron negativamente, se abstuvieron o no pudieron votar por encontrarse su crédito en trámite de verificación?

Demasiadas preguntas, pero creemos que hoy la realidad y una interpretación disvaliosa del derecho, con carencia de elemento lógico y de eticidad, ha resquebrajado el sistema concursal argentino, y el del incumplimiento de las obligaciones.

Ello significa retracción del crédito, incentivación del incumplimiento y de las conductas que marginan el sistema jurídico, llevándonos a que la comunidad mire con desconfianza su eficiencia.

5. ¿Solución privada o judicial? La vía societaria

Las respuestas, que deberían buscar los lectores, deberían encontrarse en la aplicación plena del sistema jurídico que llevaría a afrontar privadamente las crisis económico financieras de sociedades, llegando al concurso sólo en casos especiales luego de haber recorrido un camino que hoy no se recorre. En este escueto final encontrarán una guía de las preguntas que nos hemos formulado, pero de ninguna forma debe ser condicionante, sí debe refrescar vuestro pensamiento para afrontar esa realidad que no es alcanzada hoy por la doctrina, y recién la jurisprudencia parece reaccionar frente a los abusos.

Son ejemplos de esta privatización las acciones que lleva a cabo Ford, General Motors, American Airlines, etc. para afrontar la crisis, planificando soluciones concertadas con acreedores y trabajadores. La mayoría de las sociedades argentinas han seguido ese camino, salvo las que motivan este ensayo y que nos muestra la jurisprudencia, con gestiones ajenas a los principios societarios y concursales.

6. La solución primaria: Capitalizar la empresa o compartir resultados

La capitalización del pasivo es la forma societaria de afrontar la crisis. Un acuerdo expropiatorio de quita y espera para ser constitucional debería ir unido a que los acreedores compartieran el patrimonio social, como una forma de compensación, y como sostenía Abadesa “La remodelación tiende a salvar la empresa, no a aquellos que deben sufrir la responsabilidad y riesgo de la insolvencia”.

A la comunidad, al País, a los trabajadores, a la economía en general es indistinto quiénes sean los titulares del capital social. No se puede aceptar que se enriquezcan quiénes se marginaron del sistema privado de solucionar el problema, que es el societario.

La tesis sustentada es una invitación a retomar esas ideas, que permitirían salvaguardar la empresa y las actividades productivas. Se trata de seguir abriendo surcos, explorando y arrojando algunas semillas para que otros más dedicados las abonen y hagan fructificarlas para la mejor convivencia y seguridad jurídica.

Nos sentiremos satisfechos si algún joven investigador asume algunas de las cuestiones y desenvuelve su desarrollo con organicidad, suponiendo que estas reflexiones pueden llevar a meditar nuevamente sobre la crisis financiera y económica de las sociedades, devolviendo la cuestión al marco y manos adecuadas: lo privado.



EL DERECHO FRENTE A LA PROTESTA SOCIAL (O SOBRE LA “FLEXIBILIDAD” DE LOS DERECHOS) *

(LAW AND THE SOCIAL CLAIM OR ABOUT THE “FLEXIBILITY” OF RIGHTS)

*Andrés Rossetti ***

RESUMEN: El artículo trata, a través del análisis de un derecho en particular (a la protesta social, tan invocada en la actualidad en nuestro país) el tema de los derechos constitucionales, su flexibilidad y sus conflictos en cinco puntos. En el primero se presentan algunas precisiones conceptuales en relación con lo que se va a trabajar en el resto del trabajo y en el segundo las diferentes normas jurídicas que avalan la existencia en el ordenamiento jurídico argentino del derecho a la protesta social y otras normas que pueden interferir con éste. En el punto 3 se analiza, teórica y prácticamente, las diferentes alternativas frente a los conflictos de derechos en general y en particular del derecho en cuestión en el contexto del ordenamiento jurídico argentino. En el punto 4 se presenta la tesis central del artículo que sostiene la “flexibilidad” o “movilidad” de los derechos en relación con el contexto social en el que éstos se encuentran regulados y aplicados para, en el punto 5, presentar la reflexión final del autor.

PALABRAS CLAVE: Derechos constitucionales: Conflicto y flexibilidad en relación con el contexto social – Protesta social.

* El presente trabajo fue presentado en el *2do. Congreso Nacional de Derecho*, Córdoba. (Argentina) el 1° de Octubre del 2005, organizado por el Centro de Estudiantes de Derecho de la UNC. He mantenido prácticamente inalterada la exposición, de allí que ella se presente en forma “coloquial” y que las citas sean, sólo, las que me han parecido indispensables. A su vez, en el lapso de tiempo transcurrido desde esa fecha hasta la de presentación para su publicación de este trabajo, julio 2006, se han dado nuevas formas de protesta social distintas de las que se analizan aquí (lo que se ha dado en llamar el “neo-piqueterismo”, es decir protestas “piqueteras” realizadas, por ejemplo, por ambientalistas o universitarios) que –a pesar de tratarse de nuevos y diferentes actores que se encuentran en una situación distinta a los clásicos “piqueteros”- no altera la visión sostenida en este trabajo y estos nuevos casos deberán ser evaluados de acuerdo a las nuevas circunstancias personales y sociales.

** Profesor Adjunto de Derecho Constitucional y de Derecho Procesal Constitucional, Universidad Nacional de Córdoba. Investigador del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la misma Universidad.

1. Introducción

El tema de este artículo puede ser tratado desde muy distintos enfoques. Trataré de concentrarme en el aspecto jurídico-constitucional de la cuestión.

Mi intención principal es reflexionar brevemente sobre algunas dudas y relacionarlas con otras “intuiciones” que tengo sobre un tema crucial y delicado, máxime en los tiempos actuales tan llenos de conflictos sociales¹.

2. Problemas (o advertencias) conceptuales

Del mismo título principal del tema a analizar se advierten una serie de inquietudes y cuestionamientos relacionados con la ambigüedad y vaguedad del mismo que, al menos, deseo mencionar antes de adentrarme en el breve análisis que pretendo realizar sobre la cuestión.

Se hace referencia a “*derecho*” frente a la protesta social con lo cual la primera pregunta es: ¿*derecho* en qué sentido?² ¿A su vez, se refiere al derecho “objetivo” o, en cambio, al derecho “subjetivo” de las personas? ¿Asimismo, el análisis debe concentrarse en lo que el ordenamiento dice o lo que debe decir al respecto? Es decir: ¿se refiere al derecho que *es* o al que *debe ser*? Usaré, como suele suceder, durante este trabajo los dos niveles de análisis.

Si bien el concepto de derecho es, sin dudas, problemático, me parece importante dejar aclarado su vinculación, siempre, con los problemas ideológicos y de poder que están “detrás” del derecho. Es decir, sabemos que el derecho puede cumplir distintas funciones, como por ejemplo resolver conflictos, dominar y mantener el “status quo” o bien

¹ En el Congreso en el que fue presentado este artículo, me tocó compartir el panel con dos notables juristas (Raul E. Zaffaroni y Carlos Rosenkrantz) quienes ya se habían pronunciado, en distinta forma, sobre la cuestión. Ver Carlos Rosenkrantz *La pobreza, la ley y la Constitución* en el libro publicado por SELA *El derecho como objeto e instrumento de transformación* (Editores del Puerto, Buenos Aires 2003, páginas 241-257). En lo que respecta a la posición de Raul Zaffaroni, ella se desprende de numerosos reportajes y artículos periodísticos publicados en diversos diarios en donde sostiene la idea de no “criminalizar” la protesta social. Ver, por ejemplo, “*No puede ir a la justicia lo que la política no resuelve*” por Alicia Simeoni (*Página 12*, 30 de Agosto de 2005)

² Es sabido que las discusiones sobre que es el *derecho* son muchas y las respuestas varían según las distintas posiciones. Por ejemplo encontramos visiones *ius-naturalistas* o *ius-positivistas*, *realistas* o *críticas* (cada una de ellas, a su vez, con fuertes versiones diferentes). Los significados del término “derecho”, entonces, son muchos y, por tanto, las posiciones varían notablemente entre sí y no son siempre compatibles entre ellas.

ser un objeto y mecanismo de cambio para posibilitar el mayor y mejor desarrollo humano de la comunidad. No siempre, cuando se discuten estos aspectos, se tiene presente esta cuestión, mientras que considero que es de fundamental importancia que así se haga ya que con ello se visualizan y distinguen mejor los actores y los intereses que suelen estar por detrás de las distintas posturas.

Otra cuestión que merecería atención es la de dilucidar que significa “tener un derecho a” y su correlación con los problemas de la existencia (real) de los derechos y la posibilidad “real” de su ejercicio. Entiendo, en principio, que si los derechos se establecen normativamente se presupone que se hace para que sean cumplimentados y respetados.

Sin poder clarificar todas estas cuestiones ya que ello excedería este marco, adelanto que voy a sostener que *el “derecho” es lo que es* (es decir, como suele sostenerse, un cúmulo de aspectos normativos) y *su circunstancia...* (es decir, que los aspectos socio-económicos a nivel *macro* y los aspectos personales a nivel *micro* son, o deben ser, fundamentales para determinar el “derecho que es” y también el que *debe ser* en una sociedad). Por cierto, a la postre, las “circunstancias” al determinar el contenido del derecho, finalizan por identificarse con éste.

Por otra parte, volviendo al título del trabajo, el término “*frente*”, si bien puede generar dudas interpretativas (“contra” o “versus” la protesta social) parece claro que se refiere a las diferentes soluciones o caminos que se pueden tomar, desde el derecho, frente al fenómeno en análisis.

Pero el aspecto más puntual se relaciona con lo que debe considerarse como “*protesta social*”. La protesta es una acción, una conducta (un acto o una omisión) que manifiesta una contrariedad con respecto a algo. En particular dentro del campo jurídico se vincula principalmente con decisiones (por acción u omisión) del gobierno. Al ser “social”, la protesta necesita “externación”, es decir que la misma se manifieste en un contexto social y que tienda, por tanto, a influir en el mismo, con lo que se excluye la mera crítica privada o los pensamientos críticos individuales. Lo social, además, también se relaciona con el interés que la protesta persigue con respecto a provocar un impacto en la sociedad y no, necesariamente, por el hecho que sea realizada por un grupo o conjunto de personas, aunque esto último –por cierto– “socializa” aún más la protesta.

¿Cuál es el *sentido* o la *finalidad* de la “protesta social”? pueden ser muchos, pasando por aspectos banales o superfluos como la mera diversión, a cuestiones de mayor importancia como, fundamentalmente, el reclamo de derechos. La *forma* de manifestar una protesta “social”

es muy variada y pasa por mecanismos artísticos, culturales o por muchos otros tipos de manifestaciones populares. Es decir, la protesta social se puede canalizar a través de los diferentes mecanismos que se relacionan con la libertad de expresión, por lo que pueden ser orales, escritos, en medios de difusión masiva (radio, televisión, periódicos, revistas, etc.) o en forma menos general a través de panfletos, carteles, mímica o también por muy distintas formas como mediante acciones judiciales, publicidad, discursos, cartas de lectores, libros, etc.

Debe tenerse presente que, en la mayoría de los casos de esta desordenada enumeración de *mecanismos* para canalizar la “protesta social”, ella sólo puede ser realizada por personas que cuentan con algunos medios o capacidades especiales, es decir con ciertos recursos, con dinero, o con un determinado nivel cultural, etc. (lo cual excluye en la Argentina actual —con índices de pobreza e indigencia muy elevados, con problemas de trabajo, salud y educación para franjas enormes de la población— a una gran parte de ella³).

No obstante lo dicho, en Argentina hoy cuando se habla de “protesta social” se piensa, inmediatamente, en los “cacerolazos”, en los “cortes de ruta”, en las “manifestaciones callejeras” y en los llamados “piquetes”⁴. Todas estas manifestaciones tienen en común que son acciones realizadas por grupos de personas que se encuentran casi siempre con problemas de trabajo y, generalmente, de clase humilde que se proponen⁵ llamar la atención de su triste situación en reclamo de derechos y de mejoras para sus condiciones. Se trata, por tanto, de lo que se puede llamar el “derecho a la protesta” que puede ser englobado, en principio, dentro del derecho a la libre expresión, el derecho a manifes-

³ WILLIAM BRENNAN, juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos, supo decir en consonancia con lo dicho “*Los métodos convencionales de petición pueden ser, como suelen serlo, inaccesibles para grupos muy amplios de ciudadanos. Aquellos que no controlan la televisión o la radio, aquellos que no tienen la capacidad económica para [expresar sus ideas] a través de los periódicos o hacer circular elaborados panfletos, pueden llegar a tener un acceso muy limitado a los funcionarios públicos*” en “*Adderley v. Florida*”, 385 US 39 (1966), voto disidente, citado por Roberto Gargarella en *El derecho a la protesta. El primer derecho* (Ad-Hoc, Bs. As. 2005, página 31).

⁴ A los que se podrían agregar, quizás, los llamados “escraches”.

⁵ Las “razones” y las “intenciones” de los que realizan la protesta no pueden ser dadas por “ciertas” y no necesariamente son “homogéneas”, ya que varían de persona en persona que realiza la protesta. De todos modos, entiendo que la razón principal (y más común y general) de las personas que realizan la protesta, se relaciona fundamentalmente con un grado fuerte de insatisfacción por ciertas situaciones que les toca vivir (directa o indirectamente) que lo llevan a reclamar por su modificación, fundamentalmente en el caso argentino actual, en relación con necesidades o derechos básicos.

tar, el derecho a peticionar ante las autoridades, el derecho de reunión, por sólo citar algunos que tienen un vínculo estrecho con la protesta social ya que ella se vincula con muchos otros derechos negados o restringidos que, en muchos casos, le dan origen.

Resulta difícil aislar el ejercicio de un derecho, en este caso a la protesta, del *contexto social* en el cuál se encuentra inserto. El “margen de apreciación” a utilizar para visualizar el respeto y el cumplimiento (o la violación) del derecho tiene (o debe tener) en cuenta el mencionado contexto, que, como sabemos, en Argentina desde hace ya muchos años (con escasísimos momentos de excepción) no ha hecho otra cosa que generar una mayor precarización del empleo (o directamente desempleo), una mayor pobreza, indigencia, exclusión y, lo que considero más determinante, mayor desigualdad social. Los diferentes indicadores, más allá de las variaciones que puedan existir entre ellos, son claros al respecto y sirven como elementos para medir el “cumplimiento” por parte del Estado (del Gobierno y de la sociedad) con respecto a los derechos consagrados en la Constitución.

Me concentraré, por tanto, dentro de las muy variadas opciones de protesta social que pueden analizarse, exclusivamente, en aquellas manifestaciones populares realizadas en la vía pública (calles, avenidas, rutas, autopistas, etc.) con el objeto de protestar por las políticas (tanto por acción como por omisión) del gobierno, porque me parece que es a éstas a las que se refiere el título del panel y “el contexto” argentino actual. No considero, por cierto, las consecuencias que pueden derivar (en forma totalmente desprendida) de dicha protesta al margen de la protesta misma, es decir no analizaré las consecuencias de un eventual enfrentamiento de los manifestantes con las fuerzas del orden, de eventuales saqueos que los manifestantes puedan realizar con respecto a los pasantes o los vecinos de la zona en que se manifiesta, etc., factores que llevan a considerar una serie de otros elementos jurídicos distintos de los relacionados directamente con la protesta social en sí, y que nada tienen que ver, en forma directa, con ella.

3. El derecho “constitucional” argentino y “la protesta social” (en el sentido de manifestaciones callejeras o “piqueteras”)

Al respecto, el primer problema a dilucidar es si se puede –desde un análisis constitucional–⁶ manifestar y protestar o no, y la res-

⁶ Y considerando el término “constitucional” en forma restringida, es decir como aquello que se encuentra reconocido en una de las fuentes del derecho constitucional –reputada en Argentina como la más importante– cuál es la fuente “legal”, o sea la Constitución escrita.

puesta es por demás simple en los estados democráticos donde la protesta y la expresión divergente de ideas es un elemento esencial del mismo, garantizado no sólo por los derechos ya mencionados sino por la existencia misma de la democracia y del estado constitucional de derecho.

¿Pero entonces, cuál es el problema? Aparentemente uno de los problemas principales se vincula con aspectos relacionados con la *reglamentación* de dichos derechos (a nivel del derecho penal por ejemplo, que contempla como delito los cortes de ruta⁷) que prohíben, en ciertos casos, estas conductas. No voy a detenerme en el análisis puntual de la legislación *infra-constitucional* (que en definitiva es la que hace que, muchas veces, los jueces decidan condenar o no a quienes realizan la protesta social en condiciones como las indicadas, es decir, cortando rutas o calles) ya que prefiero concentrarme en la discusión *constitucional* vinculada con este derecho que exige que aquella se adecue a las pautas señaladas en el texto constitucional y que, en caso de contradicción, prime la Constitución. Es decir, por más que el Código Penal tipifique una determinada conducta incluso en forma clara, esta determinación, como todo el resto del ordenamiento jurídico, debe estar de acuerdo, en principio, con lo que se desprende, por el principio de supremacía constitucional, de la Constitución y los derechos en ella consagrados⁸.

La Constitución contempla numerosas normas que protegen el “derecho a la protesta social”, en forma directa o indirecta. Baste citar, por ejemplo y concentrándome solamente en las que considero más “directas”, los artículos 14 y 33 del texto mismo de ella, como así también una importante cantidad de normas provenientes de los instrumentos internacionales con jerarquía constitucional en virtud de lo dis-

⁷ El actual artículo 194 del Código Penal Argentino, ubicado en el Título VII del Libro II “Delitos contra la seguridad pública” es la principal figura que se intenta aplicar a quienes participan de los “piquetes” y dice así “*El que, sin crear una situación de peligro común, impidiere, estorbare o entorpeciere el normal funcionamiento de los transportes por tierra, agua o aire o los servicios públicos de comunicación, de provisión de agua, de electricidad o de sustancias energéticas, será reprimido con prisión de tres meses a dos años*”.

⁸ Digo “en principio” porque pienso en las situaciones de constituciones que no protegen los derechos humanos o los principios democráticos, por citar dos ejemplos. ¿Debe el Código Penal respetar en estos casos la “supremacía constitucional”? La respuesta, en realidad, desde el punto de vista “jurídico” se relaciona con lo que se considere como derecho. De todos modos, parece razonable que desde una lógica jurídica, en principio, se respete la constitución, aun cuando ella pueda ser inmoral o ir contra pautas éticas fundamentales, lo que lleva el problema a otros campos.

puesto por el artículo 75 inciso 22, como la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre en sus artículos 4, 21 y 24; la Declaración Universal de Derechos Humanos en sus artículos 19 y 20; la Convención Americana sobre Derechos Humanos en sus artículos 13 y 15; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en sus artículos 19 y 21, entre otros.

Pero a su vez, como es sabido, también se protege constitucionalmente el derecho a la libre circulación, por ejemplo en forma directa también en los artículos 14 y 33 de la Constitución Nacional y en numerosos artículos de los documentos internacionales con jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 CN) como por ejemplo en el artículo 8º de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, en el artículo 13 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el artículo 22 de la Convención Americana de Derechos Humanos o en el artículo 12 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos.

En relación con la cuestión puede considerarse, también, el artículo 22 de nuestra Constitución, que según la interpretación que algunos hacen del mismo, se podría encontrar vinculado con conflictos que pueden generarse con los derechos en cuestión.

Estamos, por tanto, tomados en forma general, en un caso en el que existen derechos que protegen conductas que pueden quedar enfrentadas o contrapuestas, tal como parece sucede en el caso de las “marchas piqueteras”.

4. El problema del “conflicto de derechos”

Parece ser, por tanto, que en base a lo dicho existen una importante cantidad de derechos (a los que se les pueden sumar, según distintas posiciones, valores, principios o intereses pero que simplificaré en la locución “derechos” que puede contenerlos) que se encuentran involucrados en el hipotético caso de un corte de ruta o de una calle mediante una manifestación.

Es importante insistir en que, seguramente, detrás de cada manifestación se encuentran cuestiones vinculadas con muy variados derechos, como el derecho a la igualdad, el derecho a una vida digna, el derecho al trabajo y tantos otros que no enumero *brevitatis causae*. Simplemente aceptaré, al menos por ahora, por válida la simplificación que suele hacerse (y que yo mismo he realizado al elegir las normas que les dan sustento) en el sentido que cuando estas manifestaciones de protesta se verifican los derechos en juego son, en principio, sólo dos: el derecho “a la protesta” contra el derecho a la libre circulación.

Pues bien, si tenemos un “conflicto de derechos”: ¿cómo solucionarlo? Hay diferentes posturas teóricas y “soluciones” prácticas al respecto⁹, que presento en forma breve en la siguiente forma.

Desde una perspectiva *teórica* pura puede decirse¹⁰ que existen dos grandes posiciones frente a la posibilidad de los conflictos de derechos (principios, etc.): los que niegan tal posibilidad y los que lo aceptan.

1) Posición *negatoria* del conflicto (*modelo “minimalista”*): sostiene que los derechos (valores, principios, etc.) constitucionalmente sancionados no se contradicen: simplemente no existen conflictos entre derechos o principios constitucionales. Seguramente este tipo de posiciones son, fundamentalmente, estipulativas y no encuentran reflejo adecuado en la realidad de los ordenamientos jurídicos actuales. Se trata, fundamentalmente, de una postura conservadora (Nozick es uno de sus principales sostenedores¹¹) y que, además, parece privilegiar los derechos de 1ª. Generación sin aceptar la existencia de los derechos económicos sociales y culturales¹².

2) Posición que *acepta* el conflicto (*modelo “del balanceo”*): sostiene que los conflictos entre derechos son posibles (aunque, por supuesto, también depende de qué tipo de teoría de los derechos se tenga). Es más, los conflictos no sólo son posibles sino que son frecuentes (téngase presente que las constituciones son productos históricos con orígenes cronológicos e ideológicos distintos, lo que facilita, por

⁹ Uso esta simple distinción (teórica y práctica) pero otros autores enfocan la cuestión desde más elaboradas perspectivas. Ver, por ejemplo, Paolo Comanducci *Problemi di compatibilità tra diritti fondamentali* en *Analisi e diritto 2002-2003*, páginas 317-329.

¹⁰ Sigo, en esta parte, el esquema del excelente trabajo de Bruno Celano *Diritti, principi e valori nello Stato costituzionale di diritto: tre ipotesi di ricostruzione* en *Analisi e Diritto 2004* (páginas 53-74).

¹¹ ROBERT NOZICK, en especial en su libro *Anarchy, State and Utopia* (1974) publicado en castellano por el Fondo de Cultura Económica *Anarquía, Estado y Utopía* (Bs. As. 1988, traducción del inglés de Rolando Tamayo).

¹² “*Teorie che negano la possibilità di conflitto fra diritti (secondo le linee del modello minimalista) non sono soltanto inadeguate sotto l’aspetto descrittivo (e, a maggior ragione prive di potree esplicativo). Sono altresì, inscindibilmente, inadeguate sotto il profilo normativo, perché irragionevoli (ossia, sostanzialmente irrazionali)*”. Ibidem, página 60 (Las citas se encuentran omitidas). A su vez, el hecho de que se tome solamente los llamados “derechos de primera generación” no evita, por cierto, la existencia de conflictos en el campo exclusivo de estos derechos.

cierto, los conflictos entre derechos de fuentes diferentes y los problemas de interpretación de aquéllas).

¿Cuándo hay, entonces, conflicto de derechos? En una primera aproximación, puede decirse que cuando los deberes que ellos implican no son compatibles o bien cuando dos normas atribuyen derechos pero ambos no pueden ser satisfechos contemporáneamente (en abstracto o en concreto)¹³.

Cuando hay conflicto de derechos, entonces, se deben “balancear” los distintos intereses, derechos, valores y principios que se consideran relevantes para de esta forma luego determinar cuáles de ellos privilegiar en relación con el caso en análisis¹⁴.

Las dos vertientes que aceptan el modelo del *balanceo* son:

a) El *modelo “del conflicto aparente”*¹⁵: este modelo si bien acepta la existencia de una multiplicidad de derechos y también que estos pueden contraponerse, entiende que este conflicto es sólo *aparente o provisorio* (es decir, es un conflicto “prima facie”) ya que mediante la “correcta” interpretación y aplicación del derecho éste se supera (Dworkin es un claro representante de esta posición¹⁶).

No parece fácil, de todos modos, encontrar los “criterios” *jurídicos* para llegar a la resolución de los conflictos. Sin embargo, entre los principales se pueden mencionar: 1. La necesidad de distinguir entre *limitación* (o *reglamentación* de los derechos)

¹³ Puede, a su vez, tratarse de “*intra-rights conflicts*” (conflictos entre diferentes instancias de un mismo derecho) o bien de “*inter-rights conflicts*” (conflictos entre particular instancias de distintos derechos). Normalmente aquí nos referimos al segundo de estos supuestos.

¹⁴ Dice CELANO “*Si può, ad. es., distinguere fra “tre ipotesi generali di conflitto fra interessi (o diritti): (1) “concorrenza fra soggetti diversi nel godimento dello stesso diritto”; (2) “concorrenza tra interessi individuali non omogenei”; (3) “concorrenza tra interessi individuali e interessi collettivi”. / I conflitti, dunque, sono possibili, e frequenti. Le forme che il conflitto può assumere sono molteplici, verosimilmente non riconducibili a quanto previsto da una singola teoria formale dei diritti. In caso di conflitto occorre “bilanciare” gli elementi (diritti, valori, interessi, principi) rilevanti, così da stabilire quale di essi abbia, relativamente al tipo di caso in esame, maggiore “peso”. Questo è il nocciolo del modello del bilanciamento. Ma la semplicità del modello del bilanciamento è ingannevole. Di esso possono distinguersi almeno due versioni, che si contrappongono l’una all’altra relativamente alla struttura attribuita al conflitto, e alla sua risoluzione.*” en op. cit., página 65.

¹⁵ CELANO, en *ibidem*, lo llama “modelo Irenístico”.

¹⁶ RONALD DWORKIN, en especial a partir de su libro *Talking rights seriously* (1978), publicado en castellano por Ariel *Los derechos en serio* (Barcelona 1984, traducción del inglés de Marta Guastavino).

y la *violación* de los mismos. 2. La necesidad de determinar y respetar el “contenido esencial” de los derechos. 3. Tomar en consideración los precedentes que sientan la solución de casos de “balanceos” similares realizados con anterioridad. Considerar la “especificidad” de los derechos, lo que permite solucionar los conflictos aparentes en los casos concretos, ya que el conflicto se presenta en abstracto pero cuando se establecen las condiciones de aplicación se facilita su solución. 5. Por último, el conflicto puede plantearse con referencia a derechos (o principios) que, en realidad, son “derrotables” mediante la reconstrucción de los antecedentes en base a criterios de “relevancia”.

En realidad todas estas supuestas “soluciones” no logran, en mi opinión, establecer criterios firmes para la resolución de los conflictos de derechos, al menos como solución única que surge del mismo “ordenamiento jurídico”. A lo sumo, generan una serie de “precedentes”, basados en decisiones “no conceptuales” que pueden servir para posibilitar una posterior “construcción jurídica” en una determinada sociedad¹⁷. En otras palabras, pueden generar un marco algo más restringido en relación con las alternativas con que puede contar el operador jurídico cuando se enfrente con un conflicto de derechos en un caso concreto.

b) El *modelo Particularista*: esta posición sostiene, en cambio, que el conflicto de derechos existe *realmente* y, por tanto, éste debe resolverse vez por vez de acuerdo con los elementos puntuales involucrados en cada caso (por lo que no genera reglas). De todos modos, en definitiva, la resolución de la cuestión –más allá de su “ropaje” jurídico- siempre recaerá en decisiones –directa o indirectamente- de tipo ético¹⁸.

Hasta aquí una presentación, muy sintética, de las posiciones desde la teoría del derecho.

La perspectiva “*práctica*” (en el sentido del conflicto llevado a dos derechos en particular en un ordenamiento jurídico particular¹⁹)

¹⁷ Ver CELANO, cit., págs. 69-71.

¹⁸ “*Lo standard la cui formulazione costituisce il risultato del bilanciamento contiene, ineludibilmente, clausole aperte, contenenti (in forma esplicita o meno) termini e concetti etici.*” En *ibidem*, pág. 72. (Las citas se encuentran omitidas).

¹⁹ Ejemplos concretos de conflictos entre derechos puntuales puede verse en Edgardo I. Saux *Conflictos entre derechos fundamentales*, LA LEY, 2004-B, Sec. Doctrina, páginas 1071-1078)

del problema se mueve dentro de cánones similares a los presentados con relación a los aspectos teóricos. Entiendo por postura práctica la resolución concreta de conflictos de derechos en los que entran en juego los derechos que estamos analizando, fundamentalmente en relación con casos jurisprudenciales concretos²⁰. Hay variadas posiciones de parte de los jueces que resuelven estos aspectos. Creo que ellas reflejan, en lo que al aspecto constitucional se refiere, las posturas que la doctrina constitucional argentina ha sostenido, aunque en relación – generalmente- con situaciones abstractas. Cito tres posiciones doctrinarias representativas de las principales posiciones sobre el tema²¹.

1) Postura que podría calificar como “*conservadora*” (no quieren que se cambie el modelo ni la situación existente): En principio no hay conflicto de derechos simplemente porque los “piquetes” no se pueden hacer porque son “ilegales” y como comportan la violación de otros derechos no deben ser permitidos o, eventualmente, deben ser castigados (Badeni, Cassagne²²). El pueblo se pronuncia a través del voto y no de otra forma. Esto no comporta, por cierto, en la práctica “eliminar” el derecho de protesta (o silenciarlo), ya que –siempre según esta posición- éste se debe hacer sólo “de acuerdo a la ley” y no fomentando el “libertinaje”²³.

Es decir, si bien quien sostiene esta postura no admite que no acepta la protesta²⁴, al limitarla completamente hace que en la práctica carezca de sentido realizarla²⁵. Se me podrían ocurrir miles de ejemplos, cito sólo uno: los sostenedores de esta

²⁰ En Argentina, con el notable incremento de los “piquetes” iniciados a fines de los 90, se calcula que hay más de 4.000 procesados “sociales”, con resultados judiciales diferentes. De todos modos, la Corte Suprema de Justicia de la Nación aún no se ha pronunciado sobre el *fondo* del problema en relación con el conflicto de derechos que comporta esta práctica social. (Información en *Marina espera en la Corte*, de Irina Hauser, *Página 12*, 24 de Junio de 2004).

²¹ A través de ellas remito a los diferentes casos judiciales que se van estableciendo en forma algo contradictoria, por ahora a nivel de juzgados y cámaras, en nuestra jurisprudencia.

²² GREGORIO BADENI, *Formas de libertinaje* (Clarín, 17-5-1999) y *La convivencia democrática, La Ley*, tomo 2001-E-1281. También Juan Carlos Cassagne *Reflexiones sobre los cacerolazos, La Ley*, tomo 2002-C, Sec. Doctrina, página 1398.

²³ Ver *Badeni ibidem*.

²⁴ Afirmar esto sería, claramente, una postura “inconstitucional”.

²⁵ Generalmente los sostenedores de esta posición se apelan al nivel infraconstitucional (código penal, por ejemplo) que avala, mediante la reglamentación de la Constitución, sus posturas “represivas” de la protesta. De lo que se trata es de ver si dichas-

posición sólo podrían aceptar que los “piqueteros” se reúnan a protestar en la Puna de Atacama a las 3 de la mañana, o soluciones de ese tipo....

2) Una buena parte de la doctrina, acepta realmente el conflicto de derechos, considerando que hay conflicto “constitucional” de derechos y principios, circunscribiéndolo, en este caso, a la contraposición entre el derecho “a la protesta” contra el derecho a la libre circulación. Por lo tanto se debe “balancear” cuál de ellos prevalece (o debe prevalecer) en situaciones de “normalidad” (ya que frente a circunstancias excepcionales el “balanceo” puede ser diferente. Por ejemplo, piénsese en el caso de una ambulancia que lleva una persona que para salvarse debe llegar inmediatamente a un hospital y se encuentra con la ruta cortada, etc.). Se presentan aquí dos posiciones:

A) Postura “clásica” o “liberal”: entiende que hay conflicto pero que éste no puede permitir la eliminación de uno de los dos derechos en juego (Ferreya²⁶) y hay que resolver la cuestión teniendo presente esto.

Hay que ver caso por caso, pero evidentemente se deben respetar los “mínimos esenciales de cada derecho”: por ejemplo las manifestaciones deben dejar una vía alternativa o un espacio para la circulación pero a su vez los “circulantes” (que son titulares de derechos, en este caso un “derecho especial de libertad”) deben aceptar la disminución que comporta el ejercicio de su derecho en pos del derecho de los manifestantes.

B) Postura “progresista”: el conflicto es sólo aparente ya que los derechos están reconocidos para los “más débiles” y, además, la protesta se enrola como un elemento esencial de todo sistema democrático por lo que va defendida y no combatida. A ello se le agrega que nos encontramos en

reglamentaciones son o no acordes con lo dispuesto en la Constitución. Sería interesante visualizar los argumentos de los mismos autores frente a una modificación del Código Penal mas “permissiva” en lo que a la protesta social se refiere. Nótese que las pocas referencias al nivel constitucional del problema que se hacen, a veces, se vinculan con la idea de que los derechos “no son absolutos”, lo que por cierto, en concreto, dice muy poco y que, en el caso puntual, parece “jugarles” incluso en contra ya que el margen que se deja para el derecho a la protesta es muy restringido.

²⁶ RAUL GUSTAVO FERREYA, *Tensión entre principios constitucionales* en, del mismo autor, *La Constitución vulnerable* (Hammurabi, Bs. As. 2003, páginas 23-47).

una situación de “alineación social” que sólo les permite a aquellos ejercer éste derecho: el *primer derecho* (Gargarella, en el sentido del derecho de exigir la recuperación de los demás derechos²⁷).

¿Cuál de estas dos últimas posiciones “prácticas” puede considerarse más razonable (es decir la 2A o 2B, o sea aquellas que aceptan el conflicto de derechos. Elimino dentro de mi elección la primera posición, 1, porque entiende la función del derecho en una forma “opresiva” y parece no moverse en el plano “constitucional”), aún cuando no necesariamente puedan compatibilizarse entre sí. Creo que ambas merecen ser consideradas.

Para definir cuál de las dos posiciones aceptar, es importante tener en claro el *contexto* en el cuál tal elección se formula. Mis simpatías, al menos en el contexto argentino actual con los índices de “*libertad*”²⁸ existentes para una gran parte de la población, se concentran en la última posición, es decir que la situación de fuerte desigualdad social, unida a un amplio margen de pobreza e indigencia, no permite acallar la única voz que hace visibles seres “*alienados*”. Por tanto, no sólo no puede prohibirse la protesta social sino que menos aún se pueden “criminalizar” las únicas formas de reclamo —en base al ejercicio de derechos constitucionales— que tiene el sector más postergado y olvidado —aunque muy numeroso— de la población. No estoy seguro de adoptar esta postura en otros contextos culturales, económicos, políticos y sociales distintos. Ello en razón de que, como ya dije, sostendré, la idea de que el derecho en general y el ejercicio de los derechos en particular son “*ellos y sus circunstancias*” y que estas circunstancias son las que pueden llevar, al menos en casos extremos seguramente, a encontrar soluciones distintas para resolver este tipo de conflictos.

²⁷ ROBERTO GARGARELLA, *El derecho a la protesta*, op. cit. En la página 19 dice “*El derecho a protestar aparece así, en un sentido importante al menos, como el ‘primer derecho’: el derecho a exigir la recuperación de los demás derechos*” (cita omitida).

²⁸ La idea de “libertad” se relaciona con la imposibilidad de ejercer un sinnúmero de derechos. Se encuentra desarrollada en la discusión teórica moderna y por citar un ejemplo Amartya Sen, al respecto, dice “*L’libertà può derivare sia da processi inadeguati (come la negazione del diritto di voto o di altri diritti politici o civili) sia dal fatto che ad alcuni non sono date adeguate possibilità elementari, come quella di sfuggire a una morte prematura, a malattie evitabili o a alla fame involontaria*” (en *Lo sviluppo è libertà. Perché non c’è crescita senza democrazia*. (*Development ad freedom*, 1999, traducción al italiano de Gianni Rigamonti publicada por Mondadori, Milán 2000, página 23).

5. La “flexibilidad” o “movilidad” del derecho en relación con “el contexto”

El derecho y los derechos no son instrumentos estáticos, como suelen ser a veces presentados, sino que son herramientas que se relacionan con la lucha política y social en la vida de la comunidad. No son, por tanto, herramientas perfectas que permitan soluciones perfectas. Pero sí me parece que es interesante tener presente que para resolver los conflictos de derechos en casos concretos, y valiéndose de este factor “móvil” de lo jurídico, puede pensarse en la influencia y la importancia del contexto social y personal para su resolución. Ellos sirven para *potenciar* o *disminuir* el *ejercicio* de derechos que normativamente todos, en principio, tienen en igual forma.

Es decir, normalmente se piensa que un derecho se tiene o no se tiene y punto, de acuerdo con lo que establezca un determinado ordenamiento y según como sea aplicado el mismo. Es decir, no hay “categorías intermedias”, no puede distinguirse y diferenciarse según los casos: todos tienen libertad de expresión, de circulación, derecho a no ser torturados, etc. Mi posición es que no es tan así. Me parece que las circunstancias personales y el contexto social *flexibilizan* (o deben flexibilizar) los derechos constitucionales en relación con esos aspectos, en particular en los comunes casos en los que se presentan conflictos entre diferentes derechos²⁹.

O sea, el hecho de tener un derecho no me garantiza plenamente su total y completo cumplimiento, ya que los márgenes de cumplimiento quedan supeditados a una serie de otros factores que también cuentan en la delimitación del derecho, entre ellos, por cierto, los conflictos de derechos. Es como dice Bin, que los derechos no se tienen como quién los encuentra colocados dentro de una *caja* (está o no está, y si lo está me garantiza plenamente mi pretensión) sino que se parece más a poseer un *paraguas* y que la protección que este me garantiza es relativa y gradual, por ejemplo a la cantidad de lluvia que caiga, a que

²⁹ Se debe tener presente que el argumento aquí sostenido se refiere al conflicto de derechos constitucionales pero no al muy cercano de la reglamentación de los mismos por parte del Poder Legislativo u otros operadores jurídicos. Es decir, aún cuando la reglamentación de los derechos juega un papel importante en la determinación “práctica” de los conflictos entre ellos, por tratarse de cuestiones constitucionales, en sistemas como el argentino, ella tiene que tener poca influencia al dirimirse judicialmente por el control de constitucionalidad jurisdiccional difuso y el principio de supremacía constitucional que lo caracteriza.

haya viento y sus diferentes grados de intensidad, etc. Seguramente hay un núcleo duro (el centro del paraguas) que se encuentra siempre protegido, pero de allí hacia los bordes la protección se atenúa o se potencia de acuerdo con las circunstancias climáticas y demás³⁰. Por cierto, los derechos que “confluyen” forman parte, también, de “esas circunstancias”...³¹

Presento dos ejemplos que espero que sirvan para clarificar aún más la idea.

Pensemos en una hipótesis de comparación “*inter-sistémica* de ordenamientos jurídicos”: supongamos que el *derecho objetivo* (con todas sus fuentes) de países como Noruega o Islandia (en los que los índices de desarrollo humano son los mejores del mundo³²) y de Argentina son idénticos. ¿Puede razonar y resolver —el *mismo* operador jurídico— en la misma forma el conflicto de derechos que en este escrito se ha presentado? Creo que la resolución puede (y debe, según los casos) ser diferente, porque el ambiente socio-económico-cultural de Noruega o Islandia es completamente diferente que el de Argentina. Allí prácticamente no hay pobres, no hay analfabetos, y, sobre todo, no existe una situación de “desigualdad social” considerable. Se trata de sociedades “decentes”³³ donde la eventual restricción o atenuación de otro derecho (a circular, en este caso) tiene muchos menos argumentos válidos, ya que las formas de protesta al alcance de la ciudadanía pueden, perfectamente, ser otras y están al alcance de la mano de toda la población.

³⁰ ROBERTO BIN, *Diritti e fraintendimenti: il nodo della rappresentanza* artículo presentado en la “IX Settimana di studi sui diritti umani” organizada por el “Dottorato di ricerca su Diritti Umani: evoluzione, tutela e limiti” (Palermo, 6 al 9 de Junio del 2005). En este texto (hay una versión previa publicada en *Ragion Pratica* del año 2000/14, páginas 15-25) el autor trata este tema y puntualmente dice “*Il fatto è che la definizione del ‘diritto’ non è come una pentola, rispetto alla quale un determinato fenomeno sta dentro o fuori, tertium non datur. Si comporta piuttosto come un ombrello durante un forte acquazzone: vi è un punto in cui la protezione è massima, e poi, via via che ci si allontana da esso, la tenuta diviene sempre meno efficiente; è persino difficile dire in che punto si è totalmente fuori dall’ombrello, anche perchè in buona parte dipende dal vento*” (páginas 6/7).

³¹ O sea, deben existir los “derechos” que confluyen, caso contrario no se da la “circunstancia” del conflicto.

³² Pero los países se citan a título ejemplificativo, conforme al *Informe sobre Desarrollo Humano 2005 La cooperación internacional ante una encrucijada*, Publicado por el Programma de Desarrollo de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), Ediciones Mundi-Prensa, Madrid 2005, Tabla 1 (página 243).

³³ Avishai Margalit *La società decente* (Guerini, Milán 1998, traducción de la obra en inglés –1996- de Andrea Villani).

El mismo razonamiento vale ya no en relación con los ordenamientos sino con el goce y ejercicio de los derechos de parte de los individuos dentro, ahora, de una misma sociedad, por ejemplo el caso de Argentina. Comparemos “*intra-sistémicamente*” los derechos subjetivos a realizar la protesta de los “indigentes” y los de personas pudientes con numerosos recursos: ¿Tienen el mismo derecho a protestar mediante “piquetes”? Me parece que la respuesta es que es mucho más difícil de argumentar a favor de esa conducta de parte de los ricos (piénsese en el derecho de un multimillonario a cortar una ruta, por ejemplo) mientras que aquellos que no tienen otra alternativa se ven mucho más y mejor protegidos para realizar estas acciones. La diferencia, entonces, no es “jurídica” (o mejor dicho, normativa a priori), sino que se basa en las oportunidades y el contexto social que permiten balancear en una forma en el primer caso y en otra distinta en el segundo el conflicto de derechos.

En definitiva, la tesis que se sostiene es que mientras más el contexto socio-económico cultural o personal es desventajoso para los titulares de derechos, más estos se potencian (o se deben potenciar) en relación con la protección de fondo y las garantías para su ejercicio por parte de los mismos, y viceversa, en particular frente a situaciones de conflictos de derechos.

6. Reflexión final

Mi pregunta ahora es: ¿toda esta discusión es jurídica? ¿O es “moral”? ¿O es “política” o “ideológica”? Seguramente se mezclan todos los niveles en el discurso que pretende ser jurídico, por la indisoluble unión entre éste campo y los demás mencionados.

De todos modos, parece que hay un acuerdo generalizado en el hecho que no debe haber más “piquetes”³⁴, lo que se discute es como hacer para que ellos se terminen y cuáles son las medidas adecuadas a tal fin. A veces los políticos en Argentina coinciden con terminar con los “piquetes”, pero el acuerdo se termina cuando se empiezan a discutir las soluciones para ello: unos creen que se debe dar trabajo a todos, otros entienden que la policía los debe impedir, etc.³⁵

³⁴ Por ejemplo, el diario *La Nación* titulaba su edición del domingo 25 de septiembre del 2005, frente a las inminentes elecciones legislativas por realizarse, en su tapa lo siguiente “*Ningún candidato quiere a los piqueteros en las calles*” y desarrollaba un largo artículo al respecto.

³⁵ *Ibid.*

La solución para evitar la protesta social pasa, creo, por la eliminación de la pobreza, de la desocupación, de la falta de educación, de la falta de protección para la salud, entre otras. Pero fundamentalmente lo que hace falta es que se logre una sociedad más igualitaria donde *todos* puedan ejercer, si así lo desean, sus derechos plenamente, es decir en forma libre. Una sociedad “decente”, una sociedad que no “humille” a sus miembros, siempre siguiendo la terminología de Margalit³⁶.

Vivir, como vivimos, en una sociedad “indecente” es seguramente grave desde el punto de vista moral. Pero es también antijurídico ya que no se respeta la Constitución, por ejemplo en lo que se refiere a la protección del derecho a una vida digna, derecho a la alimentación, a la salud, y tantos otros derechos (en particular el derecho a la igualdad y a los llamados derechos económicos sociales y culturales).

Si además se pretende reprimir o condenar a quienes están ejerciendo “el primer derecho” (por usar la terminología de Gargarella, pero lo hago en el sentido de “casi el único que tienen a su alcance”), seguramente estamos frente a un Estado y una sociedad que es doblemente inmoral, doblemente “inconstitucional” y doblemente indecente. Es hora que los que no vivimos en la pobreza —la gran mayoría, sino todos, los que leen este escrito— a más de los gobernantes, los dirigentes, empresarios, legisladores y jueces incluidos —quienes en muchos casos viven en la opulencia y que son quienes tienen, generalmente, una mayor dosis de influencia en la determinación de las políticas públicas— empecemos a darnos cuenta que el problema no es mi derecho a circular (sea en un Mercedes Benz último modelo, en un viejo Fiat 600, en un colectivo o incluso caminando) y llegar unos minutos o unas horas más tarde a mi destino, sino que el problema es que existan situaciones de desigualdad social tales que quienes me impiden circular tienen que hacerlo para hacerse *visibles* y para reclamar derechos básicos de los que, si bien son titulares “normativamente”, parece que nadie lo recuerda. Es hora que los gobernantes, los empresarios, los docentes, los jueces nos demos cuenta de la “anomia” que significa vivir, como vivimos, en una sociedad indecente. Redistribuyamos la riqueza, generemos una sociedad más igual y, por tanto, aunque suene paradójico, más libre y seguramente podremos circular mucho más tranquilamente todos por las calles y rutas argentinas, piqueteros incluidos...



³⁶ MARGALIT, op. cit.

PAGINA 216
BLANCA

PROCEDIMIENTO LABORAL. LA CONCILIACIÓN EN LOS CONFLICTOS INTRAYPOST RELACIÓN DE TRABAJO

**(THE LABOR PROCEEDING. CONCILIATION IN CONFLICTS DURING AND
AFTER THE LABOR RELATIONSHIP)**

*Carla Saad de Bianciotti**

RESUMEN: Se analiza a la “conciliación” proyectándola como un método adecuado para aplicar en los conflictos entre trabajador-empleador durante la existencia de la relación como en el fin anticipado de la misma, profundizando el análisis desde la normativa procesal provincial, considerando la última reforma al art.66 de la Ley de Contrato de Trabajo.

PALABRAS CLAVES: Procedimiento laboral – Conflicto – Conciliación – Relaciones individuales del trabajo

1. Introducción

Las relaciones individuales del trabajo se enmarcan en una problemática muy especial, la relación trabajador-empleador fruto de un trabajo remunerado. Este contrato de trabajo bilateral transita en su existencia con numerosos conflictos que deben ser sorteados paso a paso, hasta que una de las partes se ve afectada de tal forma que se le hace imposible continuar la relación, dando por finalizada la misma. La “conciliación” como un medio alternativo para resolver conflictos, parece proyectarse como un método adecuado para aplicar en los conflictos entre trabajador-empleador durante la existencia de la relación como en el fin anticipado de la misma.

* Investigadora del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Prosecretaria en la Secretaría de Extensión y Relaciones Internacionales, Codirectora de proyectos de Becas de Pregrado, Docente de Taller de Jurisprudencia I y Práctica Profesional III, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales UNC.

2. Noción de conflicto

En 1996 en el “Primer curso de formación de mediadores de Córdoba” realizado en la ciudad de Villa Carlos Paz –Provincia de Córdoba, el Profesor Jerry Spolter conocido árbitro y mediador de la American Arbitration Association (AAA) expuso una filmina interesante sobre una clasificación del conflicto¹:

Describe un conflicto en una esfera, dentro de ella diferencia el conflicto en distintos tipos: 1) CONFLICTO DE DATOS que tiene como posibles causas: *falta de información, *información errónea, *distintas visiones respecto de qué datos son importantes, *distinta interpretación de los datos, *distintos procedimientos de evaluación; 2) CONFLICTO DE INTERESES que puede producirse sobre distintos tipos de intereses: *sustantivos (de contenido), *procesales (de forma), *psicológicos; 3) CONFLICTO ESTRUCTURAL que puede producirse por: *patrones de conducta, *recursos desiguales, *factores geográficos, o, *restricciones de tiempo; 4) CONFLICTO DE VALORES que puede producirse por: distintos *criterios para evaluar la conducta, *objetivos distintos e intrínsecamente valiosos, o, *distintos modos de vida, ideología, religión; 5) CONFLICTO DE RELACION que puede producirse por: *emociones poderosas, *percepción errónea o estereotipos, *comunicación escasa o incomunicación y *conducta negativa repetitiva.

El conflicto en la relación laboral, surge en una relación muy especial donde el TRABAJO, desde el punto de vista humano, es utilizado por el **trabajador** no solo como medio o modo de subsistencia para sí y para toda su familia, sino también involucra *valores* no económicos como expresión de su dignidad, para ello recordemos la encíclica *RERUM NOVARUM* del Papa León XIII cuando definía al “*trabajo*” como la dignidad del hombre. No puede considerarse al trabajador en un mero productor de salarios, como una cuestión meramente económica, toda vez que la relación entre el capital y el trabajo apunta a considerar al trabajador como persona humana y moral².

El **empleador**, el otro sujeto de la relación del trabajo dependiente, es la persona (física o jurídica) a quien el trabajador pone a su disposición su fuerza de trabajo, a fin de llevar a cabo la actividad con

¹ SAAD DE BIANCIOTTI, CARLA, “Conciliación Laboral como medio de resolución de conflictos”, Gaceta Laboral de la Universidad de Zuliá, Venezuela, publicación con referato, diciembre 2005, vol.11, n° 3, p.303-315, ISSN 1315-8597.

² MIROLO, RICARDO y OTROS. Curso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Tomo I, Ed. Advocatus, Córdoba, 2003, pág.20.

finés de lucro de éste. Conserva la facultad de dirigir y organizar la actividad del trabajador. Este empleador tiene un objetivo que excede la relación propia trabajador-empleador, que es llevar adelante su empresa o negocio.

En esta relación laboral intervienen dos individuos bien diferenciados con roles e intereses distintos que cuando se contraponen pueden generar conflictos, éstos conforme la clasificación enunciada por Spolter pueden enmarcarse en: CONFLICTOS DE DATOS, DE INTERESES, ESTRUCTURALES, DE VALORES, DE RELACION.

3. El método de “conciliación” y su aplicación legal

Entendemos por “conciliación” un medio alternativo de resolución de conflictos donde las partes, por sí o representadas por sus letrados, intentan dirimir su conflicto bajo la dirección de un tercero. El instituto de la Conciliación ha sido considerado peyorativamente por quienes entienden que implica en la mayoría de los casos, una renuncia encubierta a sus derechos. Sus detractores opinan que se pretende justificar en aparentes razones de conveniencia, un trasfondo abusivo de la necesidad económica del trabajador. Por el contrario, sus defensores encuentran en él un modo dinámico de resolución de conflictos, una buena herramienta para asegurar la paz social en un marco de justicia, objetivo final del orden jurídico³. Dirimir el conflicto en el ámbito de las relaciones laborales —en el caso que nos ocupa— en las individuales, implica para las partes y el tercero conciliador, observar estrictamente el carácter de orden público impuesto por la ley laboral.

Krotoschin⁴, siguiendo a Perugini, enumera a la conciliación como un principio estructural del procedimiento laboral, remarcando que todo proceso laboral debe iniciarse con un intento de conciliación, pudiendo repetirse en cualquier estado del juicio.

En el plexo normativo procesal del trabajo en nuestra provincia, el instituto de la conciliación aplicado a la resolución de conflictos individuales del trabajo aparece regulado para aplicar a la instancia administrativa, como judicial. Así, La Ley 8015 regula los procedimientos a seguir en la instancia administrativa. En el marco de la actual Se-

³ TOSELLI, CARLOS y ULLA, ALICIA, Código Procesal del Trabajo, Ley 7987 –comentado y anotado con jurisprudencia-, Alveroni, Córdoba, 2004, pág.282.

⁴ KROTOSCHIN, ERNESTO, Manual de Derecho del Trabajo, 4ª Edición actualizada por el Dr. Gustavo Raúl Melij, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1993, pág. 398.

cretaría de Trabajo y la Producción existe una Dirección de Conciliación y Arbitraje, allí se articulan de forma optativa⁵ por las partes y previa al procedimiento judicial, una audiencia de Conciliación (pedida por alguna de las partes, generalmente iniciada por una denuncia del trabajador) para dirimir cuestiones atinentes a la relación de trabajo que transcurre o a las consecuencias de su extinción.

El procedimiento se acciona a pedido de parte, pedido que toma la forma de una denuncia, allí la dirección cita a la contraparte. En día y hora fijada previamente y ante un secretario de audiencias, se toma la misma permitiendo el acercamiento de las partes y sus representantes, la posibilidad de explicarse ante el secretario de audiencias, escuchar las observaciones de éste y en su caso, llegar a un acuerdo. Este acuerdo no toma fuerza entre las partes hasta que el Director del área homologue el mismo, homologación que ante el incumplimiento le da fuerza de título ejecutivo.

La Ley 7987 regula el procedimiento trabajo en el fuero laboral. El procedimiento ordinario (juicios comunes) es de instancia única, con una etapa instructoria ante el Juez de conciliación y una etapa decisoria ante los Jueces que integran la Sala de la Cámara del Trabajo. La Ley de Procedimiento le impone al Juez de Conciliación la obligación de conocer en la “conciliación” de las partes (art. 4, inc.2), esto se traduce en doctrina⁶ como la función principal del primer Juez que participa en la causa y sosteniendo que el Juez debe intervenir activamente a fin de lograr un advenimiento de las partes, solo será una función secundaria, la de instruir la causa si no se logra la conciliación deseada, para que el Tribunal de mérito (Sala de Cámara del Trabajo) pueda emitir una Sentencia sobre los conflictos planteados. Por esto, iniciada la demanda, el Juez de Conciliación cita a las partes a una audiencia, en un término entre 5 y 20 días, e indica el art. 50 LPT: *“En la audiencia de conciliación, el juez intervendrá personalmente, en forma oral y en audiencia privada; procurando el advenimiento de las partes, si están de acuerdo sobre los hechos y la divergencia versa sobre la aplicación del derecho, no podrá existir transacción. Producida la conciliación, deberá dejarse constancia en acta de los términos y su aprobación por el juez interviniente, la que hará cosa juzgada pudiéndose exigir su cumplimiento por vía de la ejecución de sentencia. Si la conciliación fuere parcial, el*

⁵Salvo en las relaciones que surgen del empleo doméstico donde la instancia administrativa es obligatoria.

⁶TOSELLI, CARLOS y ULLA, ALICIA. Ob.cit., pág.60.

trámite continuará en relación a las cuestiones controvertidas. Si no se produjere advenimiento de las partes, se hará constar esta circunstancia sin expresión de lo que se dijo en la audiencia, no pudiendo ser posteriormente interrogados los intervinientes acerca de lo ocurrido en aquella”.

Analizáramos en trabajos anteriores⁷ que la conciliación participa de las características de la mediación (como otro método de resolución de conflictos) en: ***confidencialidad** de lo allí tratado, no por firma de acuerdo previo, sino establecido por ley; ***audiencia privada**, existe una audiencia (conjunta en términos de mediación) a la que deben asistir todas las partes, junto al Juez. Deben asistir sus representantes legales; ***forma oral**. Nada queda por escrito, las partes pueden expresarse libremente en virtud de la confidencialidad impuesta vía legal; ***documentación del resultado**. Se debe labrar un acta por la cual el Juez impondrá la homologación del acuerdo. Ante la falta de acuerdo, también se labrará un acta indicando la falta de tal y la continuación del proceso.

Al comentario de este artículo realizado por dos jueces laborales⁸ de la provincia de Córdoba, citan expresamente “El diálogo permite explicitar claramente los intereses de cada contrincante, inferir cuales son aquellos que resultan primordiales, individualizar los puntos en que coinciden y en los que difieren, para buscar una solución integral y satisfactoria para ambos”, resaltan así la función de la conciliación.

Es de destacar la conformación del procedimiento de instancia única, existen dos Tribunales que intervienen en un mismo proceso judicial: el Juez de Conciliación y los Jueces de Sala de Cámara del Trabajo. El primero tiene como función principal intentar conciliar el conflicto, buscando la conformidad de ambas partes y sino, instruir el proceso. Se mantienen aquí los principios de la resolución del conflicto ya que este Juez no dicta sentencia, como tampoco toma ningún contacto con el Juez decisor de la Cámara, lo que asegura plena confidencialidad en el tratamiento del conflicto

En la resolución judicial el Juez juega un papel distinto que en la resolución del conflicto mediante un procedimiento con culminación de Sentencia. El Juez, luego de la posición de las partes avaladas por las pruebas aportadas al juicio, tiene necesariamente que dictar sentencia dirimiendo el conflicto, dirá quien tiene la razón total o parcialmente y dictaminará en consecuencia. En cambio, cuando de Conci-

⁷ SAAD DE BIANCIOTTI, CARLA. Ob. cit.

⁸ TOSELLI, CARLOS y ULLA, ALICIA. Ob. cit.

liación se trata la función del Juez es homologar (convalidar, darle valor de cosa juzgada) aquello que las partes han acordado previamente, dentro del marco de la legalidad. Este acto de homologación se encuentra enmarcado en la ley de fondo, art. 15 LCT, cuando impone como requisitos esenciales de la misma que los acuerdos conciliatorios solo serán válidos cuando se realicen con intervención de la autoridad judicial o administrativa y mediante resolución fundada de cualquiera de éstas que acredite que mediante tales actos se ha alcanzado una justa composición de los derechos e intereses de las partes, dándole a dichos acuerdos conciliatorios la autoridad de cosa juzgada entre las mismas. De Diego⁹ indica que en alguna medida, el legislador buscó la seguridad jurídica de ambas partes. Al trabajador le brindó la cobertura de la intervención de la autoridad administrativa o judicial, que por resolución fundada debe custodiar que la transacción, el acuerdo conciliatorio o liberatorio, impliquen la justa composición de los derechos e intereses de las partes. Al empleador le permite obtener un acuerdo que, por la virtualidad de la homologación, adquiere la propiedad de autoridad de cosa juzgada.

4. Conciliación intra o post relación laboral

El conflicto puede aparecer en dos momentos de la relación individual del trabajo: durante el desarrollo de la misma o en la ruptura del contrato.

Finalizada la relación por cualquier causa (despido directo, indirecto, entre otras) pueden ejercerse las opciones planteadas en el punto anterior, o sea el ejercicio del método de conciliación, ya sea vía administrativa o judicial.

Cuando durante la relación del trabajo (intra) se produce un conflicto, es allí cuando puede también ejercerse las instancias administrativas ya enunciadas, como también la judicial. Una importante oportunidad de implementar la conciliación como medio de resolución pacífica de conflictos intra relación laboral, fue la última reforma al art. 66 LCT¹⁰, indica que cuando el empleador imponga medidas abusivas del *ius variandi* “al trabajador le asistirá la posibilidad de optar por considerarse despedido sin causa o accionar persiguiendo el restable-

⁹ DE DIEGO, JULIÁN ARTURO, Manual de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999, pág.96.

¹⁰ Reforma por Ley 26088 promulgada el 21 de abril de 2006.

cimiento de las condiciones alteradas. En este último supuesto la acción se substanciará por el procedimiento sumarísimo, no pudiéndose innovar en las condiciones y modalidades de trabajo, salvo que éstas sean generales para el establecimiento o sección, hasta que recaiga sentencia definitiva”. Más allá de los cometarios que merece la reforma del derecho de fondo, pondremos atención en el procedimiento que la ley indica que deberá seguirse según la casuística enunciada.

Para los casos en que el trabajador opta por perseguir el restablecimiento de las condiciones pactadas mediante la interposición de una medida de no innovar hasta sentencia judicial, el procedimiento a seguirse en el marco de la ley de procedimiento provincial, es el del art. 31 LPT previsto para los incidentes. Su carácter de sumarísimo quita la etapa conciliatoria prevista para los juicios ordinarios, ya que en la demanda el actor deberá ofrecer toda la prueba, luego se corre traslado a la parte demandada quien deberá contestar y ofrecer prueba en un lapso de tres días, para después de una única audiencia que fijará el Tribunal para diligenciar prueba testimonial y absolución de posiciones, las partes aleguen y el Juez de Conciliación dicte sentencia en un lapso de diez días.

Advierte Braín¹¹ que todo este periplo procesal que puede ocurrir ante un ejercicio abusivo del “ius variandi”, con un desgaste jurisdiccional innecesario y extenso en el tiempo, podría haberse evitado mediante mecanismos de negociación administrativa que, sin duda alguna, hubiese sido más expeditiva y práctica. Agregó que el planteo de una audiencia de conciliación (dentro de un procedimiento administrativo o judicial) concordaría con el espíritu que la ley parece tener: la continuidad de la relación de trabajo con la resolución de un conflicto que puede solucionarse bajo el amparo de métodos no controversiales directos que afecten la continuación normal de la relación.

5. Conclusión y reflexión final

La moderna tendencia de desjudicializar los conflictos, ofrece distintos métodos de resolución de éstos, el instituto de la Conciliación parece ser el más apto para la resolución de los conflictos laborales, allí el trabajador y el empleador encuentran la posibilidad de acordar intereses, tutelados por un tercero con capacidad suficiente para otorgar la

¹¹ BRAIN, DANIEL, “La reforma del ius variandi: ¿protección o desprotección?”, Actualidad Jurídica de Córdoba, Primera quincena junio 2006, Año III, Vol.63, Córdoba, pág.4862.

homologación del acto, preservando así el orden público traducido en el interés superior de la sociedad de preservar los derechos enunciados en el plexo normativo laboral. También es justo reconocer que, aunque exista un verdadero convencimiento de los argumentos que sostienen el instituto de la conciliación, la realidad socioeconómica de las partes en juego influirán directamente en su concreción, variable que deberá considerarse a la hora de evaluar el éxito de la misma como un método eficaz de resolución de conflictos en el ámbito de las relaciones individuales del trabajo¹².



¹² **Bibliografía:** AMERICAN ARBITRATION ASSOCIATION. Guía para el mediador de la American Arbitration Association (AAA) publicada en material complementario al Primer Curso de formación de mediadores de Córdoba, Villa Carlos Paz, Córdoba, 1996; BERTOSI, Victoria y otros. Estudios de Derecho Procesal del Trabajo, Advocatus, Córdoba, 2001; BRAIN, Daniel. "La reforma del ius variandi: ¿protección o desprotección?", Actualidad Jurídica de Córdoba, Primera quincena junio 2006, Año III, Vol.63, Córdoba, pág. 4849; DE DIEGO, Julián Arturo. Manual de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999, pág. 96; KROTOSCHIN, Ernesto. Manual de Derecho del Trabajo, 4ta. edición actualizada por el Dr. Gustavo Raúl Meilij, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1993; RODRIGUEZ MANCINI, Jorge. *Curso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2da. Edición actualizada, Ed. Astrea, 1996; SAAD DE BIANCIOTTI, Carla. "Conciliación Laboral como medio de resolución de conflictos", Gaceta Laboral de la Universidad de Zulia, Venezuela, publicación con referato, diciembre 2005, vol.11, n° 3, págs. 303-315, ISSN 1315-8597; LOY, Gianni. "La Conciliación y el Arbitraje: Perfiles generales en materia de derechos", pág. web, www.csri.it, 20 de octubre 2004; MIROLO, Ricardo y otros. Curso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Tomo I, Ed. Advocatus, Córdoba, 2003, pág. 20; PERAZOLO, Marcelo. "Mediación: Nuevos roles, nuevos desafíos" en Curso de formación de mediadores, Villa Carlos Paz, Córdoba, 1996; TOSELLI, Carlos y ULLA, Alicia. Código Procesal del Trabajo, Ley 7987, comentado y anotado con jurisprudencia, Alveroni Ediciones, Córdoba, 2004.

SECCIÓN II
DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO Y PRIVADO
Y DERECHO DE LA INTEGRACIÓN

**EL FUTURO INSTITUCIONAL DEL MERCOSUR CON ESPECIAL
ATINENCIA A LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL:**

**El Sistema de Solución de Controversias del Protocolo de Olivos
bajo la óptica de los Métodos de Resolución de Conflictos
– Algunos aspectos procesales –**

**(MERCOSUR INSTITUTIONAL FUTURE WITH SPECIAL
REFERENCE TO THE JURISDICTIONAL FUNCTION:
DISPUTE RESOLUTION'S SYSTEM IN THE OLIVOS PROTOCOL
UNDER THE OPTICS OF THE ALTERNATIVES DISPUTES RESOLUTION
-SOME PROCEDURAL ASPECTS-)**

*Rosa Angélica Avila Paz de Robledo**

Resumen: El PO regula el mecanismo de solución de controversias de MERCOSUR, manteniendo un sistema transitorio con los métodos de resolución de conflictos no adversariales: negociación y arbitraje.

El PO tiene el Reglamento: CMC/DEC. N° 37/03. El Procedimiento para atender Casos Excepcionales de Urgencia: CMC/Dec.N° 23/2004 y las Reglas Modelo de Procedimiento para los Tribunales Arbitrales Ad Hoc del MERCOSUR: CMC/Dec.30/04.

Este mecanismo del MERCOSUR lo relacionamos con los métodos de resolución de conflictos. Propiciamos la incorporación de la mediación y demás vías idóneas. Damos las Bases y Propuestas para la elaboración de un “*protocolo sobre métodos de resolución de conflictos en MERCOSUR*” y de un “*Código de Ética para los mediadores y árbitros de MERCOSUR*”, con la institución de su “*Tribunal de Ética para mediadores y árbitros*”.

* Doctora en Derecho y Ciencias Sociales. Prof. Titular de la Cátedra “A” de Teoría General del Proceso y Cátedra “B” de Derecho Procesal Civil de la Universidad Nacional de Córdoba y Miembro de la Comisión Directiva del Área sobre Estudios de América Latina –AEAL–. Prof. Titular de Derecho Procesal Civil y Laboral de la Carrera de Abogacía, Departamento de Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de La Rioja. Docente Investigadora (UNC.) Categoría 1 de la Comisión Nacional de Evaluación y de Acreditación Universitaria (CONEAU).

Para los “*reclamos de los particulares*”, apoyamos que como experiencia piloto, se instituya un CENTRO DE MEDIADORES Y ARBITROS del MERCOSUR, conexo al TRP.

Para los “*conflictos entre los órganos del MERCOSUR*”, apoyamos que como experiencia piloto, se le asigne competencia originaria para entender al TPR

En el Decenio de la Educación, 2005–2014, (declarado por ONU.) apoyamos la capacitación y titulaciones mediante convenios con las Universidades, que deben habilitar “*Guías de expertos en MERCOSUR*”.

Palabras Clave: Controversia – Métodos de resolución de conflictos adversariales – Métodos de resolución de conflictos no adversariales – Negociación – Mediación – Conciliación – Arbitraje – Desafíos – Expertos – Guías – MERCOSUR

Siglas utilizadas

BO: Boletín Oficial (Argentina)

CCM: Comisión de Comercio del Mercosur

CMC: Consejo del Mercosur

EP: Estados Parte del Mercosur

GMC: Grupo Mercado Común

PB: Protocolo de Brasilia

POP: Protocolo de Ouro Preto

PO: Protocolo de Olivos

RPO: Reglamento Protocolo de Olivos

TA: Tratado de Asunción

TAH: Tribunal Ad Hoc

TPR: Tribunal Permanente de Revisión

1. Introducción

En la existencia institucional de MERCOSUR el mecanismo de solución de controversias es indispensable para atender —por ahora— las cuestiones que se susciten entre los EP. En su consecuencia los Ministros de los EP encomendaron, acorde lo que disponen las Decisiones del CMC N°25/00 y 65/00 que se elaborara una propuesta integral para mejorar y afianzar el sistema de solución de controversias del PB de 1991, la cual luego se materializa en el Protocolo de Olivos¹, en vigencia a partir del 1 de enero de 2004.

¹ Durante la Reunión Extraordinaria del Consejo del Mercado Común realizada el 18-02-2002, en la ciudad de Olivos, Provincia de Buenos Aires, República Argentina los Presidentes y Cancilleres del MERCOSUR firmaron el Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias en el MERCOSUR. Los cuatro EP han aprobado por sus leyes respectivas el citado PO. Argentina lo aprobó por Ley 25.663, del 18-10-2002, BAO: 21-10-2002, p.1 ratio 2-12-20034; Brasil lo aprobó por Decreto Legislativo N° 712 del 14-10-2003, Púb. en DOU el 15-10-2003, ratio. 2-12-2003; Paraguay lo aprobó por Ley 2070 del 3-02-2003, ratif. 20-02-2003; Uruguay lo aprobó por Ley 17.629, del 11-04-03, DO 6-05-2003, ratif. 11-07-2003.

El PO actualiza el sistema para la solución de controversias del MERCOSUR, cuando establece que *“estarán sujetas a los procedimientos allí establecidos las controversias que surja entre los Estados Partes sobre la interpretación, aplicación o incumplimiento del Tratado de Asunción, del Protocolo de Ouro Preto, de los protocolos y acuerdos celebrados en el marco del Tratado de Asunción, de las Decisiones del Consejo del Mercado Común, de las Resoluciones del Grupo Mercado Común y de las Directivas de la Comisión de Comercio del MERCOSUR”*².

Lo valioso, del PO es que sigue manteniendo un sistema transitorio en base a los métodos de resolución de conflictos no adversariales, en particular con el uso de la negociación y del arbitraje³. Incluso, en esta materia instituye el Tribunal Permanente de Revisión– TPR. con asignación prioritaria de que actúe como Tribunal de Alzada⁴, a la par que mantiene el Tribunal Arbitral Ad hoc –TAH. El TPR– primer órgano arbitral permanente de MERCOSUR– inició su funcionamiento el 13 de agosto de 2004⁵.

² COMISEC-Comisión Sectorial MERCOSUR, documento completo-español.

³ El PO establece que *“antes de finalizar el proceso de convergencia del arancel externo común, se deberá efectuar una revisión de este sistema de solución de controversias, a fin de adoptar el Sistema Permanente de Solución de Controversias para el Mercado Común al que se refiere el numeral 3 del Anexo III del Tratado de Asunción”* (COMISEC- Comisión Sectorial MERCOSUR, documento completo-español).

⁴ La Presidencia del EP de Paraguay, a través del Decreto 2070, fechado el 6 de abril de 2004, *“desafecto a favor del Ministerio de Relaciones Exteriores, el local conocido como “Villa Rosalba”, que pertenecía al Patrimonio del Ministerio de Defensa Nacional para que allí funcione en “forma exclusiva”, la sede del Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR”*.

Asimismo, el Gobierno de Paraguay “a través de las gestiones realizadas por el Ministerio de Relaciones Exteriores”, durante las reuniones Ordinarias del Grupo de Mercado Común, llevadas a cabo en las ciudades de Asunción y Montevideo, del 10 al 12 de junio de 2003 y del 22 al 23 de setiembre de 2003, respectivamente, confirmó la decisión de dotar de una sede “para el adecuado funcionamiento del Tribunal de Revisión del MERCOSUR”.

El edificio “Villa Rosalba”, que formaba parte del patrimonio del Ministerio de Defensa, está ubicado entre las intersecciones de la Avenida Mariscal Francisco Solano López y la calle Vicepresidente Sánchez, a un costado del predio de la actual sede del Comando en Jefe y de las Fuerzas Militares de las Fuerzas Armadas de la Nación”. Fuente: <http://www.mre.gov.py/tribunal/informacionGral.html>-consulta 12-1-2006.

⁵ El TPR. con fecha 20-12-2005, dictó el Laudo N° 1/2005, y resolvió el recurso de revisión. Aquí, acuño que los alcances del recurso en las cuestiones de derecho debe ser **manifiesta** la arbitrariedad o irrazonabilidad.

Durante el año 2003, se dictó el **Reglamento del Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias en el MERCOSUR: CMC/DEC. N°37/03**⁶ poniéndose particular énfasis en reglamentar respecto al TPR su competencia derivada, a través, del recurso de revisión⁷ y su competencia originaria para las causas de acceso directo a este tribunal arbitral⁸. Como asimismo, con relación a los laudos arbitrales⁹, se reglamenta su contenido, notificación y publicación de los mismos.

Más luego en el año 2004, se aprobó el **Procedimiento para atender casos excepcionales de urgencia: CMC/Dec. N°23/2004**¹⁰ con miras a la reglamentación del art. 24 del PO fijándose reglas para entender a estos casos excepcionales de urgencia. Este panorama se completo cuando en el año 2004, se dictaron las **Reglas Modelo de Procedimiento para los Tribunales Arbitrales Ad Hoc del MERCOSUR: CMC/DEC.30/04**¹¹, las cuales en sus tres capítulos tratan las reglas generales, el procedimiento arbitral y el laudo arbitral.

Al respecto, cabe señalar que habiéndonos ocupado de los tópicos ya señalados en nuestras investigaciones anteriores sobre el PO, 2003–2004, en la presente vamos a ocuparnos de los actuales desafíos que debe afrontar el mecanismo de Solución de Controversias de MERCOSUR en el PO, integrados con las reglamentaciones ya referenciadas.

Los objetivos planteados en esta investigación, son:

- Estudiar las disposiciones del P.O. en función de los actuales desafíos.
- Elaborar propuestas integrales sobre esta temática.

⁶ En la XXV Reunión del Consejo del Mercado Común (diciembre 2003) fue aprobado, mediante la Decisión 37/03, el Reglamento del Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias en el MERCOSUR.

⁷ RPO, arts. 36 y 37 (arts. 17 y 21 del PO).

⁸ RPO, art. 39 (art.23 del PO).

⁹ RPO, art. 40 (arts. 16, 22 y 25 del PO).

¹⁰ En la XXVI Reunión Ordinaria del Consejo del Mercado Común, celebrada en Puerto Iguazú, Argentina, los días 7 y 8 de julio de 2004, se aprobó la CMC/Dec. N°23/2004.

En esa misma reunión las otras resoluciones relacionadas al mecanismo de solución de controversias: *“la Decisión 26/04 donde se designan los miembros titulares y suplentes del “ Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR” (TPR) y la Decisión 17/04 crea el Fondo Especial para controversias con la finalidad de cubrir los honorarios, gastos de traslado y viáticos de los integrantes de los tribunales arbitrales ad hoc y del Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR”* (COMISEC- Comisión Sectorial MERCOSUR, documento completo-español).

¹¹ En la XVII Reunión del CMC, se aprobaron las “Reglas Modelo de Procedimiento para los Tribunales Ad hoc del MERCOSUR”.

2. Antecedentes

MERCOSUR tiene como partida de nacimiento la suscripción del Tratado de Asunción¹² —TA— ocurrido el 26 de marzo de 1991 por los EP, Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay. Luego se sumaron como países asociados: Chile y Bolivia¹³, Perú¹⁴, México y más recientemente Venezuela, que lo hizo en la Cumbre de las Américas de Mar del Plata (noviembre de 2005), con plazo indefinido para su inclusión¹⁵. Esta, recién, se realizó en la XXXº Reunión del Consejo de Mercado Común, Cumbre de Jefes de Estados y de los Estados Asociados, Córdoba, 20 y 21 de julio de 2006¹⁶.

MERCOSUR es un proceso de integración, en el cual existe un intergubernamentalismo responsable que afianza la propia identidad jurídica proyectándola como una organización internacional autónoma y responsable¹⁷.

En el TA¹⁸, Anexo III, artículo 2, se establece que dentro de los “ciento veinte (120) días de la entrada en vigor del Tratado, el Grupo Mercado Común elevará a los Gobiernos de los Estados Partes una propuesta de sistema de solución de controversias que regirá durante el período de transición”.

¹² Tratado de Asunción de 1991, ratificado en Argentina por Ley Nacional 23.981 (B.O. 12-09-1991)

¹³ Cfr. AVILA PAZ DE ROBLEDO, ROSA A, Protocolo de Olivos- Para la Solución de Controversias en el MERCOSUR -Algunos aspectos procesales, en VIIIº Anuario del C.I.J.S.-Edición Homenaje a los 20 años del CIJS (1985-2005), M.E.L. Editor, Córdoba, noviembre de 2005, p.134.

¹⁴ SM/SAT/CJ, Consulta N°001/04, Decisión 39/03: Adhesión de Perú a las normas suscritas entre el MERCOSUR y los Estados Asociados, 15 de abril de 2004 (1º Informe Semestral de la Secretaría de MERCOSUR, Montevideo, Julio 2004, p. 37).

¹⁵ El proceso de adhesión de Venezuela al MERCOSUR se iniciará en la cumbre del MERCOSUR a realizarse en Montevideo, Uruguay en la semana del 5 al 11 de diciembre de 2005, *La Voz del Interior*, Córdoba, 04-12- 2005, “MERCOSUR ¿Futuro socio pleno? “Chacho” Alvarez elogió a Venezuela.

¹⁶ Información de Prensa de MERCOSUR y artículo “Cumbre del MERCOSUR, declaración final”, en *Diario La Voz del Interior*, Córdoba, 22 de julio de 2006, p.2.

¹⁷ Cfr. Primer Informe de la Secretaria del MERCOSUR, Montevideo, julio de 2004, p.10.

¹⁸ Consultor Alberto Dalla Via, y Vivina Cescut y Laura Giosa señalan que el TA es un acuerdo marco porque contiene “un conjunto de directivas generales las que deben ser posteriormente desarrolladas y concretas por convenios especiales” (Cfr. MERCOSUR, su compatibilidad con otros tratados de integración latino americana” en Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Córdoba, 1992, tomo II, p. 99.

Es, así, como se dicta el Protocolo de Brasilia para la Solución de Controversias–PB¹⁹, que instituyó transitoriamente un mecanismo de **solución de controversias**.

Sin embargo, en este sistema se dio acceso directo exclusivo a los EP y por los conflictos que se suscitaren entre los mismos.

Ello implica que a la par se dejaron de atender otras cuestiones importantes para afianzar la integración en base a la seguridad jurídica como es:

- Receptar en el sistema de solución de controversias a los demás métodos no adversariales excluidos, como es entre otros, la mediación.
- Profundizar la aplicación de la ética y de la buena fe en la solución de controversias de MERCOSUR.
- Dar acceso directo a los particulares para que puedan dirimir sus conflictos mediante el sistema de solución de controversias de MERCOSUR.
- Asignar competencia a algún órgano del MERCOSUR para que atienda resolver los conflictos que puedan suscitarse entre los demás órganos institucionales de MERCOSUR.

Con posterioridad los EP suscribieron el Protocolo de Ouro Preto²⁰, mediante el cual acordaron que *“efectuarán una revisión actual del sistema de solución de controversias del MERCOSUR con miras a la adopción de un sistema permanente”*²¹.

A pesar de ello, a la fecha, estas omisiones de la realidad que hemos planteado, siguen siendo asignaturas pendientes de gran actualidad, como consecuencia de que el PO si bien representa una superación del PB, lo cierto es que en estas cuestiones omisas no ha innovado. En efecto, el PO revitaliza al PB, dentro su marco normativo y ello es valioso, pero aún queda camino a recorrer en lo demás.

3. Métodos de resolución de conflictos adversariales y no adversariales

La integración del Estado de derecho se realiza con personas físicas y jurídicas, quienes en el marco del orden jurídico realizan actos jurídi-

¹⁹ El Protocolo de Brasilia fue hecho en la ciudad de Brasilia, Brasil a los diecisiete días del mes de diciembre de mil novecientos noventa y uno. Argentina lo aprobó por Ley 24.102, sanc.17-06-1992, promulg. 6-07-1992 y publ. B.O. 14-07-1992.

²⁰ Argentina lo aprobó por Ley 24.560, (B.O. 13-10-1995).

²¹ Ley 24.560, art. 44 (B.O. 13-10-1995).

cos lícitos, los cuales requieren del cumplimiento recíproco de los intervinieron. Sin embargo cuando se producen situaciones de omisión o de erróneo cumplimiento devienen estados de insatisfacción que se traducen primero en una queja social, y si la misma no es atendida se plantea la necesidad de que el conflicto se solucione, no por medio de la fuerza, sino a través de lo que se conoce como los métodos de resolución de conflictos.

En nuestra opinión, los métodos de resolución de conflictos son las vías legales establecidas a favor de parte interesada y que le permite obtener, la prestación del servicio de justicia (*in iure*) o de equidad (*et aquo et bono*) para la solución de su caso concreto y, con ello el restablecimiento de la convivencia y de la paz social.

Los ejes sobre los cuales se asientan los métodos de resolución de conflictos son: a) igualdad de trato²², como garantía del derecho de defensa, y b) seguridad jurídica como garantía de los alcances de la definitividad de las soluciones dadas²³. A su vez, el empleo de los métodos de resolución de conflictos permite el uso de una sola vía o de varias de estas vías legales, utilizadas en forma alternativa y sucesiva.

Dentro del género de los métodos de resolución de conflictos encontramos una gran división consistente en los llamados **métodos adversariales** y los **métodos no adversariales**.

Los **métodos adversariales** son sinónimo de proceso judicial, se basan en las garantías constitucionales del debido proceso y de la defensa en juicio (art. 18 C.N.) y requieren la existencia necesaria del Poder Judicial, como uno de los tres poderes del Estado de Derecho. En tanto,

²² En el Laudo Arbitral VIII, del 21 de mayo de 2002, -que se dictó durante la vigencia del PB-, por el Tribunal Arbitral Ad hoc MERCOSUR constituido para decidir en la Controversia entre la República del Paraguay a la República Oriental del Uruguay sobre la aplicación del "IMESI" (Impuesto específico interno) a la comercialización de cigarrillos" se sentó en esta temática la siguiente doctrina: "*Considerando.....El problema que se presentó al Tribunal es de doble naturaleza: la igualdad del trato y la armonización de las normas de MERCOSUR en lo que éstas pueden limitar la libre circulación de bienes.....La regla de igualdad en MERCOSUR, en su esencia, es la misma que se deduce de los Tratados de Montevideo y que aparecen en el Gatt de 1947 y que persiste aún en la OMC, de los cuales hacen partes todos los Estados Miembros, que se han sometido también a las reglas del Tratado de Montevideo, del cual también hacen parte*".

²³ LINO E. PALACIO, señala que existe cosa juzgada "*cuando ha recaído sentencia firme respecto de una pretensión anteriormente sustanciada entre las mismas partes y por la misma causa y objeto*"(Manual de Derecho Procesal Civil-Décimo Octava Edición actualizada, Lexis-Nexis, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 14 de mayo de 2004, p.372). El instituto de *cosa juzgada* se asienta en el Orden Público en cuanto otorga definitividad a lo ya resuelto, y por ende, realiza el valor Seguridad Jurídica.

que los **métodos no adversariales**, se basan en la autonomía de la voluntad y, por ende, presentan un amplio espectro de poder combinar la negociación, mediación, conciliación, arbitraje, etc. también enmarcados en forma extensiva en las citadas garantías del debido proceso y defensa en juicio, y demandan según corresponda de la existencia de un tercero independiente y neutral (mediador, árbitro, etc.).

3.1. Conflicto, litigio y controversia

El maestro Adolfo Alvarado Velloso, nos enseña que el vocablo **conflicto** en su cara de realidad puede tener diferentes contenidos: “*moral, religioso, filosófico, político, jurídico, etc.*”²⁴. Y agrega que en esta temática, es menester distinguir “*conflicto*” de “*litigio*”. Y a estos fines el citado autor sostiene que “se entiende por litigio *“la simple afirmación, en el plano jurídico del proceso, de la existencia de un conflicto en el plano de la realidad social, aun cuando de hecho él no exista”*”²⁵.

Estos conceptos son cualitativamente diferentes, dan lugar a las siguientes situaciones:

- 1) Existe conflicto sin litigio, cuando media una situación social de insatisfacción, pero no se da el consiguiente reclamo judicial;
- 2) Existe litigio sin conflicto, cuando hubo un reclamo judicial infundado frente a la realidad, por lo que el juez rechaza ese reclamo judicial);
- 3) Existe litigio con conflicto y viceversa, conflicto con litigio cuando cuando el demandante demanda y prueba que le asiste la razón y por lo tanto obtiene una sentencia favorable a sus pretensiones.

Ello permite colegir que las nociones de **litigio**²⁶ y **proceso judicial** son inseparables porque no todo proceso conlleva la idea de litigio (litis), aunque no exista conflicto²⁷.

²⁴ Cfr. Introducción al estudio del Derecho Procesal, Primera Parte, Reimpresión, ps. 25-26, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 11 de septiembre de 2000.

²⁵ ALVARADO VELLOSO, Introducción al estudio...ob. cit. ps. 25-26.

²⁶ De “litis” deriva litigio, y de este último concepto deriva que a las partes de un proceso judicial se las denomine “litigantes (AVILA PAZ DE ROBLEDO, ROSA A. “El proceso judicial” en *Manual de Teoría General del Proceso*, Editorial Advocatus, Córdoba, abril de 2005, t. 1, p.21).

²⁷ Esta consecuencia deviene de que el poder de acción implica un pedido de justicia autónomo y abstracto, con relación a la materia juzgable que actúa.

Asimismo, Adolfo Alvarado Velloso entiende por **controversia**: “la efectiva discusión operada en un proceso respecto del litigio que lo origina; cabe aquí acotar que puede ocurrir que no haya tal controversia pues el resistente (es decir el demandado) acepta liminarmente los extremos de la pretensión del actor y, por ende, no presente debate. De ahí, que pueda existir litigio con y sin controversia, según sea la actitud que al respecto adopte el demandado”²⁸.

Ahora bien si volvemos nuestra mirada a MERCOSUR, señalamos que el vocablo que se utiliza es el de “**controversia**”. Lo cual resulta justificado debido aún no existe un tribunal judicial, con su consecuente proceso judicial mersosureño. Y, por cierto si existe un mecanismo de solución de controversias a través de los métodos no adversariales, con uso solo de la negociación directa y el arbitraje²⁹.

Lo interesante en MERCOSUR es destacar que se viene trabajando en el **objeto de controversia**: en lo que hace a su fijación, con los alcances de posiciones contradictorias³⁰, en cuanto a la oportunidad de su introducción y planteamiento de dicho objeto de controversia, lo que ocurre *ab initio* en las negociaciones directas, por ser esencial la fase diplomática previa³¹. Con lo cual las cuestiones deben introducirse en las negociaciones directas, porque de lo contrario, no podrán introdu-

²⁸ ALVARADO VELLOSO, Introducción al estudio...ob. cit. ps. 25-26

²⁹ El PO, art. 1, que define el ámbito de aplicación para las controversias que se susciten entre los EP, “sobre la interpretación, aplicación o incumplimiento del Tratado de Asunción, del Protocolo de Ouro Preto, de los protocolos y acuerdos celebrados en el marco del Tratado de Asunción, de las Decisiones del Consejo del Mercado Común, de las Resoluciones del Grupo Mercado Común y de las Directivas de la Comisión de Comercio del MERCOSUR”.

³⁰ En el Laudo Arbitral X, del 5 de agosto de 2005, laudado por el Tribunal Arbitral Ad hoc MERCOSUR “Controversias sobre medidas discriminatorias y restrictivas al comercio de tabaco y productos derivados del tabaco-República Oriental del Uruguay contra República Federativa del Brasil, durante la vigencia del PB, se la acuñado doctrina en este sentido de que: “Tampoco puede confundirse la solicitud formulada por Uruguay vinculada a una eventual obligación de no repetición por parte de Brasil, con el objeto de la presente controversia. Para que el contenido de una obligación de no repetición pueda conformar el objeto de una controversia deberá existir un posicionamiento contradictorio entre las partes en cuanto al alcance, contenido y efectos de esa obligación”.

³¹ En este aspecto cabe señalar, que durante la vigencia del PB, el Laudo Arbitral II, del 27-09-1999, dictado por el Tribunal Arbitral Ad hoc MERCOSUR constituido para entender en la reclamación de la República Argentina al Brasil, sobre subsidios a la producción y exportación de carne de cerdo, ha sentado la doctrina aplicable, que dice: “44. El objeto de las controversias entre Estados, tanto cuando se producen directamente entre ellos, o a instancia de los reclamos de los particulares, se determina cuando el Estado reclamante presenta su reclamación y el Estado reclamado contesta aceptándola total o

cirse, a posteriori, en la última etapa del mecanismo de solución de controversias: en el arbitraje³².

3.2. Distintas vías de solución de los conflictos mediante los Métodos adversariales y no adversariales

En una mirada de conjunto, autores de la talla de Niceto Alcalá Zamora y Castillo³³ nos enseñan que en la resolución de conflictos lo primero que existe es:

- La “*autotutela o autodefensa que es una forma de composición del conflicto o litigio por una sola parte que impone su solución a la otra*”.
- La *autocomposición* que implica que la “composición entre las mismas partes”, se da con la colaboración de un tercero neutral (mediación). O cuando cada parte en forma unilateral decide no proseguir y dar por concluida la causa. Por cierto, ello es “*desistimiento si ello proviene del atacante, o (es) allanamiento, si parte del atacado*”

Incluye también aquí a la *transacción*, que como un modo de extinción de las obligaciones, se da cuando ambas partes se realizan concesiones recíprocas³⁴.

Y por último ubica a la *conciliación*, que permite que las partes se avengan con la intervención del tercero conciliador, o en su caso del juez y/ árbitro que actúan en ese carácter específico.

parcialmente o rechazándola. Si el objeto de la controversia ha quedado en la etapa de negociaciones diplomáticas, a partir de entonces ya no puede haber modificación del objeto de la litis por las partes involucradas. Si admitiéramos en la fase arbitral reclamaciones no alegadas en la fase anterior, estaríamos aceptando que se puede obviar la fase diplomática para ir directamente a la fase arbitral, lo cual violenta la letra y el espíritu del procedimiento de controversias del MERCOSUR”.

³² En esta línea subrayamos que durante la vigencia del PB, el Laudo Arbitral I del 28-04-1999 emitido por el Tribunal Arbitral Ad Hoc del MERCOSUR, sobre Controversias sobre Comunicados N° 37 del 17 de diciembre de 1997 y N°7 del 20 de febrero de 1998 del Departamento de Operaciones de Comercio Exterior (SECEX): Aplicación de Medidas Restrictivas al Comercio Recíproco, ha fijado esta doctrina: “53...Es claro que, tanto el Protocolo de Brasilia como el de Ouro Preto, al prever etapas previas al arbitraje, imponen que no pueda añadirse en esta última instancia cuestiones no procesadas en los escalones anteriores y los escritos de presentación y de contestación ante el Tribunal han de ajustarse a esa regla”.

³³ Proceso, autocomposición y autodefensa (Contribución al estudio de los fin es del proceso) México, 1947, 2ª ed., 1970, ps. 35 a 43, citado por Enrique VESCOVI, Vías alternativas del servicio de administración de justicia en *Homenaje Escuela Procesal de Córdoba*, Marcos Lerner Editora Córdoba, noviembre de 1995, T. 2, ps. 675-676.

³⁴ Argentina, Código Civil, art. 832.

La **heterocomposición** implica la intervención del árbitro o el juez que dan la solución vía laudo arbitral o sentencia judicial.

En esta misma óptica, pero con matices propios, Adolfo Alvarado Velloso³⁵ señala que existen diferentes vías para lograr su solución al conflicto, consistentes en:

- **Autocomposición directa:** porque solo intervienen las partes interesadas.
Ahora bien, cuando las partes reclamante y reclamada deciden resolver su conflicto por los **métodos no adversariales** recurren a la **“negociación”**.
- En tanto, que cuando las partes deciden resolver su conflicto mediante los **métodos adversariales** como es un proceso judicial, se presentan las siguientes alternativas:
 - El reclamante renuncia unilateralmente a su reclamo;
 - El reclamado renuncia unilateralmente a defenderse frente a ese reclamo;
 - Ambos **“contendientes renuncian simultánea y recíprocamente a parte de sus posiciones encontradas”**.
 - En definitiva estas situaciones dan lugar, respectivamente, al desistimiento, allanamiento y transacción.
- **Autocomposición indirecta** puesto que es menester la ayuda de un tercero:
 - **Mediación** como método no adversarial por el cual las partes intervinientes deciden la solución de su conflicto por sí mismas, con la colaboración de un tercero neutral que se denomina mediador.
 - **Conciliación:** como vía legal por la cual un tercero llamado conciliador de manera espontánea o por pedido de los interesados, a través, de su consejo pone en evidencia los inconvenientes del litigio y les propone la solución. Como en Argentina no existe la profesión independiente de conciliador, en la praxis, en los procesos judiciales la conciliación la realiza el propio juez de la causa³⁶.
 - **Arbitraje:** como vía legal mediante la cual las partes en forma expresa y dentro de los límites de la controversia fijada le delegan a un tercero denominado árbitro que en un pie de igualdad y, través, de un procedimiento arbitral, resuelva la causa, dictando el respectivo laudo arbitral.

³⁵ Introducción al estudio...ob. cit. ps.17-18.

³⁶ Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, con la reforma de la Ley 25.488 (B.O.22-11-2002), arts. 34 inc. 1 y 360 inc. 1.

- **Heterocomposición pública:** cuando las partes recurren como vía legal final al proceso judicial el cual se tramita por ante los órganos de la justicia, con la intervención del juez, quien previa tramitación regular y normal de la instancia judicial, resuelve la causa, dictando la sentencia con la finalidad inmediata de aplicar al caso concreto “la ley, o en su defecto los principios y reglas de la analogía, según corresponda o no” (según la materia juzgable), y con la finalidad mediata “de restablecer de manera definitiva, el orden jurídico con el logro de la justicia, seguridad y la paz social”³⁷.

3.3. Métodos adversariales y no adversariales de resolución de conflictos: Negociación, mediación, conciliación, arbitraje a la luz del mecanismo de solución de controversias en el PO.

El régimen transitorio del mecanismo de solución de controversias que establece el PO para el MERCOSUR en su estructura tiene:

- **Fases necesarias y sucesivas de Negociación directa**³⁸ y **arbitraje**³⁹ entre los EP involucrados;
- **Fase facultativa** (entre las dos anteriores) de Negociación con todos los EP con intervención del GMC⁴⁰;
- **conclusión normal del mecanismo de solución de controversias** mediante acuerdos de partes totales y/o parciales y, en su consecuencia, cuando se tramitó el procedimiento arbitral con la emisión del laudo arbitral;.
- **conclusión anormal del mecanismo de solución de controversias** por los sendos supuestos legales del **desistimiento** o **transacción**.

Con relación a las **vías anormales de extinción del procedimiento arbitral** ya referenciadas, cabe señalar que las mismas —en general— se asientan en la autonomía de la voluntad. Mas ello, no se da en el caso, porque los EP no son personas humanas de existencia física⁴¹, sino que son personas jurídicas, ideales, y estatales.

En esta temática el PO, con un criterio acertado de amplitud habilita que en cualquier etapa de los procedimientos, “la parte que presentó

³⁷ AVILA PAZ DE ROBLEDO, ROSA A., El proceso judicial... ob. cit. ps. 23-24.

³⁸ Ley 25.663 (B.O.2002-10-21), PO, arts. 4. y 5.

³⁹ Ley 25.663 (B.O. 2002-10-21), PO, arts. 9-30.

⁴⁰ Ley 25.663 (B.O. 2002-10-21), PO, arts. 6, 7 y 8.

⁴¹ Convención Americana sobre Derechos Humanos- “Pacto de San José de Costa Rica”, ratificado por la República Argentina por LN. 23.054, sanc. 1-03-1984 y promulg. 19-03-1984, art. 1 inc. 2

*la controversia o el reclamo podrá desistir de los mismos, o las partes involucradas podrán llegar a una transacción, dándose por concluida la controversia o el reclamo en ambos casos”*⁴². Mas, impone como otro recaudo necesario, que la vía utilizada sea comunicada a través de la Secretaría Administrativa del MERCOSUR al GMC o al tribunal, según corresponda (art. 45 del PO). Por cierto, esta sola solución que nos da el PO es de gran impacto. Sin embargo, si comparamos el cit. art. 45 con el 14 inc. 1, ambos del PO, vemos que mientras el segundo citado, dispone que el objeto de controversia queda fijado con los escritos de presentación y respuesta que se presenten ante el TAH, no pudiendo ampliarse con posterioridad, por otro lado se les reconoce a los EP involucrados una mayor disponibilidad, exclusivamente, en lo que les atañe a las vías de anormales de conclusión de la controversia. Esta solución es en cierta medida incoherente, porque a los EP si se les reconoce disponibilidad para concluir la controversia, por transacción, pero a la vez, no se les reconoce a los EP involucrados igual disponibilidad para ampliar y/o modificar el objeto de la controversia. O sea, no se admite el planteo legal de ningún otro hecho de controversia, del inicialmente ya fijado. No se admite la invocación del hecho nuevo⁴³ a los fines de ampliar y/o moderar los reclamos.

Además, con el PB. si les permite a las Partes en el procedimiento arbitral que completen y profundicen *“las argumentaciones en que se basan sus reclamaciones u oposiciones iniciales en el ejercicio de sus derechos de defensa. A su vez, el Tribunal Arbitral no podrá dejar de considerar aquellas situaciones alegadas por las partes relativas a cambios en los actos jurídicos que se vinculan directamente a la materia objeto de la controversia”*⁴⁴.

Lo interesante, con el PO, es considerar el objeto de controversia, en función de la tutela eficaz del medio ambiente⁴⁵. Este análisis de los

⁴² Ley 25.663(B.O. 2002-10-21), PO. art. 45.

⁴³ CARLOS COLOMBO, que el *“hecho nuevo o anteriormente desconocido amplía el ámbito del thema decidendum y de la prueba.”* Por cierto un hecho nuevo es aquel que guarde relación con la litis, lo cual excluye que bajo esta invocación lo que se efectúa importa en los hechos una nueva demanda (Cfr. Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Anotado y Comentado, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 4 de agosto de 1975, ps. 602-603.

⁴⁴ Laudo Arbitral II, citado bajo nota 11 en el Laudo Arbitral X, cit.

⁴⁵ Cfr. DEVIA, LEILA, Prohibición de importación de neumáticos remoldeados- Un leading case en el MERCOSUR, Comentario del Laudo Arbitral XI, E.Dial.com. 1º Diario Jurídico Argentino en Internet, 29-11-2005.

sí y no, es trascendente en relación al orden público mercosureño, debido a que no se da un criterio coherente sobre los límites de la disponibilidad de los EP involucrados en todo mecanismo de solución de controversias, con particular referencia al procedimiento arbitral.

4. Los actuales desafíos de MERCOSUR en el actual mecanismo de solución de controversias en el PO.

Después de haber analizado lo que jurídicamente existe en el mecanismo de solución de controversias de MERCOSUR, vamos a abordar los actuales desafíos en esta temática como sinónimos de lo que falta aun por realizar.

1) El **primer desafío** pasa por la necesidad de que se institucionalice una recepción más amplia de la que existe actualmente en MERCOSUR, de todos los métodos de resolución de conflicto no adversariales, que se asientan en la autonomía de la voluntad.

Entendemos que el mecanismo de solución de controversias de los EP debe revitalizarse con la incorporación de la **mediación**⁴⁶ por tratarse de un método no adversarial⁴⁷. O sea, se trata de un *procedimiento de confianza*. En este aspecto Christopher Moore⁴⁸, señala que *"La mediación es un proceso participativo. Un mediador está obligado a instruir a las partes y a comprometerlas con el mismo. Un mediador debe considerar que dicha educación y ese compromiso son importantes, no solo para resolver la disputa actual sino también para preparar a las partes con el fin de que afronten los conflictos futuros con una actitud más creativa y fecunda"*. Tanto más, que la **mediación** no niega la posibilidad de auxilio de otros mecanismos que pueden colaborar en la solución de la disputa, como ser el tercero neutral o la informática.

Asimismo, la **mediación** tiene en común con la *negociación* y con el *arbitraje* adoptado por el PO. que por tratarse de un *método no adversarial* reúne los caracteres que los identifican como son: confidencialidad, una menor duración y son más económicos en sus costos.

⁴⁶ JORGE MARABOTTO LUGARO, sostiene que la mediación es *"pretender suprimir un conflicto no a través de un proceso ante la Administración de Justicia, en una forma de combate entre dos partes contrapuestas, sino procurando su acercamiento a fin de que los mismos contendientes lleguen a superarlo, los norteamericanos los tomaron de las comunidades chinas."* (La Mediación en la República Popular China, Revista Uruguaya de Derecho Procesal 2-3-1994, p. 157).

⁴⁷ Chaco, Ley Prov. de Mediación 4498, art. 1 (B.O. 16-12-1998, edición 7371).

⁴⁸ El proceso de mediación. Métodos prácticos para la resolución de conflictos, Granica, Buenos Aires, octubre de 1995, p. 472.

En otro orden, la mediación es el camino a recorrer con miras a la humanización del conflicto⁴⁹, como un aporte necesario para construir la cultura de la paz. Por lo tanto, en el marco actual de la globalización, la adopción de la mediación en el MERCOSUR, obedece a un requerimiento necesario y actual de que se recepcionen en forma integral, los métodos no adversariales de resolución de conflictos.

2) El **segundo desafío** requiere que se atienda la Ética de manera particular. Si bien la **buena fe** está muy presente en la normativa y en el espíritu de MERCOSUR entendemos que hay que avanzar un poco más.

En efecto, Argentina cuenta ya con una legislación nacional sobre la ética de la función pública⁵⁰, que se complementa con las legislaciones específicas que instituyen normas éticas y/o códigos de ética conjuntamente con la creación de órganos denominados Tribunales de Disciplina y que actúan con competencia exclusivamente en materia axiológica⁵¹.

Entendemos que deberá trabajarse en más sobre un Código de Ética aplicable a los que colaboren, conduzcan, dirijan o lauden, en su caso, en los métodos no adversariales de resolución de conflictos. En esta línea ya viene trabajando Paraguay⁵².

3) El **tercer desafío** guarda directa relación con el **acceso directo de los particulares** (personas físicas o jurídicas) al mecanismo de solución de controversia. En este ángulo debemos recalcar que *“el principio constitucional de igualdad no se agota en la mera formulación abstracta, sino que exige una igualación en concreto, cuya premisa es la asistencia jurídica integral y el libre acceso a ella”*⁵³.

⁴⁹ Constituye una necesidad apuntalar el MERCOSUR HUMANO. En esta línea los valiosos los aportes del Primer Encuentro sobre Desarrollo Humano que tuvo lugar en Bs. As. Con los países del MERCOSUR. Allí, se propició, entre otras propuestas más, lograr un sistema de intercambio de información para la mejora de la recolección de los datos, hacer una recopilación de los informes nacionales para tener una primera forma de identificación y lograr que los gobiernos de los países del MERCOSUR se comprometan con el informe regional.

⁵⁰ Ley Nacional 25.188, Ley de Ética de la función pública.

⁵¹ Prov. de Córdoba, Ley Prov. 5805 y sus modificatorias Leyes 6912, 7158, 7160, 8064, 8769, 8964 y 9243, arts. 21 y 50

⁵² Código de Ética de los árbitros y Mediadores del Centro de Mediación y Arbitraje del Paraguay en Revista Iberoamericana de Arbitraje.

Fuente: http://www.servilex.compe/arbitraje/colaboraciones/código_paraguay.html-consulta-1-03-2005

⁵³ Conclusiones del VIIº Congreso Nacional de Derecho Procesal “ Constitución y Proceso”, Mendoza, 9 al 14 de octubre de 1972, , en Juan Carlos QUIROZ FERNANDEZ, *Congresos Nacionales de Derecho Procesal, Conclusiones, Revista de Derecho Procesal, Asociación Argentina de Derecho Procesal*, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 12 de agosto de 1999, p. 93.

En efecto, el acceso a la justicia configura un elongamiento de la garantía de defensa en juicio, y es por ello necesario que se les garantice a los justiciables un efectivo acceso a la justicia en todos los fueros (ejem. Civil, comercial, de trabajo, penal, etc.) e instancia (ejem. 1ª instancia, 2ª instancia) (art. 8, apart. 2 incs. e y 2 de la Convención Americana –Pacto de San José de Costa Rica)

Es por ello que, volviendo nuestra mirada al mecanismo de solución de controversias de MERCOSUR, nos surgen estos interrogantes:

- ¿De qué manera pueden los particulares intervenir con un directo y efectivo acceso en los mecanismos de solución de controversias de MERCOSUR?
- ¿Asegura el actual sistema de solución de controversias —sin acceso directo de los particulares— al cumplimiento del Derecho del Tratado de Integración?
- ¿Qué aspectos se deberían mejorar en los procedimientos actuales?

Por cierto, esta temática es muy compleja, de ahí que las soluciones no resulten sencillas. A pesar de ello, entendemos que procurarse asegurarles a los particulares su acceso directo en el mecanismo de solución de controversias de MERCOSUR.

4) El **cuarto desafío** es necesario pasa por atender el vacío existente por la ausencia de previsión de asignarle a un órgano para entender y resolver los conflictos que se susciten entre los órganos del MERCOSUR. Esta dimensión institucional de MERCOSUR es esencial, puesto que la existencia de los órganos de MERCOSUR contribuye a afianzar a MERCOSUR. De ahí, que deberá atenderse esta tarea pendiente aún.

5) El **quinto desafío** consiste en que se atienda la formación y capacitación universitaria de los recursos humanos para MERCOSUR. Aquí, es importante que el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, que tiene a su cargo la dirección de la Promoción de Métodos Participativos de Justicia, con los Altos Cuerpos Judiciales y con las Universidades sigan trabajando en estos necesarios programas de formación y habilitación universitaria de los recursos humanos en MERCOSUR.

5. Bases y propuestas

Propiciamos estas recomendaciones:

1. La elaboración de un “*protocolo sobre métodos de resolución de conflictos en MERCOSUR a los fines de que se siga avanzando en otros medios como es la*

mediación y demás vías que resulten idóneas a estos fines”.

2. La elaboración de un “*Código de Etica para los mediadores y árbitros de MERCOSUR*”, con la consecuente institución de su “*Tribunal de Etica para mediadores y árbitros*”.
3. Para los “*reclamos de los particulares*”, apoyamos que como experiencia piloto, se instituya un CENTRO DE MEDIADORES Y ARBITROS del MERCOSUR, conexo al TRP.
4. Para los “*conflictos entre los órganos del MERCOSUR*”, apoyamos que como experiencia piloto, se le asigne competencia originaria para entender al TPR
5. Las Universidades vía convenios con los Tribunales Superiores de Justicia, Cortes, Colegios Profesionales y con el Ministerio de Justicia de la Nación y de Derechos Humanos deben impulsar programas de capacitación en esta temática, con sus correspondientes titulaciones universitarias.
6. Las Universidades deben habilitar “*Guías de expertos en MERCOSUR*”.
7. En el Decenio de la Educación, 2005–2014, (declarado por ONU)⁵⁴, las Universidades en apoyo deben habilitar: “*Guías Universitarias de Expertos en MERCOSUR*”.



⁵⁴ La Asamblea General de la ONU. adoptó la Res. 57/254 relativa al “**Decenio de las Naciones Unidas de la Educación para el desarrollo sostenible**” (2005-2014) y designó a la UNESCO como órgano responsable de la promoción de la década de la educación con miras al desarrollo sostenible. El objetivo se corresponde con el compromiso de los jefes de Estado y de gobierno de volver a la sociedad mundial más humana, más caritativa y más respetuosa de la dignidad de cada uno, para garantizar el derecho a una vida sana y productiva en armonía con la naturaleza.

PAGINA 244
BLANCA

**PRINCIPIOS GENERALES DEL
DERECHO INTERNACIONAL AMBIENTAL
COMO FUENTE NORMATIVA. EL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN**

**(GENERAL PRINCIPLES OF ENVIRONMENTAL INTERNATIONAL LAW AS
SOURCE OF LAW. PRECAUTIONARY PRINCIPLE)**

*Zlata Drnas de Clément**

RESUMEN: Los principios generales del Derecho internacional ambiental (vg.: prevención, precaución, sustentabilidad, cooperación, subsidiariedad, patrimonio común, multiactorialidad) constituyen normas consuetudinarias del Derecho internacional, que pueden estar expresadas en normas convencionales y estar conectadas en su raíz a principios generales del derecho. En este trabajo, nos ocupamos del principio de precaución, por ser el que ha dado lugar a mayores discusiones sobre su naturaleza y alcance y por ser uno de los más críticos a la luz de los cambios globales de nuestro tiempo; punto de inflexión de la más alta sensibilidad a la hora de definir los límites de los desarrollos científicos y tecnológicos y la relación entre comercio y ambiente; eje del desarrollo sostenible.

PALABRAS CLAVE: Principio de precaución – Principios generales del derecho – Normas consuetudinarias

1. Introducción

Los principios generales del Derecho internacional ambiental constituyen normas consuetudinarias del Derecho internacional, que pueden estar expresadas en normas convencionales y estar conectadas

* Catedrática de Derecho Internacional Público y Directora del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba.

en su raíz a principios generales del derecho¹. Por ello, en primer lugar, efectuaremos unas breves consideraciones sobre los principios generales del derecho internacional ambiental como fuente normativa (I).

Los más reconocidos principios del Derecho internacional ambiental son *i.a.*: prevención², precaución, sustentabilidad, cooperación, subsidiariedad, patrimonio común, multiactorialidad. Dada la imposibilidad de abordar a todos ellos en un trabajo breve como el presente, nos detendremos en el principio de precaución, por ser el que ha dado lugar a mayores discusiones sobre su naturaleza y alcance y por ser uno de los más críticos a la luz de los cambios globales de nuestro tiempo; punto de inflexión de la más alta sensibilidad a la hora de definir los límites de los desarrollos científicos y tecnológicos y la relación entre comercio y ambiente; eje del desarrollo sostenible (II).

2. Los principios generales del derecho internacional ambiental como fuente normativa

Las *fuentes formales* tienen un proceso creativo, formativo, si bien, frecuentemente, en la doctrina se ha confundido el proceso/procedimiento de formación de la norma con el resultado del proceso: la norma en sí. Es de observar que el Art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (ECIJ) —al que suele tomarse como base para el estudio de las fuentes del Derecho internacional— hace referencia a las fuentes como normas en estado de aplicabilidad y no al procedimiento de formación de las mismas, más allá de que al definir las mismas haga referencia al proceso^{3/4}.

¹ Convicciones jurídicas coincidentes, máximas abstractas, surgidas en foro doméstico (vg: buena fe, *pacta sunt servanda*, equidad, prohibición de abuso de derecho, etc.).

² El que abarca tanto la prevención *ex ante* (acción preventiva frente al riesgo) como *ex post* (acción preventiva previsor de la reparación del daño), que comprende *i.a.* a los sub-principios 'contaminador-pagador', 'responsabilidad común pero diferenciada', etc.

³ Art. 38: "1. La Corte cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: 1.a) las convenciones internacionales sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes; b) la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho; c) los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas; d) las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 59. 2. La presente disposición no restringe la facultad de la Corte para decidir un litigio '*ex aequo et bono*', si las partes así lo convinieren".

⁴ Dado que el Art. 38 del ECIJ hace referencia a las fuentes normativas y no a los procedimientos de creación de las mismas, tal como lo señaláramos, creemos incorrectas las

No debe llamar la atención que se tome al Art. 38 del ECIJ como base para el estudio de las fuentes normativas internacionales, ya que la CIJ es el principal órgano judicial de las Naciones Unidas, organización que posee 192 Estados Miembros, a más de tener vocación de órgano universal en tanto a ella pueden acceder todos los Estados del Mundo aun cuando no sean miembros de NU⁵.

Del citado artículo del ECIJ surge que las fuentes formales principales del DI son: convenciones, costumbre y principios generales del derecho, lo que implica que la Corte puede fallar basándose en una cualquiera de ellas.

La enunciación de fuentes del Art. 38 del ECIJ (al igual que lo hiciera el Estatuto de la CPJI) no indica orden de prelación. Es de recordar que en el proyecto inicial de Estatuto la expresión “en el siguiente orden de prelación”, que figuraba en la primera frase del pre-proyecto, fue eliminada y que, deliberadamente, se evitó usar números ordinales para formalizar la enunciación de modo de evitar cualquier indicio de prioridad. Como no es posible citar dos fuentes al mismo tiempo, la enunciación secuencializada es una mera necesidad expositiva. Sí, aparece claro que, al enunciar las fuentes principales, el Estatuto ha ido de la fuente más concreta en su formulación a la más abstracta.

Llama la atención que hasta ahora la doctrina no haya reforzado la teorización sobre las fuentes desde la óptica propia del Derecho internacional *público*. El hecho de que el Inc.1. a) del Art. 38 del ECIJ haga referencia a “convenciones generales o particulares” sin aditamentos, da lugar a que se pueda considerar que los dos tipos de convenciones tienen idéntico rol como fuente de Derecho internacional. Entendemos que ello no es correcto y que sólo son verdaderas fuentes del Derecho internacional público las convenciones generales (tratados leyes). Únicamente por obra de las fuentes de Derecho internacional público (convenciones generales, costumbre general, principios ge-

críticas frecuentemente formuladas a la redacción del párrafo 1.b) relativo a la costumbre, ya que la “prueba” es externa al o a los sujetos involucrados en el proceso de formación de la costumbre como tal. La fuente recién puede considerarse que existe una vez probada por institución legitimada al efecto la existencia de la práctica realizada con la convicción de obrar conforme a derecho. Esta afirmación no puede interpretarse en el sentido de que pretende transformar a la jurisprudencia en fuente principal de derecho, ya que el jurisdiscente sólo *constata* la existencia de los elementos objetivo y subjetivo conformadores de la costumbre, en un rol similar a cuando comprueba si la o las reglas convencionales han sido debidamente reconocidas por los Estados Partes en el litigio.

⁵ Arts. 92 y 93 de la CNU.

nerales de derecho) es que las convenciones particulares (tratados, contratos, entendimientos privados entre sujetos internacionales) tienen valor jurídico internacional. Similar situación se da entre las costumbres generales y bilaterales y, parcialmente, con las institucionales. No debemos olvidar que las normas internacionales de carácter general son las que regulan los distintos supuestos y relaciones de los sujetos de la comunidad internacional. Corolario de lo que acabamos de señalar es que ninguna de las normas particulares sería válida si contraviñera a las normas generales. Estas consideraciones han de ser relevantes a la hora de considerar en la segunda parte los acuerdos multilaterales que contemplan el principio de precaución⁶.

Hemos señalado al inicio que los principios generales del Derecho internacional ambiental constituyen normas consuetudinarias. La costumbre, que es fuente de derecho incontestable en la doctrina, tiene un *rol* de esencial importancia para el funcionamiento general del Derecho internacional dadas las imperfecciones que presenta del sistema. Constituye el único medio de formación de las normas (reglas) generales, aplicables al conjunto de los sujetos de derecho internacional. Ello no impide que puedan formarse costumbres regionales, locales o institucionales⁷. La vocación generalizante de la costumbre permite concebir al Derecho internacional como un conjunto normativo común a todos los sujetos de DI. Ha sido frecuente afirmar que el rol que tiene la costumbre en el Derecho internacional no hace más que confirmar el carácter incompleto, primitivo de tal derecho. Construcciones jurídicas más perfectas, como el derecho comunitario europeo, dejan poco espacio a la costumbre, al estar en condiciones de construir un derecho escrito de tipo codificador.

⁶ Ello, sin desconocer que en las últimas décadas, mayoritariamente, al influjo consciente o inconsciente de una percepción sociológica postmoderna del "fenómeno jurídico" (particularmente, desde el relativismo, el criticismo y el constructivismo, remozadores de los argumentos sofistas y agnósticos), son frecuentes las afirmaciones que sostienen que las diferenciaciones entre normas generales y particulares no resultan claras, relevantes ni actuales, rechazando la visión racionalista de "lo" público.

⁷ Como las reconocidas por la CIJ en sentencia de 18 de noviembre de 1951 en el *Asunto relativo a las Pesquerías Anglo-Noruegas* (*Recueil 1951*, p. 116); en sentencia de 12 de abril de 1960 en el *Asunto relativo al Derecho de Paso por Territorio Indio* (*Recueil 1960*, p. 39); en dictamen de 21 de junio de 1971 en el *Asunto relativo a Namibia* (*Recueil 1971*, p. 22); en dictamen de 8 de julio de 1996 (*Recueil 1996*, p. 70). Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la diferencia entre costumbre general y costumbre regional, local o institucional (de las OI) no hace a la naturaleza de la costumbre, ya que la *opinio juris* es, por su propia condición, generalizante, tal como ya lo señaláramos.

La costumbre, no formulada en ningún instrumento escrito, se caracteriza por el hecho de que su *surgimiento* se da espontáneamente (a diferencia del derecho escrito, predominantemente formalista) como parte de los requerimientos de la vida internacional, sin un acto determinado de nacimiento.

Su *formación* se apoya en la práctica reiterada sin interrupciones en el tiempo, la que lleva a dar a ese comportamiento visos de obligatoriedad⁸. El *elemento objetivo* de la repetición formativa de la costumbre requiere que ésta sea uniforme, continua, no interrumpida, emanada de actos de autoridad representativa del sujeto que la construye.

Constituyen pruebas subsidiarias o elementos confirmativos de la existencia de los actos y la convicción de obligatoriedad con que los mismos fueron realizados, las obras doctrinarias, los documentos de organismos u órganos internacionales, particularmente, ciertos proyectos de la Comisión de Derecho Internacional. Se ha discutido el valor de las resoluciones de Organizaciones Internacionales en la construcción de la costumbre. Por nuestra parte, entendemos que debe distinguirse la resolución del órgano (acto unilateral del sujeto internacional colectivo) del comportamiento del Estado al votar o prestar su consenso al texto de la resolución, constituyendo este último, acto conclu-

⁸ La teoría voluntarista hace surgir a la costumbre de la voluntad del Estado al que obliga (*i.a.* D. Anzilotti, A. Cavaglieri, Ch. Chaumont, K. Strupp, G. Tunkin, E. de Vattel). Las teorías no voluntaristas hacen devenir la fuerza obligatoria de la costumbre de hechos exteriores y superiores a la voluntad de los sujetos comprometidos (*i.a.* R. Ago, J. Basdevant, L. Condorelli, H. Kelsen, N. Quoc Dinh, G. Scelle) (Cf. SUR, S. "Sources du droit international", *Juris Classeur de Droit International*, Sources de Droit, T.1, Fasc. 13 (1^o cahier) 3, 1988, p. 6). Algunos autores, para desechar la teoría voluntarista, han puesto el acento en la propia formulación del Art. 38, la que exige que los convenios sean expresamente reconocidos por el Estado involucrado, en tanto, para la costumbre, requiere la prueba de una práctica general. Además, recuerdan que en el caso de los nuevos Estados, los mismos están vinculados a la costumbre anterior sin posibilidades de pronunciamiento de su consenso o no. (Cf. ANDRASSY, J., BAKOTIC, B., VUKAS, B. *Međunarodno Pravo*, Skolska Knjiga, Vol. I, Zagreb, 1999, p. 15) Es de observar que con anterioridad al siglo XIX, la doctrina ha hecho referencia a la costumbre como "consentimiento" (consentimiento de todos y conformidad con la razón divina en Suárez; consentimiento y conformidad a la naturaleza en Bynkershoek; consentimiento de la mayoría y conformidad con la razón en Zouche; consentimiento de la mayoría en Grocio; consentimiento de todos en Martens). Desde el XIX a la fecha, no se hace más referencia al consentimiento, sino a la *opinio juris*, si bien en diferentes vertientes. (Cf. STERN, B. "Custom at the Heart of International Law, *Mélanges offerts à Paul Reuter*, Pedone, Paris, 1981, p. 485).

yente del sujeto internacional, conformativo de la práctica del mismo en determinada materia, de conformidad al principio de buena fe⁹.

Para la formación de la costumbre no se exige que la reiteración de la práctica sea puntualmente idéntica, ya que no resulta pensable la repetición de una situación fáctica exactamente idéntica a la anterior. Basta que en situaciones similares se adopten posiciones coherentes y compatibles con las precedentes. Los actos unilaterales, al igual que los acuerdos internacionales, frecuentemente, poseen un rol destacado en la formación de la costumbre, si bien, ésta los excede.

Quien invoca la existencia de una costumbre, no necesita probar el derecho sino únicamente los hechos. Es el tribunal quien pondera la existencia de la *opinio juris* conformativa de la costumbre. La práctica continua actúa de presunción de la *opinio juris*, lo que ha llevado a algunos autores a considerar que la *opinio juris* es un seudo elemento y que lo objetivo y lo subjetivo de los actos se halla inextricablemente unido¹⁰. La CIJ en el *Asunto del Golfo del Maine*¹¹ ha señalado que la *opinio juris* “se prueba por la vía de la inducción, partiendo del análisis de una práctica suficientemente asentada y convincente, y no por vía de la deducción, partiendo de ideas constituidas *a priori*”. De la motivación de la práctica, de la actitud de los sujetos al realizar los actos, se deriva la *opinio juris*. La *opinio juris* es la *ratio legis* de la práctica¹².

El obrar necesario conforme a derecho se distingue de los comportamientos por oportunidad política, conveniencia o cortesía, los que, aun cuando se den a modo de práctica ininterrumpida, no han de constituir costumbre por faltarles el elemento subjetivo: obrar con el sentimiento de obligación jurídica (comportamiento necesario conforme a derecho)¹³.

⁹ Por ejemplo, los países socialistas, que reiteradamente han rechazado la inclusión de principios generales del derecho internacional, por entender que no podía haber entre socialistas y capitalistas principios comunes, explícitamente, los aceptaron en distintas oportunidades, vg.: la formulación del Art. 38 del ECIJ y su precedente ECPJI. Más aún, propugnaron su inclusión en ciertos casos, como es el de la *Declaración de Principios Reguladora de los Fondos Marinos y Oceánicos y de su Subsuelo fuera de la Jurisdicción Nacional*. (Res. 2749 (XXV), de 17 de diciembre de 1970, adoptada por la AG NU por 108 votos, ninguno en contra y 14 abstenciones). (Cf. VALENCIA RESTREPO, H. *Derecho Internacional Público*, Biblioteca Jurídica *Dike*, Medellín-Colombia, 2003, pp. 378-379).

¹⁰ V. HAGGENMACHER, P. “La doctrine des deux éléments du droit coutumier dans la pratique de la Cour internationale”, *RGDIP*, 1986, p.5-125.

¹¹ CIJ, *Recueil 1984*, p. 299.

¹² Cf. SUR, S. *Op. Cit.* “Sources de droit (...)”, Fasc. 13, 2° cahier, p. 2.

¹³ La CIJ, en la sentencia de 20 de febrero de 1969, en el *Asunto relativo a la Plataforma Continental del Mar del Norte*, ha expresado: “Los actos (...) no sólo deben representar

Frecuentemente, se señalado que buena parte de los acuerdos ambientales multilaterales constituye *soft law* (*derecho blando, derecho en agraz, droit doux, droit vert, lege ferenda*), de fuerza jurídica similar a las meras declaraciones o a las resoluciones recomendatorias de organizaciones internacionales, con más fuerza estimulativa que legal. Sin embargo, ello no impide que estos actos enuncien o devengan normas consuetudinarias (*hard law, droit dur, droit mur, derecho en sentido estricto, lege lata*)¹⁴.

El número de Estados Partes en una convención puede llevar a la costumización de sus preceptos de modo que se torne obligatoria para los Estados no Partes¹⁵. El Art. 38 de las *Convenciones de Viena sobre Derecho de los Tratados* de 1969 y 1986 establece que nada impide que una norma enunciada en un tratado llegue a ser obligatoria para un tercer Estado como norma consuetudinaria de derecho internacional general reconocida como tal. El Art. 43 de las mismas convenciones dispone que “la nulidad, terminación o denuncia de un tratado, el retiro de una de las partes o la suspensión de la aplicación de la (...) Convención o de las disposiciones del tratado, no menoscabarán, en nada, el deber de un Estado de cumplir toda obligación enunciada en el tratado a la que está sometido en virtud del derecho internacional independientemente de ese tratado”. Además, debemos tener en cuenta lo expresado por la CIJ en el *Asunto relativo a la Plataforma Continental (Jamahiriya Árabe Libia /Malta)*: “Es axiomático, por supuesto, que el contenido material del derecho internacional consuetudinario debe ser visto primariamente a la luz de la práctica real y de la *opinio juris* de los Estados, incluso las convenciones multilaterales pueden tener un im-

una práctica constante, sino que además deben poner en evidencia, por su naturaleza o por la forma en que se han realizado, la convicción de que esa práctica se ha convertido en obligatoria por la existencia de una regla de derecho (...). Ni la frecuencia ni el carácter habitual de los actos bastan (...)” (CIJ, *Recueil 1969*, p. 44).

¹⁴ Debe recordarse que, con relación a la Res. 2625 (XX) (*Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional Referentes a las Relaciones de Amistad y a la Cooperación entre los Estados de Conformidad con la Carta de la Naciones Unidas*) de la Asamblea General de Naciones Unidas, la Corte Internacional de Justicia, en su sentencia de 27 de junio de 1986, en el *Asunto de las Acciones Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua (Nicaragua/Estados Unidos de América)*, ha manifestado que la misma debe ser entendida no como una mera reiteración de los contenidos de la Carta sino como la aceptación de una serie de normas consuetudinarias declaradas en la propia resolución (CIJ, *Recueil 1986*, p. 99-101).

¹⁵ La costumbre puede, también ser derogatoria de normas convencionales o de otra norma consuetudinaria.

portante rol para grabar y definir reglas derivadas de la costumbre, o en su desarrollo”¹⁶.

El alto número de Estados Partes de numerosos acuerdos ambientales multilaterales que disponen sobre principios generales del derecho internacional ambiental¹⁷ lleva a cuestionarse sobre el valor jurídico de los mismos, más allá de que un Estado sea parte o no de él, es decir, como manifestación de norma consuetudinaria. Se podrá objetar que por alto que sea el número de Estados Partes en los acuerdos ambientales multilaterales, ese número no conforma una generalidad, la “comunidad internacional en su conjunto”. Sin embargo, esta última expresión no se refiere a “todos” los miembros de la comunidad internacional sino a los “componentes esenciales” de la misma, los que son representativos de todos los sectores de la comunidad internacional¹⁸, más allá del valor de la oponibilidad según los casos.

Largamente se ha cuestionado en qué momento y cómo una práctica (elemento objetivo) resulta manifestativa de la convicción de obligatoriedad o *elemento subjetivo* (*opinio juris sive necessitatis*), conformando una costumbre. El obrar necesario conforme a derecho se distingue de los comportamientos por oportunidad política, conveniencia o cortesía, los que, aun cuando se den a modo de práctica ininterrumpida, no han de constituir costumbre por faltarles el elemento subjetivo (obrar con el sentimiento de obligación jurídica (comportamiento necesario conforme a derecho)).

Si bien, los sujetos internacionales pueden impedir bajo ciertas condiciones la formación de una norma consuetudinaria general a través de la manifestación persistente de su oposición a la misma (*regla del objeto persistente*). No obstante no resulta admisible la sustracción unilateral a una norma consuetudinaria general establecida. La CIJ, en sen-

¹⁶ CIJ, *Recueil 1985*, pp. 29-30, para. 27.

¹⁷ Al 30 de noviembre de 2006, la *Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático* cuenta con 190 Estados Partes (EP); su *Protocolo de Kyoto* con 168 ratificaciones que cubren el 61,6% de las emisiones; el *Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono* posee 191 EP, su *Protocolo de Montreal* 191 EP, la *Convención sobre la Lucha contra la Desertificación* 191 EP; el *Convenio sobre la Diversidad Biológica* 189 EP; la *Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestre* 169 EP, el *Convenio de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de los Desechos Peligrosos y su Eliminación* 169 EP, etc.

¹⁸ V. nuestro trabajo “Las Normas Imperativas de Derecho Internacional General” (*Jus Cogens*). Dimensión Sustancial”, en DRNAS-LERNER (Ed.) *Estudios de Derecho Internacional en Homenaje al Profesor Ernesto J. Rey Caro*, Córdoba, 2002, pp. 665-666. Si bien, el trabajo a que hacemos referencia se refiere al *jus cogens*, la clasificación entre acuerdos o normas generales y particulares no es privativa de ese tipo de normas.

tencia de 20 de febrero de 1969, en el *Asunto relativo a la Plataforma Continental del Mar del Norte* ha señalado que “las obligaciones de derecho internacional o consuetudinario (...) no pueden (...) estar subordinadas a un derecho de exclusión ejercido unilateralmente y a voluntad por uno cualquiera de los miembros de la comunidad para su propio beneficio (...)”¹⁹. La CIJ, en la misma sentencia, ha expresado: “Los actos (...) no sólo deben representar una práctica constante, sino que además deben poner en evidencia, por su naturaleza o por la forma en que se han realizado con la convicción de que esa práctica se ha convertido en obligatoria por la existencia de una regla de derecho (...)”²⁰.

En lo que hace a la *condición jerárquica* de la costumbre con relación a otras fuentes, se ha señalado que la costumbre es superior a los tratados e independiente de ellos, ya que las mismas convenciones suelen reconocer que tienen la costumbre en su base y que para las cuestiones no regladas en los convenios, ella subsiste. Tal el caso de las Convenciones de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969 y 1986, las que establecen en su parte preambular que las normas de derecho internacional consuetudinario continuarán rigiendo las cuestiones no regladas en las disposiciones de la Convención”²¹. Recordamos lo señalado *supra* con relación a que nada impide que una norma enunciada en un tratado llegue a ser obligatoria para un tercer Estado como norma consuetudinaria de derecho internacional y a que la nulidad, terminación, suspensión o denuncia de un tratado no menoscaban el deber de un Estado de cumplir toda obligación enunciada en el tratado a la que está sometido en virtud del derecho internacional independientemente de ese tratado²².

¹⁹ CIJ, *Recueil 1969*, pp. 39-40.

²⁰ CIJ, *Recueil 1969*, p. 44.

²¹ Similar disposición contienen, entre otros acuerdos internacionales, en sus partes preambulares, la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961, la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963, la Convención de Naciones Unidas Sobre el Derecho del Mar de 1982, etc.

²² Particularmente, es destacable el rol asignado a la norma consuetudinaria de *jus cogens*, norma imperativa de derecho internacional general, la que se halla en la cúspide del sistema normativo nacional e internacional en base a su contenido. Las Convenciones de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969 y 1986, en sus Arts. 53 y 64, disponen la nulidad y terminación de todos los tratados que estén en oposición a una norma imperativa de derecho internacional general. Así, la costumbre conserva el poder de extinguir un tratado. A su vez, el Proyecto de la CDI sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos (2001) establece en su Art. 26 que: “ninguna disposición (...) excluirá la ilicitud de cualquier hecho del Estado que no esté en conformidad con una obligación que emana de una norma imperativa de derecho in-

3. Principio de Precaución

La primera aplicación del principio cautelar se estima que fue la disposición gubernamental londinense de quitar la manija de la bomba de agua de la calle Broad (Saint James-Londres), a recomendación del médico-investigador John Snow (1854), por relacionar (sin probar relación causal) el alto número de contagiados por el cólera (500 muertos en 10 días) en un área definida de la ciudad con la calidad del agua potable de la bomba ubicada en el sector. Snow hizo presente que el costo potencial de estar equivocado al removerla era menor que el de ignorar la duda.

La diferencia sustancial entre el principio de precaución y el de prevención radica en la certeza del riesgo que importa determinada acción u omisión. La precaución constituye un comportamiento de “buen gobierno”, en principio, de carácter voluntario, llevado adelante en ejercicio del derecho del soberanía e imperio de un Estado u otro sujeto de derecho, el que, en su gestión, ante la duda de que una actividad pueda ser riesgosa para el medio ambiente, prefiere limitarla o prohibirla²³, privilegiando las seguridades de lo conocido. A diferencia de la precaución, la prevención (“diligencia debida”²⁴), es un deber de los Estados, verdadero eje de articulación entre el lícito y el ilícito internacional, dada la certeza del riesgo que ciertas actividades importan²⁵.

ternacional general (*jus cogens*)”. En los Proyectos de la CDI, aprobados en 1980 y en 1996, a estas violaciones se las consideraba “crímenes”. Quintiliano Saldaña, ya en el curso de 1925 de la Academia de Derecho Internacional de la Haya, había señalado que “desde el punto de vista filosófico el crimen internacional es un *delito natural universal* (“La justice pénale internationale”, *RCADIH*, 1925-V, p. 188). Destacamos esta frase por su referencia a “natural” ya que, tal como lo observáramos en otros trabajos, todas las normas imperativas de derecho internacional general con reconocimiento como tales por la comunidad internacional en su conjunto, tienen base natural “individual” (genocidio, crimen de lesa humanidad, crimen de guerra) o “colectiva” (crimen de agresión), atentando contra las bases mismas de la comunidad internacional (su individuo o su comunidad-sociedad).

²³ Medida que se puede adoptar con relación a una actividad nueva o ya establecida.

²⁴ Obligación de vigilancia y adopción de previsiones con relación a los bienes y personas bajo su jurisdicción, a fin de asegurarse que, en condiciones normales, no causen perjuicios a terceros. Las medidas a adoptar deben poseer una intensidad acorde a las fuerzas en juego.

²⁵ En el plano internacional, relevante jurisprudencia define la diligencia debida (prevención) y los estándares de comportamiento mínimo internacionalmente exigibles (base constitucional y legal imprescindible para el cumplimiento de las obligaciones internacionales o “derecho interno internacionalmente indispensable”). V. al respecto, la sentencia arbitral de Max Huber en el Asunto relativo a los *Buques Alabama* y

En expresión resumida, podemos afirmar que la precaución basa su acción en el riesgo dudoso en tanto la prevención en el riesgo cierto (daño dudoso).

En el caso del principio de precaución, decimos que el comportamiento del sujeto internacional no responde a la idea “diligencia debida”, sino a la idea de “buen gobierno”, por tratarse de una gestión que se adelanta a los hechos, la que ante la duda de que una actividad pueda ser riesgosa, decide limitarla (aun a riesgo de equivocación) para asegurarse de no dar lugar a un eventual daño. No se puede hablar de “obligación” de obrar del sujeto internacional, ya que no existen certezas en torno al riesgo de la acción emprendida o a emprender. Sin embargo, sí existe la obligación de agotar las vías para alcanzar las certezas necesarias en torno a la existencia o no del riesgo. Caso contrario, en caso de daño se habría producido delito de imprudencia en la gestión de gobierno, gestión que lleva implícita la “custodia” de los bienes comunes de conformidad a las previsibilidades disponibles. Bien señalan numerosos documentos internacionales que la aplicación de la cautela es un “deber”²⁶, con lo que su no observancia implica violación de norma jurídica, violación de una obligación de comportamiento: tomar debida previsión de los potenciales riesgos y las potenciales consecuencias de los actos. Debe tenerse en cuenta que, de producirse un daño como consecuencia de la falta de cautela, ese daño no será una mera privación de una ventaja o beneficio esperado, sino un perjuicio al medio ambiente, entorno vital insustituible y frecuentemente no reparable en su integridad.

Florida (1872); los dictámenes de la CPI en los Asuntos relativos al *Trato de los Nacionales Polacos* (1932) y a las *Zonas Francas* (1932); el pronunciamiento de la Comisión General de Reclamaciones (EE.UU.-Panamá) en el *Caso Noyes* (1938); la sentencia de 11 de marzo de 1941 del Tribunal Arbitral Mixto en el *Asunto Relativo a la Fundición de Trail*; la sentencia de 9 de abril de 1949 (cuestión de fondo) de la CIJ, en el *Asunto Relativo al Canal de Corfú*; la sentencia de 24 de mayo de 1980 de la CIJ, en el *Asunto Relativo al Personal Diplomático y Consular de Estados Unidos en Teherán*; la sentencia de 27 de septiembre de 1997 de la CIJ en el *Asunto Gabčëikovo-Nagymaros*. (V. nuestros trabajos “La Diligencia Debida como Eje de Articulación entre la Responsabilidad por Ilícito Internacional y la Responsabilidad por Actos no Prohibidos en Derecho Internacional”, en *Cuadernos de Federalismo* de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, N° XI, 1997; “Los Principios de Prevención y Precaución en Materia Ambiental en el Sistema Internacional y en el Interamericano”, en *Jornadas de Derecho Internacional de la OEA*, Secretaría de la OEA, Washington, 2001; “El Principio de Precaución” en *Humanismo Ambiental*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, El Copista, Córdoba, 2002).

²⁶ V. *infra* los disposiciones de los tratados y los instrumentos internacionales ambientales.

Al señalar que la aplicación del principio de precaución constituye un acto de política interna, indicamos que es una decisión libre, por la cual un Estado o entidad internacional, en ejercicio de sus facultades soberanas, determina el grado de nivel de protección ambiental a regir en el ámbito bajo su jurisdicción. Cuando decide un nivel alto, frecuentemente priva a ciertos interesados de algún beneficio esperado. La aplicación del PP es una facultad del Estado que entraña consecuencias políticas y responsabilidad jurídica. Ello, tiene una doble faz: * al limitar las actividades en invocación de la aplicación del PP; * al minimizar la potencialidad del riesgo, dando lugar a que un daño se produzca; daño que, de haberse aplicado el PP, no hubiese tenido lugar.

El hecho que la decisión de adoptar una medida preventiva sea un acto libre, voluntario de un sujeto internacional, no quiere decir que pueda ser arbitrario, desproporcionado, inconsistente, discriminatorio o poco transparente. Sin embargo, así como se exige que el PP sea fundado en bases científicas para ser impuesto, también, la falta de aplicación de medida precautoria debe ser fundada en las fuentes científicas disponibles para no dar lugar a la atribución de imprudencia por falta de cautela al desdeñar con ligereza la posibilidad de riesgo.

A diferencia del principio de prevención que puede tener aplicaciones *ex ante* y *ex post* en relación a la producción del hecho dañoso, las medidas precautorias siempre son *ex ante* en tanto responden a las previsiones frente a un potencial riesgo de producción de hechos lesivos, antes de contar con evidencias científicas concluyentes, indubitables, con relación a la peligrosidad o no de las actividades^{27/28}.

²⁷ V. nuestro trabajo "El Principio de Prevención", en REY CARO, R. J. *et al. Derecho Ambiental. Nuevas Tendencias*, Ed. Lerner, Córdoba, 1998.

²⁸ El Juez *Ad Hoc* de la CIJ Raúl Vinuesa, en voto disidente, en el asunto *relativo a las Pasteras sobre el Río Uruguay (Argentina v. Uruguay)* (*Solicitud de Indicación de Medidas Provisionales*) de 13 de julio de 2006, ha expresado *i.a.*: " (...) (Tomando en cuenta las pruebas presentadas por ambas Partes, la incertidumbre sobre el riesgo de un peligro inminente o de un daño irreparable está inexorablemente ligada a la actual y futura construcción de las pasteras". (...) (L)o que Argentina ha probado es que la autorización de los trabajos y la actual ejecución de los mismos ha generado una base razonable de incertidumbre sobre los probables efectos negativos de los trabajos". "Eso exigiría ni más ni menos que la aplicación del principio de precaución, el que indiscutiblemente está en el núcleo del derecho ambiental. En mi opinión, el principio de precaución no es una abstracción o un componente académico de deseable *soft law*, sino una regla de derecho internacional general actual". "De todos modos, no es necesario, en el presente caso seguir cuestionándose sobre la existencia de una regla general de derecho que comprenda el principio precautorio, dado que dicho principio, sobre base convencional, ha sido incorporado por Uruguay y Argentina en el Estatuto

El PP se aplica en ejercicio de convicciones de razonabilidad sustentada en datos científicos²⁹, no en base a temores irracionales o percepciones tremendistas, sin sustento en criterios objetivos suficientes. Ello requiere una equilibrada y prudencial percepción del principio. Los criterios de razonabilidad científica suficiente responden a la mejor información pertinente³⁰. Esa exigencia de razonabilidad requiere al decisor revisar las medidas cautelares a la luz de los distintos estadios de certidumbre-incertidumbre que brindan los avances científicos, no debiendo alegarse limitaciones económicas para justificar demoras en la evaluación de la actividad propuesta o en la revisión de las medidas adoptadas en aplicación del PP. Tampoco cabe alegar razones económicas para justificar la no aplicación de la cautela frente a las invocaciones fundadas de posibles riesgos.

La falta de certeza sobre el riesgo que una actividad puede entrañar³¹ no debe surgir de la falta de disposición para agotar los medios de conocimiento científico existentes.

Precisamente, dada la velocidad de los progresos científicos es que, en el eje mismo del PP, se halla la provisionalidad de las medidas precautorias, las que deben ser revisadas a la luz de los distintos estadios de certidumbre-incertidumbre que brindan los avances científicos.

Es de tener en cuenta que, en el caso del PP, quien quiere llevar adelante determinada actividad debe probar que la misma no es peligró-

de 1975 con el propósito de proteger el Río Uruguay". "Como claramente establece el Art. 1 del Estatuto, el objetivo y propósito del mismo fue establecer una mecanismo conjunto necesario para la utilización óptima y racional del río Uruguay". "La necesaria participación de la Comisión Administradora del Río Uruguay (CARU) en el proceso de evaluación de impacto ambiental sobre el río Uruguay, como reconocido recurso natural compartido, en el marco del mecanismo conjunto obligatorio previsto, constituye garantía legal esencial vinculante para una implementación adecuada del referido principio de precaución". "La existencia de incertidumbre razonable sobre riesgo irreparable al medioambiente del río ha sido reconocida por Uruguay, cuando en las argumentaciones orales relativas a las medidas provisionales, afirmó que no hay una evaluación ambiental final con relación a las pasteras y que la autorización para la construcción de la planta de Celulosa M'Bopicuá aún no había sido extendida".

²⁹ V. SANDS, PH. "L'Affaire des Essais Nucléaires II (Nouvelle-Zelande c. France): Contribution de l'Instance au Droit International de l'Environnement", *RGDIP*, 1997-2.

³⁰ El peligro debe ser identificado a través de los elementos objetivos, *vg.* biológicos, químicos o físicos aptos para causar daño, debiendo ser caracterizados éstos tanto en términos cuantitativos como cualitativos en base a la naturaleza y severidad de los posibles efectos.

³¹ Generalmente, la falta de certeza científica surge de diferencias científico-metodológicas, entre ellas, la variable elegida, las mediciones efectuadas, la representación de las muestras, los modelos usados, las relaciones de causalidad efectuadas.

sa para el medio ambiente. Esta inversión de la carga de la prueba ha sido largamente criticada por considerarse que daña al progreso científico³².

Las medidas aplicadas deben ser proporcionadas y coherentes con el grado de riesgo elegido por un Estado para las actividades bajo su jurisdicción. Caso contrario, la medida importaría discriminación con relación a la actividad limitada o prohibida o con relación al interesado en la actividad. En ningún caso las medidas precautorias pueden constituirse en forma encubierta de proteccionismo (una forma de discriminación). A su vez, frente al riesgo dudoso, tanto para la acción como para la omisión, se exige el agotamiento razonable de los medios para alcanzar la certidumbre.

A)-El PP en tratados y otros instrumentos internacionales

En el plano internacional, los primeros documentos que han considerado el comportamiento precautorio han sido: la *Carta Mundial de la Naturaleza*³³ y las *Conferencias sobre Protección del Mar del Norte*^{34/35}. Numerosos otros instrumentos internacionales, de modo expreso o tácito, se han ocupado del PP. Entre ellos se destacan:

³² V. SUNSTEIN, C.R. "Beyond the Precautionary Principle", *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 151, N°3, January, 2003, pp. 1011-1025. También se ha afirmado que el principio es demasiado vago para servir como estándar regulatorio. V. BODANSKY, D. "Scientific Uncertainty and the Precautionary Principle", *Environment*, 1991, N° 33, pp 4-5, 43-44.

³³ AG NU Res. 37/7, de 28 de octubre de 1982. Este documento establece que "(...) cuando potenciales efectos adversos no son plenamente comprendidos, las actividades no deberían proceder".

³⁴ La *Primera Conferencia sobre Protección del Mar del Norte* (1984), ha expresado con relación a los vertidos de desechos químicos en los océanos, que: "Los Estados no deben esperar a tener pruebas de los efectos peligrosos para tomar acción (...)". Si bien, no ha empleado la palabra "precaución", la misma se halla implícita en la manifestación. La *Segunda Conferencia* (1987) incorporó el término "precaución" en los siguientes términos: "En orden a proteger el Mar del Norte de posibles efectos dañosos de numerosas sustancias peligrosas (...) se hace necesario un acercamiento preventivo, el que puede requerir acción consistente en el control de los vertidos de tales sustancias incluso antes de que el lazo causal haya sido establecido por una absolutamente clara evidencia científica". La *Tercera Conferencia* (1990) hizo referencia al "principio de precaución": "Los participantes (...) continuarán aplicando el principio precautorio, consistente en adoptar medidas para evitar impactos potencialmente perjudiciales de las sustancias que son persistentes, tóxicas y bioacumulables, incluso cuando no haya evidencia científica para probar una relación causal entre las emisiones y los efectos". (El resaltado nos pertenece).

³⁵ La primera inclusión jurídica del contenido preceptual de la precaución a nivel nacional ha sido la incorporada en Alemania con la designación de "Vorsorgeprinzip" en el

* El *Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono* (1985), el que si bien no utiliza la palabra precaución en la parte normativa, ni establece reglas precisas autoejecutorias, es un ejemplo claro de compromiso internacional en base al principio precautorio en tanto, a la fecha de adopción del Convenio, no había base científica suficiente que avalara las teorías sobre los riesgos que implicaban los cambios en la capa de ozono³⁶. A pesar de lo señalado, el Preámbulo hace referencia al “impacto *potencialmente* nocivo de la modificación de la capa de ozono” y a “las medidas de precaución” que ya han sido adoptadas en el ámbito nacional e internacional. Además, el Art. 2.1 está imbuido del espíritu de cautela:

“Las Partes tomarán las medidas apropiadas de conformidad con las disposiciones del presente Convenio y de los protocolos en vigor en que sean parte, para proteger la salud humana y el medio ambiente contra los efectos adversos resultantes o que puedan resultar de las actividades humanas que modifiquen o *puedan modificar* la capa de ozono”^{37/38}.

* La *Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo* (1992), expresa:

“Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados *deberán* aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente”³⁹.

Umweltsprogram der Bundesregierung (1971) y en la *Bundesimmissionsschutzgesetz* (1976) (§5, para. 1, n° 2). Posteriormente, numerosos Estados han incorporado al PP a su derecho interno, entre ellos, Australia, Canadá, Islandia, Nueva Zelanda, Sud África, Israel, etc.

³⁶ V. nuestro trabajo *Codificación y Comentario de Normas Internacionales Ambientales*, La Ley, Córdoba, 2001.

³⁷ El resaltado nos pertenece.

³⁸ El *Protocolo de Montreal relativo a las Sustancias Agotadoras de la Capa de Ozono* (1987), en su preámbulo, tras recordar la obligación ya enunciada en el Art. 2.1 del Convenio de Viena, hace referencia a la “*posibilidad* de que la emisión de ciertas sustancias (...) pueda agotar (...) la capa de ozono y modificarla, con *posibles* efectos nocivos en la salud y el medio ambiente”. (Los resaltados nos pertenecen).

³⁹ El resaltado nos pertenece.

* La *Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático* (1992) dispone en su Art. 3.3:

“Las Partes deberán tomar medidas de precaución para prevenir o reducir al mínimo las causas del cambio climático y mitigar sus efectos adversos. Cuando haya amenazas de daño grave o irreversible, no debería utilizarse la falta total de certidumbre científica como razón para posponer tales medidas, tomando en cuenta que las políticas y medidas para hacer frente al cambio climático deberán ser eficaces en función de los costos a fin de asegurar beneficios mundiales al menor costo posible. A tal fin esas políticas y medidas deberían tener en cuenta los distintos contextos socioeconómicos, ser integrales, incluir todas las fuentes, sumideros y depósitos pertinentes de gases de efecto invernadero y abarcar todos los sectores económicos (...)”.

* La *Convención sobre la Diversidad Biológica* (1992), en parte preambular, expresa:

“Cuando exista una amenaza de reducción o pérdida sustancial de la diversidad biológica no debe alegarse la falta de pruebas científicas inequívocas como razón para aplazar las medidas encaminadas a evitar o reducir al mínimo esa amenaza”.

El *Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología del Convenio sobre la Diversidad Biológica* (2000), en su preámbulo, reafirma el “enfoque de precaución que figura en el Principio 15 de la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo” y toma en consideración la “rápida expansión de la biotecnología moderna y de la creciente preocupación pública sobre sus *posibles efectos adversos* para la diversidad biológica”⁴⁰.

Entre numerosos otros documentos que han contemplado el principio de precaución, el enfoque precautorio o la acción precautoria en forma directa, podemos recordar los siguientes: **Informe del Consejo de Gobierno del PNUMA de 1989*⁴¹; **Recomendación 89/1* (22 de junio de 1989) de los Estados Partes en la *Convención de París para la Prevención de la Contaminación Marina por Fuentes Continentales*; **Declaración de la Conferencia sobre Polución de los Mares del Consejo Nórdico*

⁴⁰ Lo resaltado nos pertenece.

⁴¹ UN DOC A44/25 (1989).

(18 de octubre de 1989); * *Texto sobre Protección de los Océanos de la Conferencia de Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo* (1991)⁴²; * *Declaración Ministerial de Bergen sobre el Desarrollo Durable de la Región* (16 de mayo de 1990)⁴³; * *Recomendación C(90)164 del Consejo de la OCDE sobre Prevención y Control Integrado contra la Polución de 1991*; * *Convención de Bamako sobre Desechos Peligrosos en África de 1991* (Art.4); * *Convención sobre el Noreste Atlántico de 1992* (Art. 2), * *Convención sobre Protección y Uso de los Cursos de Agua Transfronterizos y Lagos Internacionales de 1992* (Art. 2), * *Convención sobre la Protección del Medio Marino en el Mar Báltico de 1992* (Art. 3.3); * *Convención de Oslo y París para la Protección del Medio Marino en el Noreste Atlántico de 1992* (Art. 3); *Agenda 21 de 1992* (para. 17.21); * *Declaración Ministerial sobre la Protección del Mar Negro* (1993); * *Convención sobre la Conservación y Administración de los Recursos en el Mar de Bering Central de 1994* (Anexo Parte I b); * *Convención de Barcelona para la Protección de Medio Marino y de las Regiones Costeras del Mediterráneo de 1995* (Art. 3); * *Acuerdo para la Implementación de las Disposiciones de la Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar de 10 de diciembre de 1982 relativo a la Conservación y Manejo de las Especies Transzonales y Altamente Migratorias de 1995* (Art. 5. c), Art. 6); * *Protocolo a la Convención de Londres sobre la Prevención de la Contaminación Marina por Vertido de Desechos y otras Materias de 1996* (Art. 3.1); * *Código de Conducta de Pesca Responsable de la FAO* (1995); * *Acuerdo Marco para la Conservación de los Recursos Vivos Marinos en el Alta Mar del Pacífico Sur- Acuerdo de Galápagos de 2000* (Art. 5), * *Convención sobre la Conservación y Manejo de las Especies Altamente Migratorias en el Océano Pacífico Oeste y Central de 2000* (Art.5 y6); * *Comunicación sobre el Principio de Precaución de la Comisión de la UE* (2 de febrero de 2000); * *Convención sobre la Conservación y Manejo de los Recursos Pesqueros en el Atlántico Sur de 2001* (párrafo quinto del preámbulo); etc.⁴⁴.

⁴² UN DOC A/CONF.151/PC/100 Add. 21 (1991).

⁴³ También en el ámbito comunitario europeo se dispuso la cautela con relación al tratamiento de las aguas residuales urbanas, con relación a la política pesquera, a la seguridad alimentaria, a la registración, evaluación, autorización de productos químicos, etc. Ello, a más de haberse incorporado el PP al tratado constitutivo de la Comunidad Europea (juntamente con el de prevención) ya en 1986 (*Acta Unica Europea*).

⁴⁴ V. nuestro trabajo "Environmental Precautionary Principle (Particular Reference to Law of the Sea)", *Annals of Maritime Studies*, 2004-42.

Más allá de que en los instrumentos citados se haga referencia a “política precautoria”, “enfoque precautorio”, “criterio precautorio”, “principio de precaución” u otra expresión, aspecto sobre el que la doctrina ha buscado profundizar, entendemos que la designación no afecta la costumización del “acto cautelar”. Bien se ha expresado la *Tercera Conferencia sobre Protección del Mar del Norte* al hacer referencia a la “continuación” de la aplicación del “principio precautorio”, a pesar de no haber usado en los documentos de la Primera Conferencia la palabra “precaución” (menos a “principio de precaución”) y en la Segunda Conferencia haber empleado la locución “enfoque preventivo”.

B)-Pronunciamientos jurisprudenciales en materia de PP

La jurisprudencia internacional más destacada con relación al PP se centra en los siguientes casos: *Pruebas Nucleares* (Corte Internacional de Justicia, 1995), *Gabcíkovo-Nagymaros* (Corte Internacional de Justicia, 1997), *Bifes con Hormonas* (OMC Órgano de Apelación, 1997), *Productos Agrícolas* (OMC Órgano de Apelación, 1998), *Southern Bluefin Tuna* (Tribunal Internacional de Derecho del Mar, 1999), a más de algunos casos ventilados ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

En el asunto *Pruebas Nucleares*, Nueva Zelanda invocó la obligación de Francia de proveer evidencia de que las pruebas nucleares subterráneas no implicaban la introducción de tales materiales en el medio ambiente, de conformidad al PP, “principio ampliamente aplicado en el derecho internacional contemporáneo”⁴⁵. El Juez Palmer, en opinión disidente, señaló que tanto el PP, como el requerimiento de evaluación de impacto ambiental debían ser llevados adelante “cuando las actividades pueden tener un efecto significativo en el medio ambiente”. Por su parte, el Juez Weeramantry, también en opinión disidente, consideró que el PP se estaba convirtiendo en “parte del derecho internacional del medio ambiente”. Ambos Jueces han asignado un valor de norma consuetudinaria al principio.

En el asunto *Gabcíkovo-Nagymaros*, en sentencia de 25 de septiembre de 1997⁴⁶, la Corte Internacional de Justicia, recordó en el párr.

⁴⁵ Sentencia de 22 de septiembre de 1995, en el asunto *Solicitud de Examinación de la Situación de Conformidad con el Párrafo 63 de la Sentencia de la Corte de diciembre de 1974 en Pruebas Nucleares*, CIJ, *Recueil* 1995.

⁴⁶ ICJ, *Recueil* 1997.

50 lo expresado en la opinión consultiva relativa a la *Legalidad de la Amenaza o el Uso de Armas Nucleares*⁴⁷ con relación a que “el medio ambiente no es una abstracción” y que existe la “obligación general de los Estados” de *asegurarse* que las actividades llevadas adelante bajo su jurisdicción y control no causen perjuicio más allá de sus fronteras⁴⁸. En el párr. 113, la sentencia expresó que la Corte “reconocía que ambas partes eran contestes en la necesidad de considerar las cuestiones ambientales con seriedad y de adoptar las medidas precautorias convenientes (...)”. En el párr. 140, hizo presente que causas económicas y otras “constantemente” interfieren con la naturaleza y señaló que “la necesidad de reconciliar el desarrollo económico con la protección del medio ambiente es bien expresada en el concepto de desarrollo sostenible”.

En el asunto relativo a las *Pasteras sobre el Río Uruguay (Argentina v. Uruguay). Solicitud de Indicación de Medidas Provisionales*, la Corte Internacional de Justicia, en ordenanza de 13 de julio de 2006, ha reconocido la necesidad de “proteger el medioambiente natural y, en particular, la calidad del agua del Río Uruguay” y recordó las ocasiones en las que en el pasado la Corte destacó la gran importancia del respeto al medioambiente (párr. 72)⁴⁹.

El Organismo de Apelación de la OMC en el *Asunto Hormonas* reconoció que los Miembros “tienen derecho a establecer su propio nivel de protección sanitaria, el que puede ser superior (*i.a.* más cautelares) que el contenido en los estándares, directrices y recomendaciones internacionales”⁵⁰.

El Organismo de Apelación de la OMC en el *Asunto Productos Agrícolas* clarificó los requerimientos necesarios para adoptar y mantener medidas provisionales cautelares. Entre ellas, señaló que las medidas debían ser: *impuestas en situaciones en que la información científica es insuficiente; *adoptadas sobre la base de la información pertinente disponible; * establecidas caso por caso por tiempo razonable⁵¹.

El Tribunal Internacional de Derecho del Mar en el *Asunto Southern Bluefina Tuna (Solicitud de Medidas Provisionales)*, en ordenanza de 27 de agosto de 1999, ha hecho lugar al pedido de medidas provisionales precautorias efectuado por Nueva Zelanda y Australia.

⁴⁷ CIJ, *Recueil* 1996, pp. 241-242, párr. 29.

⁴⁸ Esta manifestación amplia abarca el riesgo dudoso.

⁴⁹ V. *supra*, Nota 28.

⁵⁰ OA-1997-4, párr. 124.

⁵¹ OA-1998-8, párr. 89.

Ambos países solicitaron al Tribunal ordenar el cese inmediato de la pesca experimental unilateral del atún de referencia por parte de Japón, “de conformidad al principio precautorio”. El Tribunal ha señalado en el párr. 77 que “las partes debían actuar con prudencia y cautela para asegurar la adopción de efectivas medidas de conservación para prevenir un serio daño a los stocks de atún. Asimismo, efectuó consideraciones sobre la falta de certidumbre científica en lo que hace a medidas de conservación del stock, como también en lo que hace a la falta de convenio en la materia (párr. 79). A pesar de no poder evaluar la evidencia científica aportada por las partes, la Corte decidió adoptar las medidas provisionales como cuestión de urgencia para preservar los derechos de las partes y evitar mayor deterioro al stock de atún (párr. 80). Las opiniones separadas del Juez Laing y del Juez *ad hoc* Shearer señalan que los párrafos citados precedentemente tienen significación particular e implican la aplicación del principio precautorio, aun cuando el Tribunal no hubiese tenido necesidad de citarlo expresamente. Además, el Juez Shearer ha entendido que en base a la práctica y la *opinio juris* hay bases suficientes para considerar que el PP se ha transformado en norma consuetudinaria bien establecida (párr. 12 y párr. 8 respectivamente).

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha tenido oportunidad de considerar al PP de precaución, en varias oportunidades, *vg.*: En el caso *Danish Bees*, en el cual ha considerado que, en ausencia de evidencia científica, las medidas de preservación de una especie animal autóctona contribuían al mantenimiento de la biodiversidad (C-67/97 (1998)). En el caso de *Productos modificados genéticamente*, sostuvo que los Estados Miembros poseen el derecho de denegar permiso a la introducción de alimentos genéticamente modificados (C-6/99 (2000)). En los casos C-157/96 y C-180/96 (sentencias de 5 de mayo de 1998 relativas a la enfermedad de las vacas locas) el Tribunal ha señalado: “Cuando hay incertidumbre sobre la existencia o extensión de los riesgos sobre la salud humana, las instituciones pueden adoptar las medidas protectivas que crean convenientes sin tener que esperar a que la realidad o seriedad de esos riesgos se vuelva puramente aparente” (Fundamentos: p. 99). En similar sentido se pronunció en los asuntos T-199/96 del Tribunal de Primera Instancia (cremas solares y productos bronceadores-sentencia de 16 de julio de 1998); T-70/99 (transferencia de la resistencia a los antibióticos del animal al hombre-ordenanza de 30 de junio de 1999)

El “principio de proporcionalidad”, que debe acompañar a la “precaución”, implica la necesidad de verificar si los medios elegidos

(limitaciones a la actividad presuntamente riesgosa) son adecuados a la realización del objetivo pretendido y si ha habido exceso en la relación medio-fin (*Asunto C-183/95, Affish BV / Rijksdienst voor de keuring van Vee en Vlees*, sentencia del TJCE de 17 de junio de 1997). El “principio de proporcionalidad”, a más de requerir que las medidas no vayan más allá de lo necesario para lograr el fin pretendido, exige que esas medidas, siempre, sean consideradas como presunciones *juris tantum* que admiten prueba en contrario (*Asunto C-286/94, C-401/95, C-47/96. Garage Molenheide BVBA y otros/Belgische Staat*, sentencia del TJCE de 18 de diciembre de 1997).

4. Reflexiones finales

En todos los instrumentos internacionales que hemos considerado y que incluyen el PP, resulta evidente que las Partes no han puesto de manifiesto intereses o conveniencias particulares, sino un interés común, superior, cuyo desconocimiento en grado extremo puede resultar letal para el planeta y el género humano.

El carácter general de ese interés común se ve potencializado por el alto número de EP⁵² con que cuentan los principales acuerdos ambientales multilaterales que contemplan el PP y que llevan a la costumización de las normas convencionales.

Si bien, el principio de precaución ha sido considerado por algunos -predominantemente desde el plano de incumbencias particulares- un elemento paralizante, meramente intuitivo, acientífico, entendemos que se trata de un principio eje para la realización del desarrollo sostenible, durable, con responsabilidad intergeneracional, que impone el accionar criterioso, el que desde la “certeza de la incertidumbre”, prefiere postergar beneficios y no correr el riesgo de un eventual daño al medio ambiente. Esta postura cautelara se torna cada vez más necesaria frente a la vulnerabilidad del planeta, puesta en evidencia por las cada vez más frecuentes y graves catástrofes naturales que se producen.

A pesar de que la condición jurídica del PP aún carece de consenso pleno, no es posible negar que existe una obligación de comportamiento para los Estados de naturaleza *erga omnes*: estar permanentemente alerta frente al peligro que implica desdeñar los potenciales riesgos de determinadas actividades.



⁵² Especialmente, si se tiene en cuenta que las Naciones Unidas cuentan con 192 Estados Miembros.

**RESIDENCIA HABITUAL DEL NIÑO O SU CENTRO DEVIDA
¿FORUM CONVENIENS O NON CONVENIENS?**

**(HABITUAL RESIDENCE OF THE CHILD OR ITS CENTER OF LIFE.
¿FORUM CONVENIENS OR NON CONVENIENS?)**

Luis Cruz Pereyra Amalia Uriondo de Martinoli***

RESUMEN: La Convención sobre los Derechos del Niño, reitera la promoción y protección de los derechos humanos que ya estaban comprendidos de una forma general en otros instrumentos internacionales. Lo novedoso es la introducción del concepto “interés superior del niño”, como principio rector. Este principio, que se caracteriza por su flexibilidad, genera interpretaciones disímiles, algunas de las cuales llegan a desnaturalizar el propio reconocimiento y la calidad del sujeto o titular actual de derechos que adquirió el niño a partir de la aprobación del mencionado convenio. El concepto está “dotado de una gran imprecisión y vaguedad susceptible de traducirse en resultados opuestos según el alcance y la valoración subjetiva que el intérprete le dé en

* Profesor Titular de Derecho Internacional Privado, Facultad de Derecho de la UNCa. Profesor Adjunto de Derecho Internacional Privado, Facultad de Derecho y Cs. Sociales de la UNC. Profesor Asociado de Derecho Internacional Privado, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UCES. Profesor Asociado de las Cátedras de Derecho Económico Internacional, Derecho I y II, Licenciatura en Comercialización Internacional de la Universidad de Congreso. Vocal de European Community Studies Association ECSA-Argentina. Secretario AADI (Asociación Argentina de Derecho Internacional). Miembro Titular Instituto de Derecho Internacional Público y Derecho de la Integración, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

** Profesora Titular de Derecho Internacional Privado, Facultad de Derecho y Cs. Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Secretaria de Postgrado de la Facultad de Derecho y Cs. Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, República Argentina. Consejera de la AADI (Asociación Argentina de Derecho Internacional). Miembro Titular de European Community Studies Association ECSA-Argentina. Miembro Titular del Instituto de Derecho Internacional Público y Derecho de la Integración - Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

el caso concreto”. Si tenemos en cuenta que la residencia habitual del menor actúa tanto para conectar juez como para conectar derecho, una dificultad a resolver es su definición. ¿Qué es “residencia habitual del menor”? ¿es un término sinónimo a centro de vida? ¿Será posible utilizar cláusulas de flexibilización en la determinación de la competencia judicial internacional como la del *forum non conveniens* y la del *forum conveniens*, a los fines de actualizar en el caso concreto el “superior interés del niño”?

PALABRAS CLAVE: Interés superior del niño – Residencia habitual – Centro de vida – competencia judicial internacional – Forum conveniens – forum non conveniens.

1. Planteamiento del problema

La Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989¹—en adelante CDN—, reitera la promoción y protección de los derechos humanos que ya estaban comprendidos de una forma general en otros instrumentos internacionales. Lo novedoso es la introducción del concepto “interés superior del niño”, que adopta en el art. 3, como principio rector, constituyéndolo en clave de interpretación de los derechos y garantías que consagra en un marco de seguridad jurídica, siendo el prisma a través del cual debe adoptarse toda decisión, judicial o administrativa que a él concierna, ya sea provisoria o definitiva, que afecte a su esfera personal, familiar o social. Ello significa que el interés moral y material de los menores debe tener prioridad sobre cualquier otra circunstancia que pueda presentarse en el caso concreto, pues apunta a dos finalidades básicas: constituirse en pauta de decisión ante un conflicto de intereses y en un criterio para la intervención institucional destinada a proteger al menor. Así lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación —CSJN—, al resolver una controversia de derechos entre los progenitores y adoptantes, cuya sentencia dejó sin efecto la decisión que ordenó la inmediata restitución de la menor a su madre biológica, disponiendo que quede en guarda de sus actuales tenedores². Si bien la consideración del interés del niño impone su preeminencia sobre cualquier otro interés, no puede ser descontextualizado de la situación particular de cada menor, de la de sus progenitores, del ámbito familiar, social, económico y cultural en que debe

¹ Aprobada por Ley 23.849, ha sido incorporada al texto de la Constitución de la Nación Argentina por la reforma de 1994 en el art. 75, inc.22, segundo párrafo.

² CSJN, 02/08/05, “S., C. s/Adopción”, *Actualidad Jurídica de Córdoba, Familia y Minoridad*, N° 17, p. 1753/1775.

ser respetado, para que el principio no devenga en un concepto vacío y abstracto.

Este principio, que se caracteriza por su flexibilidad, genera interpretaciones disímiles, algunas de las cuales llegan a desnaturalizar el propio reconocimiento y la calidad del sujeto o titular actual de derechos que adquirió el niño a partir de la aprobación del mencionado convenio. El concepto está “dotado de una gran imprecisión y vaguedad susceptible de traducirse en resultados opuestos según el alcance y la valoración subjetiva que el intérprete le de en el caso concreto”³. De allí, que resulte difícil establecer de manera unívoca criterios y valores que le permitan al juzgador la aplicación práctica de tal interés, frente a situaciones que presentan una serie de opciones y tiene que decidir por una de ellas. Buen ejemplo de ello es el fallo de la Sala L de la Cámara Nacional Civil, en el que bajo la invocación del mismo principio, los votos de la mayoría aconsejan la adopción simple de un menor, mientras que el de la minoría la plena, tal como lo expresa Mizrahi en su comentario de la citada sentencia⁴.

Dicho concepto encuadra dentro de las llamadas definiciones-marco, ya que no resulta sencillo establecer su alcance, pues es una idea en permanente evolución y transformación, que necesariamente varía entre los distintos Estados según sus pautas culturales y sociales⁵.

Igual situación la encontramos en el orden interno, tanto en las dimensiones legislativa, jurisprudencial y doctrinaria. Cabe, entonces, aludir a la ley 26.061 sobre Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes⁶, cuyo art. 3 determina qué se entiende por su “interés superior”, brindando a renglón seguido los elementos a tomar en cuenta para constatar su existencia en el caso concreto, entre los cuales considera que es preciso respetar su “centro de vida” que, acorde al decreto reglamentario de la ley, debe interpretarse de manera

³ Cám. Apel. CC, Mercedes, Provincia de Buenos Aires, Sala 1ª, 17/03/05, “Y., J. C. y otra s/Adopción”, *Actualidad Jurídica de Córdoba, Familia y Minoridad*, N° 16, ps. 1695/1712.

⁴ MIZRAHI, MAURICIO, “El doble rango de la adopción simple en la ley 19.134”. LA LEY, 1995-D, 419, según cita de la sentencia pronunciada el 17/03/05 por la Cám. Apel. CC, Mercedes, Provincia de Buenos Aires, Sala 1ª, “Y., J.C. y otra s/Adopción”, *Actualidad Jurídica de Córdoba, Familia y Minoridad*, N° 16, p. 1695/1712.

⁵ GROSSMAN, CECILIA, “Los derechos del niño en la familia”, *Discurso y realidad, Universidad*, 1998.

⁶ Publicada 26/10/05, Reglamentada por Decreto 415/2006 (B.O. 18/04/2006). La misma deroga expresamente la Ley 10.903, del año 1919 (*Adla, LXV-E-4635*), los Decretos Nacionales 1606/90 y sus modificatorias, 1.631/96 y N° 295/01, de creación y funcionamiento del Consejo Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia (artículo 76).

armónica con la definición de residencia habitual contenida en los tratados internacionales ratificados por nuestro país, referidos a sustracción y restitución internacional de menores (art. 3). Al respecto, debemos tener en cuenta que el único convenio que realiza una calificación autárquica es el bilateral argentino–uruguayo⁷ que expresa, en su art. 3, que a los efectos del Convenio, se entiende por *residencia habitual* del menor, el Estado donde tiene su *centro de vida*.

La “residencia habitual del menor”, es un criterio de conexión sociológico, a diferencia del domicilio, que es de carácter normativo⁸, y el “centro de vida del menor”, está referido, también, a una situación de hecho que alude al centro de gravedad de la vida del menor.

Es por ello, que en el presente trabajo trataremos de deslindar si la calificación del “interés superior del niño” que proporciona la legislación nacional, crea o no una directriz interpretativa revestida de la certidumbre necesaria hacia la que tiene que estar orientada toda intervención y decisión que tenga como destinatario a un menor. En efecto, si tenemos en cuenta que la residencia habitual del menor actúa tanto para conectar juez como para conectar derecho, una dificultad a resolver es su definición: ¿qué es “residencia habitual del menor”? ¿es un término sinónimo a centro de vida o, por el contrario, son términos imprecisos y ambiguos?. Asimismo, como en la determinación de la competencia judicial internacional, debe respetarse el “interés superior del niño” ¿será posible utilizar cláusulas de flexibilización como la del *forum non conveniens* y la del *forum conveniens* a los fines de actualizar el principio en el caso concreto?.

2. Interés superior del menor

Un sector de la doctrina, considera que el interés superior del menor es un principio general del derecho, otros conciben que dicho interés es multiforme y algunas de sus formas son impalpables. También se lo ha entendido como factor de aproximación entre sistemas jurídicos, delegación del poder normativo o una abdicación del legislador, criterio de interpretación y resolutorio de conflictos, concepto jurídico indeterminado⁹.

⁷ Convenio sobre Protección Internacional de Menores, suscriptos entre la República Argentina y la República Oriental del Uruguay, aprobado por Ley 22.546 (B.O. 4/3/82). LA 1982-A-14.

⁸ S.A.C.Civ. y Com. San Isidro, Sala 1º, 31/8/2000, “M.,V. v. G.B., M.”, con nota de HOOFT, EDUARDO R., “Restitución internacional de menores: un caso argentino-alemán”, <http://www.gracielamedina.com/archivos/sentencias/pdf>, p. 20.

⁹ CALVO CARAVACA, A. L. / BLANCO MORALES, *La protección de menores en la era de la globalización. Del conflicto de leyes a las técnicas de flexibilización. Globalización y Derecho*, Limones, P. (Editores), Madrid, 2003, p. 218.

Puede decirse, entonces, que este concepto tiene como característica su imprecisión, o al menos la mutabilidad del mismo, sin embargo, deberá estar siempre presente cada vez que se tomen medidas concernientes a los niños¹⁰, lo cual complica la labor del intérprete y de quien aplica el derecho. La definición de este concepto resulta dificultosa en el ámbito del derecho interno, y la dificultad se acentúa en el del derecho internacional privado de la minoridad. Es por eso que nos preguntamos si existe un concepto universal del interés del menor o coexisten tantos conceptos como ordenamientos jurídicos, “y, aún más, si a pesar de existir un concepto universal de este interés, su grado de interpretación puede concretarse a través de los valores propios del ordenamiento jurídico del foro”¹¹. La coexistencia de ordenamientos nacionales con sus propias definiciones nos plantea la cuestión de identificar algún núcleo o, al menos, alguna característica común en lo que se entiende por interés superior del menor. Este “elemento” —interés superior del menor— que introduce la nueva legislación sobre protección de derechos del niño, produce además una distorsión que complica la labor del intérprete y del aplicador del derecho, ante lo cual surge el interrogante si deben analizarse los derechos y el interés en forma conjunta, o si se debe partir de la distinción entre derecho e interés, es decir, entre la norma y el dato que emerge de la realidad específica. Además, puede existir el derecho y no existir un interés concreto, puesto que el derecho es de todos los niños y adolescentes, pero el interés sólo se manifiesta en determinadas y particulares circunstancias y respecto de sujetos particulares.

Algunos autores¹², consideran que el enunciado “interés del menor” no reside en una visión unitaria sino en una noción plural o, por lo menos, dual; por lo tanto un examen unitario llevaría a confusiones, por lo que es necesario una visión dual del mismo, a los fines de diferenciar entre intereses y derechos, es decir, el derecho (interés abstracto) por un lado, y el interés (interés en concreto), por el otro.

¹⁰ El art. 3.1 de la Convención de los Derechos del Niño establece: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.”

¹¹ DURÁN AYAGO, ANTONIA, *El interés del menor en el conflicto de civilizaciones: elementos para su concreción en un contexto intercultural*. p. 297, citada por SANTOS BELANDRO, RUBÉN, en “El interés superior del menor en el Derecho Internacional Privado”, publicación en el sitio web <http://www.eldial.com>.

¹² CHABERT, CYRIL, *L'intérêt de l'enfant et les conflits de lois*, Aix Marseille, 2001, p.17 y ss.

El derecho (interés abstracto) se sitúa en la esfera jurídica, obedece a una lógica jurídica y se presta a un enfoque global. Es el ámbito de los derechos legalmente consagrados en el cual corresponde establecer cuál es el sentido o contenido de esos derechos y cuáles son sus objetivos. Así, entonces, la ausencia del interés resultaría un obstáculo para atender de manera concreta los problemas de un menor en una situación específica.

El interés concreto, en cambio, se asienta en situaciones de hecho, es decir, atiende a las particularidades de la cuestión, se compone de elementos fácticos “... circunstanciales, irreductibles, rebeldes a cualquier sistematización ya que sistematizarlo significaría desatender las particularidades del caso ... Es el caso del interés superior del menor examinado desde el lado concreto, la situación que se intenta resolver, se nutre de la vida misma del niño y del adolescente y está muy alejado del cotejo con parámetros supuestamente uniformes”¹³.

Desde esta visión dual se plantea un nuevo interrogante ¿los intereses deben ser considerados conjuntamente con los derechos?

Más allá de sus diferencias, derecho e interés operan conjuntamente. El interés necesariamente debe contar con un derecho subjetivo el que determinará sus límites; mientras que el derecho encuentra en el interés concreto un instrumento de interpretación legal. Combinados estos conceptos, se direccionan hacia un mismo fin, la protección de los menores y de su interés superior.

Y es el magistrado el que deberá llevar el interés concreto al campo de la realidad, atendiendo a las características particulares del asunto que está resolviendo, es por ello que el “interés superior del menor” requiere un detenido análisis de una situación concreta. Ahora bien. ¿Qué elementos debe tener en cuenta el juez al momento de realizar ese análisis? Esa investigación atenderá a un cúmulo de variadas circunstancias respecto del menor, de índole afectivas, económicas, sanitarias, psicológicas, educativas, etc. y, por sobre todo, lo más importante a considerar son los elementos intrínsecos, a los que se llega sólo a través de una evaluación del niño, y de las opiniones y consideraciones que el mismo hace de sí mismo, de su vida, y de su interés.

2.1. Marco normativo

La noción de interés superior del niño se identifica con el moderno y actual paradigma en materia de la infancia: *la doctrina de la protección integral*.

¹³ SANTOS BELANDRO, RUBÉN, en “El interés superior del menor en el Derecho Internacional Privado”, publicación en el sitio web <http://www.eldial.com>.

Se ha discutido cuál es y cómo se determina el contenido del interés superior del niño. Encontramos legislaciones que han optado por hacer mención al principio sin atribuirle un contenido específico, evitando una definición que pudiera quedar demasiado rígida; mientras que otros sistemas, han señalado expresamente qué debe entenderse por tal interés, y para ello, han establecido los mecanismos o vías para poder acceder al respeto del mismo, entre las cuales se puede mencionar: reconocer al menor su condición de sujeto de derecho, el derecho de los niños, niñas y adolescentes a ser oídos, que su opinión sea tenida en cuenta, el respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural.

El “interés superior del niño”, como principio, se ha dicho que está incorporado a nuestro ordenamiento jurídico con rango constitucional —art. 3.1 de la CDN— y también ha sido consagrado en otros tratados internacionales referidos a menores. Si bien en materia de adopción, el principio ya estaba contemplado en el art. 321, inc. i) del Código Civil Argentino —CC Arg.—, al disponer, entre las reglas que deben observarse en el juicio de adopción, que el juez deberá valorar en todos los casos dicho interés, recién se incluye su definición en la ley 26.061 destinada a la protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes (art. 3).

2.2. Legislación nacional y provincial

La ley nacional, dispone un sistema único que responde a la mencionada doctrina de la protección integral en materia de la infancia, y está conformado por todos aquellos organismos, entidades y servicios que diseñan, planifican, coordinan, orientan, ejecutan y supervisan políticas públicas. El vínculo entre los distintos agentes dedicados a las políticas en cuestión, supone esfuerzos compartidos y una interacción entre el ámbito nacional, provincial y municipal, favoreciendo la descentralización de las políticas públicas, accesibilidad, agilidad y respeto de necesidades regionales. Debe señalarse que la ley y su decreto reglamentario, atribuyen a reparticiones administrativas funciones que se sustraen a la órbita judicial¹⁴.

A las niñas, niños y adolescentes que se encuentren en territorio nacional, se les garantiza “el ejercicio y disfrute pleno, efectivo y

¹⁴ Ante la sanción de la Ley 26.061, que dispone de un sistema único de protección integral de los derechos de los niños, el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba dispuso que hasta que no se pongan en marcha las reparticiones administrativas previstas en dicha ley y su decreto reglamentario, continuará aplicándose el sistema previsto en la ley 9.053, Acordada 794 de 8/11/2005.

permanente” de sus derechos “reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y en los tratados internacionales en los que la Nación sea parte”. Esta protección integral de sus derechos, se extiende a todos los ámbitos en que ellos se desenvuelven, ya sea estatal, familiar, comunitario, social, escolar, científico, cultural, deportivo y recreativo (arts.1, 3 y 24)¹⁵. Por tratarse de sujetos en desarrollo, sus derechos e intereses prevalecerán, en caso de conflicto, frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos.

En cuanto a la definición del principio, la ley se ubica dentro de los sistemas que señalan expresamente qué debe entenderse por tal interés, estableciendo los mecanismos o vías para lograr su respeto en el ejercicio de la patria potestad, filiación, restitución, adopción, emancipación y toda circunstancia vinculada a las anteriores, cualquiera sea el ámbito donde deba desempeñarse. A tal efecto, el art. 3 señala las pautas que deberán respetarse: la condición de sujeto de derecho de las niñas, niños y adolescentes; el derecho a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta; el pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural; la edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales; el equilibrio entre sus derechos y garantías y las exigencias del bien común; y su centro de vida, entendiéndose por tal “el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia”.

De acuerdo a la redacción de nuestra ley, el Juez en todos los casos y sin excepción alguna, deberá valorar el interés del niño; ello no implica una facultad sino que configura una imposición legal.

Respecto al interrogante planteado en el presente trabajo, si la legislación nacional crea o no una directiva interpretativa revestida de la certidumbre necesaria hacia la que tiene que estar orientada toda intervención y decisión que tenga como destinatario a un menor, compartimos la posición de Belluscio¹⁶, quien expresa que la ley 26.061, en el aspecto que estamos considerando, es confusa, a tenor de lo que expresa en su art. 3º: “a los efectos de esta ley se entiende por interés

¹⁵ La interpretación armónica de dichas disposiciones ha sido efectuada por la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Contencioso-administrativo de 2ª nominación de Río Cuarto, en la causa “R. De M., E. E.”, 15/12/2005, publicado en *La Ley Córdoba*, 2006 (marzo), 226.

¹⁶ BELLUSCIO, AUGUSTO C., “Una ley en parte inútil y en parte peligrosa: La 20.061”, Defensoría Pública Oficial de Pobres y Ausentes N° 3, en *La Ley* 24/02/06, <http://www.mpd.gov.ar/def3civcap/web/doctrina/doc00009.htm>.

*superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea, de los derechos y garantías reconocidos en esta ley*¹⁷: Esta disposición reproduce el art. 4° de la ley de la provincia de Neuquén¹⁷, “con el cual concuerdan, a su vez, los arts. 5°, último párrafo, de la ley de Tierra del Fuego¹⁸ y, art. 4°, último párrafo de la de la Provincia de Buenos Aires¹⁹”.

No están tampoco exentas de ambigüedad las normas provinciales, continúa expresando Belluscio, pues algunas confunden “interés superior” con el conjunto de normas de protección, prueba de ello es el art. 2° de la ley de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires²⁰, que expresa que “a todos los efectos emergentes de la presente ley, se entiende por interés superior de niños, niñas y adolescentes, el sistema integral que conforman todos y cada uno de los derechos a ellos reconocidos y los que en futuro pudiera reconocérseles”; así como el art. 3° de la ley de San Juan²¹, según el cual “en las consecuencias que surjan de la presente ley, debe entenderse por interés superior de los niños y adolescentes: al sistema integral de todos y cada uno de los derechos que lo constituyen, aplicando su máxima satisfacción integral y simultánea, y mínima restricción”.

Es posible mencionar, además, entre otras leyes provinciales: la N° 6354, de Protección Integral del Niño y del Adolescente de Mendoza²²; la N° 4347, de Protección Integral de la Niñez, la Adolescencia y la Familia de Chubut; la N° 5288, de Protección Integral de la Niñez, Adolescencia y Familia de Jujuy²³; y la de Córdoba N° 9053 de Protección Judicial del Niño y el Adolescente²⁴, la cual, en su art. 4, dispone que en todo lo que concierne al niño y al adolescente se deberá atender primordialmente a su interés superior, entendiendo por tal la promoción de su desarrollo integral. Toda medida que se tome con relación a ellos,

¹⁷ Ley 2302 de Protección Integral del Niño y del Adolescente. Neuquén (modificada por las Leyes 2346 y 2475), *Adla*, LX-B, 2653; LXI-A, 1340; LXV-A, 1214.

¹⁸ Ley 521 de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes y sus Familias, de Tierra del Fuego.

¹⁹ Ley 13.298, de Promoción y Protección de los Derechos de los Niños de la Provincia de Buenos Aires, *Adla*, LXV-B, 1819.

²⁰ Ley 114, Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires *Adla*, LIX-A, 882.

²¹ Ley 7338, de Protección Integral de los Derechos de los Niños y Adolescentes de San Juan, (*Adla*, LXIV-B, 2539).

²² *Adla*, LVI-B, 2998.

²³ *Adla*, LXII-C, 3655.

²⁴ *Adla*, LXIII-A, 767, Publicada en *Boletín Oficial* de Córdoba el 22 de Noviembre de 2002.

deberá asegurar la máxima satisfacción de derechos que sea posible, conforme a la legislación vigente.

2.3. Legislación Comparada

Tras el estudio realizado, podemos afirmar, que se ha establecido a nivel americano, europeo y universal, una teoría fundamental del Derecho de la niñez y adolescencia, analizando sobre su esencia, justificación, elementos reales e ideales, y su reelaboración continua a través del estudio de sus elementos históricos universales y de la aplicación al derecho positivo de criterios antropológicos, psicológicos, sociales, educativos y políticos.

Así, el Derecho de los niños, de los adolescentes y de los jóvenes menores de edad, basado en los objetivos generales propuestos por Declaraciones y Convenciones²⁵, se nutre de una finalidad humanística y personalista que expanden las legislaciones nacionales en la normativa internacional y universal.

No negamos que exista un hilo invisible entre lo tradicional y lo nuevo. Conforme a la tradición, todo lo relativo a la persona e interés del menor y de la familia, estaba normado en el Derecho Civil. Lo concerniente a los delitos, como así también lo referido a la imputabilidad, punibilidad y responsabilidad penal, estaban contenidos en el Código Penal y las leyes sancionadoras.

Lo identificatorio de este nuevo orden jurídico de menores, es que es un Derecho tuitivo, finalista y de orden público, traducido hoy en los modernos códigos, estatutos y leyes específicas de menores. Así también lo han comprendido algunas legislaciones en América Latina: Código de la Niñez y la Adolescencia de Costa Rica²⁶, Código para la Protección de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes de República Dominicana²⁷, Código del Niño, la Niña y Adolescente de Bolivia²⁸, Estatuto del Niño y el Adolescente de Brasil²⁹, y Código de la Ni-

²⁵ Declaración Universal de los Derechos Humanos (O.N.U.,1948), Declaración Universal de los Derechos del Niño (O.N.U.,1959), Pacto de Derechos Humanos de San José de Costa Rica (OEA,1969), Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (O.N.U., 1989).

²⁶ Ley N° 7739 del 6 de enero de 1998, publicada en La Gaceta, 6 de febrero de 1998.

²⁷ Modificado por Ley 136, en vigencia desde el 1 de enero de 2004.

²⁸ Ley N° 2026, promulgada el 27 de octubre de 1999.

²⁹ Ley Federal 8069/90. Así, en Brasil, se atiende a ese superior interés cuando se aplican, en varias situaciones, las normas del Estatuto para que en la práctica no se quede sujeto a un criterio subjetivo según la percepción de quien va a aplicar la norma en cada caso (padre, madre, profesor, policía, autoridad pública del ejecutivo, jueces, etc.). Lo

ñez y la Adolescencia de Uruguay³⁰. Desde el punto de vista de la legislación especial venezolana, debemos señalar que es sólo a partir de la promulgación de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente en 1998³¹, que una normativa interna consagra el principio del interés superior del niño. Las anteriores regulaciones, aún cuando hayan hecho alguna mención al interés del “menor”, éste no se identifica con el principio aceptado actualmente en la materia, por cuanto las mismas partían de la doctrina de la situación irregular del menor, doctrina que a priori niega el interés superior del niño³². La regulación interna optó por darle una guía al operador jurídico, particularmente al juez, para la determinación del referido principio³³.

En función de lo expuesto, podemos afirmar que la legislación comparada coloca al menor expresa o implícitamente como *sujeto prevalente de derechos*. Establece la aplicación preferente de esta norma específica en casos de conflicto de leyes, la presunción de la minoridad, el carácter retroactivo y universal de sus disposiciones, el principio *favor minoris* y la consideración del interés superior del niño como principio general de derecho.

que el Estatuto brasileño dispone para disminuir la subjetividad de la interpretación es establecer, en el art. 6, la regla de interpretación del Estatuto.

En Brasil esa regla establece que en cada caso se debe interpretar la norma procurando atender: - a los fines sociales del Estatuto (incorporar a los niños al mundo de la ciudadanía; si no los introduce, no atiende al interés superior); - a las exigencias del bien común (lo que no atiende al bien común no puede ser considerado como atendiendo al interés del niño); - a los derechos individuales y colectivos en juego (se atiende al interés o derecho de uno, si se tienen en cuenta también sus deberes y los derechos y deberes de los demás); - a la condición peculiar de niño y adolescente como personas en desarrollo.

³⁰ Ley N° 17.823, *Diario Oficial*, 2004-09-14, núm. 26586.

³¹ Cfr. G.O. Extraordinaria N.-5.266, de fecha 02/10/98.

³² GUERRA, VÍCTOR HUGO, “La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (CDN) y sus relaciones con el ordenamiento jurídico venezolano. Especial referencia al Derecho Internacional Privado”, en *De los menores a los niños, una larga trayectoria*, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Instituto de Derecho Privado, Caracas, 1999, p. 171 y ss.

³³ El art. 8, párrafo primero, señala: “Para determinar el interés superior del niño en una situación concreta se debe apreciar: La opinión de los niños y adolescentes; La necesidad de equilibrio entre los derechos y garantías de los niños y adolescentes y sus deberes; La necesidad de equilibrio entre las exigencias del bien común y los derechos y garantías del niño o adolescente; La necesidad de equilibrio entre los derechos de las demás personas y los derechos y garantías del niño o adolescente; La condición específica de los niños y adolescentes como personas en desarrollo.”

3. La Competencia Judicial internacional y el Interés Superior del Niño

En el Derecho Internacional Privado, el principio del interés superior del niño permite al operador jurídico cumplir con el fin de esta materia, esto es, realizar la justicia del caso concreto.

Ahora bien, teniendo en cuenta el interés superior del menor como directriz interpretativa, a la hora de determinar la competencia en los asuntos que precisen una urgente resolución en sede judicial, será preciso determinar los foros competentes en la materia.

3.1. ¿Qué se entiende por “residencia habitual del menor”?

De acuerdo a lo establecido por el art. 90, inc. 6 del CC Arg., los incapaces tienen el domicilio de sus representantes, por ende, mientras los padres viven juntos, el menor tendrá la residencia habitual en el hogar conyugal, pero cuando están separados, se considera que el menor la tiene en el hogar donde normalmente vive. En ese sentido, la CSJN ha señalado que “la residencia habitual de un niño, en el sentido del art. 3, inc. 3 de la Convención de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de 1980, no puede ser establecida por uno de los padres, así sea el único titular del derecho de tenencia, en fraude de los derechos del otro padre o por vías de hecho”³⁴. La residencia del menor debe ser “habitual”, es decir, con vocación de permanencia en el lugar, porque si es temporal (por ej. durante unas vacaciones) sólo es residencia; y si es accidental, estamos en presencia de la habitación³⁵. Vemos así, que la conexión “residencia habitual” del menor es autónoma, se independiza del domicilio de sus representantes en orden a evitar todas las complejidades propias del domicilio (quién lo fija, derecho a trasladarlo, etc.).

Un breve recorrido por las convenciones internacionales concernientes a menores elaboradas en los últimos veinte años en el marco de la Conferencia de La Haya³⁶, así como en el ámbito de la Confe-

³⁴ CSJN, fallo 318:1286.

³⁵ BUERES Y HIGHTON, *CC. y Normas Complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Tº 1, Ed. Hammurabi, Año 2003, p. 510.

³⁶ Convención sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores de 25 de octubre de 1980; Convención sobre la protección de los niños y la cooperación en materia de adopción internacional de 29 de mayo de 1993; Convención sobre responsabilidad parental y medidas de protección de la infancia de 19 de octubre de 1996.

rencia Interamericana de Derecho Internacional Privado³⁷, nos permitirá comprobar que utilizan la conexión “residencia habitual del menor” pero que no incorporan la correspondiente calificación. En consecuencia, la definición de dicho criterio “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”³⁸. Otro es el camino que sigue el Convenio argentino–uruguayo de 1 de marzo de 1982 sobre protección internacional de menores, ya que califica autárquicamente lo que es “residencia habitual”, señalando que es el lugar donde el menor tiene su “centro de vida”.

Conforme ha sido expresado, el art. 3 de la ley 26.061 al definir el “interés superior de la niña, niño y adolescente”, dispone que se debe respetar su “centro de vida”, el cual debe interpretarse de manera armónica con la definición de residencia habitual contenida en los tratados internacionales ratificados por nuestro país, referidos a sustracción y restitución internacional de menores (art. 3 del decreto reglamentario). La confusa redacción de las disposiciones nos lleva a formular el siguiente interrogante.

3.2. ¿Qué se entiende por “centro de vida” del menor?

Si miramos la cuestión desde la óptica de la sustracción internacional de un menor ¿cuál es su centro de vida? ¿Es aquel que tenía al momento de la sustracción o retención, o el lugar en el que actualmente se encuentra? En la búsqueda de una solución armónica en los conflictos relativos a los niños y frente a un pedido de cooperación jurisdiccional internacional, el criterio rector del interés superior del niño debe inspirar cualquier decisión que se adopte. En ese sentido, la jurisprudencia ha sostenido que “el entorno de un menor consiste en su vida familiar, escolar y social, y cualquier desequilibrio en este sistema exige una nueva adaptación por parte del niño, y esta alternativa, necesariamente, debe ser mejor o igual a la anterior a efectos de evitar que el menor se vea perjudicado”³⁹. En consecuencia, lo dispuesto en el

³⁷ Convención Interamericana sobre conflicto de leyes en materia de adopción de menores (La Paz, 1984); Convención Interamericana sobre restitución internacional de menores (Montevideo, 1989); y Convención Interamericana sobre tráfico internacional de menores (México, 1994).

³⁸ Conf. Art.31.1, Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969, aprobada por Ley 19.865 (B.O. 11/01/73).

³⁹ Cám. de Apel. Cy C de Mar del Plata, sala 2º, 9/06/05, “G.L.E. v. C.M. s/tenencia de hijos; régimen de comunicación y autorización judicial supletoria, *Actualidad Jurídica de Córdoba, Familia y Minoridad*, Nº 17, p. 1785/1793.

art. 60 inc. 6 del CC Arg., debe ceder ante la residencia habitual del menor.

Al analizar la circunstancia determinativa de la competencia para que el magistrado pueda asumir jurisdicción ¿qué ley es la encargada de definir cuándo dicha residencia es “habitual” y, por lo tanto, con posibilidad de ser un foro de competencia judicial? Consideramos que, a falta de una calificación autárquica, la *lex fori* del lugar de la residencia del menor será la encargada de proporcionar la respuesta, debiendo consultarse el criterio vigente en el Estado donde la medida debe ejecutarse o surtir efectos, a fin de asegurar la eficacia y efectividad de las decisiones, en breve tiempo. Ahora bien, puede ocurrir que una vez fijada la competencia internacional del juez donde el menor tiene su residencia habitual, esta conexión es modificada legítimamente por quien gozaba del derecho a trasladar dicha residencia, ¿puede o debe alterarse la misma en función de las modificaciones que sufre aquella?⁴⁰.

Consideramos que el juez puede declarar su jurisdicción para conocer y decidir de un caso, si el interés superior del niño así lo exige (doctrina del *forum conveniens*). Puede también el juez, desechar la aplicación de un determinado derecho o considerar la aplicación de cualquier otro, si el interés superior del niño así lo requiere. Y, finalmente, puede reconocerle o no una eficacia extraterritorial a actos extranjeros cuando este interés superior del niño así lo ponga.

Mención particular merece la Convención de La Haya de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños⁴¹, convenio amplio y ambicioso, cuyas disposiciones pivotan sobre el principio del interés superior del niño. Si bien, la jurisdicción internacional se establece sobre la base del criterio de la residencia habitual del niño (art. 5)⁴², esta regla general no tiene un carácter absoluto sino que existen *excepciones*, las cuales ofre-

⁴⁰ HOOFT, EDUARDO R., “Restitución internacional de menores: un caso argentino-alemán”, comentario fallo C.Civ.y Com.San Isidro, Sala 1 º, –“M.,V.v.G.B.,M.”, 31/8/2000., <http://www.gracielamedina.com/archivos/sentencias/000014.pdf>, p. 20.

⁴¹ <http://www.hcch.net/>. Está Convención está en estudio en el Senado argentino a los fines de su posible aprobación y ratificación.

⁴² Capítulo II - Competencia. *Artículo 5:*

1. Las autoridades, tanto judiciales como administrativas, del Estado contratante de la residencia habitual del niño son competentes para adoptar las medidas para la protección de su persona o de sus bienes.

cen un abanico de foros de competencia que tienen en su punto de mira el interés superior del menor y el principio de proximidad. Estas disposiciones que permiten al juez alterar la regla general de jurisdicción, cuando así lo aconseje el interés superior del niño, guardan cierto aire de familia con la versión inglesa de la doctrina del *forum non conveniens* (art. 8)⁴³ y del *forum conveniens* (art. 9)⁴⁴. El *forum non conveniens*, es un poder general discrecional que posee un tribunal para rehusar asumir la jurisdicción en un determinado caso, por considerar que el foro apropiado para juzgarlo está en el extranjero, o alegando,

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 7, en caso de cambio de la residencia habitual del niño a otro Estado contratante, son competentes las autoridades del Estado de la nueva residencia habitual.

⁴³ Artículo 8: 1. Excepcionalmente, si la autoridad del Estado contratante competente según los artículos 5 ó 6, considera que la autoridad de otro Estado contratante está en mejor situación para apreciar, en un caso particular, el interés superior del niño, puede

- solicitar a esta autoridad, directamente o con la colaboración de la Autoridad Central de este Estado, que acepte la competencia para adoptar las medidas de protección que estime necesarias, o

- suspender la decisión sobre el caso e invitar a las partes a presentar la demanda ante la autoridad de este otro Estado.

2. Los Estados contratantes cuya autoridad puede ser requerida en las condiciones previstas en el párrafo precedente son:

- a) un Estado del que el niño posea la nacionalidad;

- b) un Estado en que estén situados bienes del niño;

- c) un Estado en el que se esté conociendo de una demanda de divorcio o separación de cuerpos de los padres del niño o de anulación de su matrimonio;

- d) un Estado con el que el niño mantenga algún vínculo estrecho.

3. Las autoridades interesadas pueden proceder a un intercambio de opiniones.

4. La autoridad requerida en las condiciones previstas en el párrafo primero puede aceptar la competencia, en lugar de la autoridad competente según los artículos 5 y 6, si considera que ello responde al interés superior del niño.

⁴⁴ Artículo 9. 1. Si las autoridades de los Estados contratantes mencionados en el artículo 8, párrafo 2, consideran que están en mejor situación para apreciar, en un caso particular, el interés superior del niño, pueden ya sea

- solicitar a la autoridad competente del Estado contratante de la residencia habitual del niño, directamente o con la cooperación de la Autoridad Central de este Estado, que les permita ejercer su competencia para adoptar las medidas de protección que estimen necesarias, o ya sea

- invitar a las partes a presentar dicha petición ante las autoridades del Estado contratante de la residencia habitual del niño.

2. Las autoridades interesadas pueden proceder a un intercambio de opiniones.

3. La autoridad de origen de la solicitud sólo puede ejercer su competencia en lugar de la autoridad del Estado contratante de la residencia habitual del niño si esta autoridad ha aceptado la petición.

simplemente, que el foro local es inadecuado. En el *forum conveniens*, por su parte, el tribunal asume la jurisdicción argumentando que el foro local es el apropiado (o uno de los apropiados) para dirimir el juicio, o bien, que el foro extranjero es inadecuado. Pero debe tenerse en cuenta que lo que denota un carácter particular a este correctivo es el que sea el interés del hijo, y no sólo la proximidad, la directriz que guía la aceptación o no de la competencia por parte de las autoridades tanto judiciales como administrativas del Estado contratante. Se trata, no de evitar una competencia excesiva (proteger al demandado), sino de proteger más eficazmente al menor.

Bucher⁴⁵, sitúa las previsiones del Convenio de La Haya de 1996 dentro de la tendencia favorable a las co-decisiones en el ámbito de la cooperación de autoridades, y es en ese marco, y con la mira puesta en la posibilidad de evitar los conflictos negativos de competencias, que la medida debe ser comprendida.

Ha sido expresado que la residencias habitual no es un concepto normológico del domicilio del menor, sino que es su real y efectiva residencia habitual. Sucede, a veces, que transcurre un cierto tiempo entre el desplazamiento, la localización y restitución, y a ese tiempo “habrá que medirlo a la luz de la celeridad vital y adaptabilidad de los menores que es esencialmente más rápida que en los adultos”⁴⁶, a los fines de precisar si ha surgido un nuevo centro de vida real, una nueva residencia habitual. En tal sentido, la CSJN ha señalado categóricamente la trascendencia que el paso del tiempo reviste para un menor en orden al aseguramiento de sus derechos fundamentales⁴⁷.

Este desconocimiento por parte de los Convenios del nuevo centro de vida ante el imperativo de restituir, revela que, “además de proteger al menor, tienen una finalidad preventiva y sancionadora para quien indebidamente lo traslade o lo retenga en otro país que el de su residencia habitual. Pareciera también que la obstinación de los Convenio en la restitución esconde el propósito de desalentar este tipo de conductas”⁴⁸.

⁴⁵ BUCHER, ANDREAS, *L'enfant en droit international privé*, L.G.D.J., Paris, 2003, p. 184-185.

⁴⁶ PERUGINI ZANETTI, ALICIA M., “La restitución internacional de menores, el Derecho Procesal Internacional y el Derecho Internacional Privado”, *Libro Homenaje al Profesor Miguel Ángel Ciuro Caldani, El Derecho Privado ante la internacionalidad, la integración y la globalización*, (Directores, ATILIO A. ALTERINI/ NOEMÍ L. NICOLAU), Ed. La Ley Bs. As., 2005, p. 530/531.

⁴⁷ CSJN, 1/11/1999, “O.,S.A. v. O., C.H.”, *Jurisprudencia Argentina*, 26/8/2000, Supl. Nº 6204, p. 78.

⁴⁸ Cfr: PERUGINI ZANETTI, ALICIA M., artículo cit., p. 532.

Residencia habitual, sociológicamente es la residencia de la persona que tiene al menor y que puede demostrar que ha constituido un nuevo centro de vida. La residencia habitual que tenía el niño antes del secuestro, en la realidad deja de serlo. Los convenios acentúan, sin embargo, la importancia de la anterior conexión personal a los fines de la exigencia de la restitución, aun cuando por el transcurso del tiempo, resulte visible que se ha generado una nueva. Ello demuestra que las convenciones sobre restitución privilegian la relación personal del menor con la persona que tenía la guarda o custodia, a la mejor situación del menor en su nueva residencia o a la soberanía jurisdiccional que pueda corresponder al Estado donde el menor se encuentre⁴⁹.

4. Propuesta

Después de analizar los principios y las conexiones atribuidas a los niños y adolescentes, estimamos que siempre se debe volver a los principios y teleología de las instituciones. Es por ello, que en procura de superar la relativa indeterminación de la expresión interés superior del niño "resulta útil asociar dicho interés con sus derechos fundamentales. Así resultará en interés del menor toda acción o medida que tienda a respetar sus derechos y perjudicial la que pueda vulnerarlos⁵⁰", por una cuestión de apego incondicional a la letra de la ley.

La residencia habitual del menor debe considerarse como una conexión del derecho del menor, pensando en todo momento que se trata de analizar la competencia de las autoridades para el dictado de medidas en beneficio del menor y no de sus progenitores o representantes.

Consideramos conveniente el estudio de la Convención de La Haya de 1996, con miras a una futura ratificación por parte de la República Argentina. Esta Convención determina la jurisdicción internacional en la materia, sobre la base del criterio de la residencia habitual del niño, como regla general, pero admite excepciones que abren un abanico de foros de competencia que tienen en su punto de mira el interés superior del menor y el principio de proximidad.

El "interés superior de los niños, niñas y adolescentes" es una prerrogativa-deber que se establece como principio interpretativo y

⁴⁹ Cfr: PERUGINI ZANETTI, ALICIA, art. cit., p. 532.

⁵⁰ CSJN, 2/8/05 "S.,C. s/Adopción", *Actualidad Jurídica de Córdoba, Familia y Minoridad*, N° 17, p. 1753/1775; Cám. Apel. C. y C., Mercedes, Sala 2ª, 3605, "F., C. C.v.F.,H.I. y otras s/Tenencia", *Actualidad Jurídica de Córdoba, Familia y Minoridad*, N° 22, p. 2301/2314.

módulo de valoración de las normas aplicables sean de índole sustancial o formal, por lo que al momento de la determinación de la competencia judicial internacional en cuestiones relativas a la minoridad y a la defensa y protección de sus derechos, consideramos que debe estarse, como excepción, a favor de la competencia del juez “más conveniente”.



EL TRIBUNAL PERMANENTE DE REVISIÓN DEL MERCOSUR DELIMITA SU COMPETENCIA

**(THE MERCOSUR PERMANENT COURT OF REVISION DEFINES
ITS COMPETENCE)**

*Ernesto J. Rey Caro**

RESUMEN: Al cabo de algo más de la primera integración del Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR, en ejercicio de su competencia contenciosa, este tribunal se ha pronunciado en dos oportunidades. La primera, ante el recurso de revisión presentado por la República Oriental del Uruguay contra un laudo del Tribunal Arbitral "Ad Hoc", el otro pronunciamiento no ha tenido relación con un laudo, sino con cuestiones vinculadas con la constitución del Tribunal Arbitral "Ad Hoc" en la controversia promovida por la República Oriental del Uruguay contra la República Argentina ("Impedimento a la libre circulación"). En este caso, el Tribunal señaló que sólo puede expedirse en recursos de revisión contra los laudos definitivos de los Tribunales Arbitrales "Ad Hoc", circunstancia que no se daba en la segunda causa.

PALABRAS CLAVE: Solución de controversias- MERCOSUR- Tribunal Permanente de Revisión

Una de las principales innovaciones del Protocolo de Olivos para la Solución de Competencias en el Mercosur (PO) que entrara en vigencia el 1º de enero de 2004, fue la creación del Tribunal Permanente de Revisión (TPR). Aunque no colmó las expectativas de quienes abogaban por la creación de un tribunal permanente siguiendo el modelo

* Profesor Emérito de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNC. Docente-Investigador Categoría I - Ministerio de Educación, Ciencia y Tecnología de la Nación. Director del Departamento de Derecho Público de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNC.

de los órganos jurisdiccionales instaurados en el seno del Pacto Andino y de la hoy Comunidad Europea, *inter alia*, no cabe duda que constituyó un paso significativo en relación con el sistema adoptado en el Protocolo de Brasilia que rigió hasta tal fecha.

Es conocida la circunstancia de que no se trata de un tribunal literalmente “permanente” ya que lo que exige el PO es que los integrantes, una vez que acepten la designación, “deberán estar disponibles de modo permanente para actuar cuando se los convoque” (Art. 19). La composición y procedimiento de designación de los miembros, como así también otros muchos aspectos vinculados con su funcionamiento, tramitación del recurso, naturaleza del pronunciamiento, etc., han sido examinados por una calificada doctrina. Estas modestas reflexiones sólo apuntan a una cuestión muy puntual.

El TPR ha sido investido de una competencia contenciosa y de una competencia consultiva. La primera ha sido consagrada en el Artículo 17, que faculta a las partes en la controversia a presentar un recurso de revisión ante el TPR contra los laudos arbitrales de los Tribunales Arbitrales “Ad Hoc”, limitando el recurso “a las cuestiones de derecho tratadas en la controversia y a las interpretaciones jurídicas” desarrolladas en los laudos de estos tribunales. Se excluye del recurso a los laudos arbitrales de los Tribunales Ad Hoc cuando hubieren sido dictados “en base a los principios *ex aequo et bono*”. Esta última solución se adecua a una tendencia generalizada en el Derecho Internacional.

La competencia consultiva emana de lo dispuesto en el Artículo 3º del PO, en cuanto prevé que el Consejo Mercado Común podrá establecer mecanismos relacionados con la solicitud de opiniones consultivas, definiendo su alcance y los procedimientos.

Ha sido el Reglamento del PO, aprobado por la Decisión N° 37/03 del Consejo Mercado Común, el que ha abordado esta materia en el Capítulo II. En primer lugar, otorga legitimación para solicitar opiniones consultivas a todos los Estados Partes del Mercosur, pero actuando en forma conjunta. En segundo lugar, a los órganos del Mercosur con capacidad decisoria que, según la actual estructura orgánica son el Consejo Mercado Común, el Grupo Mercado Común y la Comisión de Comercio. En tercer lugar, se faculta a los Tribunales Superiores de los Estados Partes con jurisdicción Nacional. Las condiciones para la procedencia de la solicitud se regulan para cada hipótesis (Art. 2º).

Las opiniones consultivas pueden versar sobre cualquier cuestión jurídica comprendida en el Tratado de Asunción, el Protocolo de Ouro Preto, los protocolos y acuerdos celebrados en el marco del Tratado de Asunción y en las Decisiones, Resoluciones y Directivas de los

órganos mencionados, según sea el caso (Art. 3). Para las solicitudes de los Tribunales Superiores de Justicia, se limita la petición de opinión a la “interpretación jurídica de la normativa del Mercosur” ya reseñada, y siempre y cuando se vinculen a causas que estén bajo trámite en el Poder Judicial del Estado Parte que la solicitare (Art. 4º). La emisión de opiniones consultivas competen al TPR en pleno, es decir a los cinco miembros que actualmente lo componen. Es importante destacar que las opiniones consultivas no son vinculantes ni obligatorias. Podrían realizarse numerosas observaciones a las disposiciones mencionadas precedentemente y a las otras incluidas en el capítulo de marras del Reglamento, pero las limitaciones que impone el objetivo de estas reflexiones aconsejan postergarlas para otra oportunidad.

Al cabo de algo más de dos años de la instauración y de su primera integración, el Tribunal, en ejercicio de su competencia contenciosa, se ha pronunciado en dos oportunidades. La primera, ante el recurso de revisión presentado por la República Oriental del Uruguay contra el laudo del Tribunal Arbitral Ad Hoc, en la controversia “Prohibición de Importación de Neumáticos Remoldeados Procedentes del Uruguay”. El otro pronunciamiento no ha tenido relación con un laudo de un Tribunal Arbitral Ad Hoc, sino con cuestiones vinculadas con la constitución de éste en la controversia promovida por la República Oriental del Uruguay contra la República Argentina sobre “Impedimentos a la libre circulación derivado de los Cortes en Territorio Argentino de Vías de Acceso a los Puentes Internacionales Gral. San Martín y Gral Artigas”.

En la primera ocasión, revocó el laudo arbitral del Tribunal Arbitral Ad Hoc. El contenido doctrinal del pronunciamiento del TPR merece por sí solo un profundo análisis, que igualmente excede el objetivo de este breve comentario, relacionado con la competencia del Tribunal. En esta oportunidad no examinó *in extenso* la competencia derivada de la normativa incluida en el ya mencionado Artículo 17 del PO. Por otro lado, la misma no había sido puesta en tela de juicio por las partes en la controversia. No obstante, en las primeras consideraciones, el Tribunal abordó la cuestión del alcance del recurso a la luz del espíritu de dicho precepto, distinguiendo entre las cuestiones de hecho y de derecho, siguiendo la evolución experimentada en el derecho nacional de los Estados y por analogía, en el llamado “recurso de casación”. Comparte las afirmaciones de una de las partes en el litigio en cuanto sostiene que el recurso de revisión debía incluir la consideración de cuestiones calificadas como “errores monumentales”, que no se enmarcarían en el concepto de “cuestiones de derecho” a que se refiere el mencionado

Artículo 17, destacando que en caso de “arbitrariedad, irrazonabilidad en el análisis y valoración de alguna prueba” también sería competencia del TPR analizarlas, aunque advierte que tal arbitrariedad o irrazonabilidad debía ser “manifiesta”. No obstante, trayendo a colación algunas reflexiones del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, deja a salvo la posibilidad de referirse a los hechos, cuando al Tribunal le sea solicitada una “interpretación de una norma jurídica desde el punto de vista jurídico”.

En el segundo caso, la República Argentina solicitó la reunión del TPR en pleno, es decir con sus cinco miembros, para resolver el recurso interpuesto. El Tribunal, recuerda que conforme a lo dispuesto por el PO sólo cuando la controversia se suscitara entre más de dos Estados Partes en el Mercosur, intervendría el Tribunal en pleno, correspondiendo en el caso de conflictos entre dos Estados, la participación de sólo tres árbitros designados de conformidad con lo previsto en el 20 del Protocolo. En su opinión, este solo hecho ameritaría el rechazo *in limine* del recurso. No obstante, el Tribunal estimó que tratándose de un tema sustancial vinculado con la definición de la competencia del TPR en recursos contra providencias y autos interlocutorios del TAH, se justificaba que se expidiera el tribunal en pleno.

El Tribunal reafirma con énfasis que de conformidad con el PO, sólo puede expedirse en recursos de revisión contra los laudos definitivos de los tribunales arbitrales *ad hoc*, circunstancia que no se daba en esta causa, donde se pretendía la revisión de una resolución del TAH instrumentada en un acta por la cual la mayoría había resuelto la integración e instalación del propio tribunal. Sostiene el TPR que la revisión sólo podría realizarse una vez finiquitado “todo” el procedimiento, y que una interpretación en contrario “desnaturalizaría el moderno concepto de arbitraje”. Refuerza su pronunciamiento reseñando la solución adoptada en el sistema de justicia de las comunidades europeas y destacando la tendencia actual en materia de arbitraje.

No obstante, pone en claro que el criterio adoptado no dejaría en estado de indefensión a la parte que interpuso el recurso —la República Argentina—, ya que el pronunciamiento era pertinente en ese estadio del proceso, pudiendo las alegaciones presentarse nuevamente por este país en un eventual recurso de revisión contra el laudo del TAH.

Cabe destacar que no se concedió participación alguna a Uruguay, razón por la cual, las costas fueron impuestas a la República Argentina.

Se advierte que el TPR ha adoptado una interpretación restrictiva de su competencia, acorde con la naturaleza del proceso arbitral y

facilitando la celeridad de este mecanismo de solución de controversias. Cabe recordar que la Resolución N° 25/00 del Consejo Mercado Común, vinculada con el perfeccionamiento del sistema de solución de controversias en el Mercosur, recomendaba al Grupo “Ad Hoc” Aspectos Institucionales, entre otras cuestiones, que analizara la forma de agilizar los procedimientos existentes en ese momento. Considerando este anhelo que impulsó la modificación del Protocolo de Brasilia, este último pronunciamiento del TPR resulta inobjetable.



RECIENTES AVANCES EN EL MERCOSUR Y LA NECESIDAD DE UNA REFORMA INTEGRAL *

(RECENT ADVANCES IN THE MERCOSUL AND THE NEED OF A FUNDAMENTAL MODIFICATION)

*Graciela R. Salas ***

RESUMEN: En el actual MERCOSUR se hace necesaria una reforma integral que lo proyecte hacia la conformación de un mercado común. No habiendo transferencia de competencias estatales, los órganos mercosureños se encuentran impedidos de avanzar más allá, so pena de incurrir en la violación de un principio esencial en el moderno Derecho Internacional, cual es el principio de no intervención, en este caso de la organización en los asuntos internos de los Estados.

En el sistema actual existen rígidos límites, hoy difíciles de superar. Sin embargo, las características impuestas a partir del TA han permitido el avance en este proceso, a pequeños pasos que llevan a una permanente modificación del esquema originario.

La creación del TPR y con la creación del GAN que llevó a la proyectada creación del Parlamento luego de la aprobación del Protocolo Constitutivo del Parlamento del MERCOSUR, constituyen un claro ejemplo de lo apuntado.

* Este trabajo es una síntesis del que se integró al proyecto *El futuro institucional del MERCOSUR con especial atención a la función parlamentaria y jurisdiccional*, que bajo la dirección del Dr. Ernesto J. Rey Caro, se integró asimismo por las Dras. Graciela R. Salas, Adriana Dreyzin de Klor y Rosa Avila Paz de Robledo. SECyT, 2005.

** Doctora en Derecho y Ciencias Sociales, Cátedra "B" de Derecho Internacional Público, y Titular de Derecho de la Integración. Universidad Nacional de Córdoba. Titular de Derecho Internacional Público en la Universidad Blas Pascal (modalidad presencial y a distancia) y Católica de Salta (modalidad a distancia). Presidente de la Comisión Directiva del Área de Estudios sobre América Latina. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad Nacional de Córdoba. Evaluadora de CONEAU. Docente investigadora (UNC) Categoría I CONEAU.

Sin embargo las modificaciones operadas no alcanzan aún para constituir una organización de tipo comunitaria.

Es imperiosamente necesaria la adopción de modificaciones de fondo que permitan a MERCOSUR avanzar en ese sentido.

PALABRAS CLAVE: MERCOSUR – Parlamento– Tribunal Permanente de Revisión

1. Introducción

En esta etapa de la existencia de MERCOSUR, a todas luces se hace necesaria una reforma integral que lo proyecte hacia la conformación de un mercado común o más aún, supranacionalizar el actual esquema subregional.

Actualmente, MERCOSUR es una organización internacional intergubernamental con instituciones propias de tal tipo de organización. En consecuencia, mal puede exigírsele la instrumentación de órganos supranacionales en un esquema tal en el que el protagonismo está reservado exclusivamente a los Estados. Una situación similar es la planteada en relación a la ausencia de un reconocimiento de los derechos de los particulares, tantas veces reclamados pero que, en esencia responde también a las características del actual modelo integracionista.

El proceso puesto en marcha en ocasión de la celebración del Tratado de Asunción (en adelante TA) partió de una concepción clásica en la que la organización tendrá aquellas competencias que le atribuyen los Estados Parte (en adelante EP) en los respectivos instrumentos constitutivos y en aquellos acuerdos complementarios que han ido dinamizando y profundizando ese mismo esquema. Ahora bien, fuerza es reconocer que en este tipo de organizaciones internacionales, el acento está colocado en el concepto de soberanía estatal, a partir del cual actúan los propios EP, limitando así las competencias de la organización a los términos estrictamente establecidos especialmente en este caso en el TA y en el Protocolo de Ouro Preto (en adelante POP). A partir de allí, no habiendo transferencia de competencias estatales, los órganos mercosureños se encuentran impedidos de avanzar más allá, so pena de incurrir en la violación de un principio esencial en el moderno Derecho Internacional, cual es el principio de no intervención, en este caso de la organización en los asuntos internos de los Estados¹.

¹ En el ámbito de las Naciones Unidas se integra a la nómina de principios enumerados en el art. 2 de la Carta de San Francisco, particularmente en el inc. 7. Ver "La Charte des Nations Unies". Chapitre I. Buts et principes. Artículo de Guilbert Guillaume. Es

Esta situación ha implicado al día de hoy que los órganos creados en el TA y en el POP respondan estrictamente a ese sistema, lo que no implica que no hayan sido superados por las circunstancias y que en la actualidad se requiera de mecanismos más profundos y aceitados que se conviertan en reaseguro de su profundización. Por otra parte, es de destacar que durante el período en que se desarrolló esta investigación se han producido algunos hechos de relevancia que parecen re-dinamizar al MERCOSUR. Uno de esos hechos es la reunión de la Cumbre de Presidentes de MERCOSUR en Iguazú, y también la aprobación del Reglamento del Protocolo de Olivos y del Proyecto de Protocolo Constitutivo del Parlamento del MERCOSUR, instrumento éste que, de continuar con la tónica habitual en otros protocolos mercosureños, se constituirá en un nuevo escalón, sin que alcance todavía a superar los escollos que separan aún al MERCOSUR de un sistema supranacional.

2. Las limitaciones del esquema

Del detallado estudio de las instituciones vigentes en MERCOSUR surge la existencia de límites rígidos, hasta el momento difíciles de superar, a pesar de los requerimientos planteados por la evolución de este proceso. Estos límites parten de un presupuesto esencial: *ab initio* los EP se reservaron todas sus competencias soberanas, sin que exista hasta el momento transferencia alguna de éstas que permitan acercar al MERCOSUR a algún sistema supranacional. A partir de allí, lo que para Europa fue un camino abierto, para MERCOSUR se constituye en una valla aún infranqueable. Otra de las limitaciones que podemos observar es el protagonismo reservado a los jefes de Estado que, en definitiva, colocó negro sobre blanco y desde un comienzo lo que es de práctica en todo el mundo, y que Europa no reconoció sino luego de muchos años de existencia de las Comunidades: el componente político que en ocasiones ha sido un verdadero contrapeso a todo avance integracionista, pero que en otras se constituyó en motor impulsor de grandes transformaciones. En el caso del MERCOSUR ese protagonismo político encarnado en la figura de los respectivos presidentes²,

así que en ocasión de la XXIX Reunión del CMC. Los jefes de Estado expresaron su respaldo al multilateralismo a través de la adhesión a los principios y propósitos de la carta de Naciones Unidas y a las reformas de las Naciones Unidas.

² Una de las últimas reuniones presidenciales se realizó en la ciudad de Montevideo, entre los días 7 y 9 de diciembre de 2005, la XXIX Reunión del Consejo del Mercado Común del MERCOSUR, con la presencia de los Presidentes de Argentina, Néstor Kirchner; de Brasil, Luiz Inácio Lula da Silva; de Paraguay, Nicanor Duarte Frutos, y de Uruguay, Tabaré Vázquez Rosas.

desde nuestra óptica, ha sido una de las razones de los altibajos de que hemos sido testigo en sus quince años de vida institucional. Así, el Relanzamiento del MERCOSUR en el año 2000 no tuvo los resultados esperados sino en determinados ámbitos, como es el caso de la creación del Tribunal Permanente de Revisión (en adelante TPR) o la proyectada conformación del Parlamento, y en ambos casos, acotados a las características propias de la organización, es decir, como escalones que permiten algún avance, pero que también se constituyen en escollos a sortear.

Sin embargo, parecería que aquellas características impuestas a partir del TA y que han tornado tan inestable al sistema están permitiendo el avance en este proceso, a pequeños pasos, a veces imperceptibles a los ojos del ciudadano común y que llevan a una permanente modificación del esquema originario. Es en este ámbito que podemos referirnos, aunque no sea objeto de este trabajo y a modo de ejemplo, a la creación de la Comisión de Representantes Permanentes por resolución del Consejo Mercado Común (en adelante CMC) en 2003, y protegiendo a esta conformación de los avatares políticos al recurrir a la práctica bastante frecuente de declarar que esta resolución no requiere de ratificación por los EP. Este mecanismo ha permitido dotar de cierta flexibilidad al proceso pero se constituye en riesgoso, especialmente desde el punto de vista de la soberanía estatal. Esto nos lleva a reafirmar lo dicho más arriba, en cuanto la ampliación de las competencias del MERCOSUR puede darse en forma subrepticia, aunque tal vez ése sea el mecanismo elegido a fin de salvar las rigideces del concepto de soberanía que esgrimen algunas autoridades nacionales. De todos modos este nuevo órgano tiene acotadas sus competencias a la representación exterior, en cuanto a la negociación de acuerdos, entendemos por delegación del CMC que es el órgano que originariamente detenta esta competencia y tiene como objetivo declarado el de conformar un órgano permanente en la conducción, del que carecía MERCOSUR hasta entonces.

El avance en este sentido, requiere de un sinceramiento del MERCOSUR, tanto político cuanto jurídico, en virtud del cual se hace imperiosa la adopción de decisiones de fondo: si es que se desea la conformación de un sistema supranacional, asumir las responsabilidades que corresponden y provocar los cambios necesarios, y si las circunstancias no se han dado aún, evitar que subrepticamente se perforen los límites impuestos soberanamente por los EP., respetando así la soberanía estatal.

3. La necesidad de una reforma integral

La necesidad de una reforma integral ha sido asumida definitivamente por el CMC en la XXIX Reunión, Montevideo 08 de diciembre de 2005, en la que se constituyó el Grupo Ad Hoc de Alto Nivel (en adelante GAN) que tendrá la responsabilidad de elaborar una propuesta de reforma integral del MERCOSUR³. Y es en este ámbito que nos permitimos señalar algunos de los puntos principales sobre los que se han venido desarrollando las deliberaciones. El primero de ellos, y que ha ido adquiriendo cada vez mayor relevancia, ha sido la necesidad de lograr una creciente participación de la ciudadanía en un ámbito más democrático, para lo cual se propugna la creación del Parlamento del MERCOSUR, preocupación ésta común a la mayoría de los procesos de integración. En efecto, ésta ha cobrado un nuevo impulso a partir de la Dec. 49/04, y logró arribar a su conclusión con la aprobación del Proyecto de Protocolo Constitutivo del Parlamento del MERCOSUR, operada precisamente en ocasión de la apuntada reunión de Montevideo. Completando este avance, se han celebrado sendos acuerdos de sede con la República Oriental del Uruguay a los efectos del establecimiento en ese territorio de la Comisión Parlamentaria Conjunta y de su Secretaría Administrativa Parlamentaria Permanente.

El segundo de los temas sobre los que centró este trabajo de investigación es el de la reforma del sistema de solución de controversias, a partir de la firma y entrada en vigor del Protocolo de Olivos. Dicho protocolo requirió de la aprobación de las Reglas de Procedimiento del Tribunal Permanente de Revisión para permitir su pleno funcionamiento, lo que ocurrió en la misma reunión de Montevideo. Este hecho constituye en sí mismo un significativo avance en el fortalecimiento del Sistema de Solución de Controversias del MERCOSUR, siempre con las limitaciones apuntadas.

Como otro de los temas de relevancia pero que no superan en importancia a los anteriores, deben destacarse las nuevas funciones técnicas asumidas por la Secretaría, la transformación que ha permitido un alto nivel de relacionamiento y cooperación con los demás órganos y foros del MERCOSUR.

4. La creación de un Tribunal permanente

La creación del TPR, en este caso no hace sino continuar con el avance hacia la conformación de un sistema permanente, ya previsto en el TA, aún no concretado. Sin embargo, mal puede pretenderse la

³ CMC Dec. N° 21/05.

conformación de un órgano supranacional cuando los Estados no han cedido competencia alguna al MERCOSUR. En este sentido ha sido acertado que el Protocolo de Olivos (en adelante PO) haya dejado abierta la posibilidad de un recurso a otros medios de solución de controversias ya que, si bien puede incurrirse en la dispersión en los medios de resolver aquellos conflictos que se planteen entre los Estados, esto asegura que, al menos por el momento, de modo alguno pueda hablarse de supranacionalidad.

Esta posición no es demasiado compartida por la mayoría de la doctrina, aunque la dispersión es tal en este sentido que es posible mantenerla. En efecto, algunos autores critican al PO en relación a tres pautas: en primera instancia porque deja subsistente el sistema arbitral, aunque éste puede ser superado por el recurso directo al TPR; en segundo lugar por la falta de acceso a esta instancia por los particulares; finalmente por la inexistencia de un medio definitivo de solución de controversias a tanto tiempo de la creación de MERCOSUR.

De todos modos los mecanismos introducidos por los Protocolos de Brasilia (en adelante PB) y PO, hasta el presente permitieron resolver diversas cuestiones planteadas. Nos preguntamos si de existir un tribunal permanente desde el comienzo, las soluciones no hubieran sido más unívocas en cuanto a Derecho y más dinámicas en la práctica.

5. La creación del Parlamento del MERCOSUR

En esta instancia corresponde hacer algunas consideraciones en el enfoque general que venimos desarrollando. En efecto, la creación de un órgano como el proyectado Parlamento del MERCOSUR, en una organización intergubernamental como MERCOSUR, a todas luces debe producirse manteniendo un delicado equilibrio entre la rigidez del esquema en vigor y la apertura a nuevos avances que lleven a la conformación de un sistema supranacional hasta ahora inexistente. Asimismo, el estudio de las competencias que se atribuyan a este órgano podría colocar tanto a la organización como a los EP en situaciones altamente riesgosas desde el punto de vista de la soberanía nacional, hasta ahora verdadero baluarte de los respectivos gobiernos.

Desde la firma del TA el mecanismo adoptado para la ampliación del proceso ha sido el de la celebración de protocolos que, agregándose al instrumento originario, en definitiva lo han ido modificando paulatinamente. Por el momento este sistema ha sido medianamente operativo, sin embargo, con la multiplicación de protocolos, podría conformarse un verdadero fárrago entre el derecho originario y el derecho derivado que a la larga obligue a la celebración de un acuerdo único, tal

lo ocurrido con la firma del Tratado Constitucional Europeo. Estimamos entonces que el punto merece un mayor análisis, teniendo en cuenta la existencia de unas bases para el acuerdo político para la instalación del Parlamento MERCOSUR⁴ y del proyecto de Protocolo Constitutivo del Parlamento del MERCOSUR

5.1. Las posibles competencias del futuro Parlamento

A los efectos de nuestro trabajo, del Proyecto de Protocolo Constitutivo del Parlamento del MERCOSUR tomamos las posibles competencias del proyectado Parlamento, a fin de analizarlas desde el posible avance hacia una profundización del esquema integracionista. En este orden, y como es de la esencia de las organizaciones internacionales, al no existir una división de poderes en el sentido estatal, encontramos una gran variedad de competencias en manos de la mayoría de los órganos, lo que demanda un permanente equilibrio entre éstos.

Fue así que en un nuevo intento de *aggiornamento* del MERCOSUR y en ocasión de la XXIX Reunión Ordinaria del CM, celebrada en Montevideo con la presencia de los Jefes de Estado y de los Cancilleres de los EP, el alto cuerpo dictó la Dec. 23/05, en la que se aprueba el proyecto de Protocolo Constitutivo del Parlamento del MERCOSUR.

A partir de allí, y conforme a lo establecido en el extenso art. 4 del Protocolo al que nos remitimos en honor a la brevedad, podemos clasificar a las posibles competencias del Parlamento como sigue: *competencias de promoción, competencias de supervisión y de control, competencias administrativas, competencias técnicas* y finalmente *competencias co-legislativas*, a las que nos aproximamos en el punto siguiente.

5.2. Un análisis aproximativo.

Analizaremos aquí cada uno de estos grupos de competencias, tratando de desentrañar si en definitiva estamos ante un proyecto de Parlamento en el sentido de los procesos de integración más avanzados actuales y cuál es la importancia de éstas en el avance hacia una profundización del proceso.

a) *Competencias de promoción*, son las incluidas en los incisos 1, 4, 5, 11, 15 a 18.

Agrupamos en este apartado aquellas competencias que implican un *facere* por parte del proyectado Parlamento, en pro de la integra-

⁴ Aprobadas en la Reunión Plenaria Extraordinaria de la CPCM del 11.10.05 y de acuerdo a lo establecido por la Decisión N° 49/04 del CMC y la Disposición CPC 7/05.

ción de la subregión. Si bien en el inc. 1 no hace sino responder a similares funciones al CMC y al Grupo Mercado Común (en adelante GMC), parecería que *ab initio* la tendencia es a continuar constituyendo a todos los órganos en verdaderos reaseguros en el cumplimiento de las reglas del MERCOSUR.

El inciso 4 colocaría entonces al Parlamento en una posición dinámica frente a todos los otros órganos, incluyendo también alguna suerte de control que lo ubicaría en la siguiente clasificación, pero que, interpretado en forma conjunta con el inc. 5 muestra ese espíritu, rescatando una función de coordinación entre los órganos, reservada al nuevo órgano, como es posible observar en varios de los apartados de este artículo.

A renglón seguido, el poder de iniciativa empalma con lo antes dicho, especialmente a estar por lo establecido en el inc. 11, en el que asimismo sobresale la posibilidad de responder a requerimientos de otros de los órganos, en la apuntada función de coordinación.

Seguidamente aparece el aspecto conservador y de continuidad con la Comisión Parlamentaria Conjunta (en adelante CPC) (inc. 15 y 16), a través de una necesaria conexión con los parlamentos nacionales. Calificamos de conservador a este aspecto, en razón de que quedan a cubierto las funciones que ya cumplía la CPC, agregándose en esta oportunidad la ampliación hacia los terceros Estados y hacia instituciones similares, como el Parlamento Europeo⁵ y el Parlamento Andino⁶, entre otros.

Aparece asimismo una competencia hasta ahora reservada al CMC y por delegación de éste al GMC en cuanto a la posibilidad de "*Celebrar... convenios de cooperación o de asistencia técnica con organismos públicos y privados, de carácter nacional o internacional*" (inc. 17). Habría aquí una colisión con las competencias hasta ahora propias del CMC, como así también una limitación, ya que si bien avanzaría sobre esas competencias reservadas al CMC y por delegación de éste al GMC⁷, los convenios que quedarían bajo su égida serían únicamente los de cooperación o de asistencia técnica, aunque en la vaguedad y amplitud de los términos utilizados, estas competencias podrían ser interpretadas de muy diferentes formas y con distinto alcance.

⁵ Ver arts. 251 y ss. del TCE, entre otros.

⁶ El artículo 43 del Acuerdo de Integración Subregional Andino "Acuerdo de Cartagena", establece las competencias del Parlamento.

⁷ Ver art. 14, apartado VII del POP.

Finalmente el inc. 18 rescata el rol democrático tan caro a este tipo de órganos y casi ausente hasta el momento en la construcción del proyecto originado en el TA. A pesar de ello una mayor reflexión nos indica que no se trata sólo de la representación democrática *ad intra* de la organización, sino también en el mantenimiento de los procesos democráticos en los EP de la misma. Se agrega aquí una nueva llamada de atención acerca de si por este camino se están reforzando los requisitos para el mantenimiento de un EP dentro de MERCOSUR, si en definitiva el Parlamento se estaría arrogando competencias dentro de los sistemas políticos de esos EP, o ambas posibilidades a la vez.

b) *Competencias de supervisión y de control*, citadas en los incisos 2, 3 y 5.

En un todo de acuerdo con el citado inc. 18, se trata en el inc. 2 de una especie de supervisión, atento lo estatuido en diversos instrumentos mercosureños como el Protocolo de Ushuaia sobre Compromiso Democrático, reforzándose así la existencia de requisitos esenciales tanto para la continuidad en la pertenencia a este proceso cuanto para la incorporación de nuevos EP.

A renglón seguido se agrega otro requisito esencial como es la protección de los derechos humanos en la región, pero ya no reducidos expresamente a las normas de derecho interno y a los compromisos asumidos por los EP a nivel internacional sino esencialmente sujetos a las reglas de la organización en la materia, al momento escasas.

Por otra parte entendemos que la función de control viene dada en el inc. 5 en cuanto a la atribuida capacidad de solicitar informes a los otros órganos, momentáneamente a través del tamiz de la Presidencia Pro Tempore del CMC.

c) *Competencias administrativas*, no demasiado distantes de las competencias de control, tal como ocurre con los incisos 6 a 10, 19 a 22.

Implica la competencia de recibir informes y programas de trabajo de la Presidencia Pro Tempore como así también (inc. 6 y 7), con el Foro Consultivo Económico y Social (en adelante FCES) (inc. 8), otras entidades civiles y sectores productivos (inc. 9), presupuestarias (inc. 19, 20) y reglamentarias (inc. 21) y generales en el estricto ámbito de competencias (inc. 22).

Un párrafo aparte nos merece el inc. 10, donde parece abrirse camino la posibilidad de participación de las personas físicas o jurídicas, quienes podrían elevar al Parlamento peticiones “relacionadas con actos u omisiones de los órganos del MERCOSUR”. Se trata en definitiva nada más que de un atisbo que podría constituirse en una verdadera punta de lanza en este sentido, pero cabe remarcar que, se niega

toda posibilidad de participación de la persona individual aun en las reformas introducidas por el Protocolo de Olivos para el caso de la solución de controversias, la que se encuentra en ciernes. De todos modos creemos que estamos ante un importante avance en la materia.

d) *Competencias técnicas*, consideradas en el inciso 14;

Constatamos en este caso el acercamiento a las apuntadas competencias del Parlamento Andino, a partir de las cuales volvemos a rescatar el concepto de soberanía estatal en virtud del cual ya desde el TA los EP asumen la obligación de armonizar sus legislaciones en las áreas respectivas⁸. La importancia de este inciso radica en que el Parlamento podría actuar como órgano técnico elevando propuestas a los EP, las que en definitiva deberían ser receptadas por los sistemas jurídicos nacionales. Ello implica que aún no se han salvado las dificultades que plantea el carácter intergubernamental de esta organización, lo que no le permite imponer los resultados de estos estudios y anteproyectos.

Competencias co-legislativas, materia a la que se reservan los incs. 12 y 13.

Sobre estas últimas centraremos nuestro análisis a continuación por considerarlas medulares en el tema que nos ocupa.

Del inc. 12 surge que la capacidad de remitir recomendaciones al CMC por intermedio del GMC⁹ se transformaría en competencias generales para elaborar dictámenes en relación a todas aquellas normas mercosureñas que deban ser incorporadas a los respectivos sistemas nacionales. En definitiva, se trataría de agilizar un trámite que hasta el presente se ha manifestado demasiado lento, de lo que extraemos: por un lado que el Parlamento se constituiría en un verdadero tamiz entre el órgano decisorio y la definitiva aprobación de las normas en cuestión, por el otro, habida cuenta de los mecanismos adoptados más recientemente en MERCOSUR por lo que suele agregarse una cláusula excluyendo la necesidad de aprobación por los parlamentos nacionales, la presunta capacidad de control parecería quedar a mitad de camino. Por lo tanto por una parte podría ser un nuevo impedimento a la dinamización del proceso de entrada en vigor de las normas¹⁰ de derecho derivado, por la otra la reciente práctica de la organización a todas luces tornaría esta solución en inoperante.

⁸ Ver art. 1 último párrafo del TA.

⁹ Art. 26 del POP.

¹⁰ La moderna doctrina en materia de organizaciones internacionales está aplicando el concepto de "reglas de la organización" en lugar del de "normas", utilizada por los diferentes órganos de MERCOSUR.

Como podemos apreciar, en principio, una de las características de este inciso es que establece plazos precisos, salvando así una de las principales dificultades que surgieron con el andar de MERCOSUR. Decimos en principio porque a su vez ofrece dos cuestiones que consideramos diferentes e importantes de tener en cuenta: por un lado que exista la posibilidad de que coincida la posición del Parlamento con la del órgano decisorio, en cuyo caso cada Poder Ejecutivo nacional debe remitir el proyecto a su parlamento en el término establecido. Pero puede darse el caso en que no hubiera coincidencia entre el dictamen del Parlamento y el del órgano decisorio, en cuyo caso no regiría ese plazo perentorio y debería seguirse el trámite ya establecido en el POP, con lo que en estos casos no estaríamos avanzando demasiado en relación al sistema vigente en la actualidad. Para el primer caso y a fin de salvar algunas de estas dificultades es que se inserta a continuación una expresión sobre la que nos detenemos un instante, y que surge de la expresión:

“Los Parlamentos nacionales, según los procedimientos internos correspondientes, deberán adoptar las medidas necesarias para la instrumentación o creación de un procedimiento preferencial para la consideración de las normas del MERCOSUR que hayan sido adoptadas de conformidad con los términos del dictamen del Parlamento, mencionado en el párrafo anterior”.

La pregunta es entonces si el cumplimiento con la obligación asumida por los EP no traería aparejada la necesidad de una reforma constitucional, pues la existencia de un procedimiento preferencial como el requerido choca con todo el sistema de jerarquía de las normas jurídicas establecido en las respectivas cartas magnas y muy especialmente con las mayorías requeridas para su aprobación. Existe un agravante más y viene de la mano del párrafo siguiente, en virtud del cual los EP deben cumplir con ese tratamiento preferencial en un plazo de ciento ochenta días contados a partir del ingreso del proyecto al respectivo parlamento nacional, lo que parecería impracticable, especialmente teniendo en cuenta la existencia de constituciones rígidas como la Constitución Argentina. Por otra parte, puede darse el caso en que el parlamento nacional rechace la norma, a partir de lo cual el respectivo Poder Ejecutivo debería enviarla nuevamente al órgano decisorio de la cual había emanado. ¿Qué podría acontecer a continuación? Es una pregunta que queda abierta. Estaríamos entonces frente a la posibilidad de una parálisis del sistema si los EP pudieran oponerse a la formulación de una norma de derecho derivado. Esta situación vuelve a demostrar

que nos encontramos muy lejos de llegar a conformar un sistema comunitario en el que la oposición estatal a normas emanadas de órganos comunitarios es prácticamente imposible.

Finalmente el inciso 13 ha quedado consagrado a la única función puramente co-legisladora que podríamos destacar, ya que implica no solo la potestad de elevar proyectos de normas al CMC sino también la obligación que asume éste de tratarla y de informar al Parlamento en forma semestral sobre su tratamiento. Estaríamos aquí ante un auténtico avance en relación a las competencias de la CPC enunciadas en forma muy general por el POP, ya que, de la posibilidad de remitir recomendaciones al CMC a través del GMC, se avanzaría hacia la instrumentación de un poder de iniciativa, superando así el control que podría haber ejercido el GMC de acuerdo al TA y al POP. Por lo demás, este avance podría significar un acortamiento de los plazos, preocupación constante en este protocolo.

La segunda parte de este inciso constituye un sensible avance sobre el poder ejercido por el CMC desde la firma del TA. Ello así en tanto parecería que el CMC no podría rechazar de plano la iniciativa ni dar largas a su tratamiento, sino que está obligado a tratarla y a mantener informado periódicamente al Parlamento. Así ese poder de conducción único del CMC que podíamos apreciar en el TA y en el POP se podría ver sensiblemente recortado cuando el Parlamento eche a andar.

Estas últimas consideraciones, por otra parte, no hacen sino reproducir en esta región del mundo lo ocurrido en las primeras etapas del Parlamento Andino y del Parlamento Europeo, especialmente en éste, con la posible entrada en vigor del Tratado Constitucional Europeo, experiencias éstas en los que los respectivos parlamentos han ido ganando competencias a veces en detrimento de las que detentaban órganos de conducción política como los consejos en sus diversas etapas.

6. Conclusiones

Algunas consideraciones son posibles ya que la reciente aprobación del Protocolo que instituye el Parlamento del MERCOSUR que reformaría al TA y al POP no hace sino avanzar en algún sentido en el proceso de integración, siempre dentro de los estrechos márgenes que le impone el TA. La posible existencia de un Parlamento en el MERCOSUR no implica que el carácter de esta organización se haya modificado en lo más mínimo.

Las mayores reformas registradas después de la firma del POP, como la conformación del TPR a partir de la entrada en vigor del PO y la

aprobación del Protocolo que instituiría un Parlamento, a tenor de los mecanismos implementados, no han logrado modificar las características impresas al MERCOSUR desde su fundación. Se constituyen eso sí en auténticos avances en el sentido de una anhelada profundización del proceso de integración, pero la estrechez del sistema no les permite avanzar más allá. Sin embargo la apertura subrepticia de algunas vías, podría implicar filtraciones riesgosas para las soberanías nacionales, a través de estas reformas parciales de los instrumentos fundacionales. Esta situación llevaría a que se conforme un verdadero fárrago normativo que obligue a la celebración de un acuerdo único, tal lo ocurrido con la CE.

¿No sería más práctico encarar esa tarea antes de que se produzca esa situación?

Por otra parte, parece imperioso que finalmente se defina si MERCOSUR avanzará hacia un sistema comunitario o si continuará siendo una organización como la actual, con facultades y competencias rígidamente acotadas.

Entendemos que a ello deberá abocarse el GAN con suma urgencia.



LA OPINIÓN CONSULTIVA DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA SOBRE LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA CONSTRUCCIÓN DEL MURO EN EL TERRITORIO PALESTINO OCUPADO

(THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE ADVISORY OPINION ON LEGAL CONSEQUENCES OF THE CONSTRUCTION OF A WALL IN THE OCCUPIED PALESTINIAN TERRITORY)

*María Alejandra Sticca **

RESUMEN: En este artículo analizamos la Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia relativa a *“Las Consecuencias legales de la Construcción del Muro en el Territorio Palestino Ocupado”* emitida el 9 de julio de 2004. Nuestro comentario se focaliza especialmente en el estado de necesidad como una causa de exclusión de ilicitud.

PALABRAS CLAVE: Opinión consultiva – Corte Internacional de Justicia - territorio ocupado – responsabilidad internacional - estado de necesidad

1. Competencia de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) para emitir la opinión consultiva (OC)

El 8 de diciembre de 2003, en ejercicio del poder que le confiere el artículo 96 de la Carta de las Naciones Unidas (ONU), la

* Abogada, Lic. en Relaciones Internacionales. Especialista en MERCOSUR. Master en Cooperación Internacional al Desarrollo y Acción Humanitaria. Doctorando en Derecho. Docente de la Cátedra de Derecho Internacional Público en Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba.

Asamblea General aprobó la resolución A/RES/ES-10/14¹ en virtud de la cual solicitó a la CIJ que emitiera una opinión consultiva sobre la siguiente cuestión:

“¿Cuáles son las consecuencias legales que surgen de la construcción del muro por Israel, la potencia ocupante en el Territorio Palestino Ocupado, en y alrededor de Jerusalén Oriental, como fue descrito en el informe de la Secretaria General, considerando las reglas y principios del derecho internacional, incluyendo la Cuarta Convención de Ginebra de 1949, y resoluciones pertinentes del Consejo de Seguridad y resoluciones de la Asamblea General?”.

Al requerir la Asamblea General opinión a la Corte acerca de las consecuencias legales de la construcción del muro, está dando por supuesto un hecho ilícito por parte de Israel, se está ubicando dentro del ámbito de la responsabilidad internacional por hecho ilícito.

En primer término, la Corte se abocó a analizar si poseía competencia para dar la opinión solicitada. Observó que su competencia a este respecto se basaba en el Artículo 65, párrafo 1, de su Estatuto y en el artículo 96 párrafo 1 de la citada Carta de ONU.

Israel sostuvo que la CIJ carecía de competencia para emitir una OC sobre lo que definía como un asunto “político”. Varios países presentaron declaraciones juradas a la Corte en apoyo de la posición de Israel sobre esta cuestión².

La CIJ está inhibida de dar su opinión sobre “cuestiones políticas”, pero ello no quiere decir que tanto el pedido como el dictamen no estén basados en consideraciones políticas o tengan consecuencias políticas. Lo central es que la CIJ señale el derecho aplicable, lo cual ha sido señalado por la Corte en varias OC. El hecho de que la cuestión planteada tenga aspectos políticos, no es suficiente para privarla de su carácter de “cuestión jurídica” ni para “privar a la Corte de su competencia expresamente conferida por su Estatuto”³. La Corte no puede dar su opinión sobre hechos a verificar, pero sí puede conocer los hechos.

¹ Aprobada en el décimo período extraordinario de sesiones de emergencia por 90 votos a favor; 8 en contra y 74 abstenciones.

² Entre estos países figuran los 25 Estados miembros de la Unión Europea, así como Estados Unidos, Canadá, Australia, Rusia, Sudáfrica y Senegal.

³ OC “Solicitud de revisión del Juicio N° 158 del Tribunal Administrativo de Naciones Unidas”, ICJ, Recueil 1973, para. 14.

En el caso que nos ocupa, la determinación y conocimiento de ciertos hechos se encuadra perfectamente dentro de la función judicial de la Corte, y ello no puede transformar la cuestión legal en política.

2. Competencia de la Asamblea General para solicitar esta opinión consultiva

Luego la Corte se abocó a la relación entre la pregunta que es objeto de la consulta y las actividades de la Asamblea General, por ser éste el órgano que solicitó la opinión. Observa a este respecto que el Artículo 10 de la Carta confiere a la AG competencia en relación con “cualquier pregunta o cualquier materia” dentro del alcance de la Carta, y el Artículo 11 le confiere competencia respecto a cuestiones vinculadas al mantenimiento de paz internacional y la seguridad internacional.

Los artículos 10, 11 y 12 de la Carta de ONU le otorgan amplias facultades a la Asamblea General en materia de mantenimiento de la paz y seguridad internacionales con la única limitación establecida en el art. 12.1 de la Carta.

La Corte entiende que la solicitud de opinión consultiva efectuada por la Asamblea General no es una “recomendación” en el sentido del artículo 12 de la Carta. La Corte recuerda que inicialmente tanto la Asamblea como el Consejo interpretaron el art. 12 en el sentido que la Asamblea no podría hacer ninguna recomendación concerniente a la paz y seguridad internacionales mientras la cuestión figure en la agenda del Consejo. Interpretación que fue cambiando, la Asamblea interpreta los términos “esté desempeñando las funciones” en el sentido de “esté desempeñando las funciones en este momento”.

Por otra parte, la Corte advierte que existe una tendencia creciente de la Asamblea y el Consejo a tratar en paralelo una cuestión concerniente al mantenimiento de la paz y seguridad internacionales. Mientras el Consejo se focaliza en aspectos vinculados a la paz y seguridad, la Asamblea considera aspectos económicos, sociales y humanitarios.

Por ello, la Corte concluye que al adoptar la Asamblea General la Res. ES-10/14 no contraviene las disposiciones del art. 12 de la Carta y por lo tanto no excede su competencia.

También la Corte analiza la posibilidad que tiene la Asamblea General de actuar en el marco de la Res. AG 377 “Unión para el mantenimiento de la Paz”. En este punto, sostiene que la parálisis del Consejo de Seguridad en cuanto a la discusión del tema y a la adopción de resoluciones sobre el particular, habilitan a la Asamblea a efectuar recomendaciones y por tanto a solicitar esta opinión consultiva.

La Corte destaca que la pregunta acerca de la construcción del muro en el Territorio Palestino Ocupado fue presentada ante la Asamblea General por varios Estados Miembros en el contexto de la Décima Sesión Especial de Emergencia de la Asamblea en la que, en su Resolución ES-10/2 de 25 el 1997 de abril, consideró constituye una amenaza a la paz internacional y seguridad.

Luego de un pormenorizado análisis, la Corte concluye que tiene competencia para dar una opinión consultiva respecto de la pregunta formulada por la Asamblea General.

La consulta formulada por la Asamblea General involucra sólo las consecuencias legales del muro “en Territorio Palestino Ocupado, incluyendo en y alrededor de Jerusalén Oriental”. Ello, en razón de no contar con el consentimiento del pueblo palestino. La consulta no se refiere a las consecuencias legales que surgen de la construcción de partes del muro en el territorio del propio Israel porque ello es materia de derecho interno.

3. Derecho aplicable

Para indicar las consecuencias legales de la construcción del muro, la Corte tiene primero que determinar si dicha construcción viola el derecho internacional. Con este fin, hace un breve análisis del status jurídico del territorio involucrado. Este punto reviste particular importancia puesto que la naturaleza jurídica del territorio sobre el que se construye el muro determina cuál es el derecho aplicable y por lo tanto el derecho que tiene que observar Israel.

La Corte en los párrafos 79 a 85 de la OC efectúa una descripción del muro (de lo ya construido y lo que está en curso de construcción en el territorio antes señalado) en base al Informe del Secretario General de ONU y a los reportes escritos presentados ante la Corte por la Secretaría General.

A continuación la Corte pasa a considerar las normas y principios del derecho internacional relevantes a los fines de analizar la legalidad de las medidas tomadas por Israel (párrafos 86-113). El análisis de las obligaciones jurídico internacionales que pesan sobre Israel es importante para nosotros, porque constituye una condición para invocar estado de necesidad.

El órgano jurídico observa que esas normas y principios se encuentran en la Carta de las Naciones Unidas y en otros tratados, en el derecho consuetudinario y en resoluciones adoptadas por la Asamblea General y el Consejo de Seguridad.

En el marco de este tema, la Corte se detiene en el artículo 2.4 de la Carta de ONU y la Resolución de Asamblea General 2625, en

orden especialmente a determinar que el derecho de los pueblos a la libre determinación constituye una obligación *erga omnes*.

En los párrafos 89 a 101 de la OC, la CIJ considera el derecho internacional humanitario. En este orden de ideas, la Corte observa que Israel no es parte en la IV Convención de La Haya de 1907, de la cual las Regulaciones de La Haya son anexas. Dichas Regulaciones se han vuelto parte de la costumbre, tal como ha sido reconocido por todos los participantes en las presentaciones ante la Corte.

Con respecto a la IV Convención de Ginebra, la Corte toma nota acerca de los distintos puntos de vista expresados por los sujetos que participaron en el procedimiento ante la Corte. Israel, contrariamente a la gran mayoría de dichos participantes, cuestiona la pertinencia de aplicar *de jure* la Convención al Territorio Palestino Ocupado. A ello la Corte responde que tanto Israel como Jordania son partes en la Convención y que no han formulado reservas. En consecuencia, la IV Convención es aplicable en los territorios palestinos.

Los participantes en los procedimientos ante la Corte también discrepan acerca de si las convenciones sobre derechos humanos de las que Israel es parte se aplican dentro del Territorio Palestino Ocupado. Es importante determinar la aplicación o no de estos instrumentos jurídicos debido a que la construcción del muro vulnera ciertos derechos de los sujetos que se encuentran en las zonas afectadas. Importante resulta destacar que de acuerdo a lo informado por Palestina no sólo se violan derechos fundamentales sino que también la construcción del muro afecta gravemente al medio ambiente⁴.

⁴ En su presentación escrita ante la Corte, Palestina sostiene que con la construcción del muro ya se han ocasionado problemas de acceso al agua, los cuales empeorarán una vez que el muro haya sido concluido (párr. 294). Sobre este punto también se puede consultar "The impact of Israel' separation barrier on affected west bank communities", Report of the Mission to the Humanitarian and Emergency Policy Group of the Local aid Coordination Committee, 4 de mayo de 2003.

Para la construcción de la primera parte del muro se destruyeron recursos económicos, se talaron ciento de miles de árboles, especialmente olivares, causando un importante daño ambiental. Además se destruyeron redes de irrigación de agua. El muro también aísla a residentes palestinos de pozos de agua subterráneos que sirven para consumo humano y para agricultura.

Si adscribimos a una concepción amplia del medio ambiente, también debemos resaltar que la construcción del muro tiene su impacto en el patrimonio cultural del pueblo palestino. El muro separa cientos de sitios con valor arqueológico y cultural de las comunidades en el territorio palestino ocupado.

Palestina sostiene en el párrafo 340 de su presentación escrita, que el muro está diseñado para asegurar el control permanente de Israel sobre los recursos naturales del

El 3 de octubre de 1991 Israel ratificó el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la misma fecha, y el 20 de noviembre de 1989 ratificó la Convención de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño. Estos instrumentos reconocen algunos derechos humanos que tienen el carácter de *erga omnes*, tales como el derecho a la autodeterminación de los pueblos, el derecho a la vida, la prohibición de la tortura y el derecho al debido proceso entre otros. La Corte concluye afirmando que estos instrumentos internacionales son aplicables en el territorio palestino ocupado en razón de encontrarse bajo su jurisdicción.

Una vez que el Tribunal determinó cuál es el derecho aplicable, pasa a analizar el impacto de la construcción del muro sobre el derecho del pueblo Palestino a la libre determinación. En este punto, el Tribunal finaliza considerando que la construcción impide el ejercicio del derecho a la libre determinación del pueblo palestino.

Con respecto al derecho humanitario y a los derechos humanos, por una parte el órgano judicial afirma que las obras de Israel han conducido a la destrucción o confiscación de propiedades bajo condiciones no acordes con las Regulaciones de La Haya y del artículo 53 de la IV Convención de Ginebra. Por otra parte, se conculcan derechos humanos tales como la libertad de circulación, el ejercicio del derecho al trabajo, a la salud, a la educación.

Israel alega que la construcción del muro responde a la necesidad de proteger a la población israelí de los ataques terroristas. Bermejo García sostiene que el objetivo que persigue la valla/muro no es sólo un derecho sino también un deber del Estado de Israel y de cualquier país civilizado del mundo y que la construcción de la misma es conforme al Derecho Internacional⁵.

Por su parte, la Corte no encuentra que las obras y las medidas adoptadas por Israel sean necesarias y estén justificadas a los

Territorio palestino ocupado. Las fuentes de agua de alta calidad de la Franja Oeste han sido explotadas por Israel desde 1967. También Israel realizó extracciones de los acuíferos de la Franja Oeste, agua que es consumida por sus habitantes.

Por otra parte, en el párrafo 574 Palestina afirma que las políticas israelíes afectan la soberanía permanente del pueblo palestino sobre sus recursos naturales. Derecho reconocido "i.a" en las Res. A/57/269 del 20 de diciembre de 2002 y en la Res. A/58/493 del 18 de diciembre de 2003.

⁵ BERMEJO GARCÍA, R., "Israel y la valla de seguridad contra el terrorismo palestino: Algunas cuestiones de Derecho Internacional", www.embajada-israel.es/politica/VallaBermejo.html

finés de alcanzar sus objetivos de seguridad. El muro y su régimen asociado infringen numerosos derechos de los palestinos residentes en el territorio ocupado por Israel y dichas violaciones no están justificadas por exigencias militares o por requerimientos de seguridad nacional u orden público.

En los párrafos 138 a 141, la Corte se detiene a analizar la posibilidad de invocar por parte de Israel legítima defensa y estado de necesidad en tanto que circunstancias excluyentes de ilicitud.

4. Condiciones necesarias para la invocación del estado de necesidad

- *Existencia de una obligación internacional* que surja de una *norma dispositiva* del Derecho internacional. Obligación que tiene que estar vigente para el sujeto y la cual no tiene que excluir la posibilidad de invocar el estado de necesidad. Esto último tiene lugar cuando la obligación emana de norma imperativa o de un tratado en el que se excluye expresamente la invocación de la citada circunstancia excluyente de ilicitud.

Según el artículo 42 de las Regulaciones de La Haya de 1907, “un territorio es considerado ocupado cuando se encuentra de hecho bajo la autoridad del ejército enemigo. La ocupación se extiende sólo al territorio donde tal autoridad se halla establecida y pueda ser ejercida”. De esa situación de hecho, el artículo 43 desprende dos obligaciones para el ocupante: tomar todas las medidas necesarias que de él dependan para restablecer y asegurar, en cuanto sea posible, el orden y la vida pública, y al hacerlo debe respetar las leyes vigentes en el país.

La Sección III del IV Convenio de Ginebra de 1949 relativo a la protección de personas civiles en tiempo de guerra comienza con una declaración de principios en el artículo 47 “no se privará a las personas protegidas que estén en un territorio ocupado, en ninguna circunstancia ni en modo alguno, de los beneficios del presente Convenio”.

Las medidas específicamente prohibidas “sea cual fuere el motivo” comprenden los traslados en masa o individuales de índole forzosa, así como las deportaciones del territorio ocupado a cualquier otro país. Conforme al artículo 49, la evacuación de una zona determinada sólo está permitida “si así lo requieren la seguridad de la población o imperiosas razones militares”.

En principio, las instituciones y los funcionarios públicos en el territorio ocupado siguen ejerciendo sus funciones como lo hacían antes de la ocupación.

Según el artículo 50, la potencia ocupante debe preocuparse especialmente por el bienestar de los niños. Tiene el deber de asegurar, en la medida de sus recursos, el aprovisionamiento de la población en víveres y productos medicinales y tiene que mantener la sanidad y la higiene pública en el territorio (artículo 56).

Un punto importante en cuanto a la obligación que tiene la potencia ocupante en orden a mantener el orden público y la seguridad, está dado por el hecho que la legislación penal en principio permanece en vigor⁶.

Por otra parte, el artículo 64 reconoce el poder del ocupante de promulgar sus propias leyes, las cuales deben ser indispensables para permitirle cumplir las obligaciones derivadas del IV Convenio, y garantizar la administración del territorio y la seguridad, sea de la potencia ocupante, sea de los miembros y de los bienes de las fuerzas o de la administración de ocupación, así como de los establecimientos y de las líneas de comunicación que ella utilice.

Los derechos de una Potencia ocupante son de una naturaleza diferente a los del Estado soberano. De lo antes expuesto se concluye que pesan sobre Israel una serie de obligaciones internacionales en tanto que potencia ocupante.

Por otro lado, como Estado parte de los Pactos Internacionales de Derechos Humanos de 1966, Israel se comprometió a respetar, proteger y garantizar a todas las personas sujetas a su jurisdicción los derechos reconocidos en dichos tratados. Sin embargo, Israel argumenta que las obligaciones que ha contraído en virtud de dichos tratados internacionales en los que es Estado Parte no son aplicables a los habitantes de los Territorios Ocupados. Postura israelí que no fue aceptada por ninguno de los órganos de vigilancia de los tratados de derechos humanos de la ONU.

Sobre este punto la *Convención de Viena sobre derecho de los tratados de 1969* establece que los tratados son obligatorios para cada una de las partes en la totalidad de su territorio. El *Pacto Internacional sobre derechos civiles y políticos* en su artículo 2.1 establece que “cada uno de los Estados Partes en el presente pacto se comprometen a respetar y a garantizar a todos los individuos que *se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción* los derechos reconocidos en

⁶ Artículo 64. “La legislación penal del territorio ocupado se mantendrá en vigor, salvo en la medida en que pueda ser derogada o suspendida por la Potencia ocupante si esta legislación constituyese una amenaza para la seguridad de dicha potencia o un obstáculo para la aplicación del presente convenio”.

el presente pacto, (...). En igual sentido, la *Convención sobre derechos del niño* en su artículo 2.1 dispone que “Los Estados partes respetarán los derechos enunciados en la presente convención y asegurarán su aplicación a cada niño *sujeito a su jurisdicción* (...)”.

De lo que surge que un Estado no sólo está obligado a respetar los derechos humanos cuando ejerce jurisdicción sobre el territorio nacional sino también cuando lo hace fuera, es decir, están obligados a aplicar estos instrumentos en todos los territorios sobre los cuales ejercen jurisdicción, incluso como potencia ocupante.

- *Existencia de un peligro grave e inminente*

Como sostuvo la Corte en el caso Gabcikovo-Nagymaros, el peligro evoca la idea de “riesgo” que es justamente lo que distingue al peligro del daño material.

Para que Israel pueda ampararse en el estado de necesidad tiene que demostrar la existencia de un peligro grave e inminente para un interés esencial suyo. A tal fin en su presentación escrita ante la Corte, efectuó un desarrollo de la amenaza que significa y las consecuencias de los ataques terroristas palestinos para su población. En este orden de ideas, Israel identifica cuatro principales organizaciones terroristas palestinas⁷ que son las responsables de la mayoría de los ataques contra Israel. Afirma que estas organizaciones son responsables de los más de 20.000 incidentes contra Israel y los israelíes desde octubre de 2000⁸. Dicho Estado alega que los terroristas son su enemigo, son un peligro y que frente a ello debe adoptar medidas a fin de prevenir ataques.

- *Amenaza a un interés esencial del sujeto*

No hay un catálogo que establezca cuáles son considerados intereses esenciales de los Estados. “El carácter más o menos esencial de un interés determinado está en función, naturalmente, del conjunto de las condiciones en que se encuentra un Estado en las diversas situaciones concretas; es preciso, pues, apreciarlo en relación con cada caso particular en que entre en consideración tal interés, y no determinarlo anticipadamente en abstracto”⁹.

El interés esencial que Israel considera se ve amenazado por los ataques terroristas palestinos es la protección de la vida de los israelíes, su seguridad interior.

⁷ Ellas son: *Brigadas Al-Aqsa Martyrs; *Frente Popular para la Liberación de Palestina; *Hamás y *Jihad Palestina Islámica.

⁸ Sobre este punto se puede ampliar en la presentación escrita efectuada por Israel ante la CIJ, www.icj-cij.org

⁹ Anuario CDI 1980, vol II, 2º Parte, párr. 32, p. 48.

Israel tiene derecho a tomar medidas necesarias y proporcionadas para proteger la seguridad de sus ciudadanos y sus fronteras. Pero cualquier medida que toma Israel en los territorios ocupados debe respetar sus obligaciones internacionales, entre las que se ubica la de garantizar la protección de los derechos fundamentales de los habitantes de dicho territorio.

- *Protección de un interés superior al derecho sacrificado*

El interés protegido por el derecho subjetivo atribuido al Estado extranjero, que se sacrificaría a la salvaguardia de un “interés esencial” del Estado obligado, debe ser inferior a ese otro interés. Es una cuestión relativa, de proporción.

La OLP afirma que Israel viola el derecho internacional humanitario porque las medidas adoptadas no están justificadas por una necesidad militar y violan el principio de proporcionalidad. En este caso se debe realizar un balance entre el respeto a los derechos humanos del pueblo palestino incluido el derecho a la autodeterminación y la seguridad de la población israelí en un contexto de terrorismo. Intereses que encontramos son comparables, teniendo en cuenta las presentaciones escritas efectuadas tanto por Israel como por Palestina.

- *Violación de la obligación internacional como único medio de conjurar el peligro grave e inminente*

La adopción por un Estado de un comportamiento, no conforme a una obligación internacional que le liga a otro Estado, debe representar para él el único medio de conjurar el peligro extremadamente grave e inminente que percibe.

El Gobierno de Israel en su presentación efectuada ante la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de octubre de 2003, sostuvo que la construcción del muro se encuadraba dentro de una medida de legítima defensa contemplada por el artículo 51 de la Carta de ONU y las Resoluciones del Consejo de Seguridad 1368 (2001) y 1373 (2001).

Palestina en su presentación escrita ante la CIJ sostiene que la construcción del muro no encuentra su justificación en su derecho a la legítima defensa, pues las mismas deben ser una respuesta necesaria y proporcional a un ataque armado, condiciones que considera no se dan en el presente caso. Afirma que la violencia ejercida en el territorio palestino ocupado, ni por su escala ni por su naturaleza, es equivalente a un ataque armado contra Israel¹⁰.

¹⁰ El Informe completo que presentó la Organización para la Autoridad Palestina puede ser consultado en www.icj-cij.org.

La Corte sostiene que el Artículo 51 de la Carta de ONU no resulta aplicable.

Por otra parte, el Gobierno de Israel afirmó que la confiscación de tierras a los fines de la construcción del muro era proporcional al número de muertes y a los daños sufridos por los ciudadanos israelitas y realizado en concordancia con el derecho internacional y nacional¹¹.

El Señor Gillerman, representante de Israel ante la Asamblea General de ONU, en 2003 manifestó que la decisión de construir el muro es una medida de defensa que fue adoptada con dificultad¹².

Al manifestar el representante israelí que la medida fue adoptada con dificultad nos da a entender que dicha medida contó con oposición a nivel interno y que se podría haber arribado a otra solución ya que él alude a una escasez de opciones. Al existir opciones ya no se cumple con una de las condiciones para invocar el estado de necesidad.

Consideramos que al indicar el representante israelí que la construcción del muro es uno de los métodos no violentos para prevenir los ataques terroristas, está diciendo que existen otros métodos que podrían haber sido elegidos, con lo cual no se cumple con la condición requerida para invocar estado de necesidad.

Por otra parte, la mejora de la calidad de vida no es un argumento invocable para el estado de necesidad.

Otro de los medios posibles podría haber sido levantar un muro pero *dentro* de los Territorios Ocupados. Las medidas de seguridad podrían llevarse a cabo en el territorio israelí a lo largo de la Línea Verde, donde también podrían reforzarse los mecanismos para controlar la entrada en caso de considerarse necesario.

Tenemos que tener en cuenta que la construcción de este muro dentro de los Territorios Ocupados sin el consentimiento del pueblo palestino, no beneficia a la población palestina que vive bajo la ocupación israelí. Por el contrario, tiene consecuencias negativas, especialmente la restricción de su circulación dentro de los Territorios Ocupados y otras violaciones de los derechos fundamentales, como el derecho al trabajo, a la alimentación, a los cuidados médicos, a la educación y a un nivel de vida adecuado.

¹¹ Acerca de la posición del Gobierno de Israel se puede ver en la página web de la CIJ un informe y también un resumen de la misma en A/ES-10/248.

¹² Tres fueron los factores que los condujeron a adoptarla, a saber:

1. el más importante fue Yassar Arafat y la Autoridad Palestina y sus medidas unilaterales;

A la luz del material presentado la Corte, no considera que la construcción del muro a lo largo de la ruta escogida sea el único medio para salvaguardar los intereses de Israel contra el peligro que ha invocado como la justificación para esa construcción.

- *El sujeto que invoca la necesidad no tiene que haber dado lugar/contribuido a la aparición del peligro*

Sobre este punto se puede consultar la presentación escrita de Palestina ante la Corte, en particular el capítulo 5 “Las políticas y prácticas de Israel, la potencia ocupante, y la situación de seguridad en el territorio palestino ocupado”, en el que se pone de manifiesto el accionar israelí y las violaciones a los derechos del pueblo palestino.

El informe palestino en su párrafo 198 afirma que las políticas y prácticas israelíes son las que han creado las condiciones de inestabilidad e inseguridad en respuesta de las cuales Israel alega debe construir el muro para proteger a sus ciudadanos.

Referido a este punto, la Asamblea General de ONU aprobó varias resoluciones¹³.

Por su parte, Amnistía Internacional ha documentado en numerosos informes los abusos en gran escala que han perpetrado tanto el ejército israelí como los grupos armados palestinos.

5. Consideraciones Finales

La CIJ en esta opinión consultiva al analizar la posibilidad de Israel de invocar estado de necesidad, consideró que no se reúnen todas las condiciones para tal invocación, puesto que la medida de defensa elegida no es el único medio de salvaguardar el interés esencial del Estado israelí de brindar seguridad y garantía de sus derechos a la población civil.

Por otra parte, si considerásemos que la construcción del muro es el único medio que tiene Israel para defenderse, cabe pregun-

2. La escasez de otras opciones. No es fácil tomar medidas a fin de obstruir el camino a los terroristas sin impactar en la vida de los palestinos. La construcción del muro de defensa es uno de los métodos no violentos más efectivos para prevenir el pasaje de terroristas y armamentos desde las fábricas terroristas que se encuentran en el corazón de las ciudades palestinas al corazón de las áreas civiles en Israel:

3. la mejora de la calidad de vida tanto de israelíes como de palestinos al reducirse la presencia de fuerzas armadas en las ciudades. Asimismo se reducirán los controles en las rutas con lo cual mejorará la libertad de movimiento.

¹³ A/Res/ES-10/2; A/Res/ES-10/3; A/Res/ES-10/4; A/Res/ES-10/5; A/Res/ES-10/6; A/Res/ES-10/7; A/Res/ES-10/8; A/Res/ES-10/9; A/Res/ES-10/10; A/Res/ES-10/11; A/Res/ES-10/12 y A/Res/ES-10/13.

tarse si el interés esencial israelí que se pretende salvaguardar es superior al interés palestino, el cual incluye la integridad de su territorio, la protección del medio ambiente al modificarse la ocupación de las tierras y la distribución y el acceso al agua entre otros, o si son intereses equivalentes y en tal caso debe un tercero ponderar y decidir acerca de su prevalencia. Punto sumamente complejo para dilucidar y que pone realmente en tensión a ambas partes.

Si bien nos encontramos ante intereses de diferente naturaleza lo cual torna aún más dificultoso efectuar una comparación, entendemos nos encontramos ante intereses equivalentes.

Entendemos que tampoco se cumple con la condición de no haber contribuido a crear el peligro que se alega amenaza un interés esencial, pues como vimos el accionar israelí parece haber coadyuvado en alguna medida a crear la situación actual.

De todo lo expuesto, la Corte concluye que Israel es responsable internacionalmente por sus hechos ilícitos, ilicitud que no queda excluida por el estado de necesidad al no reunirse las condiciones necesarias para la invocación de tal circunstancia¹⁴.



¹⁴ **Bibliografía:** BEKKER, P “The UN General Assembly Requests a World Court Advisory Opinion on Israel’s Separation Barrier”, en “ASIL Insights”, Diciembre 2003; BEKKER, P. “The World Court Rules that Israel’s West Bank Barrier violates International Law”, en “ASIL Insights”, Julio 2004; BERMEJO GARCÍA, R. “Israel y la valla de seguridad contra el terrorismo palestino: Algunas cuestiones de Derecho Internacional”, www.embajada-israel.es/politica/VallaBermejo.html; DRNAS DE CLEMENT, Z. “Sentido y alcance de la determinación por parte del Consejo de Seguridad de una amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión” <http://www.acader.unc.edu.ar> (Sección Doctrina Derecho Internacional Público); GUTIÉRREZ ESPADA, C. “*El estado de necesidad y el uso de la fuerza en Derecho internacional*”, Tecnos, Madrid, 1987; KOVÁCS, P. “*Rather judgement than opinion? Or can we speak about a third type judicial procedure before the International Court of Justice?*” *Anuario de Derecho Internacional. España. XX, 2004*. Universidad de Navarra; LÓPEZ-JACOISTE DÍAZ, E. “*Algunas reflexiones sobre la Opinión Consultiva sobre el muro de Israel: la solución está en Ramallah y Gaza y no en La Haya ni en Manhattan*”, en “*Anuario de Derecho Internacional. España. XX, 2004*”. Universidad de Navarra; MARCIONNI, N. “*Opiniones Consultivas de la Corte Internacional de Justicia*”, en “*Anuario Argentino de Derecho Internacional, VII, 1996-1997*”. Edit. Lerner, Córdoba, pp. 263-278; POZO-SERRANO, P. “*La Opinión Consultiva de la CIJ sobre las consecuencias jurídicas de la construcción del muro en el territorio palestino ocupado: problemas de competencia y oportunidad judicial*”, en “*Anuario de Derecho Internacional. España. XX, 2004*”. Universidad de Navarra; SLIMAN, N. “*Israeli High Court Decision on Location of West Bank Barrier*”, en “*ASIL Insights*”, Julio 2004.

EL TRANSPORTE COMO FACTOR DE INTEGRACION

(TRANSPORT AS AN INTEGRATION FACTOR)

*Por Verónica Zamzem**

Resumen: El transporte constituye un factor esencial en la consolidación de los procesos de integración regional, ya que posibilita no sólo el intercambio comercial sino que favorece la cohesión social al permitir establecer vínculos de cooperación entre los miembros de las comunidades implicadas en dichos procesos. En ese sentido, Sudamérica se presenta como un territorio geográficamente fragmentado, con obstáculos naturales difíciles de superar, que al propio tiempo representan recursos naturales de creciente importancia en la actualidad por sus potencialidades de utilización. Las notables deficiencias de su red de transporte están siendo analizadas y jerarquizadas en función de la constitución de redes y ejes multimodales, con miras a una mejor inserción de la región en el contexto mundial y a un mayor intercambio regional, en el marco de la denominada Iniciativa para la Integración Regional Sudamericana, de la que participan todos los países del subcontinente. En este trabajo se analizan algunos proyectos de desarrollo del transporte implementados en Sudamérica en las últimas décadas, y los actuales proyectos integrados que conforman la agenda de IIRSA.

Palabras Clave: Integración regional – Infraestructura de transportes – Redes multimodales – Desarrollo equilibrado y sustentable – Jerarquización de proyectos

* Abogada. Docente Investigadora Categoría III de la SPU (Secretaría de Políticas Universitarias) del Ministerio de Educación, Ciencia y Tecnología de la Nación, Profesora Adjunta de Derecho de la Navegación, Transportes y Comunicaciones, Facultad de Derecho y Cs. Sociales de la UNC. Profesora Titular de Derecho del Transporte, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Catamarca. Prosecretaria de Ciencia y Técnica de la Facultad de Derecho y Cs. Sociales UNC.

1. Introducción

Al ingresar al nuevo siglo en Sudamérica se impone el replanteo de una visión estratégica, prospectiva e integradora, que nos permita recuperar la dimensión geográfica, la importancia de la organización del espacio y de la infraestructura física, como elemento articulador de la integración regional. La infraestructura de transportes busca incrementar la conectividad entre los principales mercados; conformar redes multimodales que articulen la utilización y complementación de vías terrestres, fluviales, marítimas y aéreas; impulsar el desarrollo de corredores bioceánicos y la interconexión de cuencas fluviales. Esta visión de la integración regional representa una oportunidad para profundizar y ampliar los dos esquemas de integración regional, MERCOSUR y Comunidad Andina de Naciones (CAN), tendiendo a la convergencia de ambos, a través de la integración física y la conectividad de los sistemas de transportes, energía y comunicaciones.

El nuevo mapa político que se está configurando en la región parece acompañar esta visión de una Sudamérica unida que se asume como un mercado de más de trescientos millones de consumidores, en un marco geográfico integrado por los dieciocho millones de km² que conforman su vasta superficie.

Sólo un bloque con estas magnitudes puede aspirar a participar de las negociaciones económicas y comerciales a nivel mundial con peso suficiente como para constituirse en un actor decisivo en la configuración del orden internacional.

Los procesos de integración regional vinculan territorios que presentan marcadas asimetrías, tanto en sus aspectos económicos, sociales, políticos o jurídicos; en este contexto, es en las regiones fronterizas donde se advierten las mayores necesidades de implementación de proyectos de infraestructura en general, y especialmente de infraestructura de transporte, de energía y de comunicaciones.

Las estrategias de inserción de los países en estos procesos de integración presentan algunas tendencias comunes, marcadas por la definición de corredores de transporte, de redes transfronterizas de energía y de atracción e instalación de actividades dinamizadoras de la economía y del desarrollo social en general. En este contexto, se asigna a las infraestructuras de transporte una relevante misión, cual es la de conciliar crecimiento económico y cohesión social, ya que el contar con sistemas de transporte adecuados por sí solo no garantiza un desarrollo equilibrado; sin embargo, desempeñan un papel clave, habida cuenta que son los que hacen posible la circulación de mercancías y personas, y la conexión de los territorios. Los países sudamericanos partici-

pan de esta característica, y buscan la integración física como una forma de vincular los territorios, para lo cual requieren la implementación de proyectos de infraestructura de transporte, como también de energía.

Los procesos de integración tienden a la concentración de las actividades de producción en determinadas zonas que, generalmente, son las más desarrolladas, lo que provoca una tendencia a acentuar las diferencias estructurales entre las regiones más ricas y las más desfavorecidas; estos desequilibrios pueden revertirse mediante políticas de convergencia estructural que involucren a los países miembros del proceso y a sus regiones. La política de convergencia persigue eliminar las desigualdades económicas y sociales, como también lograr un objetivo económico y de desarrollo que evite distorsiones y resientan el concepto de justicia y solidaridad que subyace en todo núcleo social¹.

En un mundo crecientemente competitivo, en el que la innovación tecnológica y la mayor capacitación de los recursos humanos son factores estratégicos, los Estados Sudamericanos han respondido a este desafío impulsando iniciativas de desarrollo de infraestructuras de transporte, comunicaciones y energía con participación de organismos gubernamentales y de organizaciones privadas representantes de diversos sectores sociales.

Las políticas de desarrollo regional se instrumentan mediante un conjunto de acciones que tienen lugar dentro del espacio regional y están dirigidas a:

Mejorar las infraestructuras (hardware);

Suplir las carencias y mejorar los factores inmateriales del desarrollo (software); y

Fortalecer la capacidad de organización del territorio regional (orgware).

2. Antecedentes regionales anteriores al año 2000

En Sudamérica coexistieron varios planes y programas referidos a la infraestructura de transportes, impulsados por los diversos gobiernos en diferentes épocas. Conocer estos antecedentes permite comprender la situación actual y las perspectivas de concreción de avances en los sistemas de transportes; los más destacados son:

¹ Cfr. GINESTA, JACQUES, "La regionalización en la Unión Europea y en el MERCOSUR. El caso Uruguayo", ponencia presentada en el VI° Encuentro de las Regiones del MERCOSUR, Universidad Nacional de Rosario, Rosario, Santa Fe, Argentina, 14 y 15 de Octubre de 2004.

1. La Red Fundamental de Transporte del Cono Sur;
2. El Sistema Troncal Andino de Carreteras y
3. La Red de Transporte para la Integración de América del Sur.

2.1. Reuniones de Ministros de Obras Públicas y Transporte de los Países del Cono Sur

Así, en la década de 1970 comienzan a celebrarse las Reuniones de Ministros de Obras Públicas y Transporte de los Países del Cono Sur, integradas por Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Paraguay, Perú y Uruguay. El objetivo fue la conformación de una red de transporte que incluyera carreteras, ferrocarriles y vías navegables, como también terminales portuarias y aéreas. En la Reunión de Ministros celebrada en Brasilia en 1973 se decide denominar a este sistema como “Red Fundamental de Transporte del Cono Sur”; el documento final fue aprobado por la Reunión de Ministros que se realizó en Santiago de Chile durante 1981.

En dicho documento se determina: “La Red Fundamental de Transporte del Cono Sur definirá el ámbito físico de aplicación y será el instrumento ordenador de las acciones en el sector transporte que tiendan a la materialización de las políticas regionales de integración”².

En 1990, durante la XVII^o Reunión de Ministros del Cono Sur, celebrada en Asunción (Paraguay), se aprobaron dos Acuerdos sobre corredores de transporte: el “Proyecto Libertadores”³, que comprendía aproximadamente 16.000Km de red ferroviaria, y el de “Corredores Interregionales de Transporte”⁴.

En 1992 tiene lugar la XIX^o Reunión de Ministros del Cono Sur⁵, en la que se comienza a trabajar conjuntamente con la Asociación Latino Americana de Integración (ALADI) a fin de realizar un estudio sistemático de los corredores de transporte, con el objetivo de vincular en forma directa a las capitales de los países miembros y a los principales centros de intercambio comercial mediante una red continua, que abarcara la totalidad de la región, aprovechando las condiciones físicas fa-

² XI Reunión de Ministros de Obras Públicas y Transporte del Cono Sur, Acuerdo 1.17, Santiago de Chile, 1981.

³ XVII Reunión de Ministros de Obras Públicas y Transporte del Cono Sur, Acuerdo 1.81, “Proyecto Libertadores”, Asunción del Paraguay, 1990.

⁴ XVII Reunión de Ministros de Obras Públicas y Transporte del Cono Sur, Acuerdo 1.82, “Corredores Interregionales de Transporte”, Asunción del Paraguay, 1990.

⁵ XIX Reunión de Ministros de Obras Públicas y Transporte del Cono Sur, Documento “Inventario de proyectos de infraestructura de transporte para la integración de América del Sur de prioridad para los países”, Santiago de Chile, 1992.

vorables, y propugnando las posibilidades de conexión y coordinación multimodal e intermodal.

2.2. Comisión del Acuerdo de Cartagena

A su vez, Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela, como integrantes del Acuerdo de Cartagena, determinaron la necesidad de formular un proyecto multinacional de infraestructura de transporte, que se institucionalizó mediante la Decisión 94 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, cuyo objetivo fue permitir el desarrollo del intercambio comercial entre los mismos, incrementado a partir de la firma del citado Acuerdo Subregional. En ese marco, se dio prioridad al transporte por carretera, diseñándose el Sistema Troncal Andino de Carreteras, que luego de varios años y de sucesivos análisis logró consensuar las condiciones técnicas necesarias para la armonización de normas del sistema vial, que fue aprobado en Octubre de 1990 mediante Decisión 271, como Sistema Andino de Carreteras, que comprende una longitud total de más de 29.000Km. de extensión. El Sistema Troncal Andino de Carreteras busca vincular a los principales centros y regiones del área andina de manera directa, por medio de una red de carreteras continua, que disminuya los costos de transporte e incentive la producción subregional, como también el transporte regular de pasajeros, sean locales o turistas, entre y a través de los países miembros. Asimismo, se trata de vincular a la Subregión Andina con los demás países de Latinoamérica para lograr una eficaz integración física continental.

La Decisión 271⁶ define al Sistema Andino de Carreteras mediante la formulación de tres Ejes, a saber:

Ejes Troncales: son los que permiten la interconexión continua, directa, económica y segura entre los Países Miembros, que poseen adecuadas condiciones de transitabilidad durante todo el año. En estos ejes se contemplan siete pasos de frontera.

Ejes Interregionales: son los que sirven de enlace de los Ejes Troncales con las redes viales de los demás países de América Latina.

Ejes Complementarios: los que permiten la conexión de otras áreas internas de desarrollo con los Ejes Troncales.

⁶ Comisión del Acuerdo de Cartagena, Decisión 271, "Sistema Andino de Carreteras", Lima, octubre de 1990.

2.3. Conferencias de Ministros de Transportes, Comunicaciones y Obras Públicas de América del Sur

Durante el mes de noviembre de 1991, tiene lugar la Primera Conferencia de Ministros de Transportes, Comunicaciones y Obras Públicas de América del Sur en Lima (Perú), donde confluyen los países del Cono Sur y los integrantes del Acuerdo de Cartagena (Pacto Andino, hoy Comunidad Andina de Naciones CAN). Desde su creación, habida cuenta que existían proyectos de redes de transporte aprobados con anterioridad y con desigual grado de concreción, la Conferencia de Ministros de Transportes impulsó la confección de un catálogo de Proyectos de Infraestructura de Transportes para la Integración de América del Sur, teniendo como base las necesidades prioritarias de cada uno de los países como también los requerimientos regionales. En esta tarea colaboró activamente el Instituto para la Integración de América Latina (INTAL), tomándose como base los estudios y datos de la Red Fundamental del Cono Sur y del Sistema Andino de Carreteras, complementados con información relativa a vías fluviales, puertos y aeropuertos de la región; de esta manera surge la Red de Transporte para la Integración de América del Sur, aprobada por la Conferencia de Ministros de Transportes, Comunicaciones y Obras Públicas celebrada en Punta del Este (Uruguay), en Noviembre de 1992.

La Red de Transporte para la Integración de América del Sur establece un ámbito físico geográfico en el que se implementarán las políticas de transporte acordadas a nivel regional, consideradas requisito indispensable para los procesos de integración vigentes en el espacio sudamericano⁷, intentando darle homogeneidad y continuidad, de manera que pueda ser utilizada durante todo el año. Entre sus objetivos figuran:

- Establecer al interior de cada Estado participante un orden de prioridades de los proyectos de infraestructura de transporte, teniendo en cuenta el impacto que los mismos produzcan en términos de integración regional, favoreciendo las interconexiones de redes viales, ferroviarias y fluviales.
- Propiciar la uniformidad de las características técnicas de las infraestructuras, teniendo en mira la creciente coordinación de

⁷ 1ª Conferencia de Ministros de Transportes, Comunicaciones y Obras Públicas, Punta del Este, noviembre de 1992. Documento "Red de Transporte para la Integración de América del Sur".

modos y medios de transporte, de manera tal que pueda desarrollarse un sistema integrado de transporte en la región.

- Difundir la utilización de las nuevas tecnologías de transportes, facilitando su aplicación en pos de obtener la reducción de costos operativos.
- Diseñar proyectos de infraestructura de transporte que involucren a más de un país, presentándolos a los organismos internacionales de crédito como programas conjuntos, a fin de obtener financiamiento.

En la formulación de la Red de Transporte para la Integración de América del Sur participaron los representantes de los Gobiernos, del Banco Interamericano de Desarrollo (BID) y del INTAL, y se verifica que el proyecto incluye redes de carreteras, ferrocarriles, vías fluviales, puertos y aeropuertos, y no solamente un análisis de sistemas unimodales, por lo que constituye un programa integral de desarrollo de infraestructura de transportes de verdaderas características regionales, elaborado bajo la premisa de obtener la integración regional.

3. Iniciativa para la integración regional Sud Americana (IIRSA)

Durante la década de 1990 en América Latina se producen importantes modificaciones a nivel político y reformas estructurales en lo económico, traducidas en el fortalecimiento del sistema democrático y en nuevos roles asignados tanto a los sectores públicos como privados dentro de la sociedad institucionalizada, todo lo cual incide en los procesos de integración regional. La restauración de procesos democráticos en todos los países sudamericanos permitió el resurgimiento y fortalecimiento de los acuerdos regionales existentes y el nacimiento de otros.

En el marco del denominado “nuevo regionalismo”, el MERCOSUR, formalizado en 1991 mediante la firma del Tratado de Asunción⁸, incluye en su origen a Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, pero en poco tiempo Bolivia y Chile manifestaron su interés en participar del mismo como Estados Asociados, y recientemente la República Boliva-

⁸ Tratado para la constitución de un Mercado Común entre la República Argentina, la República Federativa del Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay (MERCOSUR). suscrito en la ciudad de Asunción (República del Paraguay) el 26 de marzo de 1991.

riana de Venezuela se ha incorporado al bloque como Estado Parte, en la Cumbre de Caracas, celebrada a comienzos de julio de 2006⁹.

“La integración regional es, pues, un proceso de cooperación intensa y prolongada entre actores de una misma región sobre cualquier ámbito material, si bien es cierto que se produce particularmente en las relaciones económicas y, con menor frecuencia, en las relaciones políticas y sociales”¹⁰.

En este contexto, la geografía sudamericana siempre constituyó un problema a resolver, debido a las barreras naturales existentes que impiden la comunicación fluida entre regiones y Estados, haciendo altamente necesario el desarrollo de una infraestructura de integración física regional que facilite un mayor desarrollo comercial, lo que inducirá a profundizar la cooperación en otras áreas.

Una nueva visión estratégica de la integración, formulada a partir de la elaboración de estudios técnicos sobre las fortalezas y debilidades de nuestros países en el marco del proceso de mundialización generalizado al que asistimos, ha llevado a la creación de la Iniciativa para la Integración Regional Sud Americana, conocida por su sigla IIRSA.

3.1. Creación de IIRSA

La Primera Reunión de Presidentes de América del Sur fue convocada por el Presidente de Brasil, Fernando Enrique Cardoso, se realizó en Brasilia entre los días 31 de agosto y 1 de setiembre de 2000. Asistieron los Presidentes de Argentina, Fernando De la Rúa; Bolivia, Hugo Bánzer Suárez; Chile, Ricardo Lagos Escobar; Colombia, Andrés Pastrana Arango; Ecuador, Gustavo Noboa; Guyana, Bharrat Jagdeo; Paraguay, Luis Angel González Macchi; Perú, Alberto Fujimori; Surinam, Runaldo Ronald Venetiaan; Uruguay, Jorge Batlle Ibañez; y Venezuela, Hugo Chávez Frías. Participaron también de las deliberaciones el Presidente del Banco Interamericano de Desarrollo (BID), Enrique Iglesias, como también el Presidente Ejecutivo de la Corporación Andina de Fomento (CAF), Enrique García.

La razón fundamental de la convocatoria fue otorgar nuevo impulso al proceso de integración regional sudamericano, promovien-

⁹ Protocolo de Adhesión de la República Bolivariana de Venezuela al MERCOSUR, Caracas (Venezuela), 4 de julio de 2006.

¹⁰ IBÁÑEZ, Josep, “El nuevo regionalismo latinoamericano en los años noventa”, REVISTA ELECTRÓNICA DE ESTUDIOS INTERNACIONALES (2000), www.reei.org

do la integración física en las áreas de transporte, telecomunicaciones y energía, sin descuidar el desarrollo sostenible de la región; por ello, los asistentes comprometieron a sus gobiernos con el desarrollo y ejecución de un Plan de Acción para la Integración Física Sudamericana, con vistas a los próximos diez años, y solicitaron el apoyo técnico de los organismos financieros multilaterales de la región: Banco Interamericano de Desarrollo (BID); la Corporación Andina de Fomento (CAF), y el Fondo Financiero para el Desarrollo de la Cuenca del Plata (FONPLATA), a fin que brindaran apoyo a las acciones propuestas. El Plan de Acción aprobado en Brasilia está basado en dos pilares: los Ejes de Integración y Desarrollo (EID), y los Procesos Sectoriales de Integración (PSI). Estos últimos tienen por objeto identificar las dificultades normativas e institucionales que obstaculizan el desarrollo de la infraestructura básica en la región, y proponer acciones y políticas tendientes a superarlos.

Los proyectos que se encontraban en vías de ejecución, mencionados en el punto dos de este trabajo, fueron tenidos en cuenta y sirvieron de base para establecer ámbitos de acción y prioridades en el diseño y ejecución de los proyectos que conforman esta Iniciativa.

3.2. Estructura y funcionamiento de IIRSA

Los doce países que forman parte de esta Iniciativa trabajan juntamente con los organismos regionales e internacionales especializados en las áreas específicas (transporte, telecomunicaciones y energía), intercambiando información que permita coordinar políticas sectoriales y elaborar planes de inversión integrales.

La estructura de IIRSA está conformada por tres órganos: el Comité de Dirección Ejecutiva, los Grupos Técnicos Ejecutivos, y el Comité de Coordinación Técnica.

- Comité de Dirección Ejecutiva (CDE), está formado por los Ministros designados por los Gobiernos de cada país, y es el encargado de definir los lineamientos estratégicos, llevar adelante las decisiones y los trabajos aprobados en el marco de la Iniciativa.
- Grupos Técnicos Ejecutivos (GTEs), llevan a cabo los planes de trabajo a medida que se van acordando.
- Comité de Coordinación Técnica (CCT) es el que brinda apoyo técnico y financiero a los países que lo solicitan, está formado por el BID, la CAF y FONPLATA, teniendo como misión coordinar las actividades conjuntas de los proyectos, con una visión regional y consensuada entre los miembros.

A nivel nacional, existen Coordinadores Nacionales (CN), responsables de articular las actividades de los distintos organismos gubernamentales entre sí y con otros sectores sociales involucrados en los proyectos IIRSA.

3.3. Ejes de Integración y Desarrollo (EID)

Los Ejes de Integración y Desarrollo están constituidos por franjas de territorios abarcativos de varios Estados, en los que se concentran flujos comerciales actuales y potenciales. En esos espacios se busca apoyar las actividades productivas mediante la provisión de niveles mínimos y comunes en materia de infraestructura de transportes, como también de energía y telecomunicaciones, que permitan desarrollar cadenas productivas, tanto para el consumo interno regional como para el intercambio con los mercados globales¹¹.

En la reunión de Brasilia de 2000 se tomaron como referencia cinco ejes de integración basados en un Estudio realizado por el BID, denominado "Un impulso a la integración de la Infraestructura Regional en América del Sur", en el que se consideraron los flujos de mayor intensidad existentes en ese momento.

Con posterioridad, en las sucesivas reuniones técnicas, se han establecido nuevos criterios y acordado la conformación de diez Ejes de Integración y Desarrollo sobre los que trabaja IIRSA actualmente; ellos son:

1. Eje Andino,
2. Eje Andino del Sur,
3. Eje de Capricornio,
4. Eje del Amazonas,
5. Eje del Escudo Guayanés,
6. Eje del Sur,
7. Eje Hidrovía Paraná-Paraguay,
8. Eje Interoceánico Central,
9. Eje MERCOSUR-Chile,
10. Eje Perú-Brasil-Bolivia

Desde el punto de vista exclusivamente territorial, Argentina forma parte de cuatro de los Ejes mencionados: Eje de Capricornio, Eje del Sur, Eje Hidrovía Paraná-Paraguay y Eje MERCOSUR-Chile.

¹¹ Cfr. CARCIOFI, RICARDO. "La Integración Regional y la Infraestructura", REVISTA VALOR F.O.B. N° 29, JUNIO/JULIO 2006, Buenos Aires, Argentina.

3.4. Cartera de Proyectos IIRSA

Se trata de un conjunto de proyectos seleccionados por los países miembros de la Iniciativa, teniendo en miras una visión regional, garantizando a la vez el desarrollo sostenible de Sudamérica. El objetivo de la Cartera de Proyectos es determinar un orden de prioridades a tener en cuenta al momento de promocionar las inversiones en infraestructura. Los Proyectos que componen la Cartera son trescientos treinta y cinco, no obstante, pese a estar incluidos en ella, no se garantiza su financiamiento y por tanto tampoco su efectiva ejecución.

3.5. Agenda de Implementación Consensuada (AIC) 2005-2010

Finalizada la etapa de planificación territorial y ordenamiento de la Cartera de Proyectos, en el Comité de Dirección Ejecutiva de IIRSA se acordaron treinta y un proyectos que se consideran estratégicos y producen un alto impacto en términos de integración física. Se busca de esta manera centralizar acciones para avanzar en la ejecución de los mismos, y así obtener resultados visibles que justifiquen los esfuerzos fiscales que deben realizarse por parte de los Estados involucrados.

La IIIª Cumbre Presidencial Sudamericana, celebrada en Cusco (Perú), en diciembre de 2004, en la que se decidió conformar la Comunidad Sudamericana de Naciones, elaboró la Declaración del Cusco en la que se hace referencia a la necesidad de perfeccionar y desarrollar la integración física, energética y de comunicaciones en Sudamérica¹².

En la misma reunión, esta Agenda de Implementación Consensuada 2005-2010 recibió la aprobación de los Presidentes mediante la Declaración de Ayacucho, en la que se expresa: "...Reafirmamos nuestro pleno respaldo a la Iniciativa para la Integración de Infraestructura Regional Sudamericana (IIRSA) y nuestro respaldo a los avances registrados en esta iniciativa, en particular la referida a la Agenda de Implementación Consensuada 2005-2010 y la Cartera de Proyectos IIRSA. En este sentido, acogiendo la propuesta formulada en la Sexta Reunión del Comité de Dirección Ejecutiva, rubricamos el mapa que contiene los proyectos incluidos inicialmente en dicha Agenda"¹³.

¹² "...El espacio sudamericano integrado se desarrollará y perfeccionará impulsando los siguientes procesos: ...La integración física, energética y de comunicaciones en Sudamérica sobre la base de la profundización de las experiencias bilaterales, regionales y subregionales existentes, con la consideración de mecanismos financieros innovadores y las propuestas sectoriales en curso que permitan una mejor realización de inversiones en infraestructura física para la región." Declaración del Cusco sobre la Comunidad Sudamericana de Naciones, Punto II, 8 de diciembre de 2004.

¹³ Declaración de Ayacucho 2004, Punto 8, Pampa de La Quinua-Ayacucho, 9 de diciembre de 2004.

Siete de los proyectos de esta Agenda 2005-2010 pertenecen a los Ejes de Integración y Desarrollo de los que forma parte la Argentina, encontrándose, según lo casos, en diferentes fases de preparación, licitación/concesión, o ejecución.

El 30 de septiembre de 2005, en ocasión de la I^a Reunión de Jefes de Estado de la Comunidad Sudamericana de Naciones, llevada a cabo en Brasilia, los Presidentes firmaron la Declaración sobre Integración en el Área de Infraestructura, en la que se decide, entre otras cosas, acelerar el proceso de ejecución de los proyectos prioritarios para la integración sudamericana en las áreas de infraestructura de transportes, e impulsar alternativas de financiamiento que tengan en cuenta la realidad financiera de los países sudamericanos y estimulen la realización de las inversiones necesarias para la implementación de los proyectos prioritarios de integración física¹⁴.

A fin de efectuar un seguimiento y generar mecanismos de información y monitoreo de la ejecución de la Agenda de Implementación Consensuada 2005-2010, se ha adoptado y puesto en marcha el Sistema de Información para Gestión Estratégica (SIGE), que provee información a los más altos niveles de los gobiernos participantes de IIRSA.

4. Conclusiones

Para obtener un desarrollo equilibrado y un crecimiento económico en la región sudamericana y en la subregión MERCOSUR, es imprescindible diseñar una visión integral de la infraestructura, dentro de una planificación estratégica que considere los ejes de integración y desarrollo regionales ya identificados.

En cuanto a la infraestructura de transportes, debe tenderse a la conformación de redes multimodales que faciliten la utilización de vías terrestres, fluviales, marítimas y aéreas, que promuevan el desarrollo integral de las áreas de influencia.

Se deberá contar con inversiones específicas en infraestructura de transportes, coordinadas con todos los bloques regionales para la necesaria planificación en este sector, que valoren la dimensión social de los proyectos y, por ende, sean compatibles con un desarrollo sustentable, que permitan mejorar la calidad de vida de las poblaciones implicadas.

¹⁴ Séptima Reunión del Comité de Dirección Ejecutiva, IIRSA, Anexo 8, 1 y 2 de diciembre de 2005, Asunción (Paraguay).

Para ello, deberán tenerse en cuenta tanto los proyectos que pretenden mejorar la utilización de redes ya existentes en la región, como las iniciativas tendientes a implementar nuevos proyectos que cubran las necesidades de transporte de todos los países involucrados.

En este sentido, los organismos internacionales de financiamiento, sean de la región o no, deberán prestar apoyo técnico y económico a través de los mecanismos correspondientes en cada caso, a fin de concretar las obras, teniendo en consideración las realidades sociales, políticas y financieras de los países sudamericanos.



SECCIÓN III
HISTORIA, FILOSOFÍA, SOCIOLOGÍA Y POLÍTICA

PAGINA 334
BLANCA

LOS COMISARIOS Y FAMILIARES DEL TRIBUNAL DEL SANTO OFICIO DE LA INQUISICIÓN EN CÓRDOBA DEL TUCUMÁN

(THE COMMISSIONERS AND FAMILY OF THE TRIBUNAL OF THE SANTO OFICIO OF THE INQUISITION IN CÓRDOBA OF TUCUMÁN)

*Marcela Aspell**

RESUMEN: El trabajo estudia la labor de los Comisarios y Familiares del Tribunal del Santo Oficio de la Inquisición que se desempeñaron en la jurisdicción de Córdoba del Tucumán entre los siglos XVII y XVIII.

PALABRAS CLAVES: Santo Oficio – Inquisición – Comisarios – Familiares – Córdoba del Tucumán.

La jurisdicción de Córdoba del Tucumán dependió del Tribunal del Santo Oficio de la Inquisición de Lima, creado por Real Cédula, fechada en el Pardo, el 25 de enero de 1569 que disponía:

“Nuestros gloriosos progenitores fieles y católicos hijos de la Santa Iglesia Romana, considerando cuando toca a nuestra dignidad real y católico celo, procurar por todos los medios posibles que nuestra santa fe dilatada y ensalzada por todo el mundo, fundaron en estos nuestros reinos el Santo Oficio de la Inquisición, para que se conserve con la pureza y entereza que conviene. Y habiendo descubierto e incorporado en nuestra real corona por providencia y gracia de Dios, nuestro Señor, los Reinos y provincias de las Indias Occidentales Islas y Tierra Firme del mar Océano y otras partes,

* Doctora en Derecho y Ciencias Sociales. Profesora titular de la Cátedra B de Historia del Derecho Argentino, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNC. Investigadora de la Conicet.

pusieron su mayor cuidado en dar a conocer a Dios verdadero y procurar el aumento de su santa ley evangélica y que se conserve libre de errores y doctrinas falsas y sospechosas y en sus descubridores, vasallos la devoción, buen nombre, reputación y fama con que a fuerza de cuidados y fatigas han procurado que sea dilatada y ensalzada. Y por los que están fuera de la obediencia y devoción de la santa iglesia católica romana obstinados en sus errores y herejías, siempre procuran pervertir y apartar de nuestra Santa Fé Católica a los fieles y devotos cristianos y con su malicia y pasión trabajan con todo estudio de atraerlos a sus dañadas creencias, comunicando sus falsas opiniones y herejías y divulgando y esparciendo diversos libros heréticos y condenados y el verdadero remedio consiste en desviar y excluir del todo la comunicación de los herejes y sospechosos castigando y extirpando sus errores, por evitar y estorbar que pase tan grande ofensa de la santa fe y religión católica a aquellas partes y que los naturales de ellas sean pervertidos con nuevas, falsas y reprobadas doctrinas y errores”¹.

Por este instrumento, el monarca había otorgado a los Inquisidores Apostólicos, sus Ministros y Oficiales, el favor del amparo de su brazo real, mandando que las autoridades indianas los recibieran con la decente reverencia debida, auxiliándolos en todo asunto concerniente al ejercicio libre del Santo Oficio que por derecho canónico, estilo y costumbre e instrucciones de él se debe hacer y ejecuta².

Pero para el ejercicio de sus funciones en áreas alejadas de las cabeceras de los Tribunales del Santo Oficio, la Inquisición acudió a una nueva figura, la de los *Comisarios Inquisitoriales, alter ego* de los Inquisidores en comarcas distantes, que cobró una decisiva importancia en la vastedad de los territorios indianos.

¹ Recopilación de Leyes de los Reinos de Indias Mandadas imprimir y publicar por la Magestad Católica del Rey Don Carlos II Nuestro Señor, Madrid, Quinta Edición, Boix Editor, 1841, tomo I, Ley I, Título XIX, Libro I. La actuación del Tribunal del Santo Oficio de la Inquisición en estos territorios americanos ha sido extensamente estudiada por Boleslao Lewin: *La Inquisición en Hispano-América*, Buenos Aires, Editorial Paidós, 1967; id.: *Los Judíos bajo la Inquisición en Hispanoamérica*, Buenos Aires, 1960; José Toribio Medina: *Historia del Tribunal de la Inquisición de Lima 1569-1820*, Santiago de Chile, 1956; id.: *Historia del Santo Oficio de la Inquisición en Chile*, Chile, 1952; id.: *La Inquisición en el Río de la Plata*, Buenos Aires, 1945; id.: *La primitiva Inquisición Americana*, Santiago de Chile, 1914; Paulino Castañeda Delgado y P. Hernández Aparicio: *La Inquisición en Lima*, Madrid, 1989; José Torre Revello: “Nuevos datos para el estudio de la Inquisición en el Río de la Plata” en *Humanidades*, tomo XX, La Plata, 1930, etc.

² Idem.

Los Comisarios del Tribunal del Santo Oficio de la Inquisición en Córdoba del Tucumán

El *Directorium Inquisitorum* o Manual de la Inquisición redactado en 1376 por el dominico Nicolás Eimeric y comentado, por encargo del papado, en 1578 por el canonista aragonés Francisco Peña, autorizaba al Inquisidor a nombrar Comisarios Inquisitoriales quienes debían por su parte, reunir las virtudes de prudencia, instrucción, piedad, vieja cristiandad y aptitud “*para ocuparse de los asuntos de la Inquisición, prefiriéndose su elección entre los miembros del clero regular o secular o entre el capítulo de la catedral de la ciudad donde estuviera radicada la sede del tribunal*”³.

La Instrucción de 1569 disponía la presencia de un Comisario en cada cabecera del Obispado y en cada puerto de mar. La vastedad de los territorios americanos hizo que se peticionara el aumento del número, circunstancia que no prosperó.

Se ha juzgado como una buena red de comisarios podía asegurar la presencia constante del representante de la autoridad inquisitorial *haciendo posible un control capilar del comportamiento. El comisario tenía un importante papel mediático. En relación directa con la sede del tribunal distribuía las órdenes inquisitoriales por su territorio y, asimismo recogía abundantes datos de campo que trasladaba a los inquisidores. Una información poliédrica religiosa, social, política que otorgaba a la Inquisición el poder y la posibilidad de intervenir bajo apariencias equívocas por ambiguas en conflictos locales*⁴.

Su importancia creció acompasadamente con el proceso de *sedentarización* del Tribunal, la misma rapidez en el desarrollo del asentamiento del mismo en todo el territorio de España y las Indias obligó a multiplicar los esfuerzos para surtirlo de colaboradores eficaces, los candidatos fueron seleccionados entre sacerdotes de probada honra, limpieza de sangre, aceptable grado de instrucción, buena vida y costumbres aunque no faltaron excepciones a la regla⁵.

³ NICOLAU EIMERIC, FRANCISCO PEÑA, *El Manual de los Inquisidores*. Barcelona, Atajos 1996, págs. 224-225. Nicolau Eimeric había nacido en Gerona a la temprana edad de 14 años ingreso a la Orden de Santo Domingo, alcanzando en 1357 el cargo de Inquisidor General de Cataluña, Valencia, Aragón y Mallorca. Su larga permanencia en la Inquisición se extendería hasta pocos años antes de su muerte ocurrida en 1397. En el siglo XVI, el *Manual* fue enriquecido, por encargo del Vaticano, con los comentarios de Francisco Peña, a quien se le confía la edición definitiva del texto.

⁴ RICARDO GARCÍA CÁRCEL, DORIS MORENO MARTÍNEZ, *Inquisición Historia Crítica*. Temas de Hoy Historia, Madrid, 2000. pág. 135.

⁵ Conforme ANGEL DEL PRADO MOURA: *Las hogueras de la intolerancia. La actividad represora del Tribunal Inquisitorial de Valladolid (1700-1834)*. Junta de Castilla y León Conse-

Comisarios y familiares se desempeñaron pues como *genuinos instrumentos operativos* que garantizaban el control del tribunal en el espacio geográfico asignado⁶.

Los Comisarios que actuaron en la jurisdicción de Córdoba del Tucumán, fundada por españoles en 1573, ciudad mediterránea, cruce de caminos y nudo de comunicaciones para los peregrinos que recorrían las rutas hacia Buenos Aires, Asunción Santiago o Lima, alejada del teatro de las guerras pero permanente frontera con el indio, cabecera del Obispado y sede de la Universidad, dependieron como hemos visto del Tribunal del Santo Oficio de la Inquisición de Lima, la necesidad de su presencia había originado reclamos.

El 1610 el Padre Provincial de los jesuitas, Diego de Torres alertaba sobre la abundante presencia de judíos portugueses y herejes extranjeros en las provincias de Chile, Tucumán y Paraguay sobre la necesidad de erigir un Comisariato en aquellas regiones “*pues el de Buenos Aires no puede atenderlo todo*”, petición que es concedida para el caso de Córdoba⁷.

Fueron considerados como los funcionarios de mayor importancia en la organización del distrito, su designación supo originar múltiples problemas que dejaron descubiertas poderosas redes de clientelismo y tráfico de influencias⁸.

Verdaderos dueños de un espacio de significativo poder, amparados en la lejanía de su residencia, sus fueros y privilegios “*sus actuaciones apenas dependían de nadie más que de sí mismos*” circunstancia que originó no pocos conflictos y choques institucionales⁹.

La labor de estos funcionarios que aparecen hacia finales del siglo XVI, ha sido juzgada como prioritariamente ejecutiva, “*pues sus*

jería de Educación y Cultura, Valladolid, 1996 pág. 22. Señala el autor que el Tribunal de Valladolid contó con colaboradores suficientemente preparados “*aunque desde luego no hubo brillantes currículos*” *Sus conclusiones apuntan al logro de un perfil de comisarios “presbíteros de mediana edad, residente en núcleos de cierto relieve, con no excesivos recursos económicos y con un nivel de instrucción irregular, alternando los graduados, e incluso los licenciados en leyes con los simples curas*” Ibidem.

⁶ Idem, pág. 856.

⁷ AGHN Inquisición Libro 353 Fol. 42 vta., citado por Paulino Castañeda Delgado y Pilar Hernández Aparicio *La Inquisición en Lima 1570-1635* Madrid, Editorial Deimos, 1989. Tomo I, pág. 53.

⁸ Conforme Joaquín Pérez Villanueva y Bartolomé Escandell Bonet *Historia de la Inquisición en España y América*. Biblioteca de Autores Cristianos. Centro de Estudios Inquisitoriales, Madrid 1993, págs. 832 y siguiente. Las clásicas obras de Kamen, Lea, Bennassar, Greeleaf, Contreras, etc. contienen reflexiones parecidas.

⁹ Idem, pág. 857.

*atribuciones se limitaron a enviar informaciones y denuncias, cumplir las órdenes del tribunal, levantar sumarias y recibir pruebas*¹⁰.

Los alcances de sus funciones estaban descriptos en los títulos de nombramientos cursados por los Inquisidores “y os damos poder y facultad para que, con todo secreto y rectitud, hagáis información de todos los crímenes y delitos y excesos que se ofrecieran y cometieran contra nuestra Santa Fe Católica y Religión Cristiana” son las recomendaciones que se transcriben con insistencia en los respectivos títulos.

En 1584 se les advirtió que debían mantener una constante comunicación con el Tribunal, imponiéndole detalladamente todo cuanto acontecía en sus distritos.

Esta constituía sin lugar a dudas la dificultad más importante que debieron afrontar los Comisarios y los Inquisidores. Informes cursados a la Suprema dan cuenta como en regiones apartadas y de difícil acceso no podía efectuarse la lectura de los edictos de fe, reservándose la difusión de los mismos sólo donde el Comisario tuviera su residencia. La confesión de materias atinentes al Santo Oficio también presentaba dificultades pues cuando el confesor le indicaba al penitente la necesidad de presentarse ante el Comisario inquisitorial, era difícil para éste afrontar el peligro de un largo viaje para autodenunciarse. La solución en ocasiones sugerida, de designar más Comisarios, aun para cubrir regiones apartadas no contó con el consenso necesario para su inmediata ejecución¹¹.

Todo ello se traducía en una gran demora de las causas cuyas remisiones a Lima se entorpecían sin justificación concreta.

Los Comisarios debían, disciplinadamente, ajustar su labor a los precisos alcances de los textos de las Instrucciones que les eran provistas desde su misma designación. El Consejo Supremo del Tribu-

¹⁰ Afirma el autor que citamos “Con respecto a nuestras provincias, la actuación del Santo Oficio fue relativamente intensa a fines del siglo XVI y la primera mitad del siguiente, pero ya en el siglo XVIII su actividad decayó, ocurriendo lo mismo en toda América al compás de las nuevas ideologías que se iban imponiendo en el mundo. Se conservan y han sido estudiadas las relaciones de más de cien causas concernientes a personas vecindadas o nativas de estas regiones, la mayor parte de ellas contra bigamos, frailes solicitantes y judíos portugueses que continuaban practicando su religión” Conforme Ricardo Zorraquín Becú: *La Organización Judicial Argentina en el período hispánico*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene. Colección de Estudios para la Historia del Derecho Argentino Volumen XII, Buenos Aires, Segunda Edición, Editorial Perrot, pág. 138.

¹¹ Se argumentó que la abundancia de población aborigen no ameritaba la creación del cargo por la falta de jurisdicción del Santo Oficio sobre la población indígena. Conforme Paulino Castañeda Delgado y Pilar Hernández Aparicio: *La Inquisición* cit., pág. 26.

nal del Santo Oficio, aconsejaba en 1645 a los Inquisidores americanos “*para que de aquí en adelante deis a todos los notarios y Comisarios, cuando juren en el Tribunal, las Instrucciones que les tocan, como está acordado, encargándoles su observancia y apercibiéndoles que si faltaren a ella se hará la demostración que pareciere a los transgresores*”¹²

Las Instrucciones Generales, redactadas sobre el modelo que el Inquisidor General había entregado al Licenciado Serván de Cerezuela, advertían minuciosamente a los Comisarios sobre los pasos a seguir en el trámite de las causas iniciadas ante el Santo Oficio¹³.

De este modo, los Comisarios no podían “*entrometerse a conocer de cosa alguna, ni tomar competencia con los jueces eclesiásticos ni seglares mas de sólo ejecutar los mandamientos y comisiones de los señores Inquisidores y recibir las informaciones de los negocios de fe que les ocurriesen y remitirlos a los señores Inquisidores para que las vean y provean justicia, y no han de hacer captura ni otro juicio ordinario sin licencia y comisión particular de los señores Inquisidores*”.

El principal encargo confiado a los Comisarios fue, pues, tomar y registrar las declaraciones de los testigos. El extenso texto de los 78 extensos artículos de la Instrucción recopilada por Aulestia, proporciona a los Comisarios indicaciones muy precisas para orientar su proceder.

Quienes deponían como testigos debían ser examinados cuidadosamente, uno a uno, con reglas muy precisas, que de lo general, apuntaban a lo particular:

*“Mandados llamar uno a uno y examinados cerca del dicho negocio... primeramente preguntadle, si sabe, entiende o sospecha para que es llamado, y si dijese que no se le acuerda, hacedle una pregunta general si sabe o ha oído decir a alguna persona, cosa alguna que sea o parezca ser contra nuestra Santa Fé Católica: Si dijese que no, preguntadle si se acuerda que estando en cierta parte de la ciudad y nombradle la ciudad y no la cierta parte, oyó decir de alguna persona, tales y tales palabras, poniendo las propias de que está dado por conteste, y asentar lo que dijere en forma”*¹⁴.

¹² Archivo Nacional de Chile. Cartas del Consejo Supremo de Madrid 1645-1650 citado por Boleslao Lewin *La Inquisición en Hispano América*. Buenos Aires, Paidós, 1967, pág. 184.

¹³ Hemos tenido a la vista el texto de la *Instrucción para Comisarios del Santo Oficio* recopilada por Miguel Román de Aulestia, Secretario del Secreto más antiguo de dicha Inquisición y publicada por Manuel de Odriozola en *Documentos Literarios del Perú* Tomo VIII, Lima, Imprenta del Estado, 1876.

¹⁴ Texto extraído de las instrucciones enviadas desde Lima a los Comisarios de nuestra jurisdicción. En Archivo del Arzobispado de Córdoba (En adelante AAC) *Santo Oficio de la Inquisición*.

El secreto y el sigilo impuesto a todo el proceso impedían al Comisario informar al testigo sobre las verdaderas causas o el contenido mismo de la denuncia interpuesta, como tampoco el nombre y las señas del delator. Si al mismo tiempo sus declaraciones no satisficieren cumplidamente “*cuanto en todo o en parte se pretende saber de él... se proseguirá en las demás preguntas y monición, según lo pida el caso*” (art. 3º)

Una cuidado especial importaba el examen de los testigos de los casos de sollicitación por las condiciones en que dicho delito se cometía, la soledad del solicitante con la solicitada, por ello debía inquirirse especialmente *si la denuncia fue solo de oídas y preguntar por las personas que se hallasen presentes*. (art. 4º)

Las declaraciones de los testigos, que debían precisar si su conocimiento provenía “*de vista o de oídas,*” prestadas bajo juramento de ley, debían recibirse ante escribano o notario apostólico de la Comisaría respectiva, en tanto concurriesen en éste, las calidades de cristiano viejo, fiel y legal en su oficio, con la presencia del Comisario, recibéndose juramento en forma debida en derecho.

Cuando un denunciado ante el Santo Oficio se presentase voluntariamente no debía interrogársele solo la materia de la denuncia “*porque seria yerro muy grande y de grandes inconvenientes*”, recomendación que se mantenía para el caso de una persona denunciada que ocultase información, para la cual se recomendaba que concluida su declaración se le advirtiese que le conviene mucho declare clara y abiertamente todo aquello que se sintiera culpado o supiere de otros que lo sean y de los motivos que ha tenido para hacer esta declaración ahora y no haberla hecho antes de ahora” (art. 6º)

El interrogatorio, de los testigos, llamados a testificar por el Alguacil Mayor del Santo Oficio o en su defecto por un Familiar (art. 11), principiaría por aclarar la identificación del testigo, su lugar de origen, su oficio, residencia y edad. Procedería, luego, a dejarse constancia del descargo de su conciencia y a formular su dicho en forma “*... dando razón del tiempo y del lugar y del delito y de las personas que se hallaron presentes*”.

A continuación se le preguntaría, si la denuncia se inspiraba en sentimientos de odio o de enemistad, encomendándoles el secreto, bajo pena de excomunión mayor y de perjurio. Debían rubricar las actas el Comisario, el Notario del Santo Oficio y los testigos.

Transcurridos cuatro días se procedía a la ratificación de los dichos *ad perpetuam rei memoriam*, dejando para su efecto una hoja en blanco al pie del dicho de cada testigo (art. 10)

La ratificación, cuyo texto modelo se incorporaba en el artículo 23, importaba la comparecencia de dos personas eclesiásticas, presbíteros, cristianos viejos, de honesta vida y costumbres y a falta de los mismos seculares, solteros ancianos y honrados, tratando, en el caso de los regulares, que no pertenecieran al mismo hábito, “*porque la hermandad no sea causa que falten al secreto*” (art. 22)

El sigilo y el secreto rodeaban y caracterizaban todos los pasos de la actuación de los inquisidores “*porque a mayor cautela, mayor sensación de extrañeza y de reserva adquiere el vulgo. El secreto fomenta el mito y entonces el temor y la intimidación ante el Tribunal crecen... sacralizar la institución, ese era el objetivo porque toda estructura social sacralizada provoca el temor y fomenta la autoridad. La Suprema deseaba esa imagen, los Tribunales la propagaban y el familiar debía ejercerla*”¹⁵.

Pero el Comisario estaba inhibido de la prosecución efectiva de las causas. Se le autorizaba, únicamente a recibir las denuncias, disponer la ratificación de las mismas ante testigos de probada fama, recibir las declaraciones de los testigos y enviar denuncias, ratificaciones y testificaciones al Santo Oficio. Si los reos acudían espontáneamente al Tribunal, debían recibir sus confesiones y enviarlas con las probanzas respectivas a Lima.

Sólo podían proceder a la detención del reo, cuando este fuere *hombre de poca calidad y no conocido*, contando con material de peso probatorio decisivo, en tanto la caracterización del delito imputado no ofreciera dudas que era materia del Santo Oficio, se hubiera reunido prueba testimonial suficiente y existiera peligro de fuga¹⁶.

El reo debía ser alojado en cárcel pública, “*encargándole al alguacil mayor y alcaide, donde le retendrán con seguridad, sin comunicación alguna, ni tomarle confesión, remitiendo con la brevedad posi-*

¹⁵ Jaime Contreras: *La infraestructura social de la Inquisición: Comisarios y Familiares* en Angel Alcalá y otros: *Inquisición española y mentalidad inquisitorial*. Ariel Barcelona, 1984, página 129.

¹⁶ Sobre el particular la Recopilación dispuso: «...*Si este reo se quisiese huir y ausentar de estas partes y fuese el tal reo hombre de poca calidad y no conocido, en este caso y temiéndose de la fuga y atenta la cualidad del delito y de la persona, el dicho Comisario le podrá prender y secuestrar sus bienes y remitidle, luego, al Santo Oficio, sin tomadle confesión ni hacer con el ningún auto judicial, sino enviadle preso y a recaudo con el secreto que le hubiere hecho*». Por su parte, el artículo 38 de la Instrucción que venimos examinando, ordenaba, para los casos de extrema gravedad, donde la prisión ordenada, importara afectar severamente a los destinatarios de la medida, una indispensable consulta con el Arzobispo u Obispo del distrito o Provisorio de la sede vacante, o con los consultores señalados por el Santo Oficio y aun con el Calificador, o con los letrados de mayor literatura, seguridad y cristiandad. (art. 38).

ble la información y demás autos al Tribunal para que con vista de ellos se provea lo que convenga en todo y se le avise”.

Las declaraciones de los reos alojados en la cárcel eran objeto de especial cuidado. Se temía por las fugas de los mismos, anticipándose a un sinnúmero de ardides empleados, que buscaban el momento propicio para huir, cuando los reos eran trasladados del edificio de la cárcel a la casa del Comisario para ampliar sus declaraciones. Por esta experiencia se ordenó: *“Irá el dicho Comisario y Notario a la cárcel donde estuviere dicho preso y en parte secreta y retirada le recibirá su declaración y ratificación en la forma que se advierte”.* (art. 36)

Las rencillas, enfrentamientos y enconos entre los vecinos también fueron objeto de especial cuidado de los Inquisidores quines advirtieron a los Comisarios *“que algunas personas, movidas mas de pasión y enemistades que de otro algún buen celo, denuncian de otras, diciendo que son confesos y por esto inhábiles para traer sedas, armas y andar a caballo y otras cosas que les son prohibidas por leyes y pragmáticas de estos reinos e instrucciones del Santo Oficio, como se contiene en el Edicto General, en este caso han de tener en cuenta de no recibir las tales denunciaciones, si no fuesen contra los hijos y nietos de relajados, o de los que ellos mismos fueran reconciliados”* (art. 37)

Los Comisarios que actuaron en Córdoba del Tucumán debieron ajustar, pues, su desempeño al cumplimiento de estas normativas.

Al parecer en la jurisdicción en estudio se cumplió minuciosamente la normativa contenida en el artículo 26 de la Instrucción que examinamos, que ordenaba no sustanciar, en el asiento del Comisario, la causa que allí se iniciaba, remitiendo las actuaciones con carta al Tribunal con los pliegos perfectamente cerrados, transportados por el Chasqui si lo hubiera, o por persona segura *“que le dará recibo de ella y lo notara en un libro que tendrá encuadernado de a folio sentado en el, el día mes y año y con quien lo envió, para que en todo tiempo conste”.*

De este modo, el Archivo Inquisitorial, en la generalidad de los casos, no alberga el trámite de las causas sino sólo la recepción de las denuncias, su posterior ratificación y el ejercicio de algunas diligencias inmediatas, cuya presencia misma en el repositorio desafiaba la radical prohibición, que asimismo contenía, el ya mencionado artículo 26, de no guardar en la sede de los Comisariatos, *texto alguno de las denuncias, sus copias o traslados.*

El material documental que abunda, son las llamadas *“cabezas de proceso”*, es decir la recepción de las delaciones que desencadenaban la actuación de los Inquisidores. La delación formulada ante el Comisario del Santo Oficio y su Notario.

Recepcionada ésta, el trámite de la causa atraviesa diversas instancias, cumpliéndose generalmente con rigor, el texto de las detalladísimas instrucciones. Es llamado el delator a ratificar su denuncia ante testigos de probada honra, en una o en dos ocasiones, a veces se dispone la recepción de los interrogatorios de los testigos que puedan arrojar mayor luz sobre los alcances del hecho denunciado, se llama a declarar al presunto reo, más rara es, en casos singulares, su orden de prisión y luego, la secuencia documental de las causas se interrumpe, sin mención de trámite siguiente.

De este modo, en la gran masa de denuncias recibidas, ante el Comisario del Santo Oficio, las causas no contienen sustanciación posterior luego de su primera presentación y su posterior ratificación.

Aún así, y con la estructura insoluble de un Archivo incompleto, nos parece válido enfocar el estudio de la actuación del Santo Oficio de la Inquisición en Córdoba del Tucumán por representar el fondo de la documentación del Archivo del Arzobispado de Córdoba, prácticamente la mayor base de datos de alguna organicidad que existe en el país, luego de la destrucción del Archivo del Arzobispado de Buenos Aires.

Los Comisarios del Tribunal del Santo Oficio de la Inquisición en Córdoba del Tucumán.

Una figura clave en la organización de los Tribunales Inquisitoriales es la de los Familiares del Santo Oficio.

Algún autor remonta su origen a los cruceñados de la Inquisición medieval regulados en el Concilio de Clermont del 1095, cuyas indulgencias y beneficios fueron confirmados por Calixto II en el Concilio Lateranense I del año 1119 y por Eugenio III en el año de 1145 en la Bula "*Quantum praedecessores nostri*".

Familiares y cruceñados de la inquisición medieval fueron alentados con la concesión de privilegios que implicaban el uso de las armas, exenciones tributarias e inmunidades jurisdiccionales¹⁷.

Herederos pues de un lejano origen medieval, su cercanía con los Inquisidores los convertía en cuasi integrantes de su familia y de este modo "*eran llamados por el vulgo*".

Concluye Cerrillo Cruz "*Fue, pues la cercanía al Inquisidor y el hecho de que a estos individuos, que ayudaban y defendían a los Inquisidores, se les otorgaran los beneficios de que disfrutaban los miem-*

¹⁷ Gran número de documentos pontificios conformaron esta decisión del papado en los tiempos de la inquisición medieval.

bro de su familia. Lo que motivo considerarles como parte integrante de ésta y, por ello, denominarles familiares”¹⁸.

Henry Kamen lo define como “esencialmente es un servidor laico del Santo Oficio listo en todo momento a cumplir con sus deberes al servicio del Tribunal”¹⁹.

Vinculados al Tribunal por fuertes lazos de lealtad, servicio y obediencia proporcionaron la compañía, asistencia y defensa que los inquisidores necesitaban en sus frecuentes desplazamientos por el territorio de la jurisdicción que controlaban.

El franco monopolio que ejerció la Orden de Santo Domingo en los primeros tiempos de la Inquisición española hizo que gran número de priores o jerarquías de la orden “se rodearon de individuos profesos de la Orden Tercera de Santo Domingo que desempeñaban funciones de traslado de presos, o prisión de estos cuando el personal, específicamente funcionario, no podía ejecutar tales tareas. Por este carácter de patrimonio y clientela, tales individuos, de los que se servía ocasionalmente el Inquisidor, fueron popularizados con del término de familiares”²⁰.

Los Familiares fueron ante todo auxiliares del Santo Oficio, entrenados y comprometidos para acatar y ejecutar todas las órdenes emanadas del Tribunal, sin recompensa de salario alguno, pero pertrechados en honores, privilegios y preeminencias sociales que convertían el cargo en una oportunidad apetecible y buscada²¹.

¹⁸ GONZALO CERRILLO CRUZ, *Los familiares de la Inquisición Española*. Junta de Castilla y León, Valladolid, 2000, pág. 29.

¹⁹ HENRI KAMEN, *La Inquisición Española, Una revisión histórica*, Barcelona, Critica, 1999, pág. 192.

²⁰ JAIME CONTRERAS, *El Santo Oficio de la Inquisición de Galicia (Poder, sociedad, cultura)* Madrid, 1982 Akal Universitaria, pág. 67. Si bien los primeros Inquisidores, desde el mismo primer Inquisidor General Torquemada, provinieron de la Orden de Santo Domingo, luego compartieron el número con otros religiosos, pero el número estuvo asegurado por un privilegio especial de Felipe III, cuando a instancias del Duque de Lerma, reservo, el 16 de diciembre de 1618, un puesto permanente en el seno de la Suprema destinado a la Orden de Santo Domingo.

²¹ Para el caso de Aragón relata Jaime Contreras: “La implantación brutal del Santo Oficio en el territorio de Aragón acallando radicalmente toda divergencia, fue seguida de una demanda importante de familiaturas por parte de la nobleza media, la clase de los caballeros que así entraba a formar parte de una estructura que ellos mismos habían contestado. Fue, pues, una adecuación a situaciones nuevas. La entrada de sectores privilegiados dentro de los mecanismos inquisitoriales estimuló una fuerte demanda de los sectores menos privilegiados. Pronto el número de familiaturas concedidas fue excesivo. Y desde entonces se convirtió en un tema de permanente conflicto en la historia del Santo Oficio, especialmente durante los siglos XVI y XVII. La condición secular de los familiares y su abundante número serán las claves del problema” Idem, pág. 68.

Los Familiares permitieron una mayor y más ágil inserción del control social que la Inquisición intentó llevar a cabo como un instrumento ideológico esencial, podían efectuar denuncias, o favorecer las denuncias de terceros, prender a los reos cumpliendo las ordenes del tribunal, actuando por sí mismos o con la ayuda de los operadores judiciales. Se les autorizaba a portar armas de día y de noche pública o secretamente.

Importaron una efectiva ayuda para la labor de los Inquisidores, ayuda que no significaba costo alguno por la gratuidad de sus funciones y un eficaz nexo de comunicación entre la Inquisición y la sociedad a la que pertenecían y controlaban. Opina Henry Kamen que la Inquisición al crear una red de familiares dentro de cada distrito inquisitorial *fue capaz de captar para luchar por sus propios intereses a una amplia y posiblemente influyente población local*. La observación no parece desatinada si se atiende a la alta extracción social a la cual pertenecían los familiares designados como tales²².

Se convirtieron rápidamente en los *ojos y oídos* del Santo Oficio, materializando la institución inquisitorial a lo largo de los distritos donde actuaban oficiando de auténticos intermediadores *entre el Santo Oficio y la población para detectar la herejía*²³.

Su número varió conforme la importancia de los distintos asentamientos o sedes del tribunal. Para el período de mayor actividad del Tribunal del Santo Oficio en México, fijado entre los años que corren entre 1571 a 1646 el número de familiares dispersos en la jurisdicción se calcula en 314 con los siguientes alcances: 144 para la ciudad de México, 19 para Puebla, 13 para Guatemala, situación que llevo al Cabildo de México en 1626 a solicitar la reducción del numero de familiares para la ciudad capital. Su densidad alcanzaba las cotas mas altas en las zonas de puertos, reales de minas o en las poblaciones agrícolas de Puebla y del Bajío que reunían la mayor presencia española *“mientras aquellas esencialmente indígenas, donde fungía sin embargo un comisario, no contaban con ninguno”*²⁴.

Jacobo Simancas reclamaba para acceder a tal calidad que los pretendientes reunieran la calidad de *“hombres buenos, pacíficos y*

²² Henry Kamen La Inquisición Española cit., pág. 194.

²³ José Enrique Pasamar Lázaro: *Los Familiares de la Inquisición en Aragón*. En *Ius Fugit* Revista Interdisciplinaria de Estudios Histórico Jurídicos. Universidad de Zaragoza. Zaragoza, 1993, Volumen II, pág. 269.

²⁴ Solange Alberro: *Inquisición y Sociedad en México 1571-1700*, México, Fondo de Cultura Económica, 1988, pág. 53.

que *tuvieran esposas*”, Cesar Carena le agregaba que no fueran criminales ni extranjeros²⁵.

Los familiares eran elegidos entre los hombres mayores de 25 años, *quietos y pacíficos y de buena vida y costumbres*,²⁶ casados²⁷, *limpios de linaje*, con residencia permanente en el lugar donde se los designara, los extranjeros requerían una expresa dispensa, que para la actuación del Tribunal de Lima, no fue difícil obtener, como también la correspondiente a edad y celibato. Del oficio estaban excluidos los carniceros, cortadores, pasteleros, zapateros “*y otros oficios mecánicos*”²⁸ según una carta acordada expedida en 1604 por el Consejo de la Suprema argumentando “*que de admitirse por familiares y ministros del Santo Oficio personas viles i bajas se sigue mucha desestimación i desautoridad a todo el cuerpo de la inquisición*”²⁹.

Se les exigía acreditar su condición de cristiano viejo, su limpieza de sangre³⁰, la ejemplaridad de su vida, la condición de hijo legítimo, mayor de veinticinco años con un nivel de aceptable instrucción, la vecindad del lugar donde ejercería la familiatura y como hemos visto no desempeñar oficios viles ni dedicarse al comercio en general.

Se ha juzgado que las exigencias planteadas condicionaron en la metrópoli un proceso de verdadera *aristocratización* del cargo de

²⁵ Jacobo Simancas: *De Catholicis institutionibus*, 1569 y Cesar Carena: *Tractatus de Officio Sanctissimae inquisitionis et modo procedendi in causis fidei*, 1659 citado por Gonzalo Cerrillo Cruz: “Los Familiares de la Inquisición Española”, pág. 75.

²⁶ La *buena fama* es un concepto que aquilata su importancia en la tramitación de los expedientes respectivos, las disposiciones reales sobre la materia insisten en que los familiares lleven una “*vida decorosa y no sean escandalosos*”; que sean “*hombres buenos, abonados de buena vida y fama y conversación no bulliciosos ni escandalosos*” “*ni rudos ni revoltosos*”.

²⁷ En alguna ocasión se dispense la condición de soltero, requisito que no necesitaba el viudo. Para ambos casos se requería que los familiares informaran en su oportunidad, cumplidamente al Tribunal sobre la mujer con la que pensaban contraer matrimonio, tramitando la licencia previa, bajo pena de perder la familiatura en caso de inobservancia de la norma. Más tarde, también fueron autorizados los clérigos a ejercer la familiatura, aunque los privilegios concedidos, entre los cuales se encontraba el de portar armas, eran prerrogativas que aparecían como incompatibles con el estado de eclesiásticos.

²⁸ Paulino Castañeda Delgado *La Inquisición de Lima* cit., pág. 58.

²⁹ Citado por Francisco Bethencourt: *La Inquisición en la época moderna. España, Portugal Italia. Siglos XV al XIX*. Madrid, Ediciones Akal, 1997, pág. 184.

³⁰ El requisito era común con las exigencias impuestas para el desempeño de los funcionarios públicos, el ingreso a los colegios mayores y ordenes militares y se extendía a las esposas vivas de los familiares. Las premuertas no eran investigadas.

familiar y su vinculación con linajes esclarecidos o grupos socialmente relevantes³¹.

No estaban ajenos tampoco los imperios de una compleja trama que operaba pendulando entre los intereses del Santo Oficio de vincularse estrechamente con las elites tradicionales, lo que le reportaba su posicionamiento en el sistema institucional del reino, y los de la baja nobleza empeñada en ascender socialmente a través de los recursos honoríficos que les ofrecen las carreras administrativas vinculadas al propio Estado.

Empero, todos estos requisitos no siempre fueron acatados y en ocasiones ingresaron en calidad de familiares hombres como el prototipo que encarna un familiar de Daroca, Simón Pérez descrito en las actas inquisitoriales zaragozanas como “*ha sido y es un hombre colérico, inquieto, ocasionado y descompuesto que se ha hallado presente algunas veces en ocasiones donde lo ha demostrado y muestra una manera de arrogancia extraordinaria*”³², y mas aun, sastres, tapiadores, herreros, cordeleros, herreros, panaderos, pintores y aun eclesiásticos³³.

En los tribunales indianos no existió demasiada resistencia a que se desempeñaran en calidad de familiares del Santo Oficio los comerciantes, en tanto la relevancia de sus respectivos emprendimientos lo distinguiera de los pulperos y tenderos³⁴.

Aunque faltan estudios monográficos completos sobre la provisión de familiares en territorios americanos, puede afirmarse que su

³¹ Resulta significativo mencionar aquí el *Memorial* presentado por Luís de Páramo sobre la Inquisición de Sicilia redactado en 1592 donde se proponía la admisión de nobles “*titulados y varones*” para los puestos de familiares de la Inquisición argumentando que sería imposible, en las condiciones sicilianas de inseguridad y de desorden permanentes, realizar detenciones sin su presencia y que la autoridad del Santo Oficio no sería jamás respetada sin la participación de los nobles en la jurisdicción privada del tribunal Conforme Francisco Bethencourt: *La Inquisición en la apoca moderna* cit., pág. 184.

³² JOSÉ ENRIQUE PASAMAR LÁZARO, *Los Familiares de la Inquisición en Aragón* cit., pág. 270.

³³ *Idem*, pág. 271.

³⁴ CARLOS COLON PACHECO DE CÓRDOBA Y BOCANEGRA, MARQUES DE VILLAMAYOR, Caballero de la Orden de Santiago, Antonio de Espejo, Hernán Gutiérrez Altamirano de la ilustre Casa de Ibarra y Castilla, Don Cristóbal de Mañazca Bonilla y Bastida, sobrino del Inquisidor Don Juan de Mañozca, Caballero de la Orden de Santiago, Antonio Millán eran acaudalados terratenientes o comerciantes con sólida redes de inserción social. Al grupo se unía Tomas Moran de la Cerda, Gaspar de Valdés mercaderes y titulares de significativas encomiendas respectivamente. Conforme Solange Alberro cit., págs. 56-57.

dotación provenía generalmente de los sectores más significativos del poder económico y social³⁵.

Su conducta en la praxis de los tribunales originó la sustanciación de expedientes similares a los que labraron en la cabecera del reino. Los archivos americanos acumulan denuncias de contrabando, cohecho, homicidios varios, lesiones, injurias, violencia doméstica, origen converso que licúan las virtudes exigidas de ser personas *quietos pacíficos y de buena vida y costumbres*, etc.³⁶.

Para América meridional el panorama no varió sustancialmente, siempre existieron más familiares que los autorizados legalmente. En Lima en 1672 alcanzaban el número de 40, siendo frecuente que el cargo lo desempeñaran miembros de una misma familia y que se acumularan denuncias sobre excesos, abusos y demasías.

En un universo primitivo y versátil, recorrido por procesos de intensa vitalidad, teñido por la fuerza y el desafuero de las pasiones, alejado de la vigilante mirada de los controles de la metrópoli *el mundo de los familiares no constituía de ninguna manera un oasis de honradez en una época y en un contexto en que la rapiña la concusión y la violencia representaban vías seguras y relativamente sin riesgos, para alcanzar el poderío bajo todas sus formas*³⁷.

³⁵ Para el caso de México anota Solange Alberro: “Ningún humilde labrador parece haberse colado entre las filas impresionantes si no respetables. En efecto, 16 de ellos fundadores o poseedores de mayorazgos, 14 dueños de poderosas encomiendas, unos 20 grandes mercaderes, entre los que abundan los electores diputados y priores del Consulado –unos 10 aproximadamente– y 49 desempeñaron en un momento u otro, funciones oficiales. Encontramos muchos regidores, notarios, alguaciles, alcaldes ordinarios o mayores, oficiales al servicio de las grandes instancias administrativas del virreinato, auxiliares del Santo Oficio, mediaos, catedráticos de la Universidad, en suma notables y letrados” op. cit., pág. 54.

³⁶ En territorios novohispanos, Gabriel López de Lucena y Páramo contrabandista de plata “quebró hacia 1654 de manera tan estrepitosa que fue condenado a seis años de galeras, Leandro de Gatica tuvo mas suerte en negocios tan turbios como los del primero,... Antonio de Espejo... mató a un vaquero suyo que cuidaba sus rebaños en sus tierras queretanas y fue por ello procesado y hallado culpable, a pesar de sus gloriosos antecedentes... Tomas Moran de la Cerda tuvo desavenencias con un Alguacil de la Real Hacienda y, al empeorar el asunto uno de sus esclavos le asesto tal golpe en la cabeza al Alguacil que este cayo muerto. Lo mismo que espejo, Moran de la Cerda fue enjuiciado; tuvo que pagar 2000 ducados de multa y pasar seis años preso en el fuerte de La Habana Francisco Serrano del Arco fue arrestado por el asesinato de un esclavo, que el trato de que pareciera muerte natural con la complicidad de la justicia civil, su actitud soberbia ante los inquisidores de México, aunada al hecho de que cierta abuela paterna del lado de su mujer, no parecía tener orígenes del todo claros, movió a la Suprema a quitarle el título de familiar y al mismo tiempo, obviamente, los privilegios que lo acompañaban”, Idem, pág. 58.

³⁷ Idem, pág. 59.

Bajo esta impronta las redes de los familiares de los tribunales indianos actuaron en un escenario urbano a diferencia de sus congéneres metropolitanos que lo hicieron en medios rurales donde impusieron un estricto control “*de la moral tradicional y de la ortodoxia tridentina*”³⁸.

“*El familiar es, ante todo un intermediario entre el Tribunal y el reo. Su labor, es de pesquisa. Detecta la herejía pero no la juzga. Si casi siempre ser intermediario no supone garantía de neutralidad es casi imposible y de ello, a pesar de la asepsia que las instrucciones oficiales buscaban. La misión principal de un Comisario no es delatar, sino provocar la delación y - como es obvio- los recursos empleados para ello discurren por toda una amplia casuística que va desde la presión física o psicológica a la sutil adulación*”³⁹.

Adjudicado este rol a vecinos de cierta preeminencia social o económica, quienes ascendían incluso socialmente por esta concesión de la familiatura, que pretendían instituir como hereditaria, fueron considerados como parte de un proceso de criollización de la burocracia inquisitorial indiana⁴⁰.

La gratuidad⁴¹ de sus funciones se compensaba por el disfrute de los privilegios que la honra de la familiatura importaba socialmente, matiz, por otra parte, que se ha juzgado como el desencadenante del interés que despertaba la familiatura, del mismo modo que el progresivo cercenamiento de los privilegios hacia finales del siglo XVII provocó la disminución de las solicitudes de ingreso, pese a ello, la institución continuó, con una lozanía marchita, hasta el ocaso del Tribunal⁴².

A la deseada y temida *salvación de las almas*,⁴³ la extrema consideración social, la reserva de sitios privilegiados en actos oficiales se le sumaba el intento de disfrutar de la jurisdicción inquisitorial, los

³⁸ Conforme JOAQUÍN PÉREZ VILLANUEVA y BARTOLOMÉ ESCANDELL BONET, *Historia de la Inquisición en España y América*. Cit. pág. 859.

³⁹ JAIME CONTRERAS, *La infraestructura social* cit., págs. 128-129.

⁴⁰ BARTOLOMÉ ESCANDELL BONET, *Sociología Inquisitorial Americana. Las estructuras sociales de la Inquisición*. En Joaquín Pérez Villanueva, Bartolomé Escandell Bonet *Historia de la Inquisición en España y América* cit., pág. 858.

⁴¹ La fuente más considerable de ingresos para el Tribunal, que siempre careció de fondos fijos, fueron las confiscaciones. Castigo generalmente prescripto por la ley canónica para los casos de herejía. Los bienes secuestrados pagaban las costas del proceso, los traslados del prisionero, su estancia en la cárcel etc.

⁴² GONZALO CERRILLO CRUZ, *Los familiares de la Inquisición Española*. Junta de Castilla y León, Valladolid, 2000, pág. 231.

⁴³ BULA DE PABLO, V del 29 de julio de 1611.

familiares pretendieron la eximición de la jurisdicción ordinaria criminal y también de la eclesiástica, circunstancia que origino múltiples conflictos. Se argumentó que los familiares de la Inquisición no formaban parte del personal ordinario del Santo Oficio. Su misma erección considerada “*coyuntura*” fue un argumento de peso que se esgrimió para evitar la institucionalización de sus privilegios.

Los privilegios otorgados a familiares y funcionarios del Santo Oficio, contenidos tanto en normas consuetudinarias, que los asimilaban a los privilegios y honras concedidos a los cruceñados de la Inquisición medieval, como en los textos de cédulas reales, concordias, cartas acordadas, etc. comprendían desde la eximición de impuestos, obligaciones comunitarias, fatigas militares, alojamiento de las tropas, licencia para llevar armas defensivas y ofensivas, amén del discutido tema, al que ya hemos hecho referencia, de la dispensa de la jurisdicción ordinaria⁴⁴.

Los privilegios y beneficios acordados se remontaban a antiguas prácticas, como las propias de los años en que una organización estatal débil, busco remediar la situación, proveyendo de este modo, el alojamiento de las tropas que llegaban a poblaciones donde no existían los mínimos acuartelamientos, requiriendo el hospedaje de los particulares⁴⁵.

Temidos por sus pares, rodeados de dignidades y honores, reverentes, cautelosos, reservados, taciturnos, lúgubres, circunspectos, haciendo del secreto un instrumento cierto del temor y por lo tanto de una implícita e incuestionada autoridad, han sido evocados a través de esta pintura:

“He aquí a un Familiar acompañando con tonos graves y sombríos, al Inquisidor de turno durante la visita del distrito. Orgulloso y altivo con soberbia apenas mal disimulada, muestra su privilegio social ante sus vecinos. Sabe que debe diferenciarse en el trato con sus paisanos, pero también vive junto a ellos. Muchos cambian de conver-

⁴⁴ Urbano II había concedido a los cruzados enviados a los Santos Lugares exención de la jurisdicción temporal sujetándolos a la jurisdicción eclesiástica. También ordenó la defensa de los prelados y la excomunicación para todo aquel que los molestase, jurisdicción que asimismo se concedió a los cruceñados que acudirían a la defensa de la Tierra Santa en la Concordia celebrada en 1200 entre el rey de Francia Felipe II y el Nuncio del Pontífice Inocencio III. Conforme Gonzalo Cerrillo Cruz: *Los familiares* cit., pág. 122.

⁴⁵ El tema ha sido tratado para el reinado de Felipe II por José Antonio Martínez Bara: *Licencias de aposento del Madrid de Felipe II* Madrid, Instituto de Estudios Madrileños, 1962.

sación ante su presencia, otros adoptan forzadas, aunque discretas actitudes coloquiales. Es un vecino sí, pero no un vecino cualquiera he aquí el drama de muchos familiares. En su ascensión social han conseguido la familiatura, pero no han podido despojarse del todo de esas adherencias naturales que están incrustadas, todavía, en su mentalidad popular. De esa contradicción derivan -en muchas ocasiones- los fallos del control social. La amistad choca con la enemistad y el paisaje con el anonimato. ¿Cómo delatar a fulano, amigo de la infancia? No murmurará el vecindario cuando el procesado es un enemigo?. Serio desgarró vital que el proceso reeducacional del Tribunal apenas pudo salvar”⁴⁶.

No obstante el imperio de las previsiones legales, en los archivos indianos abundan las denuncias de haberse otorgado la familiatura a sujetos sin investigación suficiente de sus antecedentes de linaje, en algunos casos de claro origen converso, casos de abuso de poder de familiares en su ejercicio profesional, utilización del cargo para el aprovechamiento de influencias, exacciones etc.⁴⁷.

Los Comisarios que se desempeñaron en la jurisdicción de Córdoba del Tucumán cumplieron su labor, rodeados y auxiliados por los Familiares del Santo Oficio, quienes como era de rigor debían recibir el cargo, en tanto acreditaran limpieza de sangre y una acrisolada vida personal y familiar, cuya comprobación suscitaba largas demoras y dilaciones, que obligaron a los Comisarios a disimular requisitos y exigencias previas, conforme lo atestiguan los testimonios del archivo que hemos examinado⁴⁸.

En el requisito estaba interesada la propia monarquía. Felipe II por Real Cédula, fechada en Valladolid el 15 de mayo de 1545 disponía:

⁴⁶ Jaime Contreras: *La infraestructura social* cit., págs. 129- 130. Encontraron eco en la producción literaria, novelas como *El Buscón*, *El Diablo Cojuelo* registran la presencia de familiares.

⁴⁷ Conforme Bartolomé Escandell Bonet: *Sociología Inquisitorial Americana. Las estructuras sociales de la Inquisición*. En Joaquín Pérez Villanueva, Bartolomé Escandell Bonet *Historia de la Inquisición en España y América* cit., pág. 858.

⁴⁸ En otros archivos y repositorios americanos más nutridos ha sido estudiada minuciosamente las situaciones suscitadas, donde abundan las quejas sobre la actuación de los familiares y las consecuentes admoniciones e instrucciones reservadas, vertidas para que en la investigación de los antecedentes familiares y pruebas de limpieza de sangre, se constatará cuidadosamente la norma exigida que los pretendientes fueran individuos *quietos, pacíficos de buena vida y costumbres*, recordándoles sus deberes y obligaciones y extremando el celo para la vigilancia y control de su conducta, evitando cuidadosamente “*que muchos se sirviesen del Santo Oficio para cometer delitos que quedaban impunes*”. Conforme Paulino Castañeda Delgado: *La Inquisición en Lima* cit., pág. 58.

“...Los que hobieren de ser proveídos por tales Familiares sean hombres llanos y pacíficos y quales conviene para Ministros de oficio tan santo y para no dar en los pueblos disturbios, y para que deste número no se exceda, y sean las personas de los familiares quales es dicho, el Inquisidor general y el Consejo de la Inquisición tengan el cuidado que convenga, y despachen sobre ello las provisiones necesarias”⁴⁹.

El número de Familiares que asistía al Tribunal Inquisitorial en cada distrito debía ser proporcionado a los Corregidores para que estos los conocieran entendieran y pudieran reclamar cuando los Inquisidores se excedieran del número, anoticiándoles asimismo los reemplazos e informando al Tribunal toda sospecha sobre la inconcurrencia de las calidades debidas.

Naturalmente que el mayor número de familiares garantizaba el mayor control inquisitorial, todos los autores que han estudiado el tema se preocupan en señalar el excesivo crecimiento de familiares que ocurrió en los primeros años de instalación del Tribunal del Santo Oficio, que obligó incluso a las autoridades a aconsejar la moderación de los nombramientos, criterio a su vez que compartió la Suprema.

Las *concordias* entre el Rey y los Inquisidores intentaron regular el número de familiares. Kamen estudia la concordia de Castilla que en 1553 fijaba 805 familiares para Toledo, 554 para Granada y 1.009 para Galicia⁵⁰.

Se trató de balancear ajustadamente la imperiosa necesidad de contar con personal respetado y temido por la sociedad, que proporcionara efectiva ayuda a los Inquisidores, con la preocupación creciente de no estar prohijando una casta privilegiada exenta de la jurisdicción ordinaria, que pudiera eventualmente desbordarse en sus ventajas y prerrogativas.

De este modo se prohibía a los Inquisidores inmiscuirse en el conocimiento y jurisdicción de las causas civiles que involucraran a los familiares del tribunal, en cuanto a las causas de naturaleza penal, les estaba especialmente vedado las causas de lesa *Majestatis humanae*,

⁴⁹ Recopilación cit.

⁵⁰ Anota el autor que citamos: “En Galicia en 1611 había un total de 388 familiares y 100 comisarios en toda la provincia (una proporción de uno para cada 241 casas de población) pero esos funcionarios se distribuían en menos de un 6,4% de las villas y poblados lo que prueba que existía muy poco contacto entre la Inquisición y el pueblo. En Valencia, en cambio, en 1567 había 1.638 familiares (en proporción de uno por cada 42 casas). A medio camino entre ambos extremos se encontraba el Tribunal de Barcelona, que en 1.600 tenía 815 familiares con una proporción de uno por cada 110 casas”. Conforme Henry Kamen *La Inquisición española* cit. pág. 195.

las *contra naturam*, las de *laese Majestatis*, forzamiento de mujer, quebrantamiento de casa, iglesia o monasterio, robador público, quema de casa o de campo con dolo y otros delitos sancionados con pena mayor.

“... pero en todas las otras causas criminales que no son de los dichos delitos y casos arriba exceptuados, quede a los dichos Inquisidores sobre los dichos Familiares, la jurisdicción criminal, para que libremente procedan en ellas, y las determinen como Jueces, que para en ello tienen jurisdicción de S. M. ... y en los dichos casos en que los Inquisidores han de proceder, pueda prender el Juez seglar al familiar delincuente, con que luego lo remita al Inquisidor, que del delito ha de conocer con la información que hubiere tomado, lo cual se haga a costa del delincuente”.

Para las Indias fue diseñado un sistema vaciado en un molde similar.

Al igual que en la península, no podían los Inquisidores amparar a los Familiares del Santo Oficio, titulares de oficios públicos, perseguidos por las Justicias reales por la comisión de los delitos de su ámbito, *“sino que los dejen a sus ordinarios”* y contra los familiares que se amancebaran se resolvía que procediendo *“nuestras justicias o las eclesiásticas por el dicho amancebamiento contra ellas no las amparen ni defiendan, habiendo las dichas justicias prevenido la causa”*.

La provisión de los Ministros del Santo Oficio en el Comisariato de Córdoba del Tucumán dio lugar a largas tramitaciones donde se estudiaban las genealogías y méritos de los postulantes con extremo cuidado.

Las instrucciones limeñas insistían sobre los aspectos que hemos examinado, reservaba doce familiares para la ciudad de los Reyes, cuatro para cada ciudad cabecera del obispado y uno por cada lugar de españoles.

Para todos ellos y sus mujeres se exigía la calidad de cristiano viejo *“limpios de toda raza de cristianos nuevos y que no hayan sido penitenciados por el santo Oficio de la Inquisición, quietos, pacíficos y de buenas costumbres, casados y que no hayan resumido corona y que sean vecinos y moradores y que tengan su continua habitación en los lugares donde fueren nombrados por familiares”*

La información *in scriptis* sobre estos puntos vista por los Inquisidores limeños, si lograba aprobación, autorizaba la concesión de la cédula de familiatura con el otorgamiento de los mismos privilegios que sus pares castellanos, guardando las cédulas de concordia.

Un informe recaído en la pretensión de cada uno de los postulantes, al término de la visita general, precisaba:

“Habiéndose reconocido los títulos de Ministros de este Santo Oficio del distrito de la ciudad de Córdoba del Tucumán, los que resul-

tan del secreto de dicho Santo Oficio en los registros de las pretensiones de cada uno, y los informes del comisario de dicho distrito, he decretado por auto de esta visita general, lo que se expondrá en cada uno en particular, para que lo tenga entendido el Comisario y lo haga saber luego a los interesados.

Las actas inquisitoriales prescribían: *El Doctor Don Joseph de Arguello que haga su pretensión con el tribunal, presentando su genealogía y habiendo depositado y en el ínterin puede continuar en la Comisaría Don Gerónimo Luis de Echenique está corriente. Don Joseph de Galarza esta corriente. Don Joseph de Echenique que haga su pretensión en el tribunal presentando su genealogía y haciendo depósito y en el ínterin queda dispensado y detenido su título, sin que pueda usar de él ni de sus efectos Don Pedro de Arguello que haga su pretensión en el Tribunal, presentando su genealogía y haciendo depósito y en el ínterin podrá continuaren los casos que se ofrecieren en su ministerio de notario en inteligencia de que solo in officio, oficiando podrá gozar del fuero Fray Juan Silverio Pabón: que haga su pretensión en el tribunal; presentando su genealogía y haciendo depósito y en el ínterin queda suspenso y detenido su título, sin que pueda usar de él ni de sus efectos. Don. Manuel Saturnino Esteban de León, está corriente y ha de remitir a este juzgado de visita el título original de Alguacil Mayor, para poner el pase de la visita. Las cuales providencias hará saber el Comisario a los contenidos en ella para su puntual cumplimiento*⁵¹.

La importancia de los Familiares fue advertida constantemente, aun en 1738 el Gonzalo Bravo, Consejero de la Suprema informaba: *“Los inquisidores destos tribunales son sacerdotes que obran desde el Secreto encerrados todos el día y de por si tienen poquíssimas mano, como se dexa conocer. Y aunque es verdad que todos están sujetos a su jurisdicción en el delito de la Fe, sin embargo son necesarios Ministros seculares que asistan en el ejercicio de la Jurisdicción y guardia de sus personas o por el riesgo a que están expuestos por el odio de los delinquentes hereges en que refieren muchos malos exemplos las historias*⁵².

Juzgaba que inquisidores sin familiares eran una cabeza sin brazos, a merced de la herejía, que su labor decaería irremediamente sin el efectivo concurso de aquellos porque *¿quien zelaria la Fe, quien daría las noticias, quien haría las prisiones, quien executaria las ordenes del tribunal tan lexos de su presencia sino huviesse como ministros?*⁵³

⁵¹ Archivo del Arzobispado de Córdoba. En adelante AAC, *Santo Oficio de la Inquisición*, cit.

⁵² AHN Inquisición 11-1251 261-263 citado por Gonzalo Cerrillo Cruz *Los familiares de la Inquisición Española* cit., pág. 213.

⁵³ Idem.

Aunque en opinión de Henry Kamen, los familiares alcanzaron notoriedad por sus labores de espionaje y delación, no fue ésta su función principal, máxime si se piensa en una sociedad intensamente entrenada y organizada *para reconocer al enemigo dentro de su propia casa*⁵⁴.

Protección a la persona de los Inquisidores, acompañamiento en sus salidas públicas, auxilio a los miembros del Tribunal y su personal, guardia en las antecámaras, capturas, traslado y guarda de los prisioneros, custodia de puertos y fronteras, visita de navíos, denuncia de los herejes, auxilio en los trabajos de publicación y lectura de los Edictos de Fe, confiscaciones de bienes y subastas de los mismos, vigilancia de sospechosos, control de los sambenitos colgados en las iglesias, etc. eran las tareas habituales que llevaban a cabo los familiares, como asimismo en los solemnes autos de Fe colocar a los reos los sambenitos, corozas en la cabeza, sogas al cuello y las velas de cera verde que debían portar en sus manos, sacando en procesión a los condenados y administrándoles los castigos que se les habían impuesto.

En el Comisariato de Córdoba del Tucumán fue advertida también, la periódica falta de familiares que auxiliasen al Tribunal en el ejercicio de su ministerio, afectándose el desempeño de la jurisdicción. El remedio que encontró el Tribunal de Lima fue permitirle al Comisario efectuar las designaciones más urgentes, remitiendo luego la genealogía de los favorecidos por el nombramiento.

No hay sobre el particular variantes mayores que las que registra una carta orden fechada en Lima el 17 de diciembre de 1712:

*"... Ha recibido este Tribunal su carta del Comisario del 22 de septiembre de 1708 juntamente con los testimonios de los Ministros que nombró en esa ciudad de Córdoba en virtud de la carta orden de este Tribunal en que se le concede licencia por la falta que se presentó haber de familiares para los negocios que se precisan del Santo Oficio, los cuales esperamos hará remitir cuanto antes a este tribunal su genealogía para que se les hagan sus pruebas, poniendo persona en esta ciudad para el caso que se le mande depositar..."*⁵⁵.

La situación, que se mantiene, sin sustanciales variantes, durante toda la vigencia del Tribunal, por momentos, comprometía absolutamente la eficacia del mismo, que falto de ministros y familiares no podía cumplir, aún mínimamente, sus funciones.

El 2 de marzo de 1733 Don Domingo Quijano de Velazco, Dignidad de Maestre de Escuela de la Iglesia Catedral y Comisario del Santo Oficio de la ciudad de Córdoba informaba al tribunal de Lima:

⁵⁴ HENRY KAMEN, *La Inquisición* cit., pág. 193.

⁵⁵ AAC *Santo Oficio de la Inquisición* cit.

“... Por cuanto de este Tribunal se hizo informe a los Muy Ilustres Señores Inquisidores Apostólicos que residen en la ciudad de los Reyes la falta de Ministros familiares con que se hallaba esta ciudad de Córdoba, de que resultó carta orden de los Muy Ilustres Señores de fecha en los Reyes junio de mil setecientos siete años de la cual se da comisión a este Tribunal para que nombre ministros y familiares en personas de calidad y en el que concurran las más que se requieren para dicho ministerio y que en las así nombradas se les pida su genealogía y se remitan a dicho Santo Tribunal y estando como está este Tribunal sin ministro alguno por haberse muerto todos y ser presto que los haga para los casos y cosas que se pueden ofrecer de negocios pertenecientes a este Santo Oficio y que no cesen los despachos de él...”⁵⁶.

El mismo informe recordaba las virtudes que debían adornar a quienes se desempeñaran en el tribunal inquisitorial, limpieza de sangre, honesta genealogía, “virtud, letra y nobleza”.

La designación en el mismo instrumento de Don Joseph de Arguello y Baigorria daba cuenta de la consideración que el Tribunal hacía de estas calidades,

“... Por tanto usando de la dicha facultad y concurriendo como concurren dichas calidades de virtud, letras, nobleza y demás calidades que requiere el Santo Tribunal en la persona de Don Joseph de Arguello y Baigorria le elegimos y nombramos por una de las personas honestas de este tribunal y su jurisdicción para que como tal acuda con toda puntualidad y cuidado a lo que le fuera ordenado y antes de ser admitido a dicho ejercicio, haga ante nos y nuestro notario el juramento de fidelidad y secreto acostumbrado y mandamos que se le guarden todas las honras, preeminencias, excepciones y libertades que se le deben guardar como a tal ministro y que de este nombramiento se saque testimonio autorizado en bastante forma, para que con su genealogía se remita a los Muy Ilustres Señores Inquisidores Apostólicos de los Reinos del Perú, para que con su vista se sirvan dar la providencia que convenga. Así lo proveemos, mandamos y firmamos en esta ciudad de Córdoba en dos días del mes de marzo de mil setecientos treinta y tres años por ante el nuestro Notario del Santo oficio”⁵⁷.

La posesión del cargo del nuevo ministro del Santo Oficio se verificó un día después. Así lo informaba el Comisario Domingo Quijano Velazco:

“... presente el doctor Don Joseph de Arguello, de quien el dicho Señor Comisario, por ante mi, el presente notario le recibió juramento a

⁵⁶ AAC Santo Oficio de la Inquisición cit.

⁵⁷ AAC Santo Oficio de la Inquisición cit.

Dios nuestro Señor y a una señal de la Cruz que hizo y celebró en forma de derecho y verbo sacerdotis tacto pectore que usará bien y fielmente con todo cuidado y diligencia y a su leal saber y entender el oficio y cargo de tal persona honesta del Santo Oficio en que ha sido nombrado y guardará secreto de todas las cosas que le fueran comunicadas y encargadas por el Santo Oficio o de lo que supiere o entendiere que deba guardar y no las revelará a persona alguna por escrito o de palabra”⁵⁸.

Le fue asimismo permitido al Comisario, en ocasiones, satisfacer la subrogación de cargos, en los Familiares de más antigua data en el Tribunal, para cubrir urgencias de la administración del Santo Oficio, dando luego cumplida noticia a Lima:

Así se verificó el 16 de marzo de 1764, cuando el Tribunal de la ciudad de los reyes en oficio al Comisario Joseph Antonio Ascasubi admitía a éste:

“En vista de lo que el Comisario nos representa en su carta del 15 de junio del año próximo pasado, le aprobamos la subrogación que hizo el Familiar más antiguo en el lugar del Alguacil Mayor de este Santo Oficio en esa ciudad, por estar ocupado en expediciones militares...”⁵⁹.

La cicatería de las fuentes del archivo cordobés, breves y esquivas no permite abordar un estudio sobre la singular burocracia inquisitorial de la familiatura. Los interrogantes claves, sobre que bagaje ideológico guiaba su actuación y que rol pretendía cumplir en la jurisdicción en estudio, a la par de inquirir si la actuación de los familiares le imprimió al Comisariato cordobés un sello distintivo, o por el contrario la propia institución impuso la omnipresencia de su estilo, son, por el momento, enigmas que no podemos contestar, a diferencia de otros horizontes donde el tema ha empezado a ser develado⁶⁰.

Las redes de familiares inquisitoriales significaron un eficaz instrumento, manejado hábilmente por el Santo Oficio, para asegurar su inserción en el medio donde actuaba y conseguir los indispensables socorros, auxilios, entramados de información y de control a cambio de los honores y privilegios que la concesión de la familiatura dispensaba⁶¹.

⁵⁸ AAC *Santo Oficio de la Inquisición* cit.

⁵⁹ AAC *Santo Oficio de la Inquisición* cit.

⁶⁰ Sobre el particular se destacan los trabajos monográficos de Rogelio Pérez Bustamante: *Nóminas de Inquisidores. Reflexiones sobre el estudio de la burocracia inquisitorial en el siglo XVI*; Ricardo García Cárcel: *Numero y Sociología de los familiares de la Inquisición Valenciana*; Luis Coronas Tejada: *Estudio social de los familiares del Santo Oficio en Jaén a mediados del siglo XVII* etc. en Joaquín Pérez Villanueva, Director. *La Inquisición Española Nueva Visión, Nuevos Horizontes*, Madrid, España, Siglo XXI de España, 1980.

⁶¹ “La organización del distrito es el gran generador de una amplia base social ante el Santo Oficio ofreciendo un valioso grado de honor y privilegio. Este es elemento que permite com-

Su número fue, empero, mayor en las ciudades metropolitanas que en las indianas, donde crónicamente se gestionó su aumento⁶². Miembros de una misma familia solían disponer de estos cargos, siendo frecuente que los padres los tramitasen para sus hijos, como un primer escalón en el ansiado ascenso social⁶³.

Su importancia se aquilata hasta el siglo XVIII, donde el ingreso de la dinastía de los Borbones al trono español, presupone el robustecimiento del regalismo y una enérgica reducción de los privilegios de este modo, “el cargo de familiar carecía de aliciente, convirtiéndose cada vez mas en un mero puesto honorífico reservado a personas de elevada posición social”⁶⁴.

prender una buena parte de su funcionalidad y las estrategias de los tribunales inquisitoriales para conseguir una implantación social en sus diferentes territorios y sectores. Seguramente habrá pautas un tanto generales, pero la concreción de estas estrategias es cosa de cada tribunal, de los inquisidores y oficiales. Por un lado dirige sus tentáculos a obtener un enraizamiento en las estructuras sociales y políticas de los amplios territorios que formaban los distritos de los tribunales a través de los cargos de familiares y comisarios. Para ello recoge a los grupos poderosos de sus respectivos ámbitos. Esencialmente mediante las relaciones de clientela con miembros del tribunal y la herencia, aunque también tienen su importancia los viajes a la Corte, la representación de nobles, representantes del Rey o de la iglesia, corporaciones. Estas últimas constituyen la forma con que el Santo Oficio se garantiza la implantación a través de unas relaciones de convivencia basadas en la fidelidad y la deuda entre los distintos cuerpos burocráticos. Conforme Roberto López Vela Sociología de los Cuadros Inquisitoriales en Joaquín Pérez Villanueva y Bartolomé Escandell Bonet Historia de la Inquisición en España y América cit página 669 y siguientes.

⁶² Conforme Paulino Castañeda Delgado Pilar Hernández Aparicio *La Inquisición en Lima*. Madrid, Editorial Deimos, 1989. Volumen I, Páginas 58 y siguientes. Asimismo Jaime Contreras *El Santo Oficio de la Inquisición en Galicia (Poder- Sociedad- Cultura)* Madrid, Akal Editor 1982. Páginas 76 y siguientes. También Francisco Bethencourt: *La Inquisición en la épocas modernas. España, Portugal Italia. Siglos XV al XIX*. Madrid, Ediciones Akal, 1997, págs. 176 y ss.

⁶³ Idem Tomo II Madrid, 1995, pág. 118.

⁶⁴ Gonzalo Cerrillo Cruz *Los familiares de la Inquisición en la época borbónica* en Instituto de Historia de la Inquisición. Revista de la Inquisición. Volumen 4. Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 1995, pág. 177. La situación se explica con claridad en el Memorial que en 1706 presentan los familiares de la inquisición toledana “*Por la Concordia y: Ley real esta limitado y señalado el numero de los familiares que ha de aver en cada ciudad, cabeza de partido, arciprestrazgo, vicarias y pueblos, cuio numero a benido a descaecer en el referido distrito, de tal manera que no llega en lo general a la quarta parte de los que determina la dicha Concordia, obligando a el tribunal de Toledo, para muchas causas de fee, y otras, cometer las diligencias de ellas a ministros que residen en lugares mui distantes de aquellos donde se a de actuar, que sobre ser los mas negocios a costa de ellos, tienen el trabajo de lo dilatado y penoso de los viajes, y transporte de los reos, siendo causa de estos daños el no aver ministros en muchos lugares, pues siendo Talavera, Alcalá y Guadajara y itrias ciudades y villas caveza de partido, se allan sin comisarios, y en otras mu-*

La pérdida paulatina de sus prerrogativas y privilegios encuentra su correlato en una drástica reducción de la oferta de candidatos. Víctor Sánchez Gil opina para el caso de los Tribunales murcianos, situación que se reproduce en Cuenca y Canarias que “*los que todavía en el siglo XVIII siguen interesados por el cargo lo hacen por motivaciones más bien ideológicas y particularistas, que por obtener algún prestigio y ascendencia sociales*”⁶⁵.

El trabajo cotidiano.

Resulta ilustrativo, asimismo, señalar el material que acompañaba la tarea diaria del Tribunal del Santo Oficio, en el Comisariato de Córdoba del Tucumán.

En el inventario, efectuado el 9 de septiembre de 1768, al entregar los archivos de su gestión el Comisario saliente, Joseph Antonio Ascasubi se relacionaban:

“... un escritorio con doce gavetas y poco más de vara de largo y tres cuartas de ancho. En dicho escritorio se hallan los papeles siguientes concernientes a las actas de dicho Comisario. Un cuaderno de las remisiones de causas y cartas para dicho Tribunal. Una instrucción de Comisarios impresa. Un inventario de los bienes de don Joseph Arana con la tasación de ellos y pasan los dichos bienes en poder de don Juan Vélez y la causa original se remitió al Tribunal con todos sus documentos concernientes. Una obligación de Andrés Lasala de cuarenta y dos pesos a favor de dicho Arana. Una obligación de débito de dicho Arana satisfecha a Manuel Antonio Ximenez, como consta haberse satisfecho de los bienes existentes en el depósito que tiene hecho don Juan Vélez. Un cuaderno de apuntes que se halló en el embargo de dicho Arana con varios papeles sueltos. Una causa de matrimonio contra Joseph Canevallo que hizo fuga de la cárcel. Una causa iniciada contra un hombre llamado Perico, alias el Porteño. Una causa de matrimonio abierta contra Domingo Bustos. Una causa contra Domingo Raya. Un mandamiento de prisión contra Alonso García de Castro y no se ha encontrado dicho sujeto. Un mandamiento de prisión contra

chas sin familiares ni notarios, sin que aya persona que se aliente a pretender estos empleos, causando sumo desconsuelo a los pocos que oy han quedado, pues en Toledo siendo su numero de cincuenta familiares, no ai oy la mitad, siendo la principal causa de lo referido en lo general y particular el ser tan cortos los privilegios y exemptions de que gozan y por no allarse remuneradas sus continuas asistencias” Esta situación anota el autor se repetía en otras jurisdicciones. Idem, pág. 178.

⁶⁵ Víctor Sánchez Gil *La Burocracia Inquisitorial en el Siglo XVIII. El Tribunal de Murcia de 1793*. en Revista de la Inquisición, Volumen I, Editorial Complutense. Madrid, 1991, págs. 275-276.

Agustín de Marco que no se halló. Un mandamiento de prisión contra Vicente de Acuña que hizo fuga en el Río Seco. Un mandamiento de prisión contra Francisco Vargas y Machuca que no se halló. Un mandamiento de comparendo a Joseph Cabral que no se encontró. Una comisión del Tribunal respondida. Una actuación que se hizo de una reconciliación con la Iglesia de unos ingleses. Un exhorto sobre la defensa de familiares de este Santo Oficio. Unos edictos generales que se publicaron el año de sesenta y cinco. Veintitrés cartas del tribunal respondidas. Tres cartas de otros sujetos. Un mandamiento de prisión contra Joseph Sotelo. Tres edictos que no se han publicado. Dos edictos que vinieron últimamente y no se han publicado. Una carta que acompaña dichos edictos”⁶⁶.

El inventario de los papeles del Comisario Ascasubi nos ilustran sobre la tarea cumplida por el Tribunal, un cuaderno que registraba la recepción y remisión de correspondencia mantenida por el Comisariato con la cabecera americana, una instrucción impresa de Comisarios para el conocimiento del trámite procesal que la instrucción de las causas requería copias de varias causas iniciadas en la jurisdicción, los resultados de los trámites efectuados por el Comisario y sus Ministros, actas de inventario de los bienes secuestrados, constancias de su depósito, obligaciones títulos, créditos secuestrados a los reos de la Inquisición, mandamientos de comparendo y de prisión, algunos con el resultado de la diligencia, textos de Edictos Generales de Fe y de edictos para materia más acotadas y los resultados de su publicación.

Este último tema, la publicación de edictos, es una constante en la actividad del Comisario cordobés.

Desde Lima se le enviaron constantes recordatorios para que velara la impostergable necesidad de hacer la publicación de los Edictos Generales de la Santa Fe que originaban la puesta en marcha de un estudiado mecanismo.

El capítulo 55 de la Instrucción impresa de Comisarios prevenía la publicación periódica de estos edictos:

“... en cada tercer año hagan la publicación de los edictos generales de Fe y Anathemas y en los subsiguientes se previene la forma, orden y circunstancias con que debe practicarse según la posibilidad y estado de cada provincia cuya diligencia es de la primera importancia del Santo Instituto de la Inquisición: Hemos acordado prevenir al Comisario en esta Carta Circular, cumpla puntualmente de tres en tres años con la referida publicación, ejecutándola en la próxima cuaresma, si estuviere cumplido desde la última el término prefijo, dando cuenta

⁶⁶ AAC Santo Oficio de la Inquisición cit.

a este santo Oficio con los autos que obrare sobre la materia, según las prevenciones de la citada Instrucción impresa del predicho número 55 hasta el 63 inclusive procediendo en dichas funciones con la prudencia y buen modo que en ellos se advierte para que por parte del Corregidor y Cabildo secular no se ofrezca embarazo ni disturbio, imponiéndolas en caso necesario y dándoles noticia privada de las resoluciones cerca del asunto tomadas por el Supremo Consejo de la Inquisición...”⁶⁷.

A los Edictos Generales de Fe se sumaban edictos de contenido más acotado, cuya publicación se le encargaba al Comisario en la Iglesia Catedral y en los otros dos templos más principales de la ciudad, fijando el texto de los mismos en los sitios acostumbrados, conforme estaba prevenido en el cap. 63 de la Instrucción Impresa de Comisarios. Sobre el particular hay numerosísimas constancias. Vayan algunas a modo de ejemplo:

El 18 de noviembre de 1768 se despachó en Lima oficio de este tenor al Comisario.

“Remitimos a V.m. tres ejemplares del edicto adjunto para que el primer domingo después de su recibo haga publicar el uno de ellos en esta Iglesia Catedral y los otros dos en las iglesias más principales de esa ciudad fijándolos luego en los parajes acostumbrados, y procediendo en todo en la forma prevenida al número 63 de la Instrucción Impresa y de su recibo y cumplimiento nos dará aviso en primera ocasión...”⁶⁸.

El tenor de las comunicaciones no varía a lo largo del siglo. El 27 de marzo de 1770, otro oficio igualmente despachado desde la ciudad de los Reyes insistía:

“Con esta remitimos a V.m. tres ejemplares del adjunto edicto para que el primer domingo o día de fiesta más inmediato, los haga publicar desde el Púlpito en la Misa Mayor después del Evangelio. El uno en esta Iglesia Catedral y los dos en las de más concurso y asistencia del pueblo y fecho, fijar en los lugares más públicos de dichas Iglesias, de cuyo recibo y cumplimiento nos dará V.m. aviso en la primera ocasión con certificación de Notario”⁶⁹.

La preocupación que demostraba el Tribunal por conservar una fluida comunicación con el Comisario cordobés es notable, se le encomendó, incluso, que aún no existiendo excusa expresa de comunicación se le enviara un despacho de mero trámite para anoticiarle que no

⁶⁷ AAC Santo Oficio de la Inquisición cit.

⁶⁸ AAC Santo Oficio de la Inquisición cit.

⁶⁹ AAC Santo Oficio de la Inquisición cit.

había cosa que tratar, pero que se mantuviera regularmente comunicado con Lima.

“Asimismo prevenimos al Comisario que en los chasquis que nos tuviese que remitir a este Tribunal alguna diligencia que hubiese actuado o contestar alguna orden que se le hubiere conferido o avisar de su recibo, no por eso deje de escribir a lo menos noticiando que no se le ofrece cosa de oficio de que darnos cuenta por ser esta frecuente comunicación muy conveniente a conservar aquel celo, vigilancia y atención con que este Santo Oficio y sus Comisarios (en quien confían gran parte de su cuidado) deben propender al exterminio de las herejías, errores blasfemias, supersticiones y demás hechos y dichos escandalosos que causen sospecha y redunden en ofensa de la pureza de nuestra Santa Fé Católica”⁷⁰.

La materia del control.

¿Pero qué causas motivaban el interés de los Inquisidores y desencadenaban su inmediato accionar?

Los cinco tipos de asuntos que agrupan las materias tratadas por el Tribunal del Santo Oficio de la Inquisición en la jurisdicción de Córdoba del Tucumán, se inscriben en los temas de solicitudión, proposiciones heréticas, censura, bigamia y hechicería.

La adscripción por clases sociales a la comisión de estos delitos perseguidos por el Santo Oficio se reparte del siguiente modo: los considerados herejes se inscriben en las capas más altas de la sociedad son españoles o criollos de posición acomodada. Asimismo, las actuaciones examinadas en esta investigación corresponden al tema del control inquisitorial sobre la difusión de doctrinas heterodoxas a través de la circulación de libros e impresos.

Los reos acusados del crimen de brujería pertenecen a los estratos más bajos de la sociedad, cuando no, directamente a las castas, y es casi la única figura que agrupa casi exclusivamente a mujeres, los solicitantes son sacerdotes de procedencia española, o criolla, en número escaso, con mayor registro en la categoría de religiosos regulares, la bigamia agrupa, por su parte, tanto a españoles como a indios⁷¹.

⁷⁰ AAC Santo Oficio de la Inquisición cit.

⁷¹ El tema ha sido estudiado por Marcela Aspell en “*Los Comisarios del Tribunal del Santo Oficio de la Inquisición en Córdoba del Tucumán. La solicitudión en el Siglo XVIII*” en Cuadernos de Historia. Instituto de Historia del Derecho y de las Ideas Políticas. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Córdoba, 1994 “*Las lecturas prohibidas en Córdoba del Tucumán. Siglos XVII-XVIII*” en el Volumen VII de Cuadernos de Historia. Instituto de Historia del Derecho y de las Ideas Políticas de la Acade-

Tal fue pues el campo que espigó, en nuestra jurisdicción este instrumento de control político, al servicio del estado español, fiel y decidido custodio de la ortodoxia religiosa, y además, un aliado devoto de las estructuras políticas, a las que sirvió con igual reverencia, *porque la herejía es delito y es pecado, y al violarse la ley divina se viola también la ley civil, que no es otra cosa que espejo y reflejo de aquélla.*



mía Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Córdoba, 1997 *Los Comisarios del Santo Oficio de la Inquisición en Córdoba del Tucumán. Las proposiciones heréticas Siglos XVII-XVIII*. En Memoria del XII Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano. Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, Universidad de Castilla La Mancha. Toledo, 1998 “*Los Comisarios del Santo Oficio de la Inquisición en Córdoba del Tucumán. La regulación de la censura. Siglos XVII-XVIII*” En el Libro Homenaje al Profesor Carlos Díaz Rementería publicado por Universidad del Museo Social Argentino. Universidad de Huelva, 1997. Córdoba, 1997.

REPRESENTACIÓN, HISTORIOGRAFÍA Y PRÁCTICA JURÍDICA

(REPRESENTATION, HISTORIOGRAPHY AND JUDICIAL PRACTICE)

*María del Carmen Avendaño**

RESUMEN: En este trabajo se considera el papel de la representación desde una perspectiva hermenéutica que apunta, en los campos jurídico e historiográfico, a la presencia de un acto interpretativo. Dicho enfoque cree necesario sortear las teorías representacionistas, vinculadas a la *picture theory*, e incursionar en cuestiones ontológicas en el punto en que éstas se solapan con las epistemológicas. El abordaje de ambas problemáticas se realiza con base en dos ejes: el rol de la narración, tanto en el derecho cuanto en la historiografía y el examen de los límites de la representación. Las dimensiones referidas se intersecan con aspectos “existenciales” propios de la ontología hermenéutica.

PALABRAS CLAVE: Representación – Interpretación – Relato – Referencia – Refiguración de la praxis.

1. Introducción

En este trabajo se aborda el tema de la representación, el problema conexo de la interpretación, y sus relaciones con la historiografía y el derecho. Los términos “representación” e “interpretación” tienen aquí el sentido precisado por Ricoeur, de allí que no sean considerados sinónimos sino que mientras la “representación” refiere a la escritura de la historia –una de las fases de la operación historiográfica–, la “interpretación” abarca todos sus niveles: desde la prueba documental hasta la expresión literaria del discurso histórico. Por ello, la “interpretación” está siempre presente en el modo de comprensión de los saberes que poseen

* Prof. Titular Universidad Nacional de Córdoba. Investigadora en el Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba.

una dimensión veritativa, facilitando así el abordaje de sus límites desde una orientación hermenéutica¹. Ello explica la ya clásica comparación entre fallo judicial y juicio histórico, orientada a clarificar la problemática de la representación y de sus límites, desde que una filosofía crítica considera –como señala Ricoeur en alusión a la historia– las exigencias y las dialécticas de la polaridad entre ambas formas de juicio, en tanto poseen en común un proyecto de ecuanimidad e imparcialidad que, sin embargo, está sujeto a exigencias opuestas. Así, “la imposibilidad de ocupar sólo la posición del tercero aparece ya clara por la comparación entre los dos recorridos de la toma de decisión: proceso, por un lado; archivo, por otro; tal uso del testimonio y de la prueba aquí y allí; tal finalidad de la sentencia final por una parte y por la otra”. Respecto de esta última las diferencias pasan por el carácter provisional del juicio histórico y el carácter resolutivo propio de la sentencia judicial. Se subraya, asimismo, la atención del fallo judicial a la responsabilidad individual opuesta a la apertura del juicio histórico a contextos que abarcan la acción colectiva².

Por otra parte, es preciso recordar que la hermenéutica crítica —que se pregunta por la naturaleza de la comprensión— entra a jugar con presupuestos existenciales que corresponden a la ontología hermenéutica pues la cognición es inherente a la constitución del ser-ahí. La comprensión, dirá Gadamer, es el carácter óntico original de la vida humana. Comprender es siempre contingente y limitado por su horizonte puesto que, ontológicamente, la experiencia es parte del ser en el mundo. La comprensión concierne a lo que Ricoeur denomina “condición histórica”, término con el cual por una parte, refiere a que nos hallamos siempre implicados y por la otra, apunta a “la condicionalidad, en el sentido de posibilidad de rango ontológico o [...] existencial” en relación a categorías propias de la hermenéutica crítica³. Es por ello que, en su teoría narratológica-*cum*-historiográfica, considera que

¹ RICOEUR, P., *La memoria, la historia, el olvido*; Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2000, pp. 308 y ss.

² RICOEUR, P., *op. cit.* pp. 386-387. La comparación entre el juez y el historiador es tratada, asimismo, en el artículo de Guinzburg, “Checking the Evidence: The Judge and the Historian” in *Critical Inquiry*, The University of Chicago Press, 1991, Vol. 18, pp. 79-92. En este texto, Carlo Guinzburg, destaca la importancia de la prueba y la verdad como partes esenciales del oficio de historiador y juez. En tanto un examen de la imparcialidad relativa a la “impersonalidad” del punto de vista y, por ello, a sus aspectos epistémico y moral se encuentra en Nagel, T., *Equality and Partiality*, New York, Oxford, Oxford University Press, 1991.

³ Ricoeur, P., *op. cit.* pp. 373-374.

el discurso no es nunca “*for its own sake*, para su propia gloria, sino que trata, en todos sus usos, de llevar al lenguaje una experiencia, un modo de vivir y de estar-en-el-mundo que lo precede y pide ser dicho”.⁴

Dicha ontología posibilita poner en cuestión la dicotomía sujeto/objeto, al no considerarla como pre-dada. En relación con este último aspecto, Gadamer subraya que “ni el cognoscente ni lo conocido están óntica y simplemente “subsistentes”, sino que son “históricos”, es decir, que tienen el modo de ser de la historicidad”.⁵ En este sentido, había caracterizado a la cognición como una empresa comunal e histórica. La historia no es nuestro entorno mediatizado por el lenguaje y que se manifiesta a sí mismo como tradición, es una base ontológica de nuestro ser. Somos históricos, pertenecemos a la historia. Como resultado de la pertenencia a la historia, el comprender tiene una estructura singular. El círculo hermenéutico del comprender no es ni lógico ni metodológico, es una estructura ontológica que subyace a la distinción sujeto-objeto en términos de los cuales la lógica y el método operan⁶. De modo que la historia es concebida como un modo de ser-en-el-mundo que posibilita la comprensión que, a la vez, es condición de su desvelamiento. Para Gadamer la comprensión de la verdad es diferente pero no contraria a la comprensión científica –persigue la interacción entre sujeto-objeto de conocimiento– ambas pertenecen a tradiciones distintas. Por su parte, Ricoeur se propone retomar, en el plano epistemológico, la implicación ontológica entre el ser-ahí y la distancia que posibilita cualquier tipo de objetivación,⁷ para ello busca en un juego dialéctico entre planos de conocimiento metódicos y no metódicos, la convergencia de explicación y comprensión; si bien sólo la explicación es metódica, la comprensión constituye el momento no metódico que la desarrolla analíticamente.

2. Representación e historiografía⁸

La concepción representacional del conocimiento puede sintetizarse, en un sentido amplio, en dos rasgos: las ideas y los estados

⁴ RICOEUR, P., *Del texto a la acción*; Bs. As., FCE, 2000, p. 35

⁵ GADAMER, H. G., *El problema de la conciencia histórica*; Madrid, Tecnos, 1993, p.76.

⁶ MCGUIRE, J., TUCHANSKA, B., MCGUIRE, J., TUCHANSKA, B., *Science Unfettered*; Ohio University Press, 2000, p. 59.

⁷ RICOEUR, P. “Logique hermenéutique?” in AAVV *Contemporary Philosophy. A new survey*; La Haya, Nijhoff, 1981, vol. 1, pp. 208-209.

⁸ El uso que se hace en este trabajo del término “historiografía” adopta el sentido amplio que estipulan Ricoeur y de Certeau, uso en el cual comprende tanto la fase “escri-

mentales correspondientes pueden ser reconocidos y referidos con independencia del mundo exterior a pesar que, por otro lado, refieren a ese mismo mundo. Heidegger anticipa las críticas antirepresentacionistas de las teorías representacionistas de la mente pues, como nota Taylor, la noción heideggeriana de claro del bosque (*Lichtung*), apunta a que la experiencia del mundo no requiere de tal dualismo de conocedor-conocido sino que ella nos permite visualizar que “es de una sola pieza y nos hace dejar de considerar al conocedor como garantizado en términos de “sujeto”. Ello supone que nuestras representaciones de las cosas, de los otros y del mundo dependen de la forma en que nos relacionamos con él, es decir, descansan en “un trasfondo (*background*) u horizonte de compromiso no explícito con el mundo.” De allí que la sociedad pase a ser el *locus* del agente —en lugar de ser éste el *locus* de representaciones—, dimensión que se destaca acentuando la importancia del papel jugado por el lenguaje⁹.

En esta línea, Gadamer otorga un lugar central a lo social, concibe al mundo humano como un mundo de habla de comunidades, constituido por el lenguaje, la tradición y la historia. Si Heidegger, piensa el discurso como parte de una aproximación ontológica a la cognición, Gadamer, hace explícito el carácter dialógico de la experiencia¹⁰. Sin embargo, su comprensión de la desobjetivación u ontologización de la naturaleza de la representación no puede renegar de su inspiración heideggeriana. Es así que Gadamer en sus reflexiones sobre el juego como representación en el sentido de *Darstellung* y como un *Darstellung* de sí mismo (*Selbstdarstellung*), se distancia de una concepción de

turaria” que refiere a su expresión discursiva como la fase representativa, esto es, aquella que “trata de la exposición, de la mostración, de la exhibición de la intención historiadora considerada en la unidad de sus fases, es decir la representación presente de las cosas ausentes del pasado”. Aquí Ricoeur sigue los lineamientos generales de la propuesta de Michel de Certeau en *Hacer la historia*, distinguiendo tres fases estrechamente imbricadas que refieren sucesivamente a las otras dos: 1. la fase relativa a la prueba documental, en la cual el historiador apunta a un sentido fuerte de verdad, en su significación popperiana de lo refutable y lo verificable; 2. la fase explicativa/compreensiva que alienta los “usos múltiples del conector “porque”, desde el análisis causal a la explicación por razones; 3. la fase representativa que asocia, a la configuración “escrituraria” del discurso, la historia. En ella se expresa abiertamente “la intención de representar en verdad las cosas pasadas”. En cuanto a la interpretación, ésta constituye: “un componente de la intención misma de verdad de todas las operaciones historiográficas.” Ricoeur, P., *La memoria, la historia, el olvido*; Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2000, pp. 177-178 y 240-241.

⁹ Taylor, Ch., *Argumentos filosóficos*; Barcelona, Paidós, 1997, pp. 29 y ss.

¹⁰ Gadamer, H. G., *Verdad y método*; Ed. Sígueme, Vol. I, 1988, pp. 362 y ss.

la representación como actividad subjetiva entendida en el sentido kantiano de *Vorstellung*. Con el término *Vorstellung*, Kant apuntaba a la subordinación de todo conocimiento con respecto de los conceptos y las formas particulares en términos de los cuales se expresan los juicios resultantes. Los kantianos desplazaron el uso de este término al análisis del conocimiento como producto de los mecanismos de la percepción; en consecuencia, el vocablo *Vorstellung* terminó por asociarse con las 'ideas' que resultan de 'impresiones' sensoriales reiteradas. La interpretación canónica transmitió, pues, la noción de *Vorstellung* como 'representaciones sensoriales'¹¹. En cambio, para Gadamer, el acto de comprensión lejos de ser un inmediato *Vorstellung* de esa cosa o aún de la constitución de su significado, es sólo un *Darstellung* derivado y secundario pues, al ser comprendido, el significado de cada cosa ya ha sido realizado bajo la forma de un *Darstellung* original.

Ricoeur, recurre al concepto de representancia —la “capacidad del discurso histórico de representar el pasado”—¹² que reconoce antecedentes en el término *repraesentatio* y su traducción al alemán como *Vertretung*, término al cual Gadamer ya había emancipado de la idea de *Vorstellung* restituyéndole, en el campo de la estética, su valor ontológico comprendiendo así la problemática más amplia del *Darstellung*¹³. Con base en el desarrollo gadameriano del *Darstellung/Vertretung*, Ricoeur transpone la noción de *Vertretung* al campo historiográfico con la finalidad de abordar el tema crucial de la representación del pasado en historia, representación que supondrá su refiguración, como un incremento de sentido resultante de la operación historiográfica. En *Tiempo y Narración*, señala Ricoeur, que el recurso de los historiadores a las narrativas es sólo una instancia de la capacidad más general de construir historias (*stories*), con lo cual apunta a la función de la narrativa en la existencia humana, cuya experiencia originaria contribuye a conformar¹⁴. En contraste con la historia escrita, la vida como vida vivida parece confusa y no estructurada, si bien en este aspecto el pensa-

¹¹ Cfr. TOULMIN, S., *La comprensión humana*; Madrid, Alianza Universidad, 1977.

¹² Ricoeur, P., *La memoria, la historia, el olvido*; Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2000, p. 310.

¹³ RICOEUR, P., *op. cit.*, p. 369.

¹⁴ La discusión sobre el relato en la historiografía reaparece contemporáneamente con Paul Veine, Hyden White y Michel de Certeau. Los ejes del debate son la escritura de la historia y su carácter de verdad. Así, a Hyden White, se le señala una reducción de la historia a la retórica tendiente a lograr una valencia estética acercándose, de este modo, al género literario y apuntando la crítica a un escepticismo epistemológico y a un relativismo moral. Para esta línea teórica, su obra pondría en riesgo los avances del cono-

miento de Ricoeur es semejante al de White, Mink y los estructuralistas¹⁵ sin embargo, a diferencia de White, Ricoeur piensa que narrativa y acción humana se intersecan en algún punto, lo que tiene importantes consecuencias al momento de reflexionar sobre el tema de la referencia en relación con los enunciados de la historia¹⁶.

Ricoeur avanza de la preeminencia del diálogo —propia de la hermenéutica gadameriana— al espacio del texto, a su analogía con la teoría de la acción y a una concepción de la historia como narración de las acciones humanas del pasado, de allí infiere que la historiografía persigue, a través de los documentos, la interpretación de dichas acciones. Por ello, puede homologarse “la historia como narración de acontecimientos [...] y la Historia como saber histórico acerca del pasado (que contiene en sí misma siempre un elemento narrativo, por ende está sometida a constricciones retórico–argumentativas)”¹⁷. La acción significativa logra su configuración a través de la trama, la cual permite la construcción de un todo con sentido complementando su dimensión episódica y confiriéndole carácter histórico al acontecimiento. De allí que White, por ejemplo, argumente que “aquello que no puede explicarse es en principio susceptible de ser comprendido” y aludiendo al tipo de interpretación afirme que “esta comprensión no es más que su representación en la forma de una narrativa”¹⁸.

En relación con la teoría de la historia, Ricoeur intenta mostrar qué papel juega la explicación en la comprensión inmediata de la historia. Si en el modelo textual recurre a la semiología y en la teoría de la acción examina la filosofía oxoniana del lenguaje, apela aquí al modelo hempeliano para construir el esquema de la explicación concluyendo que, en la mayoría de los casos, es más apropiada la reconstrucción de las razones de la acción propuesta por Dray y su ubicación en el todo de una narrativa tal como sugieren Gallie y Mink. Dado que el modelo de cobertura legal no considera la función de la explicación en historia, la comprensión histórica que incorpora a la explicación supone “una competencia específica, la competencia para seguir una historia, en el senti-

cimiento histórico heredados del siglo XIX. Cfr. Serna, J. y Pons, A., *Cómo se escribe la microhistoria*; Frónesis, Cátedra, Universitat de Valencia, 2000.

¹⁵ Carr, D., “Review Essay,” *History and Theory* 23 - 1984, p. 366.

¹⁶ En este sentido, su posición se acerca *prima facie* a la de Collingwood en la medida en que considera que dichos enunciados pueden reclamar una referencia inscrita en la realidad empírica. No obstante, para Ricoeur el referente último de la narrativa será la experiencia humana de la temporalidad.

¹⁷ FERRARIS, M., *Historia de la Hermenéutica*; Madrid, Akal, 2000, p. 394.

¹⁸ WHITE, H., *op. cit.*, p. 71.

do de una historia que se relata”. Es en este aspecto que, en el relato histórico, existe una continuidad de carácter lógico puesto que el desenlace “debe ser a la vez contingente y específico”. En esto consistiría la “comprensión básica” que posibilitaría la existencia misma de la narración (*story*) y de la historia (*history*). A la comprensión ingenua, le sucede la explicación que permite que se siga la historia si fracasa la comprensión ingenua, objetivo que se logra mediante la interpolación de una ley en el relato. Por lo tanto, lejos está también de sostener que la tarea del historiador se reduce a una narración de historias individuales. Es así que la historia reúne las teorías del texto y de la acción en una “teoría del relato verdadero de las acciones de los hombres del pasado”¹⁹.

En *Tiempo y narración*, en su reflexión sobre la relación entre explicación en historia y forma narrativa, Ricoeur se propone superar el lenguaje de la referencia. Para ello reformula la cuestión de la referencia a “un pasado que fue “real” (a diferencia de las entidades “irreales” de la ficción) en términos de refiguración, y no viceversa”, subordinando de este modo la dimensión epistemológica de la referencia que se detiene en el documento, a la dimensión hermenéutica de la refiguración por la cual el historiador se propone alcanzar lo que fue. En suma, Ricoeur se pregunta: “¿Qué nos autoriza a pensar la construcción como reconstrucción?”²⁰. La respuesta apuntará a una *refiguración cruzada* de conciencia y condición histórica –términos que privilegia frente a los de historiografía y ficción– que derivará en una *teoría general de los efectos* que le posibilite llegar al trabajo de “refiguración de la praxis” a través de la narración²¹. En este sentido, no se hace lugar a la demanda de la historia de erigirse en saber total y definitivo aunque se justifique su “vocación objetiva”²².

3. Derecho y relato

Así como en el campo historiográfico la narración ocupa un lugar sujeto a discusión pero innegable, también se ha destacado su

¹⁹ Ricoeur, P., *La memoria, la historia, el olvido*; Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2000, pp. 166-167.

²⁰ Ricoeur, P., *Tiempo y Narración*; México, Siglo XXI, Vol. III, 1996, p. 638.

²¹ Ricoeur, P., *op. cit.*, pp. 780-81.

²² Para Ricoeur, “la filosofía crítica aplicada a la historia tiene como tarea principal reflexionar sobre los límites que intentaría transgredir un saber sobre sí de la historia que se creyese absoluto. El tratamiento de la historia como singular colectivo erigido en sujeto de sí mismo –la Historia– es la expresión más clara de esta pretensión. Pero esta

importancia en relación con el campo jurídico, fundamentalmente en lo que suele denominarse “*Hermeneutic Criticism of Law*”,²³ que tiende a pensar el derecho como un tipo de interpretación y a dicha interpretación como a la propia del relato ficcional. La misma decisión judicial tendría el estatus de una narrativa. Ahora bien, el afirmar que la interpretación legal es interpretación de un texto no excluye la posibilidad de sostener que los hechos del caso en cuestión también han sido interpretados. En tal sentido, todo sería interpretación. Esta tesis, en una de sus formas más sofisticadas, tiene como exponente a van Roermund,²⁴ para el cual el propósito de la hipótesis narrativa completa el quiebre de la *picture theory* y facilita la comprensión de la estructura del conocimiento y el discurso jurídico, a los cuales analiza en tres contextos: los hechos, las normas y su interconexión. El propósito de este trabajo se limita, en este punto, sólo a examinar, desde la hipótesis de la interceptación de van Roermund, la relación del discurso jurídico con los acontecimientos que narra.

Para van Roermund, la consideración del derecho en su interconexión y relación interna con el relato posibilita hablar sobre “algo como la “realidad”,²⁵ superando así la concepción representacionista del conocimiento cuyas implicancias se dejan ver, por ejemplo, en la perspectiva legalista, cuya forma jurídica sería el representacionismo y en la que jugaría un interés político²⁶. Ello no importaría negar el papel de la representación en el conocimiento sino sólo cuestionar su carácter absoluto, para lo cual van Roermund, con base en el enfoque de Culler,²⁷ le opone la tesis de la “interceptación de la referencia”, que designa la relación epistemológica de la narrativa con lo relatado.

puesta a prueba no es la única. Se le opone simétricamente, una segunda forma más disimulada de la misma pretensión: consiste en elevar al absoluto el presente histórico erigido en puesto de observación, incluso en tribunal de todas las formaciones, en particular culturales, que la precedieron [...] la pretensión de reflexión absoluta se vuelve hacia el opuesto exacto de ese colectivo singular, el ahora de la historia presente” Ricoeur, P., *La memoria, la historia, el olvido*; Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2000, pp. 385 y ss.

²³ BINDER, G. y WEISBERG, R., *Literary Criticisms of Law*; Princeton University Press, 2000, p. 113.

²⁴ Cfr. SHINER, R., A., *Norm and Nature: The Movements of Legal Thought*; Clarendon Press. Oxford, 1992, p. 36.

²⁵ ROERMUND VAN, B., *Derecho, relato y realidad*; Madrid, Tecnos, 1998, p. 13.

²⁶ ROERMUND VAN, B., *op. cit.*, Madrid, Tecnos, 1998, pp. 86 y ss.

²⁷ Cfr. Culler, J., “Fabula and Sjuzhet in the Analysis of Narrative: Some American Discussions” in *Narratology: An Introduction*; ed. García y Onega, London, Longman, 1996.

El objetivo de van Roermund reside en vincular la hipótesis de la interceptación de la referencia narrativa al campo del derecho. Para Culler, si bien un relato posee una trama refiere a algo distinto luego, porque el relato *refiere* a algo –que es su condición previa– puede narrarlo como una trama, pero también se puede afirmar la tesis inversa, es decir, que los hechos no son tales fuera de la narración de los mismos, esto es, el acontecimiento no es independiente del relato, ambas tesis poseen igual valor. Ya en una dimensión hermenéutica, Ricoeur –al señalar el cruce entre historia y ficción en relación con la refiguración del tiempo– había precisado que el relato ficcional “*imita*” en cierta medida al relato histórico pues: “Narrar cualquier cosa [...] es narrarla *como si* hubiese acontecido.” Esta idea del carácter “cuasi-histórico” de la ficción coincidiría con el carácter “cuasi-ficcional del pasado histórico”²⁸.

En el enfoque de Culler la narrativa incorpora dos lógicas contradictorias,²⁹ mientras una asume la primacía de los eventos y de la eficacia causal, la otra refiere al orden de la coherencia y trata a los acontecimientos como productos del relato. La relación de causalidad requiere de una estructura narrativa en la cual la presencia de una causa produce un efecto. Culler considera que la noción de trama (*plot*) se funda en una relación causal en el sentido ordinario de dicho término pero rescata también el sentido nietzscheano de causalidad, es decir, la secuencia causa-efecto no es un aspecto de la realidad sino un constructo cimentado en una operación retórica. Si bien la narrativa hace uso de ambas formas de causalidad, sólo en el nivel de las acciones relatadas asume dicha noción su sentido usual³⁰. Las distintas lógicas y causalidades que juegan en el relato, hacen que el orden de prioridades y dependencias entre interpretación y acontecimiento, entre pensamiento y realidad, se mantenga en la indeterminación, por lo cual la representación se “*transpone en un aplazamiento*”³¹. Para van Roermund, dicha indeterminación, en el caso de los textos legales, no debe ser entendida como debilitando su interpretación³². Toda narrativa reclama, pues, “un doble análisis, una lectura en dos registros, uno de los cuales asume la prioridad de los actos de su representación o presenta-

²⁸ RICOEUR, P., *Tiempo y Narración*; México, Siglo XXI, Vol. III, 1996, pp. 913 y ss.

²⁹ *Cf.* CULLER, J., *op. cit.*, 1996, p. 99.

³⁰ *Cf.* KEMPER, S., “The Development of Narrative Skills: Explanations and Entertainments”, in *Discourse Development: Progress in Cognitive Development Research*, ed. Stan A. Kuczaj II New York: Springer-Verlag, 1984, pp. 91-92 y pp. 99-124.

³¹ ROERMUND VAN, B., *op. cit.*, pp. 27 y ss.

³² BINDER, G. Y WEISBERG, R., *op. cit.*, p. 113.

ción narrativa, la otra que ve a la trama (*plot*) como a un producto tropológico de requerimientos de la narrativa”³³.

En relación con la historiografía, Hyden White sustenta una posición que es comparable a la de Culler en cuanto, también para White, la realidad de los acontecimientos narrados está en función de su participación en la intriga la cual impone un patrón significativo a la contingencia y desorden de la realidad. De ahí que, lo que se denomina realidad —como para el Foucault temprano y Barthes— resulte ser un producto del discurso. No obstante, para van Roermund, mientras estos últimos enfoques guardarían un presupuesto común con la teoría representacional —pues la realidad sería una copia de nuestras pretensiones de conocimiento— no sería tal el caso de White quien mantendría, en última instancia, la separación entre realidad y apariencia dado que, al menos en parte, lo que entendemos por realidad es el resultado de la visión sociopolítica presente en una determinada sociedad, con lo cual, argumenta van Roermund, también perviviría la teoría de la copia pues el relato se quedaría en el nivel de la representación. Sin embargo —podría responderse, a esta objeción— es justamente la separación de estos planos, apuntada por White, que permite reconocer en la historiografía la consideración de su “implicación ideológica”, objeto de una crítica de las ideologías en sentido habermasiano³⁴. El interés de Culler radicaría, para van Roermund, en que su tesis apunta a que “la demarcación entre la realidad y la producción de sentido se aplaza indefinidamente, sin que podamos despedirnos de ninguno de los dos términos”³⁵. Es en este sentido que, como en el campo literario, en el derecho no podría hablarse de una interpretación última ni definitiva. No obstante, como se ha señalado más arriba, a diferencia de la historia, en el derecho el juicio debe cerrarse con la sentencia.

4. Conclusiones

Para Ricoeur sólo la historia “intenta remitir a un pasado que fue real [...] La historia no puede dejar de interrogarse acerca de su relación con un pasado realmente sucedido”, asimismo, necesita investigar la relación de la explicación con la narrativa³⁶. Es necesario separar, pues, dos cuestiones: una epistemológica y otra hermenéutica. Ricoeur apunta a pensar el problema en términos diferentes a los de la *picture*

³³ CULLER, J., *op. cit.*, 1996, p. 97.

³⁴ Cfr. RICOEUR, P., *Tiempo y Narración*; México, Siglo XXI, Vol. I, 1998, p. 291.

³⁵ ROERMUND VAN, B., *op. cit.*, pp. 32 y ss.

³⁶ RICOEUR, P., *Tiempo y Narración*; México, Siglo XXI, Vol. III, 1996, pp. 637-638.

theory, para lo cual había partido de la teoría de la denotación generalizada de Goodman y de la teoría de modelos de Hesse, cuya noción de redescipción reformulará, desde la hermenéutica, como refiguración. Dicha noción le posibilitará subordinar el problema epistemológico de la referencia a la dimensión hermenéutica de la refiguración. En este punto, se hace nítida la diferencia entre el problema epistemológico de la relación de la historia con la narración, explicación, archivos y documentos y la hermenéutica, por la cual el historiador “basándose en documentos, intenta alcanzar lo que fue y ya no es” y que entraña una refiguración de la experiencia del tiempo por la narración³⁷. Por lo tanto, Ricoeur, desde la ontología hermenéutica, no considera a la narrativa como un modo particular de explicación en historia³⁸ sino como parte de la existencia humana a la que tiende a configurar unificándola. Le preocupa, aquí, cuál es el papel de la narrativa en la existencia humana y no qué papel juega en relación con un conocimiento objetivo del pasado, tema que corresponde a la fase explicativa.

En sus reflexiones epistemológicas sobre la representación, van Roermund había destacado certeramente —como ya había señalado White— el poder del relato para focalizar los aspectos singulares e individuales del acontecer, aspectos que eluden la representación discursiva o categorial y había prevenido sobre el peligro de la postulación del relato como sustituto del lenguaje conceptual³⁹. No obstante, la hipótesis de la “interceptación de la referencia” propuesta por van Roermund, en continuidad con el intento estructuralista de eludir la referencia⁴⁰ deja a ésta, por una parte, en la indeterminación, cuestión no problemática en lo atinente a la narrativa ficcional pero, por otra, pone todo el peso en el relato, con lo cual no ofrece soluciones a los problemas de disciplinas, como el derecho y la historia, que abrigan pretensiones veritativas. Como había notado Ricoeur, es éste uno de los as-

³⁷ *Ibid.*, 638.

³⁸ De allí, que Ricoeur señale que “la representación en su aspecto narrativo [...] no se añade desde el exterior a la fase documental y a la explicativa, sino que las acompaña y las sostiene.” *La memoria, la historia, el olvido*; Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2000, p. 312.

³⁹ ROERMUND VAN, B., *op. cit.*, p. 93.

⁴⁰ Extremo al que los estructuralistas serían conducidos, apunta Ricoeur, por la concepción binaria del signo, que da lugar a una clausura del sistema y que pasa a ser tema de la historiografía en ocasión de la extrapolación a la historia de la problemática de la novela realista. *Op. cit.*, p. 326. Ello supone una ruptura con la distinción estoica entre significante, significado y *res* y con la discusión agustiniana y escolástica de la relación *signum-res*. *Cf.*, asimismo, Ricoeur, P., *Historia y narratividad*, Barcelona, Paidós, 1999, pp. 44 y ss.

pectos que se vincula con la fase explicativa, “conceptualización, búsqueda de objetividad y reflexividad crítica señalan las tres etapas de la independencia de la explicación en historia respecto del carácter “auto-explicativo” de la narración”⁴¹ Es decir, van Roermund intenta sortear el representacionalismo sólo con el recurso a la narrativa sin tener en cuenta que dicha posibilidad, para realizarse satisfactoriamente, no puede obviar la consideración de los diferentes momentos cognitivos propios de la tarea del historiador y el juez.

Por lo tanto, la propuesta de van Roermund a pesar de su tentativa de salvar la idea de representación por el recurso a la narrativa —evitando el representacionalismo— no logra distinguir la narrativa jurídica de la ficcional; en el marco por él definido, todo es interpretación y no hay interpretación que sea la última y definitiva.⁴² Este último aspecto, si bien sería válido para el carácter abierto de la historia —sujeta a ilimitadas revisiones—, no se adecua al carácter conclusivo al que aspira la sentencia. Asimismo, ya Ricoeur había señalado, en relación con aquélla, la capacidad del texto de abrir referencias, “apertura” a la que hay que añadir tanto la “objetividad” cuanto la materialidad del texto. Luego, si bien puede pensarse en más de una forma de interpretación, no todas las interpretaciones son viables.⁴³ En la hipótesis de van Roermund los acontecimientos aunque reenvían más allá de la narrativa no necesitan existir fuera de ella, pues son imaginados como teniendo las propiedades de dichos eventos. La discusión sólo se centra en aspectos lógicos que hacen a la generación y estructura de la trama (*plot*). En tanto, Ricoeur piensa que no hay “vínculo directo entre la trama narrativa y los acontecimientos [...] ese vínculo sólo puede ser indirecto, a través de la explicación y, del lado de ésta, a través de la fase documental”⁴⁴.

De modo que la narrativa es, para Ricoeur, sólo una de las dimensiones de la historiografía mientras que van Roermund no avanza, en el campo jurídico, más allá de ella. Como señala Ricoeur, dado que la narratología, se ocupa sólo de los aspectos “estructurales comunes” a la narración ficcional y a la histórica, puede ignorar las diferencias entre estas dos grandes clases de discurso, ignora así la dimensión referencial de la narración, problema que se vincula con la pretensión de

⁴¹ RICOEUR, P., *Tiempo y Narración*; México, Siglo XXI, Vol. I, 1998, p. 291.

⁴² ROERMUND VAN, B., *op. cit.*, p. 35.

⁴³ Cfr. Ricoeur, P., *Del texto a la acción*; Bs. As., Fondo de Cultura Económica, 2000, pp. 41 y ss.

⁴⁴ RICOEUR, P., *La memoria, la historia, el olvido*; Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2000, p. 319.

verdad de la misma⁴⁵. Sólo la historiografía se interesa por una referencia que “se inscribe en la *empíria* en la medida en que la intencionalidad histórica se centra en acontecimientos que han tenido lugar *efectivamente*”⁴⁶. Afirmaciones estas que podrían transponerse al derecho pues, en ambos, la fase explicativa, recurre a la prueba documental. Ello es así porque en tanto la historiografía y el derecho, separan de la trama narrativa la etapa relativa a la explicación, las relaciones de las que se ocupa la narratología son internas a la constitución de la trama: “En este aspecto, el historiador se halla en el puesto del juez, puesto real o potencial de discusión en el que intenta probar que cierta explicación vale más que otra. Busca, pues, “garantes”, a cuya cabeza se halla la prueba documental”⁴⁷.

Lo afirmado no importa negar el lugar que, tanto en el derecho cuanto en la historia, ocupa el relato, sólo se trata de no remontar—en la consideración del vínculo epistemológico entre el relato y lo relatado y en el estudio del derecho y la ciencia jurídica— del absoluto del representacionalismo al absoluto del narrativismo. Es más, desde la ontología hermenéutica, puede avanzarse en el reconocimiento de un referente común a la historiografía, al derecho y al relato, fijándolo en nuestra historicidad, la cual “*es llevada al lenguaje* mediante este intercambio entre la historia y la ficción, así como entre sus pretensiones referenciales”⁴⁸.

Para la ontología hermenéutica, los hechos no constituyen algo pre-dado, de allí que Ricoeur principie el tercer volumen de *Tiempo y Narración*, con un enunciado hipotético que guía su investigación: “el trabajo de pensamiento *que opera* en toda configuración narrativa termina en una *refiguración* de la experiencia temporal”⁴⁹. Lo que distinguirá en última instancia historia y literatura será la solución brindada por cada una de ellas a las aporías de la temporalidad, entre la “realidad del pasado” y la “irrealidad de la ficción”, la disimetría es total, concluirá Ricoeur. Ello no se opone al reconocimiento —y de ahí el cruce entre epistemología y ontología— que en la historia y en el derecho las preguntas por las relaciones con lo real y entre narración y explicación sean ineludibles. En la perspectiva hermenéutica, lo que se acepta como cognitivamente válido dentro de cualquier discurso —el científico en-

⁴⁵ RICOEUR, P., *Tiempo y Narración*; México, Siglo XXI, Vol. I, 1998, pp. 130 y ss.

⁴⁶ RICOEUR, P., *op. cit.*, México, Siglo XXI, Vol. I, 1998, pp. 154 y ss.

⁴⁷ RICOEUR, P., *op. cit.*, México, Siglo XXI, Vol. I, 1998, p. 290.

⁴⁸ RICOEUR, P., *Historia y narratividad*, Barcelona, Paidós, 1999, p. 153.

⁴⁹ RICOEUR, P., *op. cit.*, pp. 635-37.

tre ellos— tiene la validez que supera este discurso particular porque está enraizado en el universo hermenéutico de la práctica social de nuestra comunidad histórica y lingüística. Desde este punto de vista, la amenaza de relativismo aparece sólo en el enfoque de aquellos que estiman que es posible trascender cualquier limitación intrínseca en un horizonte cognitivo. La imposibilidad de un saber total, concluyente y definitivo no supone una limitación a la verdad. Sin lugar a dudas, el reclamo a la verdad por parte del conocimiento filosófico y científico está justificado por la propia naturaleza de la empresa cognitiva⁵⁰.



⁵⁰ **Bibliografía:** BINDER, G. y WEISBERG, R., *Literary Criticisms of Law*, Princeton University Press, 2000; CARR, D., “Review Essay”, *History and Theory*; 23 (1984): 366; CERTEAU, M. DE, *Hacer la Historia*; Barcelona, Laia, 1978; CULLER, J., “Fabula and Sjuzhet in the Analysis of Narrative: Some American Discussions” in *Narratology: An Introduction*; ed. García y Onega, London, Longman, 1996; DOPPELT, G., *The Theory of Justice from a Hermeneutic Perspective in Inquiry*, Routledge, The University of Chicago Press; vol. 46, 2003, 449-472; FERRARIS, M., *Historia de la Hermenéutica*; Madrid, Akal, 2000; GADAMER, H., *Verdad y método*; Vol. I, Barcelona, Ed. Sígueme, 1988; GADAMER, H. G., *El problema de la conciencia histórica*; Madrid, Tecnos, 1993; GUINZBURG, C., “Checking the Evidence: The Judge and the Historian” in *Critical Inquiry*, The University of Chicago Press, 1991, Vol. 18, 79-92; KEMPER, S., “The Development of Narrative Skills: Explanations and Entertainments”, in *Discourse Development: Progress in Cognitive Development Research*, ed. Stan A. Kuczaj II New York: Springer-Verlag, 1984, 99-124; MCGUIRE, J., TUCHANSKA, B., *Science Unfettered*; Ohio University Press, 2000; LANSDOWN, R., *The Autonomy of Literature*; New York, Palgrave, 2001; NAGEL, T., *Equality and Partiality*, New York, Oxford, Oxford University Press, 1991; NERHOT, P., *Law, Writing, Meaning: An Essay in Legal Hermeneutics*; Edinburgh University Press, 1992; POLKINGHORNE, D. E., *Narrative Knowing and the Human Sciences*; State University of New York Press, 1988; RICOEUR, P., “Logique hermenéutique?” in *AAVV Contemporary Philosophy. A new survey*; La Haya, Nijhoff, 1981, vol. 1, pp. 179-223; RICOEUR, P., *La memoria, la historia, el olvido*; Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2000; RICOEUR, P., *Del texto a la acción*; Bs. As., FCE, 2000; Ricoeur, P., *Historia y narratividad*, Barcelona, Paidós, 1999; Ricoeur, P., *Tiempo y Narración*; México, Siglo XXI, Vol. I, 1998; RICOEUR, P., *Tiempo y Narración*; México, Siglo XXI, Vol. III, 1996; ROERMUND VAN, B., *Derecho, relato y realidad*; Madrid, Tecnos, 1998; SERNA, J. y PONS, A., *Cómo se escribe la microhistoria*; Frónesis, Cátedra, Universitat de Valencia, 2000; SHINER, R., A., *Norm and Nature: The Movements of Legal Thought*; Clarendon Press, Oxford, 1992; Taylor, Ch., *Argumentos filosóficos*; Barcelona, Paidós, 1997; TOULMIN, S., *La comprensión humana*; Madrid, Alianza Universidad, 1977; WHITE, HAYDEN, *El contenido de la forma*; Barcelona, Paidós, 1992.

NUEVOS DISCURSOS PROFESIONALES ENTRE LOS ABOGADOS LATINOAMERICANOS*

**(NEW TYPES OF PROFESSIONAL DISCOURSE AMONG
LATIN AMERICAN LAWYERS)**

*María Inés Bergoglio**

RESUMEN: La profesión jurídica latinoamericana atraviesa profundos cambios. La expansión de la educación superior, así como su mayor accesibilidad han hecho que los abogados se conviertan en un colectivo numeroso y heterogéneo, en términos de género y origen social. Los cambios en la organización social de la profesión introducen entre ellos desigualdades crecientes, tanto en las formas de trabajo como en los ingresos que su ocupación les proporciona.

Se presentan aquí algunos resultados de una investigación acerca de las consecuencias de estas transformaciones sobre el modo en que los propios abogados conciben su papel en la sociedad. Siguiendo las sugerencias de Weber, se supuso que los cambios en las formas de organización social de la profesión jurídica están asociados a la aparición de nuevos discursos profesionales, a nuevos modos de entender el rol de los abogados, tanto en sus relaciones con los clientes como en su posición frente al Estado. La investigación describió el ejercicio profesional en 43 despachos con más de cincuenta abogados cada uno y oficinas en Argentina, Brasil o México. El presente artículo se concentra en presentar los rasgos centrales del discurso en estas firmas, bastante distante del tradicional de la profesión.

PALABRAS CLAVE: Tendencias de cambio – Discursos profesionales – Grandes empresas jurídicas

* Doctora en Ciencia Política, Universidad Católica de Córdoba. Especialista en Sociología Política, Centro de Estudios Constitucionales de Madrid. Actual Profesora Titular de Sociología en la Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Córdoba. Es Investigadora Categoría I dentro del Programa Nacional de Incentivos. Ha sido profesora invitada en las Universidades de Lund (Suecia), Strathclyde (Escocia) y del Externado (Colombia). Correspondencia relativa a este artículo a mibergoglio@arnet.com.ar

Introducción

En la mayoría de los países latinoamericanos, la profesión jurídica atraviesa profundos cambios. La expansión de la educación superior, así como su creciente accesibilidad han hecho que los abogados se conviertan en un colectivo numeroso y heterogéneo en términos de género, origen social y geográfico. Al mismo tiempo, otros procesos de alcance regional, como la expansión del Poder Judicial o el desarrollo de grandes empresas jurídicas diversifican las oportunidades ocupacionales abiertas a los juristas, e impulsan una tendencia a la salarización, convirtiendo en menos frecuente el tradicional ejercicio independiente de la profesión. Las tendencias a la creciente polarización social que experimenta la región, así como los cambios en la organización social de la profesión introducen entre ellos desigualdades crecientes, tanto en las formas de trabajo como en los ingresos que su ocupación les proporciona¹.

Es legítimo preguntarse acerca de las consecuencias de estos cambios sobre el modo en que los propios abogados conciben su papel en la sociedad. Estas conexiones entre las formas de organización social de la profesión jurídica y los estilos de pensamiento jurídico fueron señaladas inicialmente por WEBER (1969). En su análisis de la situación de la profesión en Europa, atribuyó el carácter empírico y casuístico del Derecho inglés, su formalismo limitado al caso concreto, a la influencia de sus organizaciones profesionales relativamente autónomas, muy pendientes del servicio al cliente. En cambio, el autor interpreta las propuestas racionalizadoras típicas del derecho continental como una consecuencia de la mayor influencia de los académicos en la profesión jurídica en el continente².

Es posible pensar que los intensos cambios que experimenta la profesión jurídica en América Latina están asociados a la aparición de nuevos discursos profesionales, a nuevos modos de entender el rol de los abogados, tanto en sus relaciones con los clientes como en su posición frente al Estado. Con el interés de avanzar en la discusión de estas conexiones, se llevó adelante una investigación sobre el ejercicio profesional en los grandes despachos latinoamericanos, con oficinas en Argentina, Brasil o México. El presente artículo se concentra en presen-

¹ Para una revisión detallada de estos procesos a escala latinoamericana, ver BERGOGLIO (2006). Una perspectiva similar, enfocada sobre Argentina, 'puede verse en BERGOGLIO (2005).

² Véase MAX WEBER, *Economía y Sociedad*, Segunda Parte, Capítulo VII, especialmente apartado 4.

tar los rasgos centrales del discurso en estas firmas, bastante distantes del tradicional de la profesión.

Los grandes bufetes en Argentina, México y Brasil

La investigación se centró en las grandes firmas jurídicas latinoamericanas. Con ayuda del Directorio Martindale - Hubbell, se confeccionó un listado de 53 empresas con más de 50 abogados que actúan en Argentina, Brasil y México. Dentro de este conjunto, se seleccionaron cuarenta y tres despachos empresariales que ofrecían sus servicios jurídicos en Internet.

En sus páginas web, los grandes bufetes resumen su historia, su estilo de trabajo y campos de práctica, y presentan los profesionales que los integran, con considerable detalle. En estos textos, el tono publicitario resulta moderado por la voluntad de brindar una imagen de seriedad coherente con la tradicional de la profesión, así como por las regulaciones de los códigos de ética. La importancia que las firmas otorgan a estos discursos en los que se presentan a sí mismas frente a potenciales clientes queda reflejada en el hecho de que el 65% de las páginas web analizadas está protegido por copyrights.

Cuadro 1 – Bufetes con más de 50 abogados en América Latina

	Listados	Incluidos
Despachos incluidos en el estudio		
Argentina	12	11
Brasil	20	18
México	7	6
Multinacionales activas en la región	14	8
Total	53	43
Fuente: Listados tomados de Martindale - Hubbell (www.martindale.com), y depurados para evitar la mención repetida de diversas oficinas de una sola firma, ubicadas en distintas ciudades de un mismo país.		

Las firmas estudiadas incluyen dos grupos. El primero de ellos abarca los despachos que tienen su oficina principal en una ciudad latinoamericana, ya sea ésta México, San Pablo, Río o Buenos Aires. Para este grupo, el criterio de inclusión en el estudio fue que la firma sostuviera una página web a la fecha de iniciación del estudio, en abril 2005. Treinta y cinco de las treinta y nueve empresas listadas cumplían este requisito de selección.

El segundo grupo corresponde a las firmas multinacionales –así categorizadas por tener su sede central fuera de la región– activas en estos países. El criterio de selección aplicado en este caso fue que la empresa reuniera al menos treinta y cinco abogados en sus oficinas latinoamericanas. Nueve de las catorce firmas listadas resultaron así incluidas en el estudio. Este segundo conjunto presenta importantes diferencias con el primero, tanto en tamaño como en estilo de trabajo. No obstante, se lo incluyó en la investigación por su capacidad de ofrecer de contraste.

Características de las firmas estudiadas

Se trata de organizaciones de gran tamaño, con más de 100 abogados en promedio³. El número total de abogados que ejercen su profesión en estos marcos resulta significativo, pues llega a 5193. Pese a la magnitud de esta cifra, debe recordarse que ellos representan una fracción mínima de los profesionales jurídicos de sus respectivos países⁴.

Cuadro 2 – Características de las firmas estudiadas

		Origen				Total
		Argentina	Brasileña	Mexicana	Multinacional	
Número de firmas		11	18	6	8	43
Número medio de abogados		94	142	74	145	121
Antigüedad	1890 - 1945	54,5%	5,6%	33,3%	87,5%	37,2%
	1945 - 1970	9,1%	33,3%	16,7%	12,5%	20,9%
	1970 - 1990	27,3%	33,3%	33,3%	--	25,6%
	1990 en adelante	9,1%	27,8%	16,7%	--	16,3%
	Total	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%

La mayoría de ellas iniciaron sus actividades profesionales antes de 1970. Se encuentran incluso cinco bufetes fundados en el siglo XIX, generalmente despachos familiares que han logrado adaptarse exitosamente a los drásticos cambios de las condiciones regionales durante las últimas décadas.

³ Entre las firmas multinacionales que actúan en la región se encuentran algunas con más de 1000 juristas en sus filas. Para no distorsionar las comparaciones, aquí se ha consignado únicamente el número de profesionales que estas empresas tienen ejerciendo en América Latina.

⁴ Los abogados que trabajan en grandes firmas jurídicas representan el 0,5 % del total de los 474.574 afiliados a la Ordem dos Advogados do Brasil. En Argentina el Censo Nacional Económico 2004 relevó 148.306 matriculados en los colegios de abogados, por lo que esa proporción constituye el 0,7% de los profesionales argentinos.

Tal como ha ocurrido en otras regiones (ASHTON 2001, HEINZ, NELSON Y LAUMANN 2001, HEINZ, NELSON, SANDEFUR Y LAUMANN, 2005), estas firmas han conocido una tendencia expansiva a partir de la internacionalización de la economía. La demanda de servicios jurídicos por parte de empresas que actúan en más de un orden normativo ha impulsado la creciente especialización de los abogados, el crecimiento de tamaño de algunos despachos, y la creación de nuevas firmas. Estos procesos han dado lugar a la construcción de firmas poderosas, no sólo por el número y la especialización de los profesionales que las integran, sino también por los recursos de que disponen. Grandes bibliotecas⁵, servicios informatizados de clasificación y búsqueda de documentos y sofisticados sistemas de comunicaciones están presentes en muchas de ellas.

El multilingüismo en los servicios es otra característica significativa. El inglés aparece obviamente, como la lengua más usada, seguido de otras europeas como el francés, el alemán o el italiano. También se encuentran estudios que ofrecen servicios especializados en árabe, ruso, chino mandarín, o coreano. Asistir jurídicamente a clientes transnacionales demanda igualmente contar con la posibilidad de operar en diversas localizaciones, tanto dentro como fuera del país sede. En consecuencia, la estructura de estas empresas resulta considerablemente compleja.

Salvo en Argentina –donde, siguiendo el alto grado de concentración económica, las firmas centralizan sus servicios en Buenos Aires– tres cuartas partes de las firmas analizadas tiene diversas sucursales en el país sede. Una red de corresponsales en el interior les permite completar la cobertura de las necesidades de asistencia jurídica de sus clientes.

Los vínculos hacia el exterior del país sede son un eje central de los modos de trabajo de estos despachos. Muchos de estos bufetes (56%) tienen acuerdos de corresponsalía con grupos de firmas similares en España, Portugal o países latinoamericanos, manteniendo sin embargo su independencia operativa. Una proporción significativa (53%) ha abierto ya al menos una sucursal en Europa o los Estados Unidos.

Estos comentarios son válidos –y quizá sólo por un tiempo, habida cuenta de sus tendencias expansivas– para las firmas con sede principal en la región. Entre las que prestan servicios intensamente tan-

⁵ Una firma brasileña declara tener una biblioteca con más de 800.000 documentos.

to dentro como fuera de la región latinoamericana, es difícil establecer una relación privilegiada con un espacio nacional determinado. Se encuentran en este grupo despachos nacidos en Inglaterra o Estados Unidos, que han cubierto el globo con sus sucursales y se organizan actualmente como asociaciones de empresas bajo la legislación suiza (Swiss verein). Estos bufetes construyen sus páginas web extremando los detalles para no privilegiar ninguna ubicación nacional y ofrecer una imagen completamente multicultural⁶. Por este motivo se los ha categorizado aquí como multinacionales.

Discursos sobre el trabajo profesional

Los puntos de vista de los abogados que trabajan en estas grandes firmas son bastante diferentes de las perspectivas clásicas de la profesión. Las actitudes hacia los conflictos, la relación con el cliente y con el Estado, los valores que se sustentan frente a la profesión muestran rasgos nuevos, que vale la pena exponer.

La actitud hacia los conflictos: desde la abogacía litigiosa a la ingeniería de negocios

En la descripción que estos despachos hacen de su estilo de trabajo, suele destacarse la orientación hacia la obtención de resultados jurídicos sólidos, creativos y rápidos que incluyan una evaluación responsable de los riesgos. Una firma marca entre sus rasgos destacados:

...capacidad para atender los más variados aspectos de transacciones complejas y sofisticadas, como así también por su criterio para detectar soluciones innovadoras a los novedosos problemas que la nueva economía y la realidad actual de los negocios plantean. (BFMLM, Argentina)

Generalmente se enfatiza la orientación preventiva en el manejo de los conflictos, una cuestión que para las corporaciones que atienden, adquiere mayor importancia que la representación en juicio. Se ofrece un asesoramiento que anticipa escenarios y conflictos posibles, especialmente en relación a cuestiones laborales, fiscales y ambientales.

⁶ En las páginas web de las grandes multinacionales de servicios jurídicos, las imágenes de abogados y clientes son diversas en las distintas versiones. De este modo, la variedad de rostros incluida corresponden, en sus rasgos étnicos, a los de los hablantes del idioma cuya versión se eligió para leer.

...atua intensamente tanto no campo preventivo das relações obrigacionais, estruturando negócios, contratos, operações dos mais diversos tipos, como na solução propriamente dita de conflitos, sempre no intuito de preservar os interesses de seus clientes, seu patrimônio, e incentivar a expansão de seus negócios, viabilizando tomadas de decisões ágeis e seguras.

Nesse sentido, os profissionais do escritório procuram, sempre, antecipar cenários e soluções, mantendo constante diálogo com o cliente, informando-o sobre alterações legislativas, decisões administrativas e judiciais que possam influenciar suas atividades, e também propondo alternativas de produtos e de negócios que possam trazer ao cliente benefícios de ordem financeira, fiscal e empresarial⁷. (MMSO, Brasil)

En este contexto, los mecanismos alternativos de resolución de conflictos adquieren importancia especial. Más de la mitad de las empresas estudiadas ofrece asistencia en ese tipo de procedimientos. Se destaca la experiencia de sus abogados para formular estrategias en diversos foros internacionales de arbitraje. Igualmente se ofrece acompañamiento para casos de mediación, muchas veces en centros específicos para disputas empresariales a cuya creación han contribuido.

Cuadro 3 - Tipos de servicios ofrecidos

	Sí
Ofrece instancias de resolución alternativa de conflictos	58,1
Ofrece asesoramiento en arbitrajes internacionales	60,5
Ofrece asesoramiento para estructurar negocios	90,7
Ofrece evaluación de riesgos implícitos	41,9

N = 43 empresas jurídicas de más de 50 abogados

Pero el énfasis en el asesoramiento preventivo y el uso de mecanismos alternativos de resolución de conflictos responden a consideraciones pragmáticas de tiempo y costos, antes que a una preferencia declarada por un estilo de procesamiento de disputas. En consecuencia, no se excluye la posibilidad de la litigación, especialmente en temas en los que se enfrenta al Estado:

⁷ La página web de esta firma se ofrece en portugués e inglés.

..dirige negociaciones y, cuando necesario, promueve, a nombre de los clientes, acciones de lo contencioso administrativo, ante autoridades fiscales. (GV) también ofrece planeamiento fiscal, orientaciones en auditorías, dirige el proceso contencioso en todos los niveles, desde el administrativo hasta los tribunales judiciales. ... siempre ha cuestionado las diversas exigencias tributarias indebidamente impuestas sobre sus clientes, obteniendo innúmeros éxitos en procesos judiciales a lo largo de su historia”⁸ (GV, Brasil)

La litigación en serie es parte también de la dinámica de trabajo de estas firmas, que ofrecen su experiencia en el manejo de grandes volúmenes de juicios, particularmente en las áreas de cobranzas de bancos y entidades financieras.

Com capacidade de atuação em todo o Brasil (TFTS) realiza o gerenciamento unificado, produtivo e simultâneo de milhares de ações, através dos serviços de patrocínio e de gestão de contencioso cível, trabalhista e de relações com o consumidor. Este serviço proporciona redução de custos, eficaz controle de processos, interpretação de todas as informações processuais e a identificação de riscos jurídicos, agilizando decisões gerenciais dos clientes (TFTS, Brasil)

El trabajo jurídico de estas grandes firmas no se limita al gerenciamiento de los conflictos, y al asesoramiento preventivo en materia fiscal y laboral. Su consejo resulta decisivo para estructurar negocios, para encontrar los formatos que permiten canalizar complejas operaciones económicas, que involucran la cooperación de actores sometidos a diferentes órdenes jurídicos. Esta capacidad para estructurar negocios –ofrecida por el 90% de las empresas estudiadas– es explicada en estos términos:

Actualmente, las empresas buscan a los abogados no sólo para formalizar, mediante contrato, operaciones ya pactadas. Hoy día, se buscan alternativas en la estructuración legal de los negocios, y, en ese panorama, (BMAA) demuestra una gran aptitud, brindando base y complementación a las estrategias de sus clientes, al darles el formato legal más adecuado, y contribuyendo para agregar valor a las operaciones de las cuales participa⁹ (BMAA, Brasil)

La importancia de los valores empresariales

La identificación con los intereses de sus clientes –sean éstos específicamente económicos, o incluyan la defensa de otro tipo de ob-

⁸ Cita tomada de la versión española de la página web de la empresa.

⁹ Cita tomada de la versión española de la página web de la empresa.

jetivos de carácter intangible, como el honor o el prestigio, es un tema clásico en los discursos profesionales de los abogados. En estos despachos especializados en la atención a empresas, la identificación con la perspectiva del cliente conduce a la acentuación de los valores de tipo empresarial en la práctica profesional.

Cuadro 4 - Presencia de los valores empresariales en el discurso

Comprensión de las necesidades de negocio	76,7%
Adaptación a las necesidades del cliente	76,7%
Eficiencia	72,1%
Vocación de liderazgo	62,8%
Apertura hacia la innovación tecnológica	46,5%
Creatividad	44,2%
Atención personalizada	41,9%
Orientación hacia el ahorro de costos inútiles	34,9%
Rapidez en el servicio	37,2%
Pragmatismo	30,2%

N = 43 firmas jurídicas de más de 50 abogados

Tal como se puede ver en la tabla adjunta, la comprensión de las necesidades de los negocios, la búsqueda de la eficiencia y la competitividad son presentadas como rasgos centrales de la actividad profesional de la mayoría de los despachos estudiados.

Hablamos el idioma de nuestros clientes, en forma literal y figurada. La mayoría de nuestros abogados no solamente son bilingües, sino que como abogados que hemos asesorado en el ámbito de los negocios, entendemos y hablamos el lenguaje de los negocios (GRA, México)

Varias de estas páginas web ofrecen incluso folletos con consejos generales para hacer negocios en el país sede de la firma. La eficiencia, la capacidad de obtener las metas definidas por el cliente con los menores costos o en el menor tiempo posible suele estar presente, en especial cuando se discute la posición del despacho frente a diversos métodos de resolución de conflictos. Estas perspectivas conducen a enfatizar una orientación pragmática, definida en estos términos por una firma mexicana:

...entendemos que nuestros clientes no buscan respuestas complejas para problemas complejos. Sabemos que lo que nuestros clientes necesitan son soluciones prácticas y concretas a sus problemas. (NMDBL, México)

La actitud abierta hacia la innovación, la apertura hacia la tecnología es otra característica que estos despachos comparten con sus clientes, y que se expresa en la incorporación de múltiples recursos técnicos para facilitar la comunicación con ellos. Muchas de estas empresas redactan boletines especializados en diversos temas para sus asistidos, ya sea en papel o en soporte digital. En este aspecto, sin embargo, el rasgo más llamativo es la presencia de dispositivos interactivos en las páginas web, que, mediante el uso de una clave especial, permiten al cliente el seguimiento cotidiano del estado de los asuntos encomendados al despacho.

Otro rasgo notable que aparece en los discursos es el espíritu competitivo que anima a estos bufetes. Dos terceras partes de ellos reafirman su vocación de liderazgo, su interés de ser reconocido como uno de los despachos más importantes dentro de la comunidad profesional. El amor por la competencia –claramente contrario a la colegialidad estimulada por las asociaciones profesionales– impregna la forma que una firma mexicana expresa su visión: *Ser una institución líder de reconocido prestigio nacional e internacional, en continuo desarrollo, formada por personas realizadas y clientes plenamente satisfechos.* (BRC, México)

La identidad del estudio

La identificación con los valores empresariales que sostienen sus clientes es tan fuerte en estos bufetes, que afecta su propia identidad como organizaciones: muchos de ellos se refieren al despacho como a una empresa.

...el Estudio se organizó en los moldes de excelencia profesional de los más conceptuados estudios de abogacía internacionales, con la convicción de que la abogacía de empresa requiere empresa de abogacía. (SCA, Brasil)¹⁰.

Esta forma de percepción de la organización supone reconocerla como una entidad que se desempeña en el mercado de servicios jurídicos intentando obtener ganancias, que enfrenta a los otros abogados como competidores antes que como colegas. Esta construcción de la identidad grupal resulta muy diferente de la presente en otros discursos públicos de la profesión como los códigos de ética:

Vale dizer, o mercado como um todo, empresase concorrentes, nos acolheu e nos incorporou como um player capaz e produtivo. (GSRA, Brasil).

¹⁰ Cita tomada de la versión española de la página web de la empresa.

La fuerte adhesión a los valores empresariales y la configuración de su identidad organizacional como empresas orientadas a las ganancias –antes que como entidades que brindan consejo jurídico a cambio de una remuneración adecuada–, modela incluso el estilo de relaciones que intentan construir con sus clientes. Aunque en aras de la brevedad se consignan aquí sólo una mención, es notable la frecuencia con que muchos de estos bufetes proponen a sus clientes que los consideren, no sus consejeros legales, sino sus socios comerciales.

Nuestro objetivo es construir una relación fuerte y duradera con los clientes. (NC) se caracteriza por su enfoque práctico: buscamos involucrarnos a todo nivel en representación del cliente. Esperamos que, a medida que se desarrolla la relación, nos considere en poco tiempo un socio comercial y no simplemente un asesor legal. (NC, Argentina)

La presencia de los valores profesionales

En los textos de autopresentación de las grandes empresas jurídicas se encuentran, igualmente, referencias a los valores tradicionales de la profesión jurídica, aquellos frecuentemente mencionados en los códigos de ética, aunque con menor frecuencia que los derivados de una orientación empresarial.

Cuadro 5 - Valores profesionales en el discurso

Lealtad e integridad con el cliente	73,3%
Compromiso con la ética profesional	56,7%
Enfasis en el cumplimiento de la ley	23,3%
Respeto a la confidencialidad	16,7%

N = 43 firmas jurídicas de más de 50 abogados

La lealtad y la integridad para con el cliente son los valores profesionales más frecuentemente afirmados. Tres cuartas partes de las empresas mencionan estas características, básicas para construir una relación de confianza entre el profesional y la persona que recibe su asistencia. Se supone igualmente que estas virtudes son el fundamento del prestigio del estudio entre los colegas, y frente a la comunidad toda. De hecho, algunas empresas dan tanta importancia a este atributo, que lo consideran un criterio para la selección y promoción de su personal:

Los jóvenes profesionales son seleccionados por sus antecedentes académicos, pero fundamentalmente por sus aptitudes éticas,

su predisposición natural al trabajo interactivo y su fuerte compromiso con el cliente. (OF, Argentina)

Se subraya que el compromiso con el cliente, sus demandas e intereses, su idea de éxito tal como él mismo la define, no puede ir más allá de los términos que impone la ética profesional:

Todos –sin excepción– están imbuidos de una cultura de total compromiso con el cliente, sin más límites que los que impone la ética. (AB, Argentina)

La apelación a los estándares de la ética profesional como fundamento de la confiabilidad profesional –tema largamente presente en las reglas deontológicas de la profesión– se encuentra en la mitad de los discursos analizados:

Asegurar la excelencia de los servicios prestados, con actuación creativa, ágil, dinámica y eficaz, es el compromiso de los integrantes de (BMAA), siempre obedeciendo a los principios de la ética y de la confiabilidad. Desde su fundación, BMAA tiene, entre sus objetivos más importantes, mantener su reputación de un Estudio íntegro y con altos patrones de conducta profesional. (BMAA, Brasil¹¹)

En las descripciones que se hace de los clientes, actuales o posibles, se observa la intención de poner de relieve la capacidad de brindar consejo jurídico a muchos tipos de organizaciones diferentes, tanto públicas como privadas, del país sede o del extranjero, que han desempeñado roles diversos y aún contradictorios en los procesos económicos. Así se lee en la página de una empresa argentina:

Durante la ola de fusiones y adquisiciones, (BS) participó en las más importantes operaciones realizadas en Argentina, representando a los vendedores, compradores o financistas y actuando en todas las etapas, desde el due diligence, la negociación y la preparación de documentos, hasta en aquellos casos de conflictos societarios.

... ha asesorado a numerosas empresas, tanto nacionales como extranjeras, en procesos licitatorios convocados por el Gobierno Nacional y por Gobiernos Provinciales. Asimismo, (BS) ha asistido legalmente a diversos organismos públicos en la reforma estructural de los Estados Nacional y Provinciales, brindando asesoramiento en diversos procesos de privatización de empresas prestadoras de servicios públicos. (BS, Argentina)

¹¹ Cita tomada de la versión española de la página web de la empresa.

La idea de que los abogados deben prestar sus servicios a todo tipo de clientes, sin importar sus características, tiene por supuesto una larga historia dentro de los valores profesionales, y ha estado asociada a una visión humanística de las responsabilidades de la profesión, especialmente en el campo penal. Este tipo de formulaciones que forma parte generalmente de los códigos de ética profesional¹², adquiere nuevas significaciones en el discurso de los grandes despachos jurídicos.

La insistencia de estas firmas en su capacidad de atender clientes públicos o privados, nacionales o extranjeros, de construir una imagen nacionalmente neutra de sus servicios, pone de relieve la delocalización que el ejercicio profesional de la abogacía está experimentando. Este rasgo resulta notable en el caso de los abogados latinoamericanos, de destacado papel en la construcción de los estados nacionales (PÉREZ PERDOMO 2002), que por esa razón desarrollaron fuerte adhesión a esas instituciones.

En cambio, los valores de orden público, de gran importancia en los códigos de las asociaciones profesionales, tienen una presencia escasa en el discurso de las grandes firmas, especialmente en sus aseveraciones acerca de las metas que se proponen como organizaciones. Mientras que los colegios profesionales de la región, siguiendo los patrones europeos, definen el rol del abogado marcando la importancia de sus compromisos con la construcción de la legalidad y la realización de la justicia, las empresas analizadas enuncian sus objetivos centrales mediante aseveraciones donde dominan los valores propios del campo privado, relativos a la relación con el cliente, antes que con el Estado o la comunidad en general. Una excepción, sin embargo, es un despacho mexicano que define así su misión:

Mantenerse como el bufete jurídico de litigio líder en México, promoviendo a través de los juicios, la obtención de justicia y equidad, buscando y contribuyendo a reformas procesales y de fondo para una mejor administración en la justicia. (GG, México)

Estos comentarios no implican que estos bufetes se dediquen exclusivamente a las actividades que les reportan honorarios profesionales. Antes bien, la mayoría reconoce su responsabilidad hacia la co-

¹² Ver por ejemplo artículo 2.7.2 del Código de Ética del Ilustre y Nacional Colegio de Abogados de México, y el art. 21 del Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil.

munidad y organiza diferentes actividades de servicio, si bien no las incluye en la definición de sus metas centrales.

Un tercio de estos estudios cumple con estas tareas siguiendo las pautas clásicas de la profesión: asesora gratuitamente a entidades de bien público en temas jurídicos (37%), o participa en programas de litigación pro-bono organizados por las asociaciones profesionales (32%). También cabe ubicar aquí los estudios que utilizan su capacidad técnica para litigar casos de interés público (7%). Esta manera de entender la responsabilidad hacia la comunidad es la más frecuente entre los despachos argentinos y los multinacionales.

Otro grupo (39%) organiza sus actividades de servicio siguiendo los modelos corrientes entre sus clientes, las empresas, y auspicia o financia proyectos de interés social o cultural. Se destaca aquí el papel de una firma brasileña con un programa educativo para niños de la calle.

El antagonismo entre valores empresariales y profesionales: la ruptura de la confidencialidad

La tensión entre los valores de orientación empresarial, propios de sus clientes, en los que el interés privado resulta dominante, y las referencias a los valores más tradicionales de la profesión, también presentes aunque con menor intensidad, resulta clara en los discursos analizados. Dos cuestiones de enorme importancia en los códigos de ética profesional sirven para ilustrar estas contradicciones: la concepción de la confidencialidad en las relaciones con el cliente, y la publicidad de los servicios del abogado.

Tradicionalmente, los colegios profesionales prescribían con fuerza la obligación de guardar secreto, la que se extendía no sólo a las cuestiones delicadas confiadas a su discreción, sino incluso a los nombres de sus clientes, los temas de los casos en los que habían intervenido y las sumas de dinero en juego en ellos.

Concebidas como organizaciones que monopolizan un servicio técnico, las asociaciones profesionales intentaban asegurar la posición colectiva en el mercado, procurando evitar la competencia entre sus asociados. En orden a este fin, prohibían la publicidad de los servicios de los abogados, entendida como un ataque a la colegialidad, así como una amenaza a la imagen del abogado como profesional que busca una remuneración digna por su trabajo, pero que no está orientado al lucro.

En cambio, la publicidad aparece casi como una necesidad para los grandes despachos. Su funcionamiento requiere considerables inver-

siones, tanto en infraestructura como en el mantenimiento de complejas redes de comunicaciones, así como un personal técnico numeroso. En consecuencia, la presión por mantener un flujo considerable de asuntos y un nivel suficiente de ganancias resulta fuerte, y el interés por hacer publicidad de sus servicios, alto. Esta publicidad encuentra, sin embargo, barreras muy serias en los límites que la confidencialidad impone.

Cuadro 6 - Tratamiento de la confidencialidad

	Origen				Total
	Argentina	Brasileña	Mexicana	Multinacional	
No mencionan clientes, casos o montos	18,2%	94,4%	33,3%	25,0%	53,5%
Mencionan nombres o casos antiguos		5,6%	33,3%	12,5%	9,3%
Mencionan clientes, pero no casos o montos	36,4%		33,3%		14,0%
Mencionan clientes y casos, pero no monto				12,5%	2,3%
Mencionan casos, clientes y montos	45,5%			50,0%	20,9%
Total	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%

N = 43 empresas de más de 50 abogados

Las páginas web –de hecho, una forma de publicidad de los servicios jurídicos– ilustran la forma en que las empresas resuelven estas tensiones. La mitad de ellas cumplen estrictamente las reglas de las asociaciones profesionales, manteniendo completa reserva sobre los nombres de sus clientes, el tipo de asuntos en los que han participado y los montos en ellos involucrados. Esta postura se encuentra en la mitad de las empresas multinacionales, y en la práctica totalidad de las brasileñas. Entender esta vigencia de las normas profesionales resulta más sencillo si se recuerda que la Ordem dos Advogados do Brasil es una organización muy poderosa, que administra el examen de acceso a la profesión.

Entre los despachos radicados en México –donde la fuerza de las asociaciones profesionales resulta considerablemente menor– es habitual presentar listas de clientes, e incluso casos en los que se ha trabajado, pero se omite las referencias a cifras.

En cambio, la presentación de casos, clientes, y montos de las operaciones es una práctica recurrente entre las empresas argentinas y multinacionales; la mitad de ellas lo hace abiertamente, y declaran haber asesorado en la realización de operaciones de montos varias veces millonarios¹³.

¹³ Así declara BV: Representamos a Telefónica Móviles en la adquisición de las sociedades subsidiarias de BellSouth en Argentina por U\$S 1.000 millones.

La tensión entre valores empresariales y profesionales se elude en ocasiones, prestando una conformidad apenas formal a las prescripciones de las asociaciones profesionales. Así, algunas páginas web incluyen una sección de “clipping”, en la que figuran artículos aparecidos en diversos medios de comunicación referidos al despacho. Este recurso les permite hacer conocer a sus clientes montos de los casos en los que han intervenido, a través de las citas de otros. El distanciamiento de las reglas puede ser incluso mayor, como en el caso de una empresa que cumple estrictamente la regla de confidencialidad en la versión en portugués, pero se aparta de ella en la versión inglesa, donde informan casos y montos.

Nuevos modos de relación con el Estado

La preeminencia de los valores empresariales y la identificación con los intereses del cliente refuerzan los compromisos de estas firmas con los valores de orden privado. No resulta sorprendente entonces que los modos de relación con el Estado visibles en su discurso presenten rasgos nuevos.

La participación en los procesos de formación de la ley, es sin duda, una de las ambiciones centrales de los abogados, una cuestión señalada por BOURDIEU (2000), quien sostiene que el derecho a nombrar el Derecho es el tema central de la competencia en el campo jurídico. En la tradición romanista, haber sido consultado para la redacción de una norma constituye un honor, y una prueba de alta competencia técnica para un jurista, generalmente dedicado también a la vida académica. Buena parte de las empresas estudiadas –especialmente en Argentina– muestran la influencia de este estilo de intervención en la formación de la ley. Al incorporar datos sobre la actuación profesional individual de sus socios más destacados, informan sus tareas en el ámbito universitario, así como su participación en el proceso de redacción de alguna norma. Se recrea así el modelo cultural de un sistema jurídico en cuya configuración los académicos han tenido una influencia importante.

Esta tarea de asesoramiento legislativo es vista como el ejercicio de la responsabilidad de los abogados en la construcción del sistema jurídico, dentro de una concepción de su rol que subraya su compromiso con el orden público. Así informa una empresa mexicana:

El ejercicio de la profesión significa no sólo servir a nuestros clientes, sino también a la comunidad en general. Hemos tenido el privilegio de participar con legisladores, dependencias gubernamentales y grupos privados en la elaboración de proyectos de

leyes y reglamentos en la búsqueda de soluciones prácticas a temas legales de actualidad. (SS, México)

En los discursos de las empresas analizadas aparecen sin embargo también otras maneras de relacionarse con el Estado, en las que la impronta de los modelos propios del Common Law resulta visible. Aquí, la participación en el proceso de formación de la ley no es la actuación individual de un experto, integrante del estudio, cuya opinión es consultada, sino un rol activo que cumple el despacho persuadiendo al Poder Legislativo o Judicial. Una firma mexicana resalta su protagonismo en la generación y mantenimiento de criterios respecto de distintas materias en estos términos:

El despacho participó de manera activa en la labor de convencimiento de los Ministros de la Suprema Corte de Justicia para que sostuvieran el criterio de que los vales de despensa, constituyen previsión social para efectos del Impuesto sobre la Renta y, por ende, su legítima deducibilidad para la empresa y su no acumulación para el empleado. (BRC, México¹⁴).

Este abierto reconocimiento de la tarea de persuasión de magistrados resultaría chocante en algunos círculos jurídicos de la región, debido a su impacto sobre la imagen de independencia del alto tribunal.

En las multinacionales orientadas por modelos americanos, la tarea de convencer funcionarios se convierte en un servicio ofrecido de manera sistemática para ciertos campos específicos. La sucursal mexicana de una empresa multinacional ofrece análisis y seguimiento parlamentario, así como estudio del impacto de leyes, normas y reglamentos. Plantea que trabajan para que las prioridades de sus clientes se transmitan a los “sujetos apropiados” en los tres poderes públicos. Así describe su actividad:

El cabildeo es una actividad a cargo de profesionales especializados en transmitir información sobre empresas, asociaciones, gobiernos o grupos de interés a las personas o instituciones que dentro del Estado se encargan de las decisiones, con el fin de que éstas sean tomadas informadamente y con sustento, siempre dentro del marco legal y de manera transparente. ...requiere participar en el análisis, ejecución, seguimiento y evaluación de los programas gubernamentales, leyes o reglamentos. En el marco

¹⁴ Enfasis añadido.

de una más clara separación de poderes, democracia y responsabilidad pública que se dan en el México de hoy, el cabildeo responsable y transparente juega un papel cada vez más importante. Realizamos seguimiento legislativo, de leyes y reglamentos. Nuestro personal asesora y colabora activamente con nuestros clientes en el desarrollo y ejecución de estrategias, que reflejen sus prioridades para transmitirlos a los sujetos apropiados dentro de los tres Poderes de la Unión. (PW, México)

Esta tarea de lobby se ofrece de manera muy concreta, informando públicamente las comisiones del Congreso con las que la empresa tiene más contacto y con las que puede ofrecer sus servicios. Estas formas de relación con el Estado, muy comunes en las firmas multinacionales de origen anglosajón, están ganando aceptabilidad en otras firmas mexicanas. Así, una de ellas solicita en los formularios que los aspirantes a trabajar en la firma deben llenar, se informen los nombres de:

“Funcionarios de Gobierno de mediano y alto rango parientes o amigos del solicitante o de sus familiares:” (NMDBL, México)

Los cambios en la manera de vincularse con el Estado implican el abandono de modelos nacidos en la cultura jurídica europea. Su profundidad resulta acentuada en tanto están acompañados igualmente por nuevas formas de definir la relación con la comunidad nacional. La lealtad al Estado nacional ha sido muy fuerte entre los abogados latinoamericanos, cuya contribución a la construcción de esa totalidad ha sido destacada. Esa adhesión se percibe todavía en el discurso de algunos de los despachos más antiguos, que destacan su identificación con los intereses nacionales:

Tras siete décadas de vida, la labor de GV es cada vez más activa en la formación de un país económicamente fuerte, con una base jurídica estable. (Brasil)¹⁵.

A lo largo de más de cien prestigiosos años de ejercicio del derecho en nuestro país, el estudio colaboró activamente en la radicación de diversas industrias, en la concreción de inversiones productivas y en el apoyo al desarrollo de la actividad agrícola ganadera, siendo protagonista relevante del progreso de la Nación. (OF, Argentina)

¹⁵ Cita tomada de la versión española de la página web de la empresa.

La mayoría de las empresas estudiadas, en cambio, despliega un discurso sin marcadores de identidad nacional. Tal como se señaló más arriba, es perceptible el esfuerzo de presentar al bufete como una entidad fuertemente técnica, que defiende los intereses de sus clientes, tanto nacionales como extranjeros, de orden público o privado. En condiciones de crisis, este papel neutro deja a la luz la escasa importancia de la lealtad a la comunidad nacional para estos despachos, que privilegiaban la representación del interés de su cliente, cualquiera sea éste. Así se refieren dos firmas latinoamericanas a su papel durante las graves crisis financieras sufridas por sus respectivos países, que sumieron en la pobreza a la enorme mayoría de su población:

El Despacho también ha asesorado a entidades gubernamentales extranjeras incluyendo al Departamento de Comercio de los Estados Unidos de América en la negociación de varios de los Capítulos del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, al igual que al Departamento Norteamericano del Tesoro en el paquete financiero de emergencia de USD \$20 mil millones, otorgado a México en el año de 1995.” (JNNR, México)

Cabe mencionar que asesoramos a grupos de bancos internacionales liderados por JP Morgan Chase, en la transacción de «pases» más grande que tuviera lugar con el Banco Central de la República Argentina, por un monto aproximado de 6.000 millones de dólares estadounidenses, cantidad que fue utilizada por el Banco Central para otorgar liquidez al sistema financiero argentino durante la crisis financiera del año 2001 y fue repagada durante el mismo período de crisis, luego de que la República Argentina entrara en mora respecto del pago de su deuda. (PAGBAMH, Argentina)

En estas condiciones, la lealtad del abogado a su cliente se afirma únicamente en el hecho de haber sido elegido para prestar un servicio, y la delocalización del trabajo jurídico que señalamos más arriba resulta subrayada.

A modo de síntesis

La expansión de las grandes firmas de abogados modifica la organización social del trabajo jurídico, que se vuelve más especializado y se desconecta de sus referencias locales. Tal como señalaran DÉZALAY Y GARTH (1995) en su análisis de la profesión jurídica en Europa, los abogados tradicionales –caballeros con extensas redes de relaciones sociales, y finos modales que les permitían manejarse en situaciones conflictivas– son desplazados por técnicos que conciben su trabajo como ingeniería de negocios.

La revisión de las páginas web de las grandes empresas jurídicas que actúan en Argentina, Brasil y México ha mostrado cómo, tal como lo destacara Weber en su análisis de la profesión jurídica en Europa, las modificaciones en la organización social del trabajo jurídico están acompañada también por nuevas propuestas en el discurso público de la profesión legal. Puede señalarse que estas transformaciones en el discurso se articulan en torno a dos ejes: la concepción del Derecho y la cultura jurídica tomada como modelo. Ambos cambios se implican y refuerzan entre sí.

En el nuevo discurso sostenido por los grandes bufetes latinoamericanos, la acentuación de los valores empresariales y pragmáticos implica enfatizar una concepción instrumental del Derecho, donde la conexión de éste con los valores públicos queda difuminada. En consecuencia, el abandono de la abogacía centrada en el litigio y su transformación en creativa ingeniería de negocios se convierte para algunas firmas en una divisa a defender. Así lo muestran los siguientes lemas, colocados en la página de inicio de dos de ellas:

*"I don't hire lawyers to tell me what I can't do. I hire them to tell me how I can do what I want to do - J. P Morgan". (LTB, Brasil)¹⁶.
"Somos hombres y mujeres de empresa y nuestra empresa es el derecho"(MMB, Argentina)*

Parsons había señalado el carácter ambiguo de la posición social de la profesión jurídica, a la que veía como *"una entidad que, por decirlo así, penetra los límites entre las funciones y las responsabilidades privadas y las públicas. Sus miembros actúan en ambas funciones y la profesión tiene decidido anclaje en las dos"* (PARSONS, 1967, e.o. 1949, p.326). La resolución de esta tensión entre interés público e interés privado sigue distintas modalidades históricas: mientras en las versiones de raíz europea se acentúan los compromisos de los profesionales con el mantenimiento del orden público, en las nacidas en el ámbito anglosajón se remarca la adhesión del abogado al interés de su cliente.

Tradicionalmente, la cultura jurídica latinoamericana se asemejaba más a los modelos continentales europeos. En cambio, las transformaciones en marcha en la cima de la jerarquía profesional –el estilo organizacional de las grandes empresas jurídicas latinoamericanas, el

¹⁶ El texto está colocado tanto en portugués (Não contrato advogados para me dizerem o que não posso fazer. Eu os contrato para me dizerem como fazer aquilo que eu quero fazer. J.P.Morgan) como en su versión original inglesa.

énfasis privatista presente en su discurso– revelan la creciente importancia de los modelos característicos del Common Law¹⁷. Valdría la pena explorar también si esas influencias pueden percibirse igualmente en las actitudes y valoraciones hacia el Derecho vigentes en los sectores mayoritarios de la profesión.



Bibliografía: ASHTON SCOTT (2001) *El Torneo De Abogados: Law Firms in Chile*, contribución al proyecto Lawyers of Latin America, coordinado por Rogelio Pérez Perdomo, Stanford Law School. Accesible el 24/2/05 en: <http://www.law.stanford.edu/library/perez-perdomo/lla.html>; BERGOGLIO MARÍA INÉS (2006) “Transformaciones en la profesión jurídica: Diferenciación y desigualdad entre los abogados”, *Anuario del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales*, Vol. VIII, 361 – 381, UNC, Córdoba; BERGOGLIO MARÍA INÉS (2006) “El papel del abogado litigante”, capítulo en *La justicia latinoamericana. El papel de los actores*, LUIS PÁSARA (editor), Salamanca, en prensa; BOURDIEU PIERRE (2000) *Poder, derecho y clases sociales*, Ed. Desclée de Brouwer, Bilbao; DÉZALAY YVES Y GARTH, BRYANT (1995) “Merchants of Law as Moral Entrepreneurs: Constructing International Justice from the Competition for Transnational Business Disputes.” *Law and Society Review*, 29, no.1, pp. 27-64; DÉZALAY YVES Y GARTH, BRYANT (2003) “Patrones de Inversión Jurídica Extranjera”. Capítulo en *Culturas Jurídicas Latinas de Europa y América en tiempos de globalización*, H. FIX-FIERRO, L. FRIEDMAN Y R. PÉREZ PERDOMO, editores, Universidad Nacional Autónoma de México, México; FUCITO, FELIPE (2000) *Perfil del Abogado bonaerense*, Fundación Cijuso, La Plata, Vol. I y II; HEINZ JOHN, ROBERT L. NELSON, EDWARD O. LAUMANN (2001) “The Scale of Justice: Observations on the Transformation of Urban Law Practice”, *Annual Review of Sociology*, 27: 337-362; HEINZ JOHN, ROBERT L. NELSON, REBECCA L. SANDEFUR, AND EDWARD O. LAUMANN (2005) *Urban Lawyers: The New Social Structure of the Bar*. The University of Chicago Press, Chicago; PARSONS TALCOTT (1967) “Consideraciones de un sociólogo sobre la profesión legal”, en *Ensayos de Teoría Sociológica*, Paidós, Buenos Aires. Ed. Original 1949; PÉREZ PERDOMO ROGELIO (2002) *Los Abogados de América Latina: Una introducción histórica* – Universidad del Externado de Colombia, Bogotá; SILVA GARCÍA GERMÁN (2001) *El mundo real de los abogados y de la justicia*, Vol. I al IV, Universidad Externado de Colombia, Bogotá; WEBER MAX (1969), *Economía y Sociedad*, Fondo de Cultura Económica, México, edición original en español 1944.

¹⁷ DÉZALAY Y GARTH han analizado la creciente importancia de los modelos norteamericanos en la construcción de las legitimidades sociales del Derecho en América Latina, de tal modo que en la región resulta cada vez menos clara la demarcación entre las tradiciones del common law y romano-canónica. Este cambio de orientación no modifica sin embargo la posición de la región en el contexto de las relaciones internacionales de poder. “... esta fragmentación e hibridación que caracterizamos en parte como el retorno al imperio de la ley puede quizá mejor ser entendida como un retorno al derecho dependiente, debido a que estas transformaciones están estrechamente relacionadas con los procesos hegemónicos” (DÉZALAY Y GARTH, 2003, p. 746).

PAGINA 400
BLANCA

EL DISCRETO ENCANTO DE LA DEMOCRACIA LIBERAL

(THE DISCREET CHARM OF LIBERAL DEMOCRACY)

*María Susana Bonetto**

SUMARIO: En el presente trabajo nos interrogamos sobre la tensión existente en la democracia liberal entre por una parte las limitaciones legales impuestas por el Estado de Derecho a la soberanía popular y por la otra la autodeterminación democrática. Analizamos dos enfoques dentro de ella que dan mayor relevancia al Estado de Derecho o la Democracia respectivamente, concluyendo con un análisis crítico de ambas propuestas.

PALABRAS CLAVE: Estado de Derecho – Democracia – Liberal – Democrática.

La construcción de la democracia contemporánea surge a partir de los presupuestos teóricos del liberalismo, en el marco del gobierno representativo y legalmente limitado por el Estado de Derecho Liberal. Así, ciertas interpretaciones teóricas consideran que la democracia moderna es una continuación del liberalismo político, por ello lo liberal sería inescindible de lo democrático. (García Guitián 1998.115).

Desde otros enfoques se sostiene que la democracia es algo diferente y lógicamente independiente de lo liberal, y sólo atendiendo

* Profesora Titular por Concurso de Teoría Política ETS. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Categoría I en el Programa de Docentes Investigadores. Doctora en Derecho y Ciencias Sociales. Posdoctorado en Sociología Política CEA UNC. Autora de publicaciones nacionales e internacionales. Directora de 20 investigaciones subsidiadas. Directora del Doctorado en Ciencia Política. Profesora de Posgrado de Teoría Política. Metodología de la Investigación y otras asignaturas en Maestrías y Doctorados de esta Universidad y de otras nacionales e internacionales.

a la dificultosa extensión del sufragio en el Estado Liberal, podemos hablar de liberalismo democrático.

La marca del liberal es su preocupación por los límites de la autoridad y la interferencias del Estado, por ello se acentúa la protección de los Derechos individuales.

Pero al mismo tiempo en el pensamiento liberal, ya desde Locke se sostuvo que el consentimiento es la única base legítima para la autoridad y sólo se produce el sometimiento a las leyes por propio consentimiento. El gobierno tiene una naturaleza fiduciaria y la soberanía está depositada en el pueblo. Para conciliar estos principios y evitar su tensión conflictiva, el gobierno se ejerce por delegación y está sujeto a restricciones a fin de evitar la afectación de la libertad ciudadana.

Sartori entiende que en la democracia contemporánea “nuestras libertades están aseguradas por una noción de la legalidad que constituye un límite y una restricción de los genuinos principios democráticos” (Sartori 1988.382).

En este marco siguiendo a Held (1997) el liberalismo produjo aportes definitorios en la construcción del Estado, en la limitación del poder arbitrario.

En primer término el Constitucionalismo o Estado Constitucional que se refiere a los límites implícitos o explícitos del proceso de elaboración de decisiones político-estatales, las cuales pueden ser procedimentales o sustantivas. En segundo término, el Estado Liberal queda configurado en gran medida por la búsqueda de una esfera privada independiente del Estado. Así, el constitucionalismo, la propiedad privada y la economía de mercado se constituyeron en pilares del Estado Liberal.

Finalmente a partir de que primero se plasmó lo liberal y después de grandes conflictos lo democrático, emerge la tercera variante del Estado, en su versión liberal-democrática

Desde un análisis del desarrollo de los procesos generados a partir de la revolución industrial se advierte que la regulación jurídica de los derechos y libertades individuales, tuvieron una incidencia práctica muy desigual, fue plena para la burguesía propietaria, pero no se efectivizó de la misma manera al resto de la población.

En ese contexto, en el plano político, se rechazan los derechos de plena participación política, así como los de asociación. La oposición al primero se argumentó a partir de que al estar encarnada la soberanía en la nación, era suficiente que una minoría respetable (los propietarios que constaban en el censo de contribuyentes) lo expresara. El segundo no era aceptado a partir de una concepción individualista re-

fractaria a la regulación jurídica de los grupos que legitimara su participación política.

La integración de la Democracia al Estado Liberal demandó la aceptación del sufragio universal y el derecho de asociación. Esto no fue fácil y obligó a una revisión del sistema y a la introducción de reformas constitucionales, las que signaron el tránsito del Estado Liberal al Liberal-democrático. Sin embargo las bases legitimatorias del Estado de Derecho y las de la Democracia se apuntalan en lógicas diferentes.

Jiménez Redondo (1997.28) entiende que en la “Declaración Universal de los Derechos del hombre y del ciudadano” la idea liberal y la idea democrática simplemente se yuxtaponen sin llegar realmente a articularse. Se sostiene que “la ley es la expresión de la voluntad general” (art. 6) y también se dice que “el objeto de toda sociedad política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre” (art. 2). Así siendo “la propiedad un derecho imprescriptible y sagrado” (art. 14), éste debe ser el límite infranqueable del poder soberano convertido en atributo de la asamblea democrática.

Por ello, es posible sostener que en la institucionalización de la democracia liberal el significado de lo democrático queda sujeto a las restricciones del Estado de Derecho, expresión del liberalismo orientado a la protección de la libertad. En ese escenario es posible plantearse el interrogante de si la defensa de la libertad esta orientada a la protección de la autonomía política o a la libertad de mercado vinculada a la absolutización del Derecho de propiedad.

En este marco, entendemos que existen dos posibles concepciones de democracia liberal, que por sus diferencias, implican mucho más que una simple disputa de familia y que han generado dos tradiciones de pensamiento muy diferentes, a pesar de originarse en la misma matriz política.

Así encontramos un enfoque que prioriza una cierta auto-comprensión del orden liberal que se perfila ya desde el último tercio del siglo XVIII con la publicación de “La riqueza de las Naciones” (1776) de Adam Smith que según Jiménez Redondo (1997.15) puede reducirse a tres suposiciones que sintéticamente expresarían: 1) la sociedad liberal se fundamenta en presupuestos normativos articulados a los derechos de propiedad. 2) este orden además de justo es sistémicamente posible, en tanto el sistema de libre intercambio, abandonado a su propia lógica encuentra siempre un punto de equilibrio. 3) el orden liberal, además de justo y posible, al fomentar las capacidades y habilidades del individuo, se constituye en el más eficiente e innovador.

“Este conjunto de ideas, que podemos denominar “la promesa liberal” conforme a la que el orden asentado exclusivamente sobre los supuestos de la “libertad de los modernos” puede estabilizarse por entero a sí mismo precisamente en su infinita excitación, movimiento y capacidad de innovación, ha seguido ejerciendo su fascinación hasta nuestros días” (Jiménez Redondo 1997.15 y 16).

En el presente Held (1992-1997) sostiene que esta tradición está representada por el neoliberalismo y lo que se ha denominado por este autor la democracia legal de la nueva derecha.

En este sentido autores como Nozick (1994) entienden que la vida política al igual que la económica es una cuestión de libertad e iniciativa individual. Así el programa político de este enfoque puede resumirse en más mercado y menos Estado. Existe una tendencia a priorizar la causa del mercado sobre el Estado, aunque esto implique una reducción del uso democrático del poder del Estado. La única organización legítima es la negociada por las actividades libres de los individuos en competencia. Así las únicas instituciones políticas legítimas son las del “Estado mínimo” (Nozick. 1994.35). En este marco el derecho de perseguir los propios fines, fuera de la tutela del Estado está articulado con el derecho de propiedad.

Los aportes de Nozick son libertarios, en el sentido que tan sólo el individuo puede juzgar lo que quiere y debe ser, en esto libre de la interferencia del Estado. Y también entiende que éste va más allá de sus límites legítimos cuando se convierte en un instrumento de promoción de la igualdad.

Por su parte Hayek apoya también esta propuesta de democracia legal, reforzando los límites estrictos al uso del poder del Estado. Postula limitaciones a la voluntad de la mayoría ya que no debe suponerse que con el cumplimiento del procedimiento democrático correcto, el poder está exento de arbitrariedad. Por ello resulta relevante la existencia de reglas generales que limiten las acciones de las mayorías y los gobiernos. Plantea la neta supremacía del Estado de Derecho según el sentido atribuido por el autor. “El Estado de Derecho implica pues un límite al alcance de la legislación.....Significa no que todo sea regulado por la ley sino, contrariamente que el poder coercitivo del Estado sólo puede usarse en casos definidos de antemano por la ley....” (Hayek 1985.117 y ss).

Según sostiene Held (1992.300) “la democracia legal” de Hayek establece los contornos de una sociedad de libre mercado y de un “Estado mínimo”. Las únicas intervenciones legítimas de un Estado las constituyen la aplicación de normas generales que protejan la vida, la

libertad y la propiedad. En lo demás debe imperar el mercado único mecanismo que permite determinar la elección colectiva sobre una base individual. Este no siempre opera a la perfección pero sus beneficios siempre son superiores a sus desventajas. La política siempre será un sistema imperfecto en comparación con el mercado.

Para Held (1997. 289 y ss) estas formulaciones deben ser tenidas en cuenta al reexaminar la relación entre política, derecho y mercados.

Por ello este autor formula una serie de críticas a los argumentos de Hayek que refutan contundentemente su base de legitimidad. Así, en principio sostiene que el intento de erradicar el conjunto de cuestiones económicas del ámbito de deliberación democrática restringe fuertemente su alcance. En ese sentido el “imperio de la ley” en la concepción de Hayek obstaculiza la discusión acerca del impacto del poder económico en la autonomía de lo público-político. Y aunque lo haga en nombre de la libertad, termina restringiendo la libertad.

Esto es así por una serie de argumentos que hacen referencia a los efectos negativos de la absoluta liberación del poder económico. Por una parte, la realidad del supuesto “libre mercado” está signado por complejas pautas de formación histórica, estructuras oligopólicas y rivalidad económica de bloques regionales. A ello se suma la capacidad actual de las corporaciones económicas de transferencia de recursos de una jurisdicción a otra en función de condiciones más favorables, no importa los costos sociales que se produzcan. Además se agrega un sistema financiero internacional, que fomenta movimientos instantáneos de capital a corto plazo. Todo lo expresado genera restricciones económicas que impactan fuertemente sobre los gobiernos nacionales.

Entiende Held (1997) que Hayek en particular y en general el enfoque neoliberal construyen una imagen de los mercados como mecanismos de coordinación neutrales e inofensivos y con ello niegan la naturaleza distorsionante del poder económico en relación con la democracia (Held. 1992-1997).

Por otra parte las amenazas contemporáneas más peligrosas para la democracia, no surgen de la supuesta sobrecarga de demandas a favor de la igualdad y la nivelación de las diferencias sociales, sino de la expansión de niveles de desigualdad tan agudos que atentan contra la libertad política y la democracia.

El recorte de los servicios que protegían la vulnerabilidad social destruyen derechos y producen conflictos en el marco de un discurso que rechaza las cuestiones redistributivas como contrarias al im-

perio de la ley. A diferencia de lo que sostiene el liberalismo, la libertad no se agota con la igualdad ante la ley, sino que implica capacidad real de elección, la cual se menoscaba notablemente por la desigualdad económica.

En definitiva, los efectos distorsionantes del poder económico no sólo restringen la capacidad de participación igual de los ciudadanos, sino que afectan la capacidad de autonomía de los gobiernos.

Esto es así porque las restricciones sobre las instituciones políticas estatales limitan sistemáticamente las opciones políticas, y los gobiernos por su propia estabilidad deben preservar el proceso de acumulación y deben seguir una agenda política sesgada hacia el apoyo del poder económico.

Este entrelazamiento entre lo público y lo privado (política y economía) constituye a las elecciones formales, supuesta expresión del poder ciudadano, en mecanismos insuficientes para garantizar la "accountability" de las fuerzas realmente implicadas en el proceso de gobierno (Held 1997.295)

A pesar de sus críticas a Hayek, Held (1997) advierte la complejidad del problema y la inexistencia de alternativas simplistas o voluntaristas para su solución.

En definitiva este enfoque encarna lo que ya en 1962 señalara C. Macpherson, en su obra "La teoría política del individualismo posesivo", acerca de los límites internos del proceso liberal-democrático cuando se prioriza el derecho de propiedad. Esto es una versión del individualismo que apela enfáticamente al valor libertad y a una defensa constitucional de ésta, pero en realidad refiere a un individualismo que se desarrolla por medio de una acumulación de bienes, y a una defensa no tanto de los derechos individuales en general, sino específicamente del derecho de propiedad. Así se termina postulando una autonomización de la economía capitalista de mercado, que se convierte en principio regulador de todas las interacciones sociales.

Frente a la perspectiva desarrollada, abordaremos la propuesta más "democrática" en el marco de la democracia liberal, el modelo deliberativo de J. Habermas.

Focalizaremos el análisis, dentro de su vasta obra, en aquellos textos que expresan los elementos centrales de su propuesta democrática, en la cual se vinculan la fundamentación filosófica de un discurso moral derivado de las estructuras racionales de comunicación, con su propia reconstrucción histórica y sistemática de las formas institucionales sobre las que se ha generado el proyecto político democrático. En ese marco adquiere especial relevancia su análisis del nexo interno

entre Estado de Derecho y Democracia, vinculado a su interpretación de las relaciones entre autonomía pública y privada, culminando con su propuesta de reconciliación democrática a través del derecho¹.

La democracia para Habermas se concibe como la forma política derivada de un proceso comunicativo libre dirigido a lograr acuerdos consensuales en la toma de decisiones colectivas (Colom Gonzalez 1992.185) Esto se apunala en aportes recurrentes en su vasta producción en donde se realiza un recorrido histórico del “espacio público” como ámbito de comunicación política y a su vez en enunciados centrales de su magno aporte de “La Teoría de la Acción Comunicativa” en la cual la verdad se hace depender de la discusión argumentativa en torno a la validez de enunciados problematizados. En ese marco el poder legítimo sólo emerge a partir de quienes logran elaborar convicciones comunes a partir de comunicaciones no restringidas.

A partir de estos presupuestos iniciales la teoría democrática de Habermas intenta ser una instancia superadora de las tradiciones liberales y republicanas. Según el autor la primera sólo concibe programar al Estado en interés de la sociedad, proponiendo una ciudadanía determinada por los derechos subjetivos que implica su ejercicio en los límites trazados por las leyes obligatoriamente respetadas por las acciones estatales.

La tradición republicana implica una autodeterminación ciudadana independiente tanto de la administración pública como del tráfico económico privado, lo que permite que junto al interés económico privado y al poder administrativo del Estado, surja la solidaridad como una tercera fuente de integración social. En este contexto resaltan los derechos cívicos de participación que constituyen a los ciudadanos en sujetos públicamente responsables orientados a salvaguardar un proceso inclusivo de formación de la opinión o de la voluntad común.

Así para los republicanos los derechos no son en última instancia sino las determinaciones de la voluntad política predominante, mientras que para los liberales los derechos se basan en un derecho superior revelado (natural). Rescata que para los republicanos” el para-

¹ Desarrollaremos nuestro análisis a partir de los siguientes textos de Habermas “Tres modelos de democracia” y “El vínculo interno entre Estado de Derecho y Democracia” en “La inclusión del otro. Estudios de Teoría Política. Paidós Barcelona 1999. También “Reconstrucción interna del Derecho II: los principios del Estado de Derecho” (cap. IV) “Paradigmas del Derecho” (cap. IX) y “Complementos y estudios previos. La soberanía popular como procedimiento” (cap. II) de “Facticidad y Validez” Ed. Trotta. Madrid 1998.

digma de la política concebida en el sentido de la práctica de autodeterminación ciudadana no es el mercado sino el diálogo” (Habermas 1999 págs. 236 y sigtes).

Habermas se encuentra mas cerca del modelo republicano, pero advierte que es demasiado idealista ya que hace depender el proceso democrático de las virtudes ciudadanas orientadas al bien común, objetivo problemático en tanto en las actuales condiciones de pluralismo social y cultural no existe una forma de vida compartida intersubjetivamente. Por ello, toma un concepto procedimental de la política deliberativa como el núcleo normativo de la teoría de la democracia.

Según la tradición liberal la formación de acuerdos se lleva a cabo en la forma de compromiso de intereses y según la tradición republicana en la forma de autocompresión ética.

Habermas entiende que la teoría discursiva de la democracia toma elementos de ambas y los integra en el concepto de un procedimiento ideal para la deliberación y la decisión. Y el concepto de política deliberativa sólo adquiere una dimensión empírica a partir de una pluralidad de formas de comunicación, por medio de la autocomprensión ética, pero también de acuerdo de intereses, fundamentaciones morales y la comprobación de lo coherente jurídicamente. Así, en el marco del procedimiento democrático se genera una conexión interna entre negociaciones, discursos de autocomprensión y discursos referentes a la justicia.

Coincidiendo con el republicanismo, la teoría discursiva coloca el proceso de formación de la voluntad y de la opinión política en el punto central de la decisión democrática, pero incorpora los derechos fundamentales y los principios del Estado de Derecho como relevantes para la institucionalización de los presupuestos comunicativos del procedimiento democrático. Según estos presupuestos la formación informal de la opinión desemboca en decisiones electorales institucionalizadas y en resoluciones legislativas por las que el poder producido comunicativamente se transforma en poder utilizable administrativamente.

Por otra parte, la idea de la política deliberativa postula una nueva conceptualización normativa del Estado y la Sociedad distinta a la tradición republicana y liberal. Según la primera la democracia equivale a la autoorganización política de la sociedad en cuyo escenario la comunidad se torna conciente de sí misma y actúa sobre sí misma mediante la voluntad colectiva de los ciudadanos. A diferencia de ésta, en la tradición liberal la separación entre aparato estatal y sociedad no puede ser eliminada sino sólo franqueada por medio del proceso de-

mocrático. Su eje político no es la autodeterminación democrática de los ciudadanos sino la regulación en términos de Estado de Derecho, de una sociedad volcada a la economía.

Frente estas dos concepciones, Habermas sostiene que la teoría discursiva de la democracia le otorga al proceso democrático connotaciones más fuertes que el modelo liberal, pero más débiles que el republicano, toma elementos de ambos y los articula de diferente manera.

La teoría del discurso que se orienta en la intersubjetividad de orden superior que representan los procesos de entendimiento, alude a una formación informal de la opinión pública que desemboca en decisiones institucionalizadas y en resoluciones legislativas.

Se diferencia así del liberalismo en el cual la voluntad democrática solo legitima el ejercicio del poder político y de la republicana en la cual la soberanía se encarna en el pueblo y no puede ser delegada.

En la democracia deliberativa, “la soberanía popular surge de las interacciones entre la formación de la voluntad común, institucionalizada con técnicas propias del Estado de Derecho y los espacios públicos movilizadas culturalmente que por su parte hallan una base en las asociaciones de una sociedad civil alejada por igual del Estado como de la economía” (Habermas 1999.245).

Así una soberanía popular exenta de sujeto queda disuelta en términos intersubjetivos, en los procedimientos democráticos y en los exigentes presupuestos comunicativos de implementación de estos procedimientos. Una soberanía popular procedimentalizada en estos términos, no puede operar sin la existencia de una cultura política que le resulte afín, en sociedades habituadas a la libertad, por tradición y socialización.

Una de las estrategias propuestas inicialmente por Habermas para efectivizar esta propuesta es la del “asedio al poder” en cuyo marco, los ciudadanos por medio del debate público tratan de ejercer influencia sobre los procesos de deliberación y decisión operando sobre el poder administrativo para programarlo y controlarlo. También las decisiones parlamentarias y administrativas deberían permanecer sensibles a los resultados de la formación informal de la opinión que surja de espacios públicos autónomos. Esto según el autor no sería del todo utópico si surgieran asociaciones formadoras de opinión no subordinadas a relaciones de poder del sistema², con mentalidad política

² Mundo de la vida y sistema constituyen dos conceptos básicos en la interpretación del pensamiento de Habermas. Proceden de tradiciones distintas. Mundo de la vida proviene de Husserl y Habermas lo vincula a la comprensión sociológica de la inter-

igualitaria, capaz de innovar temas y valores en la discusión política. La institucionalidad y la dinámica social se interpenetrarían recíprocamente.

En el contexto de esta argumentación Habermas postula la mediación entre soberanía popular y derechos humanos. Así si se sostiene el carácter originario de ambos y los derechos humanos deben posibilitar la praxis de la autodeterminación ciudadana. Esta última exige que los destinatarios del derecho puedan comprenderse como los autores del mismo. Esto se vería imposibilitado si constitucionalmente se establecieran los derechos humanos como algo preexistente que sólo requeriría su positivización.

Por otro lado, sin derechos fundamentales que aseguren la autonomía privada de los ciudadanos, no habría institucionalidad jurídica de las condiciones que requieren los individuos para que en su rol de ciudadanos puedan hacer uso de su autonomía pública. Así autonomía privada y pública se requieren mutuamente.

Esa conexión entre Estado de Derecho y Democracia no la han clarificado y asumido los paradigmas de derecho existentes hasta hoy. No lo ha hecho el paradigma liberal, con una sociedad centrada en la economía e institucionalizada con técnicas propias del derecho privado. Con la creciente desigualdad de las condiciones económicas, se rompieron los presupuestos fácticos para un aprovechamiento en igualdad de oportunidades de las competencias jurídicas. Por ello se introdujeron derechos sociales para un reparto más justo del producto social, como para la protección eficaz de los riesgos. Pero esto dio lugar a los efectos no previstos del paternalismo del Estado Social. Y además debe destacarse que ambos paradigmas (el liberal y el social) se vinculan a una persecución privada del aseguramiento de una vida buena, aunque polemizando si la autonomía privada puede ser garantizada sólo por medio de los derechos de libertad o mediante la protección de los derechos sociales. En lugar de esta polémica, Habermas plantea una concepción procedimental del derecho, en el cual el proceso democrático asegura la autonomía privada y pública.

subjetividad que desarrollaron G.H. Mead y Durkheim. Desde este enfoque predomina la razón práctica y prevalecen mecanismos de comprensión y consenso. Así los valores y normas, el mundo simbólico se percibe mejor desde el mundo de la vida, en el que se destaca la racionalidad discursiva. El sistema se orienta por el modelo de socialización que conlleva el mercado (Parsons). La economía y el Estado se explican mejor desde el sistema que conlleva su propia lógica expansiva en una complejidad creciente al margen de la voluntad individual. Predomina la razón estratégica. Ambos conceptos son relevantes para analizar el capitalismo tardío, en el cual el sistema se extiende sobre el mundo de la vida y le impone su lógica. El desafío es que este último ponga límites al sistema.

Las limitaciones del paradigma liberal de derecho y del ligado al Estado Social derivan de un error común, consistente en malentender la constitución jurídica de la libertad, solamente como “distribución”. Por el contrario, la justicia no debería aludir sólo a la distribución, sino también a las condiciones institucionales necesarias para el desarrollo y ejercicio de las capacidades individuales para la comunicación y cooperación colectivas.

Según el paradigma procedimental el derecho positivo no puede obtener su legitimidad de un derecho natural por encima de él, sino de un procedimiento de formación presuntamente racional de la opinión. Así la única fuente de legitimidad la constituye el procedimiento democrático de producción del derecho. El procedimiento democrático permite la libre circulación de temas, contribuciones, informaciones y razones, asegurando a la formación política de la voluntad su carácter de discurso. Así también permite la autodeterminación mediante la introducción de derechos de comunicación y participación que garanticen un uso público de las libertades comunicativas con igualdad de oportunidades para todos.

A diferencia de las teorías contractualistas que entienden la autonomía de los ciudadanos apelando a categorías de derecho civil, el giro lingüístico sólo puede operar ya en una interpretación en términos de la teoría del discurso. Así la comunidad jurídica no se constituye por vía de un contrato social, sino sobre la base de un acuerdo intersubjetivamente alcanzado.

Frente a las exigentes demandas de legitimación que requiere el modelo procedimental del derecho y las posibilidades de realización efectiva de la democracia deliberativa, Habermas plantea el modelo de esclusas. Distingue entre un centro y una periferia. El primero estaría compuesto por la política institucional. La periferia estaría constituida por la acción de una esfera pública integrada por grupos y organizaciones sociales que ejercen influencia y condicionan las acciones del centro. El proceso político se mueve a través de flujos de comunicación canalizados en una multiplicidad de esclusas. Así adquiere sentido la articulación entre poder comunicativo y la creación de derecho legítimo. Se evitaría la autonomización del poder administrativo o político si la periferia habitualmente lograra detectar, identificar y tematizar los problemas de la integración social y los introdujera a través de las esclusas del complejo parlamentario, apelando normativamente a la responsabilidad ciudadana.

Habermas en su propuesta postula la necesidad de constreñirse a las condiciones generales del constitucionalismo moderno y

sus instituciones buscando revitalizarlas democráticamente mediante una reinterpretación de sus fundamentos.

Su actitud política se encuentra en la difícil posición de quien defiende por una parte las instituciones ya establecidas y los procedimientos del Estado de Derecho y denuncia por otra parte la incapacidad de éstos para cumplir las promesas originarias.

Frente a esta situación, Habermas pretende, dentro del marco de la democracia liberal, superar el individualismo posesivo a partir de la intersubjetividad desde la cual se puede llegar al consenso sobre intereses generalizables, tal es el escenario de la democracia deliberativa. La única forma de trasladar el principio de legitimidad procedimental vinculado a la teoría del discurso a toda la sociedad es a través del derecho, transformándose así en mediación institucional y en el presupuesto necesario para mantener y reproducir los procesos comunicativos.

En definitiva postula un desarrollo democrático realizable en las condiciones posibles de una democracia liberal, preservando un ámbito público al margen de las relaciones de mercado y del poder burocrático.

Sin embargo, también el ambicioso programa filosófico destinado a hacer de la razón dialógica el fundamento de legitimidad de las decisiones políticas se muestra poco fructífero teóricamente cuanto mayor sea la distancia en los conflictos sociales con respecto a la fuerza racionalizada del lenguaje. (Colom González, 1992.279).

Su concepción discursiva de la democracia oculta el hecho de que en un contexto de competencia argumentativa ésta constituye la expresión verbal de sistemas de preferencias e intereses que se articulan con identidades socioeconómicas o culturales que impiden a menudo la conciliación consensual de argumentaciones. Sí "al condicionar la posible legitimación de las preferencias en conflicto a su conversión en argumentaciones, Habermas ha optado por una exclusión apriorística de los elementos estratégicos de la política" (Colom González 1992.215)

Los cuestionamientos que también recibe desde la propia teoría crítica el modelo democrático deliberativo se refieren a su liberalismo residual que lo incapacita para esbozar líneas alternativas de acción para trascender la defensa sólo de posiciones democráticas en esa tradición, implícitamente considerada superior y con el nivel más alto de racionalidad, excluyendo otras formas posibles de democracias justas.

En definitiva, la propuesta más innovadora en un sentido superador del individualismo posesivo dentro de la democracia liberal no deja de reiterar sus límites, evidenciando una vez más el discreto encanto que la caracteriza³.



³ **Bibliografía:** COLOM GONZALEZ FRANCISCO (2003) *Las caras del Leviatán. Una lectura política de la Teoría crítica* Anthropos . Barcelona; GARCIA GUITIAN, Elena (2003) "El discurso liberal: democracia y representación" en, DEL AGUILA, Rafael, VALLESPIN, Fernando y otros. *La Democracia en sus textos*. Alianza Ed. Madrid; GONZALEZ José M. y QUESADA, Fernando (1992) (Coords.) *Teoría de la democracia*. Anthropos. Barcelona; HABERMAS, Jürgen (1998) *Facticidad y validez*. Edit. Trota. Madrid (1999) *La inclusión del otro*. Paidós. Barcelona; HABERMAS, Jürgen y RAWLS, John (1998) *Debate sobre el liberalismo político*. Paidós. Barcelona.

-HAYEK, F. (1982) *Los fundamentos de la libertad*. Edit. Unión. (1985) *Caminos de servidumbre*. Alianza. Madrid.; HELD, David (1997) *La Democracia y el orden global. Del Estado moderno al gobierno cosmopolita*. Paidós. Barcelona. (1992) *Modelos de democracia*. Alianza Edit. México; JIMENEZ REDONDO (1997) "Introducción" en Habermas, J. *Más allá del Estado Nacional*. Ed. Trota. Madrid; MACPHERSON, Charles (1991) *La democracia liberal y su época*. Alianza Edit. Buenos Aires; MOUFFE, Chantal (2003) *La paradoja de la democracia*. Gedisa. Barcelona. (1999) *El retorno de lo político*. Paidós. Buenos Aires; NOZICK, Robert (1994). *Anarquía, Estado y Utopía*. FCE. Buenos Aires.

- LACLAU, Ernesto y MOUFFE, Chantal (2004) *Hegemonía y estrategia socialista. Hacia una radicalización de la democracia*. FCE. Buenos Aires; RESQUEJO COLL, Ferrán (1994) *Las Democracias. Democracia antigua, Democracia liberal y Estado de Bienestar*. Ariel. Barcelona; SARTORI, Giovanni (1990) "Los problemas clásicos" en *Teoría de la democracia* (Tomo II) Edit. Rei Argentina.

PAGINA 414
BLANCA

EL DERECHO DEL NIÑO A SER OÍDO EN LOS PROCESOS PREVENCIONALES DE MENORES*

(RIGHT OF CHILDREN TO BE HEARD)

*María de los A. Bonzano** María Gabriela Lugones*** Gabriel Eugenio Tavip****
Ana Belén Kalayan***** María Garzón Lascano******

RESUMEN: En este artículo se examina la efectividad del derecho del niño a ser oído en los procesos de naturaleza prevencional tramitados por ante los Juzgados de Menores de la Ciudad de Córdoba con posterioridad a la reforma constitucional de 1994. El trabajo se basa en los resultados obtenidos en una investigación exploratoria/descriptiva sobre la temática, desarrollada a partir del análisis de expedientes archivados entre los años 2002 a 2004 inclusive y en la observación participante de actuaciones cumplidas en el Fuero Prevencional de Menores.

En términos generales, puede afirmarse que el derecho del niño a ser oído en el proceso se encuentra contemplado en la gran mayoría de las actuaciones prevencionales tramitadas por ante los Juzgados de Menores de la Ciudad de Córdoba.

* Este trabajo se basa en una investigación desarrollada en el año 2005, avalada por la SECYT de la UNC.

** Abogada. Docente de la Cátedra de Derecho de Familia y Sucesiones de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNC. Investigadora Categoría 3 SECYT.

*** Magister en Antropología Social. Docente de la Cátedra Historia de la Cultura de la Escuela de Historia, Facultad de Filosofía y Humanidades de la UNC. Investigadora SECYT

**** Abogado. Lic. en Ciencias de la Comunicación. Docente de la Cátedra de Derecho de Familia y Sucesiones de la UNC. Investigador Categoría 5 SECYT.

***** Abogada. Adscripta de la Cátedra de Derecho de Familia y Sucesiones de la UNC. Investigadora SECYT.

***** Ayudante Alumna de la Cátedra de Derecho de Familia y Sucesiones de la UNC. Ayudante en Investigación SECYT.

De la investigación resulta, no obstante, que la observancia del citado derecho configura un problema cuya complejidad no se sortea asegurando la concesión de oportunidades para que el niño, niña, o adolescente “hagan uso de la palabra” sino que es preciso redoblar la atención respecto a las “*condiciones de escucha*”. En tal sentido, surge claro de lo relevado y observado que ciertas prácticas de gestión deben ser (re)creadas y ensayadas nuevas modalidades administrativo-judiciales.

PALABRAS CLAVES: Justicia – Derechos – Escuchar – Niños – Adolescentes

1. Introducción

Desde nuestra mirada, el ejercicio de la función jurisdiccional no se limita a la resolución de los conflictos sometidos a la decisión de los jueces, sino que ella se integra también con todas y cada una de las actuaciones que en el curso del proceso disponen los magistrados. En ese camino, un análisis completo de la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño –en adelante CDN– por parte de los órganos judiciales, necesariamente ha de incluir la indagación sobre la observancia de la misma a lo largo de todo el juicio.

El presente trabajo constituye un sondeo en formas particulares de gestión judicial de la minoridad, atendiendo a las diversas instancias del proceso y a los roles asumidos por los operadores jurídicos, abordando en particular cuestiones referidas a la observancia del “derecho del niño a ser oído en todo el proceso judicial”, como práctica de cumplimiento del mandato constitucional de respeto a los derechos de niños y adolescentes incorporados por la puerta del art. 75 inc. 22 de la Carta Magna.

2. El Derecho del Niño a ser oído en el marco de la legislación argentina:

La incorporación de la CDN al “bloque de constitucionalidad federal”¹ ubica al conjunto de derechos que ella consagra y entre ellos al

¹ La expresión “bloque de constitucionalidad” proviene de la doctrina elaborada por el Consejo Constitucional de Francia. En la opinión de la más autorizada doctrina, el bloque de constitucionalidad federal se integra por la Constitución Nacional, los instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional, más las opiniones consultivas y las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. (Cfr. BIDART CAMPOS, GERMÁN. *Tratado de Derecho Constitucional*. T. I-A. Ed. Ediar. Bs. As. 1999/2000; GIL DOMÍNGUEZ, ANDRÉS. “El bloque de constitucionalidad federal y los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos” en *Revista Argentina de Derecho Constitucional* Nº 4, Ed. Ediar. Bs. As., 2001; MIDÓN, MARIO. *Manual de Derecho Constitucional Argentino*. Ed. La Ley. Bs. As., 2004)

“Derecho del Niño a ser Oído” en el vértice de la normativa. Por ende, su observancia resulta ineludible al punto de tornar inconstitucional toda actuación que omita la convocatoria del niño/niña/adolescente previo resolver asuntos que lo comprometan o involucren².

Paralelamente, el “principio de efectividad” que recorre todo el Derecho Constitucional Humanitario compromete al Estado a adoptar todas las medidas necesarias a efectos de asegurar el pleno goce y ejercicio de los derechos consagrados, generando la inobservancia de este compromiso responsabilidad internacional de conformidad al Derecho de los Tratados³.

El Poder Judicial, como Poder del Estado, se encuentra comprendido en las obligaciones que se derivan del mandato de efectividad de los derechos garantizados en la CDN⁴, tanto respecto del orden interno cuanto en relación al escenario de la comunidad internacional. Por tanto, desde la perspectiva del derecho del niño a ser oído que ella consagra, los magistrados y funcionarios deberán convocar al proceso a los niños y adolescentes cuyos intereses se encuentren comprometidos, independientemente que los representantes necesarios y/o promiscuos lo requieran.

La recientemente sancionada ley nacional N° 26.061 de “Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes”⁵ constituye la primera y única normativa nacional que prevé pormenorizadamente los requisitos a observar para garantizar adecuadamente el “derecho del niño a ser oído”. Esta legislación asegura expresamente el derecho previsto en el art. 12 de la CDN en numerosas normas⁶.

² SCJBs.As., “S. de R., S. R. c. R., J. A. (A. 78.728)”, LL, 2003-A, 425 - DJ 2003-1, 522.

³ Cfr. Art. 27 de la Convención de Viena.

⁴ Expresamente el art. 4° de la Convención sobre los Derechos del Niño prescribe “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención...” (la negrita nos pertenece).

⁵ Sancionada el 28/09/2005; promulgada de hecho el 21/10/2005 y publicada el 26/10/2005. Téngase presente que al momento de diseño y desarrollo de nuestra investigación tal normativa no se encontraba vigente aunque sí los mandatos constitucionales referidos anteriormente.

⁶ Al delimitar la ley “el interés superior de la niña, niño y adolescente” en su art. 3 establece: “A los efectos de la presente ley se entiende por interés superior la máxima satisfacción integral y simultánea de los derechos reconocidos en esta ley. Debiéndose respetar: “... b) El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta; ...”. El art. 24 consagra el “derecho del niño a opinar y ser oído”, prescribiendo su alcance en los siguientes términos: “Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a: a) participar y expresar libremente su opinión en los asuntos que les

Al regular esta ley las garantías mínimas a observarse en los procedimientos judiciales o administrativos, en su art. 27 prevé: “Los Organismos del Estado deberán garantizar a las niñas, niños y adolescentes en cualquier procedimiento judicial o administrativo que los afecte, además de todos aquellos derechos contemplados en la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño, en los tratados internacionales ratificados por la Nación Argentina y en las leyes que en su consecuencia se dicten, los siguientes derechos y garantías: a) A ser oído ante la autoridad competente cada vez que así lo solicite la niña, niño o adolescente; b) A que su opinión sea tomada primordialmente en cuenta al momento de arribar una decisión que lo afecte;...”

Con anterioridad a la sanción de la ley nacional N° 26.061 numerosas provincias habían dictado leyes que recogían el llamado paradigma de la “protección integral de la infancia” que consagra la CDN y en ese marco habían prescripto expresamente el derecho del niño a ser oído, en particular, en los procesos administrativos y judiciales⁷.

3. La “justicia prevencional minoril” en la Provincia de Córdoba y el derecho del niño a ser oído en el procedimiento respectivo:

La competencia y procedimiento de la justicia de menores en la Provincia en los últimos diez años⁸, reconoce dos patrones legislativos:

conciernan y en aquellos que tengan interés; b) que sus opiniones sean tenidas en cuenta conforme a su madurez y desarrollo. Este derecho se extiende a todos los ámbitos en que se desenvuelven las niñas, niños y adolescentes; entre ellos, el ámbito estatal, familiar, comunitario, escolar, científico, cultural, deportivo y recreativo”.

⁷ Entre otras, ley 6354, “Ley del Niño y el Adolescente” de la Provincia de Mendoza (1995); Ley 4347 de “Protección Integral de la Niñez, la Adolescencia y la Familia” de Chubut (1997); ley 114 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires sobre “Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes” (1998); ley 2302 de Neuquén sobre “Protección Integral de Niñez y Adolescencia” (1999); ley 531 de Tierra del Fuego sobre “Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños, Adolescentes y sus Familias” (2000); ley 3097 de “Protección Integral y Promoción de los Derechos del Niño y del Adolescente” de Río Negro (1997); ley 7039 de Salta (1999); ley 7338 de “Protección Integral de los Derechos de todos los Niños y Adolescentes de San Juan (2002); ley 12.607 de la Provincia de Buenos Aires sobre “Protección Integral de los Derechos del Niño y el Joven” (2000 - suspendida); ley 13.298 de la Provincia de Buenos Aires “De Promoción y Protección de los Derechos de los Niños” (2004 -suspendida); ley 3820 de Misiones “Ley de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes” (2001).

⁸ Se toma este segmento temporal atendiendo que los expedientes judiciales relevados en todos los casos corresponden a procesos iniciados con posterioridad al año 1994.

la ley 4873⁹ (“Estatuto de la Minoridad”) vigente hasta fines del año 2002¹⁰ y la ley 9053¹¹, normativa cuya pretensión es adecuar el marco legislativo provincial en materia de infancia a los principios consagrados por la Convención sobre los Derechos del Niño.

a) La ley 4873, enmarcada en el llamado paradigma de la “situación irregular”¹² asignó el ejercicio del Patronato de Menores previsto por la ley nacional 10.903¹³ a los Tribunales de Menores¹⁴. Por ende, ante estos magistrados se tramitaban todos los procesos iniciados con motivo de las situaciones de “abandono moral o material” enumeradas en el art. 21 de la ley nacional¹⁵. Esta normativa no prevé un procedimiento estricto en materia de “prevención de menores”, limitándose en esta materia a prescribir en el art. 16 una audiencia en la que el Juez deberá resolver la situación del niño /adolescente. En ese marco, por cierto, no estaba prevista la participación del “menor” en el proceso, ni tan siquiera la posibilidad de escucharlo. Ello, no obstante, haber transcurri-

⁹ Publicada en el Boletín Oficial de Córdoba el 17/01/66.

¹⁰ Con las modificaciones introducidas por las leyes provinciales Nros. 5969, 6659, 8498 y 8523.

¹¹ Publicada en el Boletín Oficial de la Provincia el 22/11/02.

¹² El paradigma de la “doctrina de la situación irregular” que alumbraba el tratamiento de la infancia hasta la sanción de la ley 23.849 y que importaba considerar al niño “objeto del derecho”, es sustituido normativamente por el de “la protección integral”, en virtud del cual niños y adolescentes son reconocidos como sujetos de derechos que deben ser respetados.

¹³ Publicada en el Boletín Oficial el 27/9/19. El art. 4 dispone: “El patronato del Estado nacional o provincial se ejercerá por medio de los jueces nacionales o provinciales...”.

¹⁴ El art. 1 ter de la ley pcial. 4873 fija la competencia prevencional de los Jueces de menores al prescribir que ellos “serán competentes para:... inciso 5) Conocer y resolver de la situación de los menores de edad que aparezcan como víctimas de delitos o faltas o de abandono material o moral o de malos tratos, de correcciones inmoderadas...; inciso 6) Conocer y resolver de la situación de los menores de 18 años que fueren víctimas o autores de infracciones a las disposiciones referentes a su instrucción o trabajo... inciso 7) Conocer y resolver de la guarda de menores sometidos al Patronato del Estado.

¹⁵ Art. 21 ley nacional Nº 10.903: A los efectos de los artículos anteriores se entenderá por abandono material o moral o peligro moral, la incitación de los padres, tutores o guardadores a la ejecución por el “menor”, de actos perjudiciales a su salud física o moral; la mendicidad o la vagancia por parte del “menor”, su frecuentación a sitios inmorales o de juego, o con ladrones o gente viciosa o de mal vivir, o que no habiendo cumplido dieciocho años de edad, vendan periódicos, publicaciones u objetos de cualquier naturaleza que fueren, en las calles o lugares públicos, o cuando en estos sitios ejerzan oficios lejos de la vigilancia de sus padres o guardadores, o cuando sean ocupados en oficios o empleos perjudiciales a la moral o la salud.

do hasta su modificación por la ley 9053¹⁶, más de diez años desde la aprobación por nuestro país de la CDN¹⁷ y ocho años desde la asignación de jerarquía constitucional a este instrumento internacional de derechos humanos¹⁸.

b) La ley provincial N° 9053 de “Protección Integral del Niño y del Adolescente” en su art. 9° enumera taxativamente las situaciones que habilitan la competencia del Juez de Menores Preventivo¹⁹, previendo expresamente esta legislación que la actuación preventiva tendrá por objeto proveer a la protección de los derechos de los niños y adolescentes que se hallaren en los supuestos previstos en el artículo citado.

En efecto, en la letra de la nueva legislación provincial la *protección judicial* se origina, en forma subsidiaria, cuando los derechos de los infantes son vulnerados por quienes los tienen a cargo para su cuidado y crecimiento (padres, tutores, guardadores); así como también cuando la conducta del niño o adolescente se encuentre en conflicto con la ley

¹⁶ Modificación que importó la derogación de los arts. 1 al 17 y el Título IV de la ley 4873 y sus modificatorias (art. 81 ley pcial. 9053).

¹⁷ Ley Nacional 23.849.

¹⁸ Art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional. Texto reformado por la Convención Nacional Constituyente de 1994.

¹⁹ Artículo 9°. - El Juez de Menores en lo Preventivo y Civil será competente para conocer y resolver: a) En la situación de los niños y adolescentes víctimas de delitos o faltas, cuando fueren cometidas por sus padres, tutores o guardadores; b) En la situación de los niños y adolescentes víctimas de malos tratos, correcciones inmoderadas, negligencia grave o continuada, explotación o grave menoscabo de su personalidad por parte de sus padres, tutores o guardadores; c) Cuando habiendo exposición, filiación desconocida, o impedimento legal de los padres, fuere necesario proveer al niño o adolescente medidas de protección; d) En la situación de los niños y adolescentes cuyos padres manifestaren expresamente su voluntad de desprendimiento definitivo, aún para ulterior adopción; e) Cuando el niño o el adolescente hubiere sido dejado por los padres, tutores o guardadores en institución pública o privada de salud o de protección, si el tiempo transcurrido hiciere presumir que se han desentendido injustificadamente de sus deberes para con el mismo; f) Cuando con su propio obrar el niño o el adolescente comprometiere gravemente su salud y lo requirieren sus padres, tutores o guardadores; g) En las cuestiones referentes a alimentos, venias supletorias matrimoniales y otras autorizaciones respecto de niños y adolescentes sujetos a protección judicial; h) En las diligencias necesarias para otorgar certeza a los atributos de la personalidad de niños y adolescentes bajo su protección; i) En las actuaciones sumarias indispensables para garantizar a niños y adolescentes las prestaciones sociales y asistenciales, aún no estando sujetos a protección judicial; j) En las recusaciones e inhibiciones de los Fiscales de menores, Asesores y Secretarios, cuando se tratase de causas sustanciadas ante él.

penal. En ambas situaciones intervendrá el Juez de Menores y es el primero de los supuestos mencionados el que corresponde a la competencia prevencional, debiendo el Juez, a través de su intervención jurisdiccional, procurar restablecer al niño sus derechos afectados, evitando que la situación de riesgo se prolongue en el tiempo e impidiendo de esta manera mayores daños.

A diferencia de su antecedente y de conformidad con la intención de ajustar la legislación en la materia al paradigma de la “protección integral”, esta normativa describe el “Procedimiento Prevencional”²⁰, previendo expresamente en su art. 22 la obligación del juez de “*conocer y oír en forma directa y personal al niño o adolescente*” en el término de cuarenta y ocho horas de iniciada la actuación prevencional. Por su parte, el art. 38 al legislar sobre el trámite de la guarda de niños/niñas/adolescentes establece que el Juez fijara una audiencia en la que oír al niño o adolescente en cuestión “cuando por su edad pudiere expresar su opinión”.

4. Las posiciones de la doctrina respecto del derecho del niño a ser oído en los procesos judiciales y su previsión en la legislación infraconstitucional.

Sin duda que el derecho del niño de ser oído en todo el proceso judicial consagrado por el segundo párrafo del art. 12 de la CDN²¹, impone un deber a la jurisdicción²², asegurando de este modo la vigencia del principio del interés superior del niño que ha de presidir la decisión judicial, el que no podría ser valorado si se desconociese lo que el niño piensa y opina.

Las condiciones exigidas para el ejercicio del derecho, así como los efectos del mismo en relación a la resolución del proceso han convocado en algunos casos opiniones diversas de la doctrina. La ley nacional recientemente sancionada ha acercado algunos parámetros al regular el alcance del derecho y las garantías mínimas a observar en los procedimientos judiciales. En el ámbito provincial, la ley 9053 había ya dado algunas respuestas a aquellas cuestiones controvertidas.

²⁰ Arts. 19 a 45 de la ley.

²¹ Art. 12 inc. 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño: Con tal fin, en particular, se dará al niño la oportunidad de ser escuchado en todo el proceso judicial o administrativo que lo afecte, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, de modo compatible con las normas de procedimiento de la ley nacional.

²² En idéntico sentido, LUDUEÑA, LILIANA GRACIELA, “El derecho del niño a ser escuchado en el marco del principio constitucional de su interés superior”, *Revista de Derecho de Familia* N° 28. Ed. Lexis Nexis. Bs. As., 2004, pág. 98.

En tal sentido y respecto a la edad a partir de la cual el “menor” debe ser escuchado en los procesos judiciales, la última parte del primer párrafo del art. 12 de la CDN (“...niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio”), ha determinado distintas argumentaciones de los autores. Hay quienes parten de un criterio “cronológico” para legitimar al niño en cuanto a sus posibilidades de formarse un juicio propio, fijando edades para ello (8 años²³, 10 años²⁴, 14 años²⁵). Otros, sostienen que es el juez quien debe decidir si corresponde oír al niño, valorando si éste se encuentra en condiciones de distinguir entre el bien y el mal y si cuenta con un mínimo de razón, todo ello aunque se trate de niños de corta edad²⁶. Finalmente, están quienes entienden que corresponde oír incluso a niños de corta edad exigiendo en tal caso la participación de profesionales especializados a efectos de interpretar sus expresiones²⁷, posición esta última que compartimos. Se ha sostenido en tal sentido “...que la circunstancia de ser humano en evolución no lo invalida para ser portador de un pensamiento propio que incluye percepciones acerca de sí mismo, de quienes lo rodean y de lo que le ocurre con posibilidad de manifestar sus deseos, necesidades e intereses de un modo compatible con su madurez, lo que habilita la expresión verbal, gestual, lúdica, gráfica, etc...”²⁸.

En la Provincia de Córdoba, la ley 9053 al disponer en su art. 22 que el Juez inmediatamente después de su avocamiento debe oír al niño o adolescente, no hace ninguna referencia a su edad ni a otra exigencia a su respecto, por lo que aplicando el principio “*favor minoris*” corresponde interpretar que aún los niños de corta edad deben ser oídos por el magistrado. En cambio, en el trámite de guarda la ley provincial prevee que el niño sólo será convocado para ser oído “cuando por su edad pudiere expresar su opinión” (art. 38)²⁹.

²³ DOLTO, FRANCOISE. *Cuando los padres se separan*, Ed. Paidós. Bs. As., 1989, Capítulo 8 “El niño frente a la justicia”.

²⁴ PELLEGRINI, MARÍA VICTORIA. “Derecho constitucional del ‘menor’ a ser oído”. LL 1998-B, 1336.

²⁵ GROSMAN, CECILIA. “La opinión del hijo en las decisiones sobre tenencia” ED, 107-1011.

²⁶ UCIN, MARÍA CARLOTA y VIDAL, VERÓNICA MARCELA. “El derecho a ser oído de los niños”. www.eldial.com.ar

²⁷ RISOLÍA DE ALCARO, MARÍA MATILDE. “La opinión del niño y la defensa de sus derechos” en *Los derechos del niño en la familia – Discurso y realidad*. Ed. Universidad, Bs. As. 1998, pág. 266.

²⁸ LESCANO DE FRANCESCO, KARINA y LÓPEZ FAURA, NORMA. “Testimonio del niño abusado. Propuesta de protocolo de entrevista”. 1ª. Conferencia Internacional de Familia, Menores y Mediación. IX Jornadas Interdisciplinarias.

²⁹ Omitimos el análisis de las normas referidas al procedimiento correccional por exceder el marco de nuestro objetivo general.

Por su parte, la novísima ley nacional de “Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes” no establece condición alguna al garantizar en su art. 27 el derecho “a ser oído ante la autoridad competente cada vez que así lo solicite la niña, niño o adolescente”.

Tampoco es unánime la opinión de la doctrina en relación a quien debe escuchar al “menor”. En tanto algunos sostienen que puede serlo el juez o un representante u “órgano apropiado”³⁰, otros señalan que es el magistrado quien debe oír al niño o adolescente³¹.

En relación a esta cuestión, los arts. 22 y 38 de la ley provincial de “Protección Judicial del Niño y del Adolescente” expresamente prevén que será el juez quien oirá al “menor”³², en tanto la ley nacional 26.061 prescribe que la niña, niño o adolescente debe ser oído por la autoridad competente (art. 27 inc. a), lo cual ha de interpretarse –según entendemos– en el sentido que la escucha del “menor” por el juez ha de ser personal no pudiendo ser sustituida por la intervención de otros órganos bajo pena de nulidad de lo actuado³³.

Coinciden en cambio los autores en sus reflexiones, respecto a la oportunidad procesal en la que debe ser oído el “menor”, señalando que debe serlo en cualquier etapa del proceso y en toda instancia³⁴. Además concuerdan en cuanto a los efectos de los dichos del niño/niña/adolescente a la hora de resolver, afirmando que el cumplimiento del mandato constitucional no impone al magistrado decidir conforme los deseos u opiniones del “menor”³⁵. Por nuestra parte, en relación a esta última cuestión sostenemos que la obligación que asigna a la jurisdicción el art. 12 de la CDN exige que, en cualquier caso, la opinión del niño sea valorada por el juez al decidir.

La ley provincial al imponer la escucha del niño por el juez expresamente prevé la oportunidad en que debe serlo. Así, el art. 22 lo exige inmediatamente avocando el magistrado a las actuaciones preventivas, en tanto el art. 38 lo prescribe con motivo de la audiencia que el juez debe citar dentro de los 30 días de solicitada la guarda del niño/niña/

³⁰ En tal sentido se pronuncia PELLEGRINI, MARÍA VICTORIA, loc. cit.

³¹ Cfr. UCIN, MARÍA CARLOTA y otra, loc. cit.; LUDUEÑA, LILIANA GRACIELA, loc. cit. pág. 102; HUSSONMORREL, RODOLFO. “La libre opinión del niño” en *Convención sobre los Derechos del Niño*. WEINBERG, INÉS M. (Directora). Ed. Rubinzal Culzoni. Bs. As. 2002, pág. 195.

³² Idem nota 30.

³³ En el mismo sentido, MIZRAHI, MAURICIO LUIS. “Los derechos del niño y la ley 26.061”, *LL* 16/12/05, pág. 1.

³⁴ LUDUEÑA, LILIANA GRACIELA, loc. cit., pág. 99; PELLEGRINI, MARÍA VICTORIA, loc. cit.

³⁵ KEMELMAJER DE CARLUCCI, AIDA. “El derecho constitucional del ‘menor’ a ser oído” en *Revista de Derecho Privado y Comunitario* N° 7, Ed. Rubinzal-Culzoni. Santa Fe, 1996; DOLTO, FRAICOISE, loc. cit.; PELLEGRINI, MARÍA VICTORIA, loc. cit.

adolescente. Nada dice en cambio la normativa cordobesa sobre la incidencia de los dichos del “menor” al resolver el magistrado la cuestión.

Por su parte, la ley nacional recientemente sancionada expresamente exige que la niña, niño o adolescente sea oído cada vez que así lo solicite (art. 27 inc. a) y que su opinión “sea tomada primordialmente en cuenta al momento de arribar a una decisión que lo afecte” (art. 27 inc. b).

5. El ejercicio del derecho a ser oído en el proceso por parte de niños/niñas y adolescentes víctimas de malos tratos, violencias o abusos sexuales:

Una cuestión que merece ser reflexionada desde la perspectiva de la “protección integral” de los niños, niñas y adolescentes, refiere a las condiciones en las que debe concretarse el ejercicio del derecho a ser oído en el proceso cuando se trata de víctimas de delitos (malos tratos, violencias o abusos).

La ley provincial 9053 habilita la competencia del Juez de Menores Prevenzional respecto de estas situaciones cuando las violencias, malos tratos y/o abusos fueren cometidos por los padres tutores o guardadores de los “menores”³⁶.

Desde nuestra mirada, a los fines de evitar la “victimización secundaria” del niño/niña/adolescente con motivo de los interrogatorios reiterados, en ámbitos diversos y por personas distintas en el proceso prevencional, consideramos necesario que ciertas condiciones sean observadas. La escucha, por un lado, debe concretarse con las formalidades procesales que la tornen válida –en su caso– como testimonio en el proceso penal respectivo. Por el otro, es preciso que lo sea con la asistencia de profesionales debidamente capacitados y entrenados al efecto. En este último sentido, particularmente cuando se trate de “oír” a niños, niñas o adolescentes víctimas de abuso sexual los profesionales que asistan al magistrado deben contar con una sólida formación sobre “delitos sexuales, categorías de abuso y conocimientos acabados acerca de la psicología evolutiva del niño, lenguaje, comunicación, neurolingüística y, desde luego, manejo de aspectos de fondo y normas procesales sobre delitos contra la integridad sexual”³⁷.

³⁶ Art. 9 inc. a y b. Ver nota 19.

³⁷ LESCANO DE FRANCESCO, KARINA y LÓPEZ FAURA, NORMA. loc. cit. Entendemos que esta Propuesta de Protocolo indicativo para recibir el testimonio del niño abusado, elaborada por la “Comisión de los Derechos del Niño y la Familia” de la FACA resulta una herramienta de utilidad para el ejercicio del derecho del niño a ser oído en el proceso, en estas situaciones particulares, en el ámbito de la Justicia de menores Prevenzional.

6. Datos:

Los datos sobre los que a posteriori se construyeron los resultados de la investigación de que da cuenta este artículo se obtuvieron –por una parte– del análisis de la información contenida en un 15 % de 545 expedientes archivados entre los años 2002 y 2004 por los Juzgados de Menores Prevencionales de Córdoba³⁸ y –por la otra– de la observación de la tramitación cotidiana de procesos de “menores” de carácter prevencional en un Juzgado de la Ciudad de Córdoba, entre los meses de agosto a diciembre del año 2005. El instrumento utilizado a los efectos del relevamiento de datos de cada uno de los expedientes analizados fue una “ficha”. En la misma se consignaron indicadores previamente acordados a efectos de la obtención de la información indispensable de conformidad a los objetivos específicos previstos en el proyecto respectivo.

7. Resultados:

7.1.– Análisis de los datos de los expedientes judiciales archivados:

a) *Niños, niñas y adolescentes involucrados en el proceso “oídos” en el juicio – Sus edades.*

En los 82 expedientes estudiados se advierte que no todos los niños/niñas involucrados en los procesos son “oídos”; en general, sólo los mayores de 6 años y casi siempre si se trata de adolescentes. Desde nuestra perspectiva, existe en este punto una deuda pendiente respecto de los “menores” de 6 años, en relación al derecho del niño a ser oído en el proceso por parte de los Juzgados de Menores Prevencionales de Córdoba, recordando –por otra parte– que se cuenta con el recurso de los equipos técnicos entrenados en la interpretación de otros lenguajes como el gestual y el lúdico.

b) *Niños, niñas y adolescentes efectivamente “oídos” por el Juez / por el Juez en presencia de algún profesional perteneciente a un Cuerpo Técnico judicial o extrajudicial / “oídos” sólo por profesionales técnicos / “oídos” por el Asesor de Menores*

Del análisis de los expedientes seleccionados resulta que los adolescentes involucrados en los procesos, así como los niños y niñas mayores de 6 años, son “oídos” por el Juez. En casi todas las ocasiones los

³⁸ Los Juzgados de Menores Prevencionales de la Ciudad de Córdoba son cuatro, a saber: Juzgados de Menores de Segunda, Tercera, Quinta y Octava Nominación. La delimitación de la muestra se hizo a partir de un primer recorte en relación al total de procesos archivados por estos Juzgados en los años 2002, 2003 y 2004, en base a los siguientes criterios: a) que se tratase de procesos caratulados “prevención”; b) que la fecha de inicio del expediente fuese posterior a la de la reforma constitucional de 1994;

“menores” firman el acta, aún aquellos que por su edad sólo consignan un garabato. Ello podría interpretarse como un reconocimiento de la calidad de ciudadanos de los mismos por parte de los operadores judiciales de los Juzgados de Menores Prevencionales, siempre y cuando ese trazo escritural esté representando un consentimiento informado. Con tal expresión nos referimos no sólo a si se les ha leído lo que firmaran, sino también si han sido debidamente asesorados por su Representante Promiscuo en relación a las implicancias de cada una de las instancias procesales y, obviamente, acerca de sus derechos. Esto, impone resaltar las dificultades a sortear tales como la necesaria instancia de diálogo que debiera darse entre representante y representado previa a cada audiencia.

En otro orden, entendemos que el derecho a ser oído en el proceso que garantiza la CDN, como todo derecho, presupone un derecho anterior a elegir entre hacer uso o no hacer uso del derecho acordado. Sin embargo, tratándose de “menores” de edad correspondería arbitrar los medios para que niños, niñas y adolescente sean debidamente informados del derecho que les asiste y sólo después de ello negarse, si es su voluntad, a ser oídos en el proceso.

Por otra parte, en ninguno de los juicios relevados hay constancias, es decir referencias explícitas, que permitan asegurar que el “menor” ha sido “oído” con o sin la presencia de los adultos involucrados. Al menos a partir de la lectura del registro de los actos procesales resultaría que las manifestaciones de los “menores” son realizadas en presencia de adultos involucrados. Muestra de ello, conforme resulta de lo consignado en las actas, es que durante las audiencias se da sucesivamente la palabra a unos y a otros. A modo de ejemplo, hacemos referencia a un proceso en el que en una audiencia una niña describe la conducta del compañero de su madre, quien abusaría de ella, e inmediatamente en el texto esta última niega el hecho y sostiene que el hombre sólo tiene muestras normales de afecto.

c) que los procesos a analizar contasen con un mínimo de 80 fojas. La gran cantidad de expedientes resultante y las complejidades de los procesos advertidas en la primera exploración, determinaron al equipo a decidir indagar exhaustiva e intensivamente una porción pequeña de ese universo, en lugar de procurar una muestra que aspirando a la representatividad no pudiese dar cuenta de aquellas complejidades, particularmente teniendo presente el carácter cualitativo previsto para el análisis. A los efectos de determinar esa porción a ser estudiada se decidió incluir procesos archivados en los distintos años seleccionados, y en por lo menos una Secretaria de cada uno de tales Juzgados, a fin de procurar abarcar distintas prácticas judiciales vigentes en el fuero de menores prevencional.

La mayor parte de los “menores” bajo protección judicial son “oídos” por el Asesor de Menores. De la lectura de expedientes resultaría que, en ocasiones, niños y adolescentes son “entrevistados”³⁹ por este/a funcionario/a sin la presencia de los adultos involucrados; en otros casos, lo son junto a sus padres o responsables, según resulta de los registros documentales.

La transcripción de los dichos de los niños/adolescentes frente al Juez o al Asesor no es, generalmente, textual (salvo las excepciones en que se emplea la cita directa) sino a través de una (re)producción efectuada por el actuario. Para mostrar esta cuestión no “menor”, referiremos sólo una de las constancias observados en los procesos pesquisados. En uno de los expedientes, se lee: “...Dice que comparece a estar a derecho y que se va a vivir con el padre y que se va a portar bien y que conoce las consecuencias que le traerá aparejada su mala conducta...”. Como se advierte en ese enunciado, los supuestos dichos del “menor” están (re)construidos por el/la actuario/a, textualizados en tercera persona y haciendo alusión a nociones de un estricto contenido jurídico que de ningún modo pueden haber sido la expresión literal del “menor”.

En la mayoría de los casos, de la información contenida en los expedientes no resulta que exista una instancia de diálogo sin mediaciones con los niños/niñas/adolescentes por parte de los profesionales de trabajo social intervinientes. Por lo general, los informes refieren a *observaciones* del profesional respecto de los niños y a lo que manifiestan los “mayores” a su respecto; sin remisión estricta a lo manifestado y/o expresado por los niños.

Aparece además como una constante en los juicios analizados, que niños, niñas y adolescentes “institucionalizados” son “oídos” en las instancias de ser “internados” y “egresados”, en ese último caso a efectos de que manifiesten su conformidad o no acerca de la/s persona/s con la que van a ir a vivir. Durante el tiempo en el que los “menores” se encuentran “alojados” en alguna institución, los registros documentales muestran las noticias que tienen el Juez y el Asesor acerca de los mismos provenientes de los informes de los profesionales técnicos de la institución; y no se encuentran diligencias que refieran a entrevistas sostenidas con los niños, niñas y adolescentes *directamente bajo protección judicial*.

³⁹ Sabemos que la herramienta principal en una entrevista es uno mismo, entonces es menester que no sólo dichos funcionarios sino también los demás operadores de la “justicia” estén preparados para preguntar y escuchar.

7.2.– Reflexiones a partir de las observaciones efectuadas en un Juzgado de Menores Prevencional durante el segundo semestre del año 2005.

Una de las tentativas puesta en acto en la presente investigación ha consistido en efectuar el acompañamiento de actuaciones cotidianas de un Juzgado Prevencional con el propósito de completar exploraciones y contrastar percepciones, realizadas en y surgidas a raíz de nuestra atención exhaustiva a los expedientes. Tal estrategia etnográfica de investigación refuerza la apuesta que efectuamos al indagar los registros documentales correspondientes a procesos judiciales preventivos relativos a “menores”. Dicha decisión de pesquisa se funda en la intuición razonada de que una observación rigurosa de ciertas modalidades rutinarias de administración puede ofrecer otras vías de inteligibilidad de ciertas formas particulares de (re)producir relaciones de minoridad, vías diversas y complementarias a las que se abren con el examen de los expedientes.

A partir de lo observado en dicho tribunal es que proponemos como cuestión central para el problema de la efectividad del derecho del niño a ser oído la atención redoblada a lo que llamamos *condiciones de escucha*. Ya que residirían en ellas gran parte de las garantías para el ejercicio del mentado derecho. Las observaciones evidencian, de otro modo, lo que muestran los expedientes como sedimento del proceso judicial. Esto es, se trata de un problema cuya complejidad no se sortea asegurando la concesión de oportunidades para que el niño, niña, o adolescente “hagan uso de la palabra”.

Las observaciones de las prácticas muestran dificultades de diferente índole a ser salvadas para que el derecho en cuestión sea ejercido por sus titulares; y tales obstáculos no se reducen al complejo asunto de la determinación de un momento a partir del cual los sujetos de derecho estén en mínimas condiciones de invocarlo y ejercerlo. A fin de efectivizar el citado derecho, ciertas prácticas de gestión deben ser (re)creadas y ensayadas nuevas modalidades administrativo-judiciales. A manera de ejemplo, invocamos uno de los desafíos que se abren a consecuencia de una instancia como la impuesta normativamente respecto de este derecho, tal es el del caso particular de pasaje de manifestaciones orales, gestuales y/o gráficas a la fijación documental. No sólo son precisas innovaciones relativas a las –ya mencionadas– *condiciones de escucha* sino que también se imponen transformaciones en lo referido a las prácticas de construcción textual de las piezas administrativas, para que den mínima cuenta de las expresiones –no necesariamente argumentales– de cada niño, niña o adolescente de forma tal que

no se disuelva en las constancias documentales lo que se garantice respecto a la efectividad de este derecho.

8. A modo de conclusión:

En este epílogo incluimos reflexiones y afirmaciones provisionales producidas a partir de la investigación que sirve de base al presente trabajo, en la clara conciencia de que no se trata de certezas conclusivas respecto del problema que nos ha ocupado y que las preguntas abiertas son evidencia no sólo de la complejidad del mismo sino también de nuestro esfuerzo exploratorio, descriptivo, analítico e interpretativo.

En términos generales, puede afirmarse que el derecho del niño a ser oído en el proceso se encuentra contemplado en la gran mayoría de las actuaciones preventivas tramitadas por ante los Juzgados de Menores de la Ciudad de Córdoba.

Las cuestiones abiertas en esta investigación, plausibles de ser reformuladas más estrictamente y abordadas en profundidad en investigaciones futuras, remiten a cómo aprehender la efectividad de un derecho como el que aquí nos ocupa. Esto es, cómo distinguir entre instancias que formalmente cumplan con las leyes ritual y de fondo, de otras en las que el derecho a ser oído sea garantido. Allí se tornan relevantes las condiciones de “escucha”. Consideramos que para un efectivo cumplimiento del mandato constitucional y legal del derecho del niño a ser oído, las condiciones necesarias –tales como el hecho de que el Juez/a tome contacto directo y personal con la niña, el niño y/o el adolescente– no son suficientes *per se* para asegurar efectivamente este derecho. En términos análogos, podemos referirnos a las entrevistas con los profesionales técnicos intervinientes y a los encuentros con el Asesor. Lo dialógico o no de tales instancias amerita ser cuestionado si no queremos rendirnos frente a las dificultades ínsitas en las propias cualidades de estos sujetos especiales de derecho –v.g. los desafíos que impone lidiar con personas que no estén en condiciones de verbalizar sus deseos, inquietudes y/o preferencias–.

Desde nuestra perspectiva, para garantizar el derecho del niño a ser oído a lo largo del proceso judicial es preciso que el niño, niña o adolescente sea convocado cada vez que se quieran adoptar medidas a su respecto; y que –de entre otras garantías– no participen simultáneamente de dichas instancias sus padres o adultos responsables.

La efectividad del derecho del niño a ser oído en el proceso preventivo exige que se materialicen prácticas de “escucha” especiales, textualizaciones rigurosas y ponderaciones expresas de sus manifestaciones a la hora de resolver o aconsejar al respecto.

La plena vigencia del derecho del niño a ser oído en el proceso requiere no sólo el contacto y la observación directa sino también la apertura a formas de comunicación que garanticen efectivamente la libre expresión de opiniones, deseos y necesidades de cada niño, niña y/o adolescente⁴⁰.



⁴⁰ **Bibliografía:** ALSTON, PHILIP y GILMOUR-WALSCH, BRIDGET., "El interés superior del niño". Hacia una síntesis de los Derechos del Niño y de los valores culturales. UNICEF Argentina. Buenos Aires, 1997; BIDART CAMPOS, GERMÁN J., "*Tratado de Derecho Constitucional*", ED. Ediar, Buenos Aires, 1999/2000. CILLERO BRUÑOL, MIGUEL, "*Infancia, Autonomía y Derechos: Una cuestión de principios*". Conferencia en el Encuentro Federal sobre políticas de Infancia y Adolescencia. Mendoza, 1997; COSTA, MARA y GAGLIANO, RAFAEL, "Las infancias de la minoridad. Una mirada histórica desde las políticas públicas", en: DUSCHATZKY, SILVIA (comp.) *Tutelados y Asistidos. Programas sociales, políticas públicas y subjetividad*. Buenos Aires. Paidós, 2000; DOLTO, FRANCOISE, "*La causa de los niños*". *Guías para padres*. Paidós; FOUCAULT, MICHEL, "*La verdad y las formas jurídicas*", México. Gedisa, 1984; GARCÍA MÉNDEZ, EMILIO, "*De los Derechos y de la justicia*". Editores del Puerto. Buenos Aires, 1998.; GARCÍA MÉNDEZ, EMILIO y BIANCHI, MARÍA DEL CARMEN, "*Ser niño en América Latina*": de las necesidades a los derechos. Buenos Aires. Galerna, 1991; GIBERTI, EVA. "La niñez y el hacer política", en: GIBERTI, EVA (comp.), "*La niñez y sus políticas*". Buenos Aires. Losada, 1997; GIL DOMÍNGUEZ, ANDRÉS, "El bloque de constitucionalidad federal y los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos". *Revista Argentina de Derecho Constitucional* N° 4. Ed. Ediar, Buenos Aires, 2001; GROSMAN, CECILIA P., (dirección). "*Los derechos del niño en la familia*". *Discurso y realidad*. Ed. Universidad. Buenos Aires, 1998; GROSMAN, CECILIA P., "*Los derechos de los niños en las relaciones de familia en el final del siglo XX. La responsabilidad del Estado y de la sociedad civil en asegurar su efectividad*", L.L.1999-F-1052; GUEMUREMAN, SILVIA y DAROQUI, ALCIRA. "*La niñez ajusticiada*". Buenos Aires. Editores del Puerto, 2001; GUEMUREMAN, SILVIA (comp.) "*Érase una vez... un tribunal de menores*". *Observatorio de demandas y respuestas judiciales en tribunales de menores de la provincia de Buenos Aires*. Ed. Publicaciones de la Facultad de Derecho de la UBA. Buenos Aires, 2005. HUSSONMOREL, RODOLFO, "*La libre opinión del niño*" en: WEINBERG, INÉS M. (Directora). •*Convención sobre los Derechos del Niño*. Ed. Rubinzal Culzoni. Bs. As. 2002, pág. 195; MIZRAHI, MAURICIO LUIS, "*Los Derechos del Niño y la ley 26.061*", LL, 16/12/05; Rizzini L., *Assistencia á Infancia no Brasil, Uma Análise de sua Construção*. Ed. Universitária Santa Ursula, Río de Janeiro, Brasil. 1993; SOUZA LIMA, ANTÔNIO CARLOS: "*Sobre gestar e gerir a desigualdade: pontos de investigação e diálogo*", en SOUZA LIMA, ANTÔNIO CARLOS (org.), *Gestar e gerir. Estudos para uma antropologia da administração pública no Brasil*. Rio de Janeiro. Relume Dumará, 2002; VIANNA, ADRIANA DE R. "*Limites da menoridade: tutela, família e autoridade em julgamento*". Tese de Doutorado PPGAS /MN UFRJ, 2002.

EL SUJETO PROFESIONAL DEL DERECHO A LA INFORMACIÓN: ENTRE LA COLEGIACIÓN Y LA TITULACIÓN

**(THE PROFESSIONAL INDIVIDUAL IN THE RIGHT TO INFORMATION:
BETWEEN PROFESSIONAL ASSOCIATION AND A COLLEGE)**

Borgarello, Esther Susana García Lucero, Dafne** Peña, Sebastián - Cipolla, Francisco - Koci, Daniel - Roldán Alejandro - Torres, Valeria - Altieri, Magdalena - Mare, Ivana****

RESUMEN: En Argentina, para realizar la actividad periodística no existen requisitos de título o colegiación. Este hecho motiva nuestra reflexión sobre el campo profesional de los trabajadores de los medios, a partir del análisis del marco legal de la actividad. Este debate ha tenido lugar desde la institucionalización de la enseñanza del periodismo.

Al considerar que una profesión es una ocupación social mediante la cual el individuo se puede ganar la vida. Algunos afirman que el periodismo es una profesión relativamente nueva y que por ello, no alcanzó el nivel de reconocimiento propio de otras profesiones. Además, lo propio de un profesional es la alta calidad y eficacia del conocimiento que posee.

Es por ello, que uno de nuestros interrogantes es sobre el modo de alcanzar la cualificación para desempeñarse profesionalmente: a través de la realización de prácticas informativas independientemente de la formación recibida, o desde la capacitación universitaria.

PALABRAS CLAVE: Periodismo – Legislación laboral – Titulación – Colegiación

* Doctora en Derecho y Ciencias Sociales por la UNC. Prof. Adjunta en las cátedras de Historia del Derecho Argentino y Derecho de la Información. Fac. de Derecho y Ciencias Sociales, UNC.

** Codirectora. Magíster en Relaciones Internacionales, UNC. Prof. Adjunta en la cátedra de Metodología de la Investigación, UNVM. Docente en ECI y CEA, UNC.

*** Peña, Sebastián es licenciado en comunicación social, doctorando en ciencias de la información, ULL y docente en ECI, UNC. Roldán, Alejandro; Torres, Valeria y Altieri, Magdalena son licenciados en comunicación social, UNC. Cipolla, Francisco y Koci, Daniel son abogados y docentes de ECI, UNC; Ivana Mare, alumna Fac. de Derecho y Ciencias Sociales. UNC.

El periodista dentro del Estatuto Profesional¹.

La ley 12.908 fue sancionada en el año 1946. Este Estatuto fue elaborado con ideas progresistas para la época y fue llamado a ser modelo de legislación laboral. El Estatuto fue un proyecto iniciado por la Federación Argentina de Periodistas. Aún en la actualidad se nota la enjundia de sus disposiciones que la legislación laboral moderna imita y otras que no se ha podido superar (vgr. período a prueba, bonificación por retiro voluntario, protección especial contra el despido arbitrario...) Ya se veía la importancia que el periodista tenía para esta ley porque lo pone a tono con la evolución histórica que marca la aparición del sujeto profesional e, indirectamente consagra la cláusula de conciencia en el art. 5 cuando proclama inalienables la libertad de prensa y de pensamiento sin que importen las opiniones expresadas por el periodista para matricularse y luego obtener o mantener su carnet profesional necesario para ejercer su profesión (arts. 4, 11, 13 y cc.).

Esta garantía adicional debe analizarse a la luz de la estabilidad laboral (art. 38), base esencial de la ley y teniendo en cuenta el retiro voluntario (art. 46). El derecho a trabajar y la protección contra el despido arbitrario como garantías constitucionales (arts. 14 y 14 bis Constitución Nacional)² no comprenden, el deber del empleador al pago de suma alguna cuando, quien es libre de tomar o dejar el trabajo, decida alejarse. Sólo en función del art. 5 y del art. 38 se justifica el derecho a una bonificación por retiro voluntario, situación diferente a la que se produce para proteger al trabajador del despido arbitrario (art. 14 bis CN). El periodista profesional que por cualquier causa no se sienta integrado a la organización empresarial (cambio de dueños con otra ideología, modificación socio-política de la realidad, cambio en el profesional mismo) se retira percibiendo una bonificación sin perder completamente los años de servicios. A la vez que respeta la facultad de dirección ajena del trabajo, el profesional no violenta los principios que informan su vocación.

El Estatuto define al periodista profesional *teniendo en cuenta la actividad y no la titulación*. Son periodistas profesionales... *“Toda persona que realiza en forma regular, mediante retribución pecuniaria,*

¹ El presente trabajo forma parte de la investigación: “ENTRE REALIDAD Y FICCIÓN: LA INFORMACIÓN COMO DERECHO HUMANO EN LA ARGENTINA POSMODERNA”. EL COMUNICADOR SOCIAL COMO PROFESIONAL UNIVERSITARIO. Esta se realiza en el marco de la Secyt por el equipo conformado por Directora: Borgarello, Esther Susana - Co-directora: García Lucero, Dafne y los integrantes: Peña, Sebastián - Cipolla, Francisco - Koci, Daniel - Roldán Alejandro - Altieri, Magdalena - Mare, Ivana.

² En adelante, CN se referirá a Constitución Nacional.

las tareas que le son propias en publicaciones diarias o periódicas y agencias noticiosas (...) se incluyen las empresas radiotelefónicas, cinematográficas o de televisión que propalen, exhiban o televisen informativos o noticias de carácter periodístico” (artículo 2º).

De lo anterior, se interpreta que la profesionalidad se adquiere en la práctica y no con una formación académica. Da por sentado una carrera dentro de una empresa periodística que se promueve acorde a la preparación para-sistemática de quienes han tenido conocimientos de la realidad práctica. Ese artículo se completa con la explicitación cuantitativa de colaboraciones: “*con un mínimo de 24 colaboraciones anuales y 24 meses de desempeño continuado; y o el periodista propietario ...que ejercen permanentemente actividad profesional*”.

El Estatuto se refiere a publicaciones diarias, periódicas y agencias de noticias. Más tarde se incorporarán la radiotelefonía, la cinematografía y la televisión.

Queda excluido el agente o corredor publicitario, el colaborador accidental (que no alcanza las 24 entregas anuales) y los diarios o periódicos con propaganda ideológica, política o gremial que no perciban sueldo.

A pesar de ser el ejercicio de la actividad periodística lo que define al periodista profesional, cabe señalar que el Convenio Colectivo de Córdoba (CCT) considera la titulación de los trabajadores ya que: “Los empleados de las empresas periodísticas de la ciudad de Córdoba que posean título universitario o de especialización reconocida en los planes oficiales de estudios, y estos conocimientos sean puestos al servicio de la empresa, percibirán **una bonificación por título** equivalente al 10% (diez por ciento) del sueldo básico que le correspondiera en la sección donde se desempeñe”.

La definición de periodista profesional considerada desde la jurisprudencia

Precisado el concepto legal de periodista profesional, se aclara con algunos casos decididos jurisprudencialmente, las dudas que pudieran suscitarse en la práctica.

En primer lugar, el caso resuelto por la Sala VIII de la Cámara Nacional del Trabajo que rechazó la demanda de Oscar Alberto Serra dirigida en contra de los Cipreses SA (sentencia del año 2004). En ese caso la Sala advirtió que *las tareas realizadas por el actor, periodista y fotógrafo profesional, en el breve período que duró el vínculo de las partes, eran ajenas al giro empresarial de la demandada, quien, como es de público conocimiento, se dedica al transporte fluvial de pasajeros y vehículos*

entre el puerto de Buenos Aires y otros puntos de la República Oriental del Uruguay. Así, el periodista que pretendió el amparo en el Estatuto de su actividad no tuvo éxito, debido a que la patronal no era una empresa periodística y por lo tanto, tampoco se dedicaba a la información periodística sino al transporte fluvial.

Contrariamente, la Sala VI de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo amplió el concepto de periodista profesional al editor de televisión en la causa "Novoa Hernán c/ Pramer SCA s/despido", en sentencia del mes de Junio de 2004, no obstante que el CCT de prensa televisada (124/75) no prevé esa categoría. El Tribunal estableció que periodista es *la persona profesionalmente dedicada en un periódico o en un medio audiovisual a tareas literarias o gráficas de información o de creación de opinión*. Las tareas del actor concretadas en la selección de notas para la información general son de índole periodística porque estaban destinadas a la comunicación e información general mediante un medio audiovisual. Se le reconoció al actor la categoría de Productor Periodístico, definida como *el que se dedica a ubicar e investigar las notas que posteriormente realizará el conductor con cualquiera de los sistemas de sonido directo o en cámara durante el transcurso de un programa*. La Cámara entendió que el actor, editor en el lenguaje del Convenio Colectivo de Trabajo 131/75, es periodista según el Estatuto toda vez que su tarea estaba destinada a la comunicación general en un medio masivo.

Sobre la matriculación profesional

El Estatuto (art. 4) declara que la matrícula nacional de periodista es obligatoria. En el art. 16 prevé que el uso del carnet por persona no autorizada dará lugar a las sanciones que correspondan con arreglo a la ley penal.

Se deja en claro que *no se refieren esas sanciones a las del art. 247 Código Penal referidas al ejercicio de una profesión por falta de grado académico y de título profesional*, puesto que **el Estatuto del periodista profesional**, como ya se vio, **no contempla la titulación**.

La autoridad de aplicación, el ministerio de Trabajo, extiende la matrícula al periodista profesional. Sin embargo, La formación laboral que podría significar un campo común de los ministerios de Trabajo y Educación tiene su marcada diferencia. La incorporación de la formación profesional tiene un contenido práctico, dirigido a trabajadores con conceptos de educación para-sistemática, útil para regular la reconversión productiva y tal sería el ejemplo que encontramos en la Ley de Empleo 24.013 (art. 2 inc. e). El componente básico es la política y

programación del empleo para hacer operativo el derecho constitucional a trabajar. Por otro lado, se encuentra la formación con planes de educación sistemática que tiene un contenido eminentemente teórico, que trabaja con estudiantes que logran un título. Esta actividad es regulada por el ministerio de Educación.

Cada ministerio, de Trabajo y Educación, tiene una incumbencia específica: es la académica y no la laboral quien homologa y legitima títulos oficiales de profesionales. Por lo tanto, jamás podría extender ese tipo de certificación quien solamente ejerce el poder de policía del trabajo.

Desde el punto de vista laboral, la matrícula debe mantenerse vigente: cada dos años debe renovarse sino queda suspendida. La autoridad administrativa puede cancelarla si se obtuvo mediante ardid o engaño o cuando recaiga una condena judicial no declarada en suspenso, mientras duren los efectos (arts. 6, 8, 15 y cc.).

Quienes están obligados a inscribirse son los comprendidos en el art. 2, o sea periodistas profesionales, para lo cual el art. 18 inc. b) agrega tres requisitos: 24 meses de desempeño continuado en la profesión, 20 años de edad como mínimo y acreditar la afiliación a la Caja Nacional Jubilaciones y Pensiones de Periodistas.

El periodista se inicia como aspirante y luego de dos años puede obtener la profesionalidad: reportero (recoge fuentes), cronista (redacta objetivamente), redactor (incorpora opinión o apreciaciones generales), colaborador, editorialista, encargado de sección, traductor, letrista, retratista. (art. 20)³.

El carnet es una credencial extendida por el Ministerio de Trabajo y no un título habilitante. Es requisito para gozar de ciertas franquicias (art. 13) por ejemplo: acceso al libre tránsito por la vía pública cuando acontecimientos de excepción impidan el ejercicio de ese derecho; acceso libre a toda fuente de información de interés público; acceso libre a las estaciones ferroviarias, aeródromos, puertos y cualquier dependencia del Estado, y para obtener rebajas en servicios administrados por el Estado (art. 14).

³ En este punto se quiere señalar el hiato existente entre las categorizaciones que se encuentran desde el marco jurídico y las que la misma profesión y las teorías de periodismo emplea. Por ejemplo, entre los rasgos de una crónica no está la objetividad, sino la mirada particular y subjetiva del cronista. Por otro lado, se observa también la inclusión de la categoría de traductor, cuando estos responden a una formación académica específica y distintiva de la tarea periodística y, además los traductores requieren matrícula como requisito indispensable para ejercer su profesión, independientemente del marco jurídico que se le otorga al periodista.

Hasta la década del '90, era común obtener la matrícula por las franquicias mencionadas, pero paulatinamente decayó ese interés en la medida que dejaron de tener esos beneficios a causa de las privatizaciones de servicios en poder del Estado.

Ya no tienta obtener la matrícula ni el carnet para el acceso a lugares en búsqueda de información porque el acceso a la información pública es amplio (*sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística* art. 13 Pacto de San José de Costa Rica).

Alcance de la obligatoriedad de la matrícula

Existe responsabilidad penal para quien utiliza un carnet de periodista sin autorización (art. 16). Esas consecuencias disvaliosas no pueden ir más allá del delito de estafa, violación de domicilio etc. El carnet como cualquier otro medio puede –pero no necesariamente– ser apropiado para cometer un ilícito. En ese supuesto, el delito que se tipifica no será precisamente el referido al uso indebido o usurpación de título en concurrencia ideal ni material.

Ahora bien, ¿Qué dispone la Ley de Contrato de Trabajo N° 20.744 con su reforma 21.297? En ese punto el art. 51 establece que el carnet exigido por el Estatuto para ejercer una actividad no excluye la aplicación o el encuadramiento salvo que se trate de profesión que exija título expedido por la autoridad competente. La prohibición en las normas laborales está dirigida al empleador y sólo excepcionalmente al trabajador. Tal como establece el art. 51: *salvo que se trate de profesión que exija el título expedido por autoridad competente*. El Ministerio de Trabajo no tiene incumbencia en materia de educación sistemática para extender títulos habilitantes y lo único que podría aplicar son las sanciones de acuerdo a los regímenes aplicables (Por ejemplo multa administrativa). Otra consecuencia administrativa puede ser que no atienda las franquicias que la ley otorga a la actividad profesional del periodista.

La jurisprudencia de Córdoba, registra fallos sobre la validez de la matrícula en ambos sentidos.

La sentencia N° 209 leída el 3 de diciembre de 1998 por la Sala Primera de la Cámara Unica del Trabajo considera que *en la hermenéutica de la ley, que surge de su espíritu e incluso interpretación literal, únicamente quedan amparados por el Estatuto, aquellas personas enunciadas en el art. 2 pero que hayan obtenido la matrícula habilitante*.

En el expediente no se había cuestionado la constitucionalidad del art. 2 del estatuto, pero el Tribunal tampoco tuvo en cuenta en ese caso las disposiciones de la Ley 20.744, art. 51, para objetar la legitimidad y vigencia de aquélla.

En la línea opuesta se encuentra la Sentencia N° 67 leída el día 13 de Agosto de 1997 por la Sala Novena de la Cámara Unica del Trabajo: *La pretensión que para ejercer el periodismo en una provincia requiera de la inscripción en un registro administrativo nacional, está en pugna con el art. 32 de la Constitución Nacional, conforme al cual “el congreso federal no dictará leyes que restrinjan la libertad de imprenta o establezca sobre ella la jurisdicción federal”*. Por ello los art. 3, 4, 15 de la ley 12908 resultan inconstitucionales. En tal sentido el poder de policía de prensa, es estrictamente local, y en tal sentido la Constitución de la Provincia de Córdoba proscribire toda posibilidad de someter la actividad profesional del periodista a licencia alguna (art. 51) declarando que la información y la comunicación constituyen un bien social.

Como bien lo señala el fallo, el poder de policía sobre el ejercicio profesional de una actividad pertenece a las provincias porque es un poder no delegado (art. 121 CN). Entonces, la Nación no puede pretender que una disposición similar sea extensiva a las provincias infringiendo la prohibición absoluta que la CN contiene en el art. 32: *“El Congreso Nacional no dictará leyes que restrinjan la libertad de imprenta*. Si se habla de restricción en declarar inconstitucional una norma porque debe ser la última ratio, primero debe verse cuál es el alcance válido que posee.

Sobre la Colegiación.

La CN en el art. 14 reconoce el derecho de asociación con fines útiles individuales.

Cuando se habla de libertad, y más en lo concerniente a la prensa entendida en su sentido dinámico, se aprecia que se realiza desde cada individuo y alcanza una dimensión institucional.

Los operadores de la libertad de expresión (propietarios, profesionales, público en general) se potencian en beneficio de la actividad si logran conscientemente y no por añadidura reconocer los efectos benéficos de auto-regularse con el código de valores éticos, único medio que no limita los principios que alimentan cualquier libertad responsable.

La Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 5 del 13 de noviembre de 1985 sostiene que cualquier intento asociativo debe tener característica de voluntario porque la colegiación obligatoria de periodistas, en cuanto impida el acceso a cualquier persona al uso pleno de los medios de comunicación social como vehículo para expresarse o para transmitir información, es incompatible con el art. 13 de la Convención Americana sobre Derecho Humanos.

Esta Opinión Consultiva es obligatoria para la Argentina ya que en el año 1984 mediante la ley 23.054 y, en el año 1999 mediante la incorporación a la Constitución Nacional (art. 75 inc. 26) el Pacto de San José de Costa Rica forma parte de su sistema jurídico. El calificativo de Consultiva no le resta carácter vinculante desde que proviene del órgano máximo que tiene justamente esa atribución, y realiza la función paralelamente a las decisiones de las causas que llegan a sus estrados.

El Estatuto Ley 12.908, art. 13 inc. b, dispone que el carnet habilita al acceso libre a toda fuente de información de interés público. De aplicarse esta disposición se diría que sólo las personas con carnet pueden exigir información del Estado. En oposición al Estatuto, el art. 13 del Pacto San José de Costa Rica, dispone que el derecho a la información es universal. Nadie tiene su monopolio.

En la Provincia de Córdoba, el carnet no es exigible porque además de la dudosa validez con alcance nacional de los arts. 4, 11 y cc.. (art. 32 y 121 CN), la Constitución de la Provincia en el art. 51 garantiza por ley n° 8803 dictada en consecuencia, el libre acceso a las fuentes públicas de información. De manera similar al art. 32 CN, la norma provincial garantiza que la Legislatura no dicta restricciones a la libertad de prensa.

La opinión de los trabajadores de los medios en la ciudad de Córdoba

Además del marco legal se ha enriquecido este estudio⁴ con la opinión de los trabajadores de los medios sobre las ventajas y limitaciones que un Colegio Profesional traería a la actividad y sobre la necesidad de titulación para el ejercicio periodístico.

En este sentido, no hay una opinión unánime. Por ejemplo, el periodista de *La Voz del Interior* Sergio Carreras afirma: "Confieso que no tengo bien analizado el tema. En principio, para adelantar una opinión, estoy en contra de la colegiación. Creo que este tipo de institucionalización hoy iría en contra de la libertad de expresión y la libertad de prensa, y se convertiría en una herramienta más para intentar controlar al periodismo, aunque doy por sentado que sus postulados teóricos irían absolutamente en sentido contrario. Es un lugar común recordar que el título universitario no es, en absoluto, garantía de buen periodismo. Desde la práctica del periodismo me opongo a estos proyectos de colegio, a leyes que regulen la dinámica de prensa y

⁴ El presente trabajo se limitó a recolectar opiniones de trabajadores de medios gráficos, a través de un muestreo no probabilístico por intención.

a la elaboración de códigos de ética y tribunales periodísticos, que en definitiva acaban convirtiéndose en un corsé para el oficio.”⁵

En la línea diferente se encuentra el corresponsal de guerra del diario *Clarín* –cuyas notas aparecen en *La Voz del Interior*–, Gustavo Sierra, que comenta: “Soy un ferviente defensor de la posición de la Colegiación. Creo que es la mejor vía para profesionalizar el periodismo. Necesitamos algún tipo de sistema que sancione a los que cometen delitos profesionales. ¿Por qué un cirujano necesita tener un doctorado y estar afiliado al Colegio de Cirujanos para poder operar y un periodista que escribe el titular más importante del diario más destacado de un país, con la capacidad para poder desestabilizar un gobierno, no necesita ningún requisito legal para realizar su trabajo?”⁶.

A estas opiniones, se agregan más argumentos. Por un lado, los titulados sin trabajo objetan la onerosidad de la colegiación. Por otro, algunos sostienen la necesidad imperiosa de la colegiación unida a la titulación. En el caso de Córdoba, se ha señalado lo beneficioso que sería la transformación del Cispren en Colegio de Comunicadores, lo que se vería facilitado por contar ya con una estructura fuerte y organizada. Otros consideran este proyecto innecesario pues se sienten contenidos por el Círculo Sindical de la Prensa de Córdoba, (CISPREN).

Si bien las opiniones sobre la colegiación están divididas, no ocurre lo mismo respecto a la necesidad de título. La totalidad de los profesionales y trabajadores interrogados respondió estar de acuerdo con la exigencia del título universitario a la hora de ejercer la actividad gráfica. Sergio Carreras afirma que “cada vez es más necesaria la profesionalización de quienes trabajan con las noticias porque cada vez es más difícil acercar un mensaje bien elaborado, imparcial y completo si consideramos, por ejemplo, elementos como la presión económica sobre los medios, la pauperización del trabajo del periodista, las presiones sobre la libertad de prensa, la dificultad para el acceso a información oficial y a fuentes públicas y privadas”⁷.

De hecho, se ha detectado que gran parte de los trabajadores periodísticos en los medios gráficos cordobeses son comunicadores sociales titulados o se encuentran en las fases finales de la carrera, tal como sucede con muchos pasantes.⁸

⁵ Carreras Sergio, entrevista del día 06-12-05-

⁶ Sierra, Gustavo: entrevista del día 30-11-05-

⁷ Entrevista a Carreras Sergio del matutino *La Voz del Interior* 06-12-05

⁸ No se puede dejar de mencionar que la figura laboral del pasante, si bien es aplaudida y solicitada por los estudiantes avanzados como medio de inserción laboral, debilita las condiciones de trabajo de la profesión.

No se puede asegurar que esto no se repita en los demás soportes periodísticos (audio y audiovisual, sin embargo, se aprecia una valoración de la palabra escrita frente a la oralidad y frente a la imagen visual. Algo que resultaría preocupante, si se piensa que en la actualidad, la información y la opinión se transmiten a través de la pantalla.

Consideraciones finales

Como un último aporte, se expresan algunas propuestas surgidas a partir de lo analizado, discutido y reflexionado a lo largo de todo este trabajo de investigación.

Desde el ámbito académico, sería conveniente que todos los centros de formación referidos a la comunicación social destinen en sus currículas un espacio para la revisión de la historia y desarrollo de la profesión. Eso contribuirá, en parte, a una comprensión un poco más acabada de la carrera, sus objetivos, sus obstáculos, limitaciones, potencialidades, alcance y fundamentalmente el compromiso social que la actividad encierra y el modo en que los profesionales se involucran con su tiempo y su realidad. Es decir, que en definitiva este tipo de revisiones conlleva a un ejercicio cotidiano de reflexión acerca de quiénes somos y para qué nos estamos formando.

Asimismo, y desde una perspectiva jurídica, es necesario incorporar en la legislación a las nuevas categorías de trabajadores y reconocer las distintas formas de ejercicio del periodismo que las nuevas tecnologías han permitido. La transmisión de noticias por Internet, la existencia de publicaciones periódicas on line, la especialización y tecnificación de los discursos mediáticos (por ejemplo: editores, diagramadores, compositores de pantalla, etc.) no tienen un marco legal.

Por otra parte, desde la esfera política, se debería procurar que el Estado reconozca institucionalmente los saberes y competencias que maneja el Comunicador Social. Todo esto con el fin de facultarlo en ciertas responsabilidades que sólo el comunicador deba tener, para asegurar una comunicación responsable y de calidad hacia la población. Además, todo medio productor de discursos y mensajes (ya sean medios masivos, alternativos, comunitarios, productoras independientes, agencias de publicidad, consultorías de medios, etcétera) debería incluir licenciados en Comunicación Social en su plantel.

Esta medida coadyuvaría a la consolidación de la democracia y al respeto de los Derechos Humanos por dos cuestiones centrales, por un lado se asegura el Derecho Humano básico a la información responsable y por otro se garantiza una información veraz, objetiva y oportuna, tal como lo consagra nuestra Constitución Nacional. Es necesario

advertir la importancia de este derecho humano como uno de los de mayor jerarquía, ya que la misma jurisprudencia argentina así lo determinó en numerosas ocasiones. El Derecho a la Información es de tal magnitud y relevancia por ser el garante de nuestra forma de gobierno republicana y democrática.

En síntesis, es importante crear instancias de discusión, reflexión y análisis acerca de los problemas que más inquietan a los periodistas y comunicadores; espacios con la participación de los medios de comunicación, los grupos de profesionales existentes, los distintos centros de formación y el público en general.



LUCHAS URBANAS POR LA TIERRA

(URBAN STRUGGKS FOR THE LAND)

*María Alejandra Ciuffolini **

RESUMEN: Si bien los trabajos teóricos y empíricos posteriores a la crisis de 2001 hacen germinar el campo de estudio de movimientos sociales en nuestro país, ya desde principios de los noventa se constataba una multiplicación de las luchas operadas desde los colectivos de defensa de los derechos humanos hasta los movimientos sociales urbanos (de estos últimos tanto los *movimientos vecinalistas* vinculados a los aumentos de tarifas e impuestos en el nuevo contexto de servicios privatizados, como los *movimientos de reclamo por la tierra y la vivienda*). Ancladas en el espacio local, estas luchas se estructuran a partir de la defensa y gestión de condiciones de vida, en un contexto de fuerte disolución del tejido social.

Ocuparnos, desde el presente, de las luchas sostenidas por los mismos, es un intento por comprender la manera como estos grupos se hacen sujetos de su historia a partir de analizar tres dimensiones sustantivas como son: el trabajo, las luchas y la ley. Para su abordaje privilegiamos en términos metodológicos la técnica de análisis de discurso, y más específicamente la teoría de la enunciación, a fin de dar cuenta de la historicidad de estas luchas.

PALABRAS CLAVE: Lucha – Derechos – Estado – Acción Colectiva

Introducción

Los nuevos movimientos sociales son objeto de un tratamiento privilegiado en la literatura política y sociológica de la Argentina posterior al 2001. El énfasis e interés en ellos se explica por un lado, en la multipli-

* Profesora Adjunta. Cátedra de Sociología Jurídica "B" - Facultad de Derecho y Ciencias Sociales- UNC.

cidad de acciones colectivas que evidenciaron la magnitud de la crisis, y por otro, en la creciente necesidad del campo teórico de asir e interpretar desde una nueva matriz conceptual el carácter heterogéneo de estas acciones¹.

Si bien los trabajos post-crisis hacen germinar el campo de estudio de movimientos sociales en nuestro país, ya desde principios de los noventa se constataba una multiplicación de las luchas operadas desde colectivos de defensa de los derechos humanos hasta los movimientos sociales urbanos. Estos últimos comprenden, por entonces, tanto a *movimientos vecinalistas* vinculados a los aumentos de tarifas e impuestos en el nuevo contexto de servicios privatizados, como a *movimientos de reclamo por la tierra y la vivienda* (movimiento villero, asentamientos).

Ancladas en el espacio local, estas luchas se estructuran a partir de la defensa y gestión de condiciones de vida, en un contexto de fuerte disolución del tejido social. En Córdoba, los conflictos desatados a principios de los noventa, no solo dieron existencia social y política a los pobres; también inauguraron un tiempo en que los colectivos toman la palabra e inscriben nuevas prácticas en la lucha política, y en ese sentido constituyen un antecedente directo de la fisonomía de los conflictos que les sucederán.

Ocuparnos, desde el presente, de las luchas sostenidas en más de quince años por: la Unión de Organizaciones de Base por los Derechos Sociales, el Movimiento de Organizaciones de Base y Vecinos Autoconvocados en la Ciudad de Córdoba², es un intento por comprender la manera como estos grupos se hacen sujetos de su historia y no son solo producto de restricciones estructurales. Este entendimiento de las luchas sociales desde su "historicidad" importa necesariamente asumir algunas reglas de método para el análisis mismo de los datos: a) esta creatividad colectiva no podría ser reducida a una problemática por la autonomía. Se desarrolla en una reciprocidad de intercambios históricos. Está organizada y movilizadora por situaciones objetivas; b) las representaciones ideológicas, históricas o míticas que un grupo se da a sí mismo en un determinado momento de su historia también se refieren a las luchas que lleva a cabo (de Certeau, 1995:211); c) los dos supuestos

¹ Este segundo aspecto es consecuencia para algunos autores (Negri, 2003:29; Svampa, 2005:206) de la disolución del populismo como expresión política y condensante de las heterogéneas demandas de clase, género, nación, etc.

² De aquí en más nos referiremos a ellos con las siglas UOB, MOB y VA respectivamente.

conceptuales antes expuestos importan una estrategia metodológica que privilegia el análisis de discurso para el tratamiento de las entrevistas. Al ocuparnos de la Interacción discursiva hemos privilegiado los aspectos y funcionamientos textuales. Compete al análisis de la enunciación todo aquello que en el texto indica la actitud del sujeto respecto a lo enunciado: el texto se presenta siempre como “marcado” o “enmarcado” subjetivamente, esto es, referido a un sujeto que manifiesta expresar sus opiniones, puntos de vista, referir a una experiencia o unos acontecimientos respecto a sí mismo, o bien como hechos y saberes “objetivos” ajenos a quien los enuncia (Lozano y otros, 1997:93). Interesados particularmente en este artículo en dar cuenta de los sujetos textuales que emergen de la narrativa de los actores sociales, es que hemos privilegiado el estudio de: a) los indicadores de persona, espacio y tiempo; b) las modalidades de la enunciación; c) el estudio de las representaciones que dan los textos de sus sujetos.

Conforme a estos lineamientos y a las dimensiones recurrentes y por ello más significativas de nuestras entrevistas, hemos estructurado esta sección, a partir de tres grandes apartados. En el primero se analiza la problemática del trabajo, intentando dar cuenta de la situación objetiva en la que las acciones colectivas se desarrollan. El segundo tiene por objeto las luchas, sus representaciones ideológicas, su organización, las nuevas formas de militancia y negociación que ellas importan, y; finalmente en un tercer momento nos abocamos al análisis de la relación entre los movimientos sociales y los instrumentos de control como son el derecho y el orden policial.

El trabajo o la historia de la pauperización

Tratar desde la historicidad las luchas sociales, implica dar cuenta de los aspectos objetivos que contribuyen a su emergencia. La estrategia metodológica dispuesta para la reconstrucción de estas circunstancias se basa en el microanálisis, que desde una mirada de las trayectorias de los individuos permite comprender acabadamente las condiciones estructurales. Esto nos llevó necesariamente a priorizar la dimensión del *trabajo*, pues ella expresa mejor que ninguna otra los rasgos del momento histórico.

Conforme a una tesis muy difundida en los estudios sobre este tema en el país, el estallido de acciones colectivas tiene su fundamento en el proceso de descolectivización masiva que impone el modelo neoliberal. En este sentido, las luchas se comprenden como espacios de resistencia que operan desde los mismos márgenes del sistema como estrategias de defensa frente a una exclusión creciente; nos referimos al

proceso de desplazamiento del sector formal de la economía hacia actividades propias del sector informal y el cuentapropismo que comienza en estos sectores más desfavorecidos, en su calificación como fuerza de trabajo, a mediados de la década del 70 (Beccaria, 2002). Estas cualidades del mundo del trabajo son, exactamente, las que fundan la experiencia de nuestros entrevistados. En todos los casos las trayectorias muestran una introducción temprana al mundo del trabajo³, lo cual evidencia un proceso intenso de desinstitucionalización (abandono del sistema educativo, crisis de la familia) circunstancias que retroalimentan la situación extrema de vulnerabilidad y desamparo.

Luego, en la edad adulta, sus trayectorias en el mundo del trabajo se continúan bajo el signo de la inestabilidad y la precarización⁴, he-

³ [dejé mi familia a los 9 años y anduve en la calle. Hasta alrededor de los 13 años, deambulaba de una punta de la ciudad (-) bah, del centro digamos (...) de una punta a otra, y bueno no tuve nada fijo, siempre hacía (...) bueno, estaba en la calle, digamos (-) Después empecé a trabajar como repartidor de... de carne... en el Mercado, Mercado Sud (...) y ahí, bueno, pude desarrollar la habilidad de... despostamiento de media res, donde la carnicería me dio la oportunidad de poder aprender a despostar una media res] (UOB01).

[En realidad nunca tuve laburo estable. Bah, depende de a que le llamemos estable. Siempre laburé por mi cuenta. Mirá yo... empecé a laburar más o menos a los 9 años... donde somos siete hermanos... Yo soy el más grande así que cuando tenía 11 años... Murió mi viejo, no? En esa época yo estaba en la escuela primaria... A partir de la muerte de mi viejo... eh... me tuve que poner a laburar porque era el hermano más grande, eran épocas donde... en los años 69, épocas donde eh... ni siquiera el asistencialismo de hoy había acá. Eramos una familia sumamente pobre... vivíamos en un lugar que nos prestaban... así que yo dejé el colegio... todavía no había terminado el tercer grado, y me puse a laburar, o sea laburaba mi vieja y laburaba yo... y ya después, de... unos años terminé la primaria de noche] (MOB02).

[Yo he trabajado en... siempre trabajé en casa de familia así pe(-)...era cuando hacía FRIO y no tenías con qué taparte y... y me tocaba baldear, ponele, con ocho o nueve años una vereda con unos escarches de aquellos que caían en esa época porque me mandaban mis patrones y estaba trabajando y TENÍA QUE HACERLO. Me ha tocado comer eh... comida que los hijos de mis patrones me la escupían y eran gente (...)] (MOB03).

⁴ [ya después cuando ya definitivamente dejé el estudio este... trabajé en una droguería, después trabajé mucho en la cuestión metalmecánica o sea, en fábricas de autopartes y en fábricas, todo lo que era metalúrgica (...) este debo haber trabajado como veinte años más o menos, y bueh, hasta que me quedé sin trabajo y después ya no volvía a tener trabajo con relación de dependencia sino que trabajaba por mi cuenta, tenía una camioneta y (-) tenía digo porque me separé hace un año y medio más o menos y (-) pero bueno, trabajaba por mi cuenta. O sea yo trabajé más o menos hace como nueve, a ver para te voy a decir, la última vez que tuve trabajo con relación de dependencia fue hace como (...) y trece o catorce años más o menos (...) y vos sabés

chos que se constatan en la alta rotación de sus empleos e incluso en la intermitencia entre tiempos de trabajo y no trabajo. Sin embargo, el mundo del trabajo y los tránsitos que para ellos implica, son vistos como una instancia de aprendizaje en la que se adquieren habilidades y destrezas, una profesionalización⁵ en el sentido de un oficio que permite adjudicar al cuerpo un lugar y una función. El trabajo es entonces una oportunidad de desplegar capacidades, así como también de inscribirse en el espacio social como un sujeto del saber-hacer, portador de una identidad. Su exclusión del mercado formal significó, mucho antes que para la gran masa de trabajadores argentinos, el desplazamiento hacia actividades propias de la economía informal como el trabajo por cuenta propia. Antifaces del desempleo, estas estrategias se proponen como los únicos espacios para gestionar la sobrevivencia⁶. Este refugio en emprendimientos precarios tiene, más allá de su éxito o fracaso, una doble función: por un lado, producir un mínimo de recursos que aseguren las necesidades más básicas, y por otro mantenerlos ligados a los marcos sociales y culturales del mundo del trabajo.

después varias veces intenté de nuevo volver tener trabajo en relación de dependencia y no hubo caso viste por el tema de, por la edad y aparte cuando se vino toda la crisis] (MOB03).

“Y io me vine para acá, este... a los dieciséis año, y ahí anduve trabajando en la construcción, así en diferentes trabajos, hasta que vino la familia, luego me integré a un partido político, empezamos con el PST. Si siempre trabajaba en empresas, estoy trabajando de naranjita ahora” (VA-02).

⁵ [o sea que mi profesión es pintor de obra] (UOB01).

⁶ [después me dediqué a trabajar de pintor de obras, ya, ya no era más peón de albañil, sino que era pintor de obra, me capacité en eso, y pude empezar a trabajar por mi cuenta] (UOB01).

[cuando nos instalamos ahí con los dos muchachos los socios a tratar de emm, de desarrollar un horno de ladrillos, viste, en definitiva ha sido el laburo, como de cuentapropista de, mío de toda la vida] (MOB02).

[en la actualidad, que se yo, yo muchas veces intenté ir, ahora actualmente, a buscar trabajo, “¿Cuántos años tiene? Cuarenta y nueve. Sí, lo que pasa es que estamos buscando chicos entre treinta años, treinta y cinco” (...) y se hace medio (-) lo que pasa es que yo por ahí ya, como que lo tengo asumido, o sea, no, sé que yo voy a seguir trabajando por mi cuenta, viste, en lo que pueda, en lo haga, en lo que encuentre, porque ya no creo que pueda...] (MOB-01).

[Yy, lo que pasó es que perdí ese trabajo, y después, este, quedé embarazada, tuve a mi hijo, y después no, ya con la edad que uno tiene ya no, es difícil (-) Y yo en este momento hago billouteri, soy artesana, billouteri, tengo un puestito en la plaza Vélez Sarsfield, y bueno, no vivo de eso porque no me alcanza, pero bueno, eso es lo que hago] (VA-01).

Pero en nuestros entrevistados el concepto de trabajo se ensancha para contener el conjunto de operaciones productivas con las que intentan remediar, en alguna medida, los problemas y necesidades comunes⁷. Las redes sociales son, ni más ni menos, que la resultante inversa y positiva de la disolución del tejido social. Hechas de la vida del barrio, vuelven al territorio el espacio natural de la acción y organización –comedores, cooperativas, iglesias, etc–. Ellas reinventan la geografía cotidiana al poblarla de palabras y bienes que se intercambian. En ese tráfico de pequeñas observaciones, informaciones, posiciones, decisiones y maneras de hacer, se re-articulan lo político y lo económico conforme a estrategias propias que remiten al pasado y refieren al porvenir de ese espacio.

El significado que adquiere el territorio sólo se comprende acabadamente, entonces, si se lo emparenta de manera directa con la disolución del mundo del trabajo; visto no sólo desde la carencia de recursos, sino también desde la obturación de los tránsitos entre lugar de trabajo y vida. Es ese solapamiento de dimensiones de la vida, la coyuntura que hace posible la intensificación de las interacciones, la emergencia de redes de reciprocidad y la politización del espacio, esto es la construcción a partir del mismo de un colectivo social.

Pero, también, co-existe otra explicación menos optimista y es que esa superposición de actividades en el espacio, si bien es cierto lo politiza, lo hace a partir de una experiencia de confinamiento y exclusión.

Comenzaban a delinearse por entonces –principios de los noventa– los perfiles de una sociedad altamente excluyente y frente a esta descomposición de arreglos institucionales y mecanismos de inserción,

⁷ [me dediqué mucho a lo que es llevar comedores y... mucho con el trabajo, eh, mas que todo con la época de Ange(-) de Alfonsín, fue la época más fuerte donde yo empecé a hacer trabajo porque yo veía mucha necesidades de la gente, y me sumé, me... junté con un barrio de Saldán y fui a Cáritas a, de Saldán trabajé en Cáritas de Saldán un año. Entonces ahí formamos una interbarrial que se llamaba, una... que era un integrado de todos los barrios, donde este... traíamos las necesida del barrio y veíamos concretamente que podíamos hacer por los barrios (...) Hacíamos actividades (...) hacíamos venta de empanadas, toda esas cosas, hasta que veíamos la posibilidad de comprar bolsas de harina, de azúcar, hacer pan, colaborar con los comedor] (MOB03). [cuando ya en el 80 me vuelvo a la ciudad de Córdoba (...) Donde no tenía dónde vivir, y dónde pude, bueno, me fui a un asentamiento villero, y ahí es cuando empiezo a, bueno, tener otros tipos de contacto con otra gente. Y empecé a desarrollar una actividad diferente a la que venía desarrollando (-) sin dejar de trabajar en la pintura] (UOB01).

los sujetos de las organizaciones estructuran un discurso que rescata la noción de derechos sociales tan cara a los trabajadores, en la dura tarea de preservar marcos sociales y familiares desde los que sostener una cierta rutina y “normalidad” cotidiana (Svampa, 2005: 170).

Las luchas de ayer y hoy

Las luchas emprendidas por las organizaciones de base son claramente conceptualizadas por sus actores como *estrategias de defensa*⁸ ante la disolución del mundo obrero. En un contexto de pauperización creciente –recordemos que estas luchas se inician en el escenario inflacionario de principios de los años noventa– los pobres urbanos experimentan de una manera dramática el fin de un modelo de inserción que hacía del trabajo y los derechos a él ligados la inscripción misma en la vida social. En este escenario, en el que la vida se descentra del trabajo, la resistencia de los sectores populares se organiza a partir de una clara vindicación de esos derechos pero ahora desde un nuevo anclaje, cual es la tierra y la vivienda.

No es casual que frente a un orden que se deshace se oponga el *habitar*⁹, ya que las determinaciones del habitar se han desarrollado

⁸ [desde sus comienzos del año 92, ha sido, digamos, por un lado la unidad... y por otro lado, acceso a la vivienda, acceso a la tierra y a la vivienda, digamos que esa ha sido la lucha más fuerte que tenía la Unión. Ese digamos, el fuerte que ha tenido (-) Eh, que no se ha dejado de discutir la problemática de la educación, la salud y el trabajo, que en distintos eh... etapas, lo ha podido desarrollar, digamos, de alguna manera la Unión ha discutido profundamente pero no ha resuelto ese tema] (UOB01).

[cuando empezamos a laburar, como movimiento, bueno nos lo formamos las organizaciones este que fuerte con las que ya venían este... haciendo camino, bueno, este tema de lo habitacional, del acceso a la tierra, de las cuestiones de de... de los derechos sociales básicos, qué sé yo, que hay cosas que se puede saber... como puede ser este laburo, el tema de la educación pública, el tema de la salud pública, es como que a nosotros la historia nos ha comido mucho lam... que está bien, es legítimo la, es un derecho el tema del acceso a la tierra, el tema del acceso a la vivienda propia, no?] (MOB02).

[con la lucha para que, este... porque el impuesto... no es cierto? como dice la constitución no es un impuesto, es un tributo, y ese tributo tiene que ser, de acuerdo a la capacidad de pago que uno tenga (...) bueno, pero justamente, justamente la vivienda única, es inembargable, salvo en el caso de impuestos y servicios, y el agua, nosotros estamos, véis ahí está, defendiendo una lucha, este... en contra de la empresa porque, este... el agua es un, es este, es eh... un recurso natural de la provincia, que se lo ha concesionado a una empresa que no paga el canon pero que, por el vecino, que por no pagar, este... su boleta de agua, eh, le cortan] (VA01).

⁹ [la del hábitad es una perspectiva amplia, digo que eh... hay que pensarlo desde el punto de vista del acceso a la vivienda en consecuencia, digo, eh... trae otras cosas, este... que si no se defienden terminamos, termina siendo el mismo nivel de pobreza

desde el mero establecerse en una casa y encontrar protección dentro de sus paredes hasta la riqueza de la estructura del orden (Bollnow, 1962: 158). En este último aspecto, las luchas por la tierra y la vivienda, suponen una casa que ya no puede ser construida por hombres singulares sino que requiere del ejercicio colectivo por dotar de referencias y sentido a la vida en común. Se trata en definitiva del arraigo como algo más que un trozo de tierra, con un estar dentro, un pertenecer a una determinada estructura social, política, jurídica, moral, etc.

Estas luchas muestran desde un nuevo lugar una continuidad con las tradicionales luchas del mundo obrero; en ningún momento se plantean como estrategias anti-sistémicas. Muy por el contrario, se nutren de las categorías más caras del orden democrático como son la ciudadanía¹⁰ y los derechos inobservados o nuevos que ella entraña. Pero son, también, un quiebre pues en ellas emerge un colectivo nuevo, cuyo estatus no es partidario, tampoco sindical, son una alteridad que hasta entonces no se simboliza y que concentra en sí los sentimientos de miedo y rechazo¹¹; los pobres toman la palabra, se muestran y nos muestran la otra fisonomía de la ciudad. Su irrupción en el espacio público subvierte el tránsito y la vida cotidiana de la ciudad, las calles y las rutas¹² que son ahora el escenario de los reclamos. Este nuevo espacio de lucha, dado por el tránsito de los suburbios al cen-

de una familia metida en un lugar que... si bien es propio, o será propio tiene otra serie de costos, que no se está en condiciones de financiarlo, en consecuencia se pega lo del laburo, se pega la cuestión de la salud pública... son costos que tienen las familias que están cada vez mas privatizados...] (MOB02).

¹⁰ [Io, io soy un ciudadano que voy a poner mi voto, que tengo derecho a comer, que tengo derecho a vestirme, que tengo derecho a tener un trabajo digno, la constitución dice que io debo tener un trabajo digno. La constitución me dice que tengo que tener un trabajo y que tengo que tener una vivienda, entonces, por qué no nosotros hacer defender ese derecho y elegir, ser libre de elegir donde queremos vivir, por qué nos tiene que imponer el gobierno donde tenemos que vivir, ¿por el sólo hecho de haber nacido pobre?] (MOB03).

¹¹ [¿sabés que le costaba mucho a la Unión en ese tiempo? que era, era, era un sector muy, muy estigmatizado (...) o sea, el tema del, del pobre, el de la villa viste, o sea, eh, era un sector muy, muy, muy (-) siempre, siempre, me acuerdo de una, de una, de una, de una compañera que había en la organización, vos sabés la primera marcha que hicimos este, dijo algo que sabés que me quedó marcado, me quedó grabado me dijo "Uy, es la primera vez que salimos en la página, en la primer página del diario, por lo general siempre salimos en la última] (MOB01).

¹² [Fue la mejor orga(-) la mejor eh... eh... marcha que tuvimos ¿por qué? porque ahí se sumaron niños, ancianos, gente, ahh, chicos jóvenes, fue una movilización, pero, espectacular, simplemente los dirigentes controlábamos nuestra gente, no hubo ni una

tro de la ciudad, es vivido también por los colectivos con temor; estar a la altura del reclamo y el escenario escogido para realizarlo impone a los sectores marginales un conjunto de controles y cuidados que muestran, por un lado, que la necesidad de apropiarse de ese espacio conlleva una serie de prácticas nuevas que permitan re-definir la condición y las relaciones de los cuerpos con las prácticas en el nuevo espacio. Y, por otro, también, dotar a esas prácticas y relaciones de un contenido político. La “vida ordinaria” y su “imposibilidad” son los cimientos de este *ethos* político, que se orienta por estrategias asociativas y de organización, más que por una construcción ideológica común. E incluso se marca el distanciamiento con las retóricas de los partidos tradicionales: particularmente notoria es la ausencia en sus discursos de categorías tan caras a la ideología popular como “justicia social”, “desposeídos”, etc.

La especificidad de este *ethos* político toma entonces la forma de un “estilo de acción”, se afirma como un conjunto de procedimientos, una manera de hacer¹³: la acción directa, autoorganización y decisiones assemblearias; estos mecanismos son los que los distinguen de toda otra forma de acción colectiva y a través de los cuales los grupos toman conciencia de su existencia e identidad. Este aspecto central de la organización en los movimientos da lugar a la conformación de una nueva

pedra, no hubo una mala palabra en decir, ehh, fuera de lugar, nada. Diez mil personas en en la ciudad de Córdoba, en el centro de Córdoba y ahí donde sale la Unión de Organizaciones de Base, donde se empieza a ser nombrada la Unión de Organizaciones de Base. Y ahí empezamos a ver, eh... empezamos a pelear la mesa de concertación] (MOB03).

[yo me acuerdo las primeras movilizaciones, que eran marchas, caminatas en la calle, la gente cuidaba, decía, che, cuidémonos entre nosotros, no tiren nada, este, no tiren bombas, no quemen esto, no quemen aquello, viste un cuidado por, un, un temor, viste este (...) Y después sí se fueron, a partir de que se fue haciendo una cosa más, más dinámica el tema de las movilizaciones, ya vinieron los cortes de ruta, ya vinieron las cagadas a palo de la cana, que se yo, bueno y la gente se fue (-) pero asimismo a la gente le cuesta, le cuesta todavía este eh, eh, le cuesta muchas veces (-) pero bueno] (MOB01).

¹³ [una etapa muy muy linda donde ehh yo ya... par(-) llevaba mas de lleno adentro, ya no estaba tanto la gente sino que me tocaba trabajar en lo que era los concejos de cada de cada un... de cada grupo. Y bueno, se formó, ahí se formó el... cuerpo de delegados que que estaba en la mesa ejecutiva en el cuerpo de delegado y después venían las base. Modo que cada delegado de barrio se juntaba en el cuerpo de delegado, traía su problemática] (MOB03).

[lo que nos preocupa a nosotros como Unión, bueno, cómo lograr la verdadera participación de los distintos compañeros] (UOB01).

[De construir, de construir desde adentro] (VA01).

forma de militancia. El *militante social*¹⁴, agentes de enlace que llegaron a serlo por sus conocimientos prácticos de lo cotidiano, se caracterizan por el interés particular y la atención aguda que ponen en las determinaciones menores de la vida de sus comunidades. Delegados de base, trabajadores comunitarios, referentes territoriales, son los nodos de articulación del trabajo, la información y la lucha al interior de las organizaciones¹⁵, y los interlocutores o voceros más allá de las fronteras del barrio¹⁶.

Sin estatuto oficial ni establecimiento como profesionales de esas operaciones de información y mediación, estos intermediarios capitalizan saberes menores: realización de informes o gestiones administrativas; enunciados oscuros de un formulario; el contenido de un reglamento u obligación legal; el diseño de actividades para proyectos, etc. Animadores de la vida comunitaria, de la cual pueden percibir los interrogantes y comprender sus necesidades, los referentes territoriales son también aquellos que determinan a partir de la urgencia en la gestión de las necesidades básicas (comedores, guarderías, postas de salud, etc.) los tiempos y modalidades del reclamo y el conflicto.

Básicamente, el conflicto remite en las organizaciones de base urbanas, a una defensa de la dignidad¹⁷, a un reclamo de respeto a

¹⁴ [de alguna manera nosotros somos los que vivimos, padecemos todos los días, conocemos bien de abajo lo que nos sucede en nuestros asentamientos, nuestros lugares, y que, eh (...) el Gobierno no los tiene en cuenta, y digamos, y, haciendo una política desde un escritorio, a la cual no, no da resultados (...) Y para nosotros son parches nada más, más que soluciones] (UOB01).

¹⁵ [Entonces la gente llamaba a asamblea a sus socio, explicaba, cómo el concejo trabajaba y yo simplemente hacía de mirador y, rescataba lo que yo consideraba que podía andar en dentro del momento de pelear por un proyecto de pelear por un por un lugar en este lugar. Después bueno, bajaba el delegado que debía ser el socio titular de la cooperativa, charlaba conmigo, se veían los puntos de vista, y después se ievaban a lo que era em... eh... el plenario. En el plenario discutía el delegado de la cooperativa, discutía que los puntos que a ellos le parecían que estaba sus problemas su problemática, o porque no salía su proyecto, o este o el otro, como organización lo peleaba. Y eso lo peleaba yo como delegada de la zona, tenía que pedirle tipooo, y defenderlo para que no se le cayera el proyecto al compañero] (MOB03).

¹⁶ [Gestiones ante el Ministerio, gestiones ante, ante la Municipalidad, gestiones por la gente que no tiene tierras, este para la gente que (-) digamos por el laburo, digamos el trabajo, ¿no? porque la gente, digamos, nosotros peleamos el digamos un espacio de trabajo para la gente que es lo que dignifica a la persona, ¿no?] (UOB04).

¹⁷ [Si, la forma de lucha... principalmente el decir de que... de darle al pueblo la posibilidad de que el pan... que se cree trabajo homogéneo para todos no es los quince pesos, los cincuenta pesos, cuánto le pagan? O sea no le pagan la... una caja de pan, no se como le iaman, un vale algo ahhh, un vale lo nuestro] (VA02).

partir de una condición que se reconoce como poseída. La ciudadanía es ese estatus que se opone a la clase, y desde la que se exige la inclusión y la participación, reprobando modelos de relación política asimétricos y paternalistas como la clientela y la dádiva. Concebida desde allí, la lucha social¹⁸ es ante todo un *camino*, cuyo tránsito exige condiciones objetivas de organización y acuerdo, es una construcción de un nosotros con vistas a un destino, un horizonte definido por las expectativas comunes.

Sin embargo, este renacimiento socio-político que brota en los bordes de las ciudades, mostró toda su debilidad¹⁹ en el nuevo escenario dado por la extensión y el agravamiento de la crisis y el ascenso del justicialismo al poder. El mismo proceso de construcción de la lucha de las organizaciones sociales, en el que se privilegiaron lo organizacional y el tratamiento de las urgencias desde su inmediata satisfacción, mostró una arquitectura del poder, cuya ingeniería radicaba en una increíble capacidad de articulación y acción conjunta eximida de una sustantiva edificación político-ideológica. La potencia de esta construcción es juzgada como exitosa, si se observan sus resultados en un corto plazo;

¹⁸ [Nace la Unión en el 92, septiembre del 92 y bueno, nosotros nos sumamos (...) por una relación que teníamos de, con distintos compañeros que la compon(-) iban a, en ese momento iban, de cuatro fuerzas que había, digamos ... que eran movimientos de compañeros, por un lado el cooperativismo, por el otro lado los de sin tierra. Y bueno, esto nos ayudó a unimos en Los Cocos en el 92, porque tuvimos un grave problema en la ciudad, que era el descuelgue de los ganchos... Donde ahí, fuertemente, nos tuvimos que... juntarnos de alguna manera, no nos podíamos juntar, no estaba el camino hecho para juntarnos con los distintos compañeros que componían otras fuerzas] (UOB01).

¹⁹ [yo tengo un problema con la cooperativa mía, nosotros tenemos un plan de vivienda y, después, compramos otro pla(-), otro, otro, otro parcelas de tieya y, entramos en los nuevos planes, en los nuevos bayío, entonces el gobierno nos hizo la estructura y después salió, políticamente a venderlo como que eso era los nuevos barrios que él daba, cuando la tieya es nuestra. Entonces nosotros tenemos dos cosas, la gente que vive de un nuevo plan de vivienda dicen, a mí la casa me la dio el gobierno, pero tenemos la otra parte que el gobierno no le va a escriturar, le va a escriturar la cooperativa, porque quien tiene la (...) de propiedad es la cooperativa. Entonces, hasta en eso los quebró, nos quebró como organización, porque nosotros, un montón de años de lucha, cinco años de lucha para conseguir la tierra para un nuevo plan de vivienda, cuando él entra, se hace un acuerdo político este, dentro de la cooperativa de nosotros con ellos, hace un pacto político donde le donaban cuarenta lotes a ellos con tal de que el gobierno diera la estructura. Y los enganchó ahí, nos dio colegio, nos dio alumbrado público, nos dio, nos dio asfalto, nos dio todo, pero donde nos dejó pegadazo el gobierno diciendo que era un nuevo bayío, estructura de nuevo bayío y nos enfrentábamos como que ese nuevo plan de vivienda era el nuevo de De La Sota] (MOB03).

pero vista desde un período más amplio, se hace inteligible toda su fragilidad.

Fuertemente centrada en la autonomía de lo social respecto de lo político, suspendió en la construcción del colectivo lo ideológico en favor de lo masivo, y con ello mantuvo intactas las culturas políticas y adscripciones partidarias pre-existentes. Esta circunstancia permitió al nuevo modelo de gestión re-habilitar antiguas prácticas en su relación con los sectores populares, y de esa manera las viejas estrategias de cooptación y fragmentación²⁰ dieron por tierra, finalmente, con aquel poder fabricado sólo sobre la unidad.

Si bien esta nueva situación desactivó de manera importante el conflicto y la movilización de las organizaciones populares urbanas, el estallido de la crisis en el 2001 importó para ellas un nuevo despertar. Pero a diferencia del pasado, el trabajo territorial y la lucha social inscriben ahora en una nueva matriz²¹, que hace de la politización, de la necesidad de construirse como sujetos políticos, el único instrumento capaz de devolverles su potencial de lucha. Su originaria vocación por la autonomía, se revela en el presente como un claro distanciamiento de las estrategias asistenciales, para postularse como una construcción política alternativa²², que hace del territorio y las condiciones materiales de vida los aspectos centrales de esa construcción colectiva.

²⁰ [salimos a defender, mas aiá de toda plan de vivienda, y lo haga pelear a, a, al pobre contra el pobre, porque él está haciendo pelear al pobre contra pobre, encima lo margina tanto, que lo saca de la ciudad y lo tira en cualquier lado] (MOB03).

[No digo que eso haya sido lo único que nos, nos perjudicó, la coptación por parte de, de los gobiernos municipales y con (...), eso fue determinante] (UOB04).

²¹ [Es más, estamos en una, en una discusión ahora que, inclusive esto estamos haciendo, desde, desde el foro de las ONG, con otras redes, estamos discutiendo la posibilidad de crear un espacio, donde sea un espacio para discutir este, política o sea, no sea un espacio donde vos o las organizaciones o los dirigentes van y se sientan a decir a ver bueno, les consigo este, eh, a ver cuantos "vale lo nuestro" más consigo o cuánta tierra consigo o cuántas casas consigo, si no que significa discutir este, políticas públicas, significa discutir POLÍTICA, este eh, tener un espacio en donde uno pueda tener desde ese espacio cierto posicionamiento con determinadas cosas que nos pasan como, como sociedad ... un espacio más político, no, no, no un lugar digo (-)] (MOB01).

[Tanto los compañeros de la Unión con otros compañeros que pertenecen a otros movimientos. Yo creo que la apertura es que podamos juntarnos y poder lograr, eh... revertir la situación de vida que llevamos, que eso es lo que todos luchamos por eso, no? Mejor calidad de vida (...) desde otro espacio] (UOB01).

²² [Si eso vos lo construyeras bien desde abajo con una conciencia de la gente, si. Yo creo sí en un espacio político este, que tenga eh, una mirada, que se yo, a, a, a lo electoral, a cierto, pero construido con la gente, pero si no digo, no tiene sentido porque estaríamos cometiendo los mismos errores viste, eh, si vos me decís bueno, vamos a empezar a construir un espacio político que en determinado momento va a terminar en este

La Ley: su ajeneidad y su injusticia

Desde un inicio las luchas de las organizaciones de bases se vieron enfrentadas a un doble movimiento por parte del aparato de Estado: así mientras por un lado se negociaba²³ o se cooptaba, por otro simultáneamente se desarrollaba una tarea de control y represión²⁴. En una y otra instancia, el derecho fungía como instrumento de despolitización y disciplinamiento.

Las luchas sociales se enfrentaron desde un principio a una lógica de normalización e institucionalización²⁵. Esto implica una primera operación de traducción de un reclamo que formula imperativos sociales en términos de derechos y obligaciones individuales. Así, fue posible transformar estas demandas en problemas relativos a individuos agrupados. De este modo, los colectivos dejan de ser la expresión política de unos muchos para adquirir el carácter de organizaciones –asociaciones, mutuales, cooperativas, etc.- reconocidas, tuteladas y con competencias expresas dentro del sistema legal vigente. Esta inscripción en el campo normativo es, también, la condición para ser aceptadas como sujetos del diálogo y la negociación y, más aún, como destinatarios de la satisfacción que solicitan. Este proceso de institucionalización con el que la administración del Estado limitó y encaminó el conflicto con los sectores populares, implicó la introducción del conflicto político en el ámbito de lo jurídico y lo administrativo.

lugar, o va, o va a apuntar para ese lugar, pero que la gente lo sepa, que la gente lo discuta, que la gente (-) La construcción del poder desde abajo eso sí me, eso sí] (MOB01).

²³ [nos consultaba qué pensábamos nosotros de cuál política se iba a implementar en la ciudad, y bueno eh (...) movilizábamos, si no éramos escuchados o atendidos, si nos habían cortado el diálogo, porque tuvimos fuertes cortes de diálogo, tuvimos compañeros detenidos también por, por ejercer digamos, de alguna manera la presión de que nos atienda el Gobierno, no?] (UOB01).

²⁴ [Y bueno, llevaron a los compañeros detenidos... muy cuestionable que los llevaran presos... que hoy sigue la causa de ellos, no? Y quedan con la causa encima, así que bueno, eso es malo también, porque eso nos marca, nos siguen marcando a los compañeros y a la Unión en ese sentido, no? Que nos han dejado compañeros TILDADOS de alguna manera, como instigadores de otras personas] (UOB01).

²⁵ [Ta bien, yo creo que tiene que existir una, un encuadre jurídico porque por ahí si tenés que hacer alguna gestión, un trámite o esas cosas (...) pero mirá que hay organizaciones que por ahí tienen años de, de formación y cuesta mucho viste que se yo, estar al día con los balances, con la, la papelería, que esto, que aquello, viste... pero bueno... no es que uno no quiera estar en lo legal, o que quiera estar, viste, pero por ahí te jode mucho eso. Viste a nosotros nos paso con la Unión... MUCHOS jodían con el tema de bueno "tenemos que tener personería jurídica" y yo no sé si eso te terminó encorsetando viste] (MOB01).

Este tránsito al campo jurídico no se hace sin contradicciones para los sectores populares, porque por un lado, “estar o no” marca claramente su condición de exterioridad del mundo jurídico, previa a la instancia de organización y conflicto, y por otro, denuncia las relaciones encontradas y de escasa confianza que su experiencia ha estructurado con la ley y sus operadores. Ello es, desde la mirada de la acción colectiva, consecuencia de la sistemática judicialización de los reclamos, y la calidad de las figuras penales impuestas a los detenidos, así como también por el aumento en la violencia con que las fuerzas de seguridad se comportan ante las manifestaciones. Pero también desde una vivencia más personal, los entrevistados reconocen que es la lógica estigmatizante²⁶ la pauta indiscutible con que los organismos de control se relacionan con los sectores populares; es por ella que el principio de inocencia se invierte y devuelve una vivencia de la ciudadanía degradada en términos de derechos.

Esta percepción se complementa con una concepción panóptica pero, también, engañosa del control²⁷. Esta referencia desplaza la noción de delincuente de los sectores subalternos a aquellos que detentan el poder, e incluso imputa la criminalidad al sistema mismo. En un sentido semejante transitan los argumentos en que la justicia, es vista como engaño²⁸, y finalmente, entonces, como una profunda injusticia.

²⁶ [conjunto, hasta los mismos medios viste, “¿qué quieren los negros estos en la calle, viste? ¿Qué es lo que, qué quieren estos guasos? Pobrerío ¿qué, qué mierda quieren acá?”, viste (en voz baja), porque por lo general se daban las marchas viste, de los gremios, de los sindicatos viste, toda esa historia viste, pero nunca se había dado el tema de, de la movilización de los pobres, del pobrerío, de los crotos, de los del (-)del negro de la villa, no se había dado nunca, entonces este, hasta, hasta era medio jodido y complicado la relación con la cana viste, nosotros tomábamos todos los recaudos, hacíamos, bueno a ver, que se yo, hay una movilización nuestra qué hacemos, hay una movilización, bueno, para cuándo es, para el lunes que viene, enviábamos una nota, a la cana, pero lo hacíamos más que todo para cubrirnos ante posibles viste, cagadas a palo viste] (MOB01).

²⁷ [Que enfermos que estamos, no? Porque el culpable de toda la inseguridad es el croto que te va a venir al lado mío y que te va a chorear. Ahora, no vemos, el ojo social no vé a que en realidad los verdaderos choros no les tocamos el traste ni con una caña, ta? Están en el poder, son los que gobiernan, son los que este... manejan gran parte de la justicia, son los que manejan la economía y finalmente son peleles de eh... de terceros, no? Entonces digo, la pérdida de valores esta por parte de una estrategia del sistema que avanza, que ha avanzado y su intencionalidad para adelante es, digo, esta bastante clara] (UOB02).

²⁸ [¿Sabés lo que hicimos para parar, este... para parar, este, todos los remate que teníamos y jardines del Pilar por la obra pública?, Hay, yo le di a la jueza... voy a averiguar donde están los derechos humanos de la provincia.() vino la justicia, lo desalojó, eh, el juicio se hizo mal porque, eh, ese juicio, este... él estaba internado, porque la vivie(-)

Enhebrados todos los argumentos configuran un diagnóstico para nuestros entrevistados de una patología social en la que como un cambalache se ha mezclado la vida: el policía es ladrón, los derechos humanos se doblegan frente a los contratos, el poder se ejerce con absoluta discrecionalidad y los organismos de control son sus lacayos²⁹. Este escenario evidencia la pérdida del campo normativo (jurídico, político y/o ético) para regular la convivencia y el destino de la sociedad. Es tal vez esta perspectiva del hoy, descreída y escéptica, la que explica de manera más acabada la ausencia de una resistencia más confrontativa en un contexto de pauperización y exclusión creciente.

Conclusiones

En este artículo poblado de voces, de discursos que se solapan, nuestro análisis ha consistido en una primera sistematización que desde un lenguaje muy conceptual intenta captar el incesante vaivén de representaciones, memorizaciones y realidades que desde estas voces se enuncian y evocan, a fin de dar con algunas claves que nos permitan una historización de las luchas por la tierra en nuestra ciudad. Y como

estuvo mal hecho el juicio, que tuvo muchas irregularidades ese juicio porque la propiedad era herencia, o sea que todavía el no había hech... la sucesión, o sea que fue un juicio hecho a un muerto, que eso no se puede hacer, y la justicia sí lo hizo, y, este... emm... y, y la otra tremenda irregularidad, es que le estaban cobrando a él lo, lo, lo remataron su vivienda por una obra que no pasaba, por el sólo hecho de haberse firmado de que estaba de acuerdo con la obra y porque la municipalidad, viste, le entregaba a las empresas, este... ay! técnicamente no se cómo se llama, pero es un papel donde te dicen, bueno, de la obra como que queda ahí como que el vecino no la ha pagado, porque por ejemplo, se inicia la obra en este barrio, empiezan por acá pero acá no llega, pero todos tienen que ir pagando y te van cobrando intereses y es tremendamente injusto] (VA01).

[empiezan la obra y empiezan los contratos, vienen con el contrato mas chico, que hay en el contrato, no que esto que quizá lo pueda leer. Le digo, bueno, este... escúcheme por qué no me deja el contrato yo lo leo, porque acá no lo puedo leer, no veo, no veo para leerlo, a parte que no lo voy a entender, me lo deja io lo veo, o lo hago ver con alguien digo, si no lo entiendo en parte para... y lo firmo, se lo devuelvo firmado? No, no tiene que firmar ia, no es que ia no se lo puedo firmar, porque no se que dice. Se hizo la obra empezaron a iegar los formularios de cuentas. A mí no me iegaban, me dice un vecino te van a rematar la casa, no ves] (VA02).

²⁹ [Un autoritario que te mete la policía en la caie, que represionan así, que matan gente, que quedamo, el día que él se vaia, nosotros vamo a tener, por lo meno, cuatro o cinco juicios en nuestras espaldas para pagar porque (...) el chico este que mataron en la cancha, el el chico, esos dos chicos que condenaron por no se cuanto tiempo de cárcel y eran inocentes, cuando supieron que eran inocentes, también están en juicio en la provincia, ehh, ahí tenés clarito] (MOB03).

toda historicidad es el particular entramado de las trayectorias personales con las vivencias colectivas y las situaciones objetivas, es que nos detuvimos sobre aspectos tan caros a la vida como el trabajo, las luchas y el derecho.

Aprovecharemos este último espacio para resaltar aquellas cuestiones que resultan más interesantes en cada una de estas dimensiones, procurando una final reflexión sobre lo que juzgamos los hallazgos más importantes de este artículo.

Una creencia extendida y difundida en la cultura política de nuestro país asigna a los sectores populares una escasa cultura del trabajo y del progreso concebido como esfuerzo personal; sin embargo, sus trayectorias de vida muestran que el trabajo ha estructurado y organizado su sobrevivencia desde edades muy tempranas. El trabajo tiene consecuentemente un lugar más significativo incluso que la educación formal. A él adscriben modos de adquisición y trasmisión de saberes, el desarrollo de habilidades, etc. Sus narrativas visibilizan una cultura del trabajo, que se forja en los bordes mismos del mercado formal, una experiencia que inscribe en las inclementes condiciones de la precariedad, la vulnerabilidad y la estacionalidad.

En este escenario, en el que la vida se descentra del trabajo formal, la resistencia de los sectores populares se organiza a partir de otra categoría portadora de derechos cual es la ciudadanía. Es en ella donde anclan ahora los reclamos por la inclusión y ciertas seguridades básicas como la tierra y la vivienda. La centralidad y recurrencia de la categoría ciudadanía y su conjunción con la de dignidad, constituyen en el discurso de nuestros entrevistados, los cimientos que hacen surgir estas luchas a partir de una politización de la pertenencia.

Es por ello, también, que la “vida ordinaria” y su “imposibilidad” se vuelven los componentes más significativos de su comprensión de lo político; de allí que se privilegie estrategias asociativas y de organización, más que una construcción ideológica común. La especificidad de su *ethos* político toma la forma de un “estilo de acción”, se afirma como un conjunto de procedimientos, una manera de hacer: la acción directa, autoorganización y decisiones asamblearias; mecanismos que los distinguen de toda otra forma de acción colectiva y a través de los cuales los grupos toman conciencia de su existencia e identidad. Sin embargo, es esta misma construcción centrada en la autonomía de lo social respecto de lo político, la que posibilitó sostener intactas las culturas políticas y adscripciones partidarias pre-existentes, que serían más tarde la debilidad que permitiría la cooptación de sus cuadros dirigentes por parte del gobierno y la política de diáspora que luego advino.

En la actualidad los grupos a pesar de haber perdido la visibilidad de entonces, han reflexionado y resignificado, a partir de la experiencia del pasado, el trabajo territorial y la lucha social. Intentando recomponer su organización y su fuerza inscriben ahora en una nueva matriz, que hace de la politización, de la necesidad de construirse como sujetos políticos, el único instrumento capaz de devolverles su potencial de lucha. Su originaria vocación por la autonomía, se revela en el presente como un claro distanciamiento de las estrategias asistenciales, para postularse como una construcción política alternativa, que hace del territorio y las condiciones materiales de vida los aspectos centrales de esa construcción colectiva.

El nuevo trabajo encarado en el presente, requiere de un esfuerzo sustantivo y sostenido por encontrar en la experiencia de errores y aciertos del pasado, aquellos acuerdos y proyectos comunes todavía posibles. Solo en esta instancia de profunda politización es que quizás hallen los mecanismos más idóneos para dotar a su lucha de una estructura capaz de enfrentar las coyunturas y de sostenerse en el tiempo.



Bibliografía: Beccaria, L. (2002) "Empleo, remuneraciones y diferenciación social en el último cuarto del siglo XX", en AAVV, *Sociedad y sociabilidad en la década de los '90*. Biblos, Bs. As; Bollnow, O.F (1962) *Filosofía de la esperanza*, Compañía General Fabril Editora, Bs. As; Ciuffolini, M. A. (2005) "...el sagrado instinto de no tener teorías... Pensando juntos las ciencias y las luchas sociales". Paper presentado en el Primer encuentro de movimientos sociales e intelectuales de América Latina. Cochabamba, Bolivia. (2005) "Conflicto en los discursos de las ciencias: herejía o alienación. Reflexiones a propósito de las luchas sociales". Trabajo presentado en el VII Congreso Nacional de Ciencia Política de la Sociedad Argentina de Análisis Político. (2005) "La vida en el páramo: lógicas del consenso y destierro de la política". Trabajo presentado en el IV Congreso Nacional de Sociología Jurídica. Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires de Cereteau, M (1995) *La toma de la palabra y otros escritos*. UIA-ITESO- México, D.F; Lozano, J y Otros. (1997) *Análisis del discurso. Hacia una semiótica de la interacción textual*, Cátedra, Madrid; Negri, A. (2003) *Diálogo sobre la globalización, la multitud y la experiencia argentina*. Biblos. Buenos Aires; Svampa, M. y Pereyra, S. (2003) *Entre la ruta y el barrio*. Biblos, Bs. As; Svampa, M. (2005) *La sociedad excluyente. La Argentina bajo el signo del neoliberalismo*. Taurus. Bs. As.

PAGINA 460
BLANCA

CIUDADANÍA Y REGIONALIZACIÓN: LEGITIMACIÓN SOCIAL DE UN NUEVO ORDENAMIENTO POLÍTICO SOCIO-TERRITORIAL EN LA PROVINCIA DE CÓRDOBA*

(CITIZENSHIP AND REGIONALIZATION: SOCIAL LEGITIMATION IN A NEW POLITICAL SOCIAL-TERRITORIAL REGULATION IN THE PROVINCE OF CÓRDOBA)

Martha Díaz de Landa**

RESUMEN: El rol de las pequeñas localidades en el desarrollo local y regional constituye un tópico importante de debate. Esta cuestión adquiere especial relevancia en el caso de Argentina. Esta tiene aproximadamente el 70% de sus gobiernos locales (total 1991) con una población 5000 habitantes. La estrategia del desarrollo regional como sustentador de los desarrollos locales se plantea como indispensable en el

* La autora agradece el financiamiento recibido de la Agencia Córdoba Ciencias (proyecto "Los municipios entre la fragmentación y la regionalización frente a la modernización del Estado y el desarrollo sustentable", Subsidio 2000-2005), en su calidad de Directora. También, reconoce la ayuda de la Secretaría de Ciencia y Tecnología-UNC (proyectos "Incentivos y conflictos para la regionalización de políticas locales", Subsidio 2000-2003, y proyecto "La nueva política de regionalización en la provincia de Córdoba: Consensos y Disensos en torno a la validez jurídica y viabilidad política de la Ley 9206/04", Subsidio 2005-2007) en su calidad de co-directora. Participaron en la producción de los datos cuyos resultados se exponen: M. Consuelo Parmigiani de Barbará (Co-Directora del primer proyecto y Directora de los segundos mencionados), los investigadores Víctor Mazzalay, Andrea Gigena y María Marta Santillán, y los asistentes Alejandro Manzo y Cecilia Gonzalez Salvá. Agradezco a la colega Consuelo Parmigiani de Barbará los aportes recibidos en la discusión de algunas de las ideas que se presentan. Resultados, inferencias y conclusiones son de exclusiva responsabilidad de la autora.

** Abogada, Especialista en Sociología y Doctora en Derecho y Ciencias Sociales -UNC. Post-Doctorado en el Departamento de Sociología, The University of Chicago – EE.UU. Profesora Titular de la Cátedra de Sociología Jurídica en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNC. Directora de la Maestría en Sociología – Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Centro de Estudios Avanzados – UNC.

caso de pequeñas localidades y coloca a estas unidades frente al desafío de emprender innovaciones y cambios socio-territoriales de envergadura. El artículo expone los resultados de un análisis sobre la participación de la ciudadanía en innovaciones que apuntan a la institución de instancias regionales de coordinación. Se contrasta la posición de la ciudadanía de localidades menores de 5000 habitantes que pertenecen a tres regiones diferentes de la provincia de Córdoba. Sobre una población total de 59.248 hab., se seleccionó una muestra de 350 sujetos, con un error de ± 5.2 . Paralelamente se entrevistó a funcionarios municipales/comunales sobre la participación que atribuyen a la ciudadanía en la constitución de instancias regionales de coordinación para el desarrollo.

PALABRAS CLAVE: Regiones – Participación – Ciudadanía – Desarrollo Local

1. Introducción

La política de regionalización iniciada por el Gobierno de Córdoba, año 2000, parte de la consideración del papel que juega la cantidad y tamaño de los municipios y comunas respecto a las dificultades que éstas enfrentan para impulsar y sostener procesos de desarrollo. A partir de este diagnóstico, el Acuerdo entre la Provincia de Córdoba con Municipios y Comunas para el fortalecimiento sustentable del régimen municipal y comunal” o “Pacto de Saneamiento Fiscal” firmado el 5 de febrero de 2000, se convierte en ese mismo año en la Ley Provincial N° 8.864¹.

Los entes regionales creados y ordenados por la mencionada Ley, tienen la particularidad de ser iniciativa, y programados por el Gobierno Provincial. Por tanto constituyen experiencias de *regionalización inducida*². No obstante su adecuación legal (art. 190 CPC, reglamentado por el art. 183, Ley 8102 y art. 13 CPC), hacia fines de 2003 se diluye su continuidad en gran parte por reticencias de los gobiernos locales y dificultades del gobierno provincial para sustentar -política y económicamente- el acuerdo.

¹ “La Provincia cuenta actualmente con 249 Municipalidades y 179 Comunas que requieren de una *política de ordenamiento territorial*, que les permita organizarse administrativamente y espacialmente en *grupos funcionales equilibrados*. Es así que las asociaciones de municipios, representan una alternativa de solución adecuada para atacar el *problema de atomización de los gobiernos locales*”.

² DIAZ DE LANDA M. y PARMIGIANI DE BARBARÁ, M.C. (2004). “Cooperación Intermunicipal Inducida para el Desarrollo Regional-Local: El Pacto de Saneamiento Fiscal en la Provincia de Córdoba”. *Anuario del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba*, Vol. 7:453-76.

De la experiencia comentada sobrevive la denominada Mesa de Trabajo Provincia-Municipios (MTPM)³ como espacio de debate y concertación interlocal y entre municipios y el gobierno provincial. En ese marco, se va generalizando entre los representantes de los gobiernos locales el interés y la necesidad de constituir *regiones asociativas* y la apertura del Gobierno Provincial a las propuestas e intereses de éstos.

El 29 de diciembre de 2004 la legislatura provincial sanciona la “Ley Orgánica de Regionalización de la Provincia de Córdoba”, nº 9206, que impulsa un nuevo diseño de la regionalización intraprovincial: las *Comunidades Regionales*⁴.

El fracaso de la política de Ley Provincial 8.864, plantea interrogantes sobre el éxito de la regionalización inducida que se pretende continuar mediante la Ley 9206.

El estudio y análisis de la primera experiencia desde sus inicios y el seguimiento de su proceso de implementación⁵ permitió reconocer —en dichos de los funcionarios locales— distintos niveles de conflictividad: provincia y municipios/comunas, relaciones interlocales, y nivel intralocal.

³ Creada por la Ley Provincial Nº 8.864/2001.

⁴ Están basadas en tres principios: el progreso del asociativismo municipal, el incremento de la descentralización de las competencias provinciales y el fortalecimiento de la autonomía municipal, con el objetivo político de inducir el desarrollo regional sustentable en el territorio provincial. DIAZ DE LANDA, Martha (2005). Proceso político del desarrollo regional intraprovincial: actores e instituciones. XXV Congreso de la ALAS, Porto Alegre, Brasil. 22-26 de agosto de 2005; DIAZ DE LANDA, Martha (2004) “El dilema de la construcción política de nuevos espacios socioterritoriales: región y redes de cooperación intermunicipal en Córdoba” *Segundo Congreso Nacional de Sociología y VI Jornadas de Sociología de la UBA, ¿Para qué la Sociología en la Argentina actual?* Buenos Aires, 20 al 23 de octubre de 2004; DIAZ DE LANDA, M. (2003) “Desafíos a la sustentabilidad de los gobiernos locales: Micro-municipalismo y viabilidad política de la regionalización subprovincial”. V *Seminario Nacional de la Red Nacional de Centros de Estudio de los Gobiernos Municipales (REDMUNI) “La reforma municipal pendiente: para qué y por qué. Perspectivas y prospectivas”*. Facultad de Ciencias Políticas y Sociales. Universidad Nacional de Cuyo. Mendoza (Argentina), 9 y 10 de octubre de 2003; DIAZ DE LANDA, M. y GIGENA, A. (2002). “La Regionalización en Córdoba como estrategia de gobernabilidad de sistemas locales en materia fiscal.” *IV Seminario Nacional de REDMUNI. Articulaciones Interinstitucionales para el desarrollo local*. Córdoba, 27 y 28 de noviembre, 2002. PARMIGIANI DE BARBARÁ, M.C. (2003) “Instituciones jaqueadas: Reformas político-institucionales a nivel subnacional en el marco de la crisis en Argentina”. *Anuario VI del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales -CIJS-2001/2002*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UNC.

⁵ DIAZ DE LANDA M. y PARMIGIANI DE BARBARÁ, M.C. (2004). Op. cit.

Respecto de este último, se destacan los siguientes obstáculos: limitada información y participación del conjunto del gobierno local; gestión centralizada en intendentes y jefes comunales; carencia de capacidades técnicas en los municipios/comunas; baja prioridad otorgada al tema de la regionalización frente a la atención que demanda diariamente la gestión local; sesgo en la definición de la oposición o adhesión a la regionalización según afinidades partidarias con el Gobierno Provincial; volatilidad de las acciones locales en el tiempo por los recambios políticos en el gobierno; encapsulamiento de las decisiones a nivel gubernamental para evitar costos políticos o por atribuir desinterés en la ciudadanía; derivado de ello es la ausencia de participación de actores extragubernamentales⁶.

La alta densidad de interrelaciones entre espacios locales —capacidad institucional para la generación y consolidación de interdependencias sinérgicas entre agentes locales y regionales—, se plantea como condición necesariamente presente en los casos exitosos de desarrollo regional⁷. Por lo contrario, tal condición se encuentra ausente en experiencias que han mostrado dificultades para el desarrollo regional⁸.

Arndt, Gawron and Jähnke (2000)⁹, en su estudio sobre la respuesta de la política de regionalización alemana a la implementación de los programas de desarrollo regional impulsados por la Unión Europea, plantean que la tradicional “muralla administrativa” que separa pueblos y ciudades no solo limita sus posibilidades de desarrollo sino que también es responsable de la asignación y distribución inadecuada de recursos y servicios.

Los autores postulan la organización de “regiones concertadas”, dada las autonomías locales pero también su insuficiencia para sostener procesos de desarrollo continuos.

El tema de la autonomía vinculado al rol de las pequeñas localidades en el desarrollo local y regional constituye un tópico importante de debate. La estrategia del desarrollo regional como sustentador de los desarrollos locales se plantea como indispensable en el caso

⁶ DIAZ DE LANDA M., (2005). Op. cit.

⁷ AMIN A., (1999) An institutionalist perspective on regional economic development *International Journal of Urban and Regional Research* 23: 365–78.

⁸ JONAS A. E. G. (1996) “In search of order: traditional business reformism and the crisis of neo-liberalism in Massachusetts”. *Transactions of the Institute of British Geographers* 21: 617–34.

⁹ ARNDT Michael, GAWRON Thomas and JÄHNKE Petra (2000), “Regional Policy through Co-operation: From Urban Forum to Urban Network” *Urban Studies*, Vol. 37, No. 11, 1903–1923.

de pequeñas localidades y coloca a estas unidades frente al desafío de emprender innovaciones y cambios socio-territoriales de envergadura¹⁰.

¿Cómo percibe la población de los municipios y comunas pequeñas la posibilidad de incorporación de sus localidades en procesos de regionalización, advertidos de que tal posibilidad puede llegar a significar transferencias de funciones de sus gobiernos locales a las regiones?

Responder a este interrogante tiene especial relevancia cuando se consideran los siguientes aspectos relacionados:

a) que los intentos de regionalización orientados por la política provincial –el anterior frustrado y el actual, en sus inicios– supone procesos de transformación de esquemas de poder territorial afianzados jurídicamente (C.N. y C.P.C.) y justificados por la legitimidad del principio de mayor democracia implicado en la institucionalidad de las autonomías locales;

b) que de acuerdo a lo manifestado por los funcionarios, los gobiernos locales de cada ente regional conformado en virtud de la ley 8864 han seguido políticas diferentes de relacionamiento con la ciudadanía. Así surge de las entrevistas con funcionarios pertenecientes a tres entes elegidos (Entes nº 5, 6, y 21).

c) Los resultados de estudios comparativos de casos¹¹ convergen en relativizar los supuestos optimistas acerca del desarrollo endógeno y autónomo de pequeñas y medianas localidades en países de economías débiles.

d) la importancia que a la participación de la sociedad civil le otorgan las disposiciones de la nueva estrategia de regionalización (Ley 9206).

Interesa, por tanto, conocer las posiciones que los ciudadanos asumen respecto a la relación que perciben entre el desarrollo local y la constitución de regiones.

Se contrasta la posición de la ciudadanía de localidades de ≤ 5000 hab. que pertenecen a los tres entes seleccionados para el análisis de la regionalización entre los años 2000 y 2003. Se aplicó una en-

¹⁰ DIAZ DE LANDA M., 2004 y 2005, op. cit. STORPER, M. (1997) *The regional world: territorial development in a global economy*. London: Guilford. GIBBS, David C.; JONAS, Andrew E.G.; REIMER Suzanne; and SPOONER, Derek J. (2001). "Governance, institutional capacity and partnerships in local economic development: theoretical issues and empirical evidence from the Humber Sub-region". *Transactions of the Institute of British Geographers* 26:103-119.

¹¹ ARNDT Michael, GAWRON Thomas and JÄHNKE Petra (2000) (op. cit.), "Regional Policy through Co-operation: From Urban Forum to Urban Network" *Urban Studies*, Vol. 37, No. 11, 1903-1923.

cuesta poblacional a una muestra de 350 casos, seleccionada por muestreo aleatorio sistemático, sobre la población agregada de las poblaciones de ≤ 5000 hab. correspondientes a los tres entes (59.248 individuos), con un error de ± 5.2 , intervalo de confianza 95%. (Anexo, Tablas 1, 2 y 3; y Descripción del procedimiento). Paralelamente se entrevistó a 76 funcionarios locales (pertenecientes a 48 municipios y comunas, total de localidades que suman los tres entes) sobre la participación que atribuyen a la ciudadanía en la constitución de instancias regionales de coordinación para el desarrollo.

II. Importancia de la regionalización para la ciudadanía

Sobre los 350 encuestados en localidades de ≤ 5000 habs., el 59% respondieron que están de acuerdo con la transferencia de funciones locales a un gobierno regional. Discriminadas las respuestas por entes, los porcentajes oscilan entre el 50% y el 67%, registrando el ente 6 el porcentaje más alto. El más bajo –en relación a la media de la población total– corresponde a localidades del ente 5 (Anexo, Tabla 4).

Según lo manifestado por funcionarios del ente 5, la consulta a la ciudadanía no se ha estimado oportuna ni útil, mientras que los del ente 6, no solo consultaron sobre la constitución, sino que también han señalado la importancia de la comunicación para construir una identidad regional. Por su parte, la diferencia que presenta el ente 21 se comprende por la dinámica limitada, desagregada y discontinua que ha seguido su constitución y puesta en marcha.

Mientras el ente 5 estuvo integrado por consenso entre las respectivas autoridades de localidades en su mayoría pequeñas, con una común estructura productiva agrícola y la existencia entre ellas de un mutuo reconocimiento de pertenencia regional, el ente 21 presenta una estructura segmentada producto de la asociación forzada de localidades, por imposición del Gobierno Provincial en cumplimiento de la normativa de regionalización que exigía alcanzar una población ≤ 30.000 habs.

Ello generó, en el ente 21, retraimiento de parte de las localidades centrales en relación a otras. Se plantea como problemático la diversidad de realidades locales e intereses diferentes entre las localidades miembros. Precisamente, el núcleo central del ente configura desde hace décadas una microregión densa en articulaciones económicas y sociales, y concentra las dos localidades más importantes de la región¹².

¹² MAZZALAY, V.H. (2002): "Articulaciones regionales: La construcción de governances microregionales en la Región Central de Córdoba" *IV Seminario Nacional de la Red Nacional de Centros Académicos dedicados al estudio de la Gestión Local*. Córdoba, 27 y 28 de noviembre de 2002;

Su área de influencia incluye las localidades más pequeñas y débiles, cuya integración es resistida por los gobiernos de las localidades principales.

Una hipótesis sobre las diferencias que manifiestan los ciudadanos respecto del acuerdo que prestan al traspaso de funciones del gobierno local a un gobierno regional, es el grado variable de conocimiento (información) sobre la constitución de los entes (Anexo, Tabla 5)¹³. Solo el 17,3% sobre 336 encuestados manifestaron que el Gobierno Local informó sobre la constitución del Ente. A su vez, el 24% recibió información de otras fuentes.

Cuando se analiza por ente, corresponde al nº 5 el 18% de personas informadas por el Gobierno Local (Total=111 encuestados; Ns/Nc=5); en poblaciones del ente 6, el porcentaje asciende levemente al 19,1% (n=183; 4 Ns/nc) y en el 21 representa el 7% (Total=43; Ns/Nc=3).

Por fuentes externas al Gobierno Local, fueron informados en el ente 5, el 23,3% (Total=116). En el ente 6, el 26,6% sobre 184 respuestas (Ns/Nc=3) y un porcentaje de 17,8% en el ente 21 sobre un total de 45 (Ns/Nc=2).

El encapsulamiento de las decisiones gubernamentales locales en relación al proceso de regionalización, está plenamente ilustrado por los resultados previamente comentados. Si bien, y según declaraciones de los funcionarios de los tres entes regionales, las organizaciones económicas y de la sociedad civil tampoco fueron consultadas sobre su constitución, actividades posteriores de discusión y realización de algunas cooperaciones en los entes 5 y 6, parecen haber intermediado para que se expresara una mayor información a través de fuentes externas al Gobierno Local. En síntesis, fue pobre la interacción entre el gobierno y la sociedad local respectiva.

En consecuencia, las condiciones que pueden explicar una mayor información en algunos ciudadanos respecto de otros, parecen estar vinculadas básicamente a los atributos personales de éstos que a una política sistemática de interacción con la ciudadanía por parte de los gobiernos locales.

DIAZ DE LANDA, M., M.C. PARMIGIANI DE BARBARÁ. (1997) "Influencia política y desarrollo económico local. Estudio comparativo en dos localidades de la provincia de Córdoba". En García Delgado (Comp.) *Hacia un nuevo modelo de gestión local: Municipio y Sociedad Civil en Argentina*. Buenos Aires: Publicaciones del CBC-Universidad de Buenos Aires, págs. 187-232.

¹³ Se aplicaron dos preguntas para determinar el grado de información de los ciudadanos sobre los entes: si el gobierno local informó a la población, y si tuvo conocimiento por algún otro medio.

Las variables independientes son: *Participación en acciones gubernamentales o políticas centradas en la presentación individual de inquietudes a miembros del gobierno local (PartIndi)*¹⁴; *Participación personal o de algún miembro del hogar en asociaciones de padres o cooperadoras (p21a2)*¹⁵; *Problema de la localidad que requiere asociación con otras localidades para solucionarlo: la falta de fuentes de trabajo (P6b17)*¹⁶; y *Situación económica del ciudadano (CAPECO: indicador de nivel económico)*¹⁷.

La capacidad explicativa del modelo sobre la variable dependiente, *Información sobre la existencia de los entes regionales*¹⁸, se prueba mediante la técnica de Regresión Logística (Anexo, Tabla 7). La ecuación alcanza un Ji cuadrado (χ^2) de muy alta significación (.0000), mostrando el mayor impacto de las variables *Presentación individual de inquietudes a miembros del gobierno local (PartIndi)* con una sig. .0000 y de la *Situación económica del individuo (CAPECO)*, sig. .0057.

¹⁴ Otras alternativas: presentación de proyectos al Concejo Deliberante; actuación en proyectos o programas de la municipalidad; participación en consejos consultivos, audiencias públicas o consultas populares; participación en centro vecinal, comisión de vecinos o asambleas barriales, firmas de peticiones al gobierno local, participación en actos de protestas. Todas ellas modalidades de acciones colectivas con baja o muy baja frecuencia de participación.

¹⁵ Otras alternativas: asociación gremial, cooperativa, centro vecinal, partido político, grupos comunitarios, club social o deportivo, grupo ecológico, grupo religioso, grupo de productores, de negocios o centro comercial, grupo cultural, con baja o muy baja frecuencia de participación.

¹⁶ Otras alternativas: atención de la salud, educación, asistencia a personas de escasos recursos, problemas ambientales; prevención y control del delito; lograr que la gente pague los impuestos municipales; construcción y mantenimientos de rutas y caminos; transporte; comunicaciones; cloacas o red de gas; control del tránsito y prevención de accidentes en caminos y rutas; control de la calidad y estado de alimentos, lejanía de los servicios bancarios; recolección de residuos, tratamiento de los residuos. La exploración de los datos ha mostrado que no hay relación de estas variables con la mayor o menor información de los ciudadanos.

¹⁷ CAPECO indicador de capacidad económica, cuyo significado es el de una tasa de dependencia ponderada de acuerdo a los años de educación de los hogares de los integrantes que forman parte de la mano de obra ocupada del hogar. Reagrupamiento de CAPECO-n en (CAPECO): cuatro categorías: 1 (muy baja) = de 0 a 1.74, (baja) 2= de 1.75 a 2.49, 3 (media) =de 2.50 a 4.49, 4 (alta) =de 4.50 y más. Ver Anexo: Tabla 6. ÁLVAREZ, Gustavo (1999). "Capacidad Económica de los hogares. Una aproximación censal a la insuficiencia de ingresos" *Quintas Jornadas Argentinas de Estudios de la Población*. Instituto Nacional de Censos (Indec).

¹⁸ La variable dependiente Información se construyó computando todos los individuos que tuvieran, o no, conocimiento a través del gobierno local o de otras fuentes externas a éste.

En tanto que es relativa la influencia de la variable *Participación personal o de algún miembro del hogar en asociaciones de padres o cooperadoras* (p21a2, sig. .0107) y menos significativa en el caso de *Problema de la localidad que requiere asociación con otras localidades para solucionarlo: la falta de fuentes de trabajo* (P6b17, sig. .0832). En su conjunto el modelo explica el 75,72% de la variabilidad total que manifiesta la información de la ciudadanía sobre la existencia de los entes regionales.

La relación entre todas las variables independientes, salvo la que representa el nivel socioeconómico del individuo, establece una correspondencia positiva. Esto importa que si el ciudadano participa en la acción gubernamental haciéndole llegar individualmente sus inquietudes y si además participa en asociaciones de padres o cooperadoras escolares, como así también estima que la asociación con otros municipios/comunas ayuda a solucionar la falta de fuentes de trabajo en su localidad, tiene mayor probabilidad de tener conocimiento sobre la existencia del ente regional del que forma parte.

Por el contrario, la relación inversa está presente en el caso de la situación socioeconómica (CAPECO). Significa esto que, en la medida en que es medio o alto su nivel (ocupación ponderada por años de instrucción), mayor es la probabilidad del ciudadano de poseer información.

Puede decirse por tanto, que la desinformación es muy probable entre quienes no tienen interacciones con el Gobierno Local en términos de acercarle inquietudes individualmente, presentan una situación económica baja, no participa en uno de los espacios de interacción y actividades conjuntos más comunes en localidades pequeñas (cooperadoras escolares o comisiones de padres) y no visualiza que la falta de fuentes de trabajo en su localidad puede tener alguna solución si las localidades se asocian y desarrollan actividades en conjunto orientadas a mejorar la situación laboral de la población local.

III. Opinión favorable sobre la transferencia de funciones locales a un gobierno regional para el desarrollo local

Existe una estrecha relación en la opinión de la ciudadanía entre la propuesta de transferir funciones locales a un gobierno regional y la necesidad de asociarse con otras localidades para el desarrollo económico de la localidad (Anexo, Tabla 8. χ^2 , sig.=.0000).

Entre los que consideran insuficientes los esfuerzos que localmente puedan realizarse para el desarrollo económico, el 46% apoya la idea de transferir funciones a un gobierno regional. Lo harían en relación a algunas funciones o le es indiferente que se haga, un 33,6%.

Se pronuncian por la no transferencia de responsabilidades locales el 20,5%.

En términos generales, afirman su apoyo a la transferencia —considerando su relación o no con la cooperación con otras localidades— el 39,4%; un tercio apoya esta innovación solo en relación a algunas funciones o le es indiferente que se implemente, mientras que el tercio restante no acuerda con la transferencia. Sólo el 15,4% considera conveniente asociarse con otras localidades, sin transferir funciones locales a un gobierno regional.

¿Qué condiciones explican la variabilidad que presenta el apoyo de la ciudadanía a la transferencia de funciones locales a un gobierno regional. La exploración de los datos en relación a la asociación entre *cooperación interlocal para el desarrollo* y transferencia de funciones, sugiere que la posición de los individuos en relación a la primera afectaría su apoyo a la transferencia de funciones.

En segundo lugar, se plantea que la *información (conocimiento) que el encuestado tiene o no sobre la existencia del ente* y del proceso de éste en su contexto, influiría para propiciar o no el apoyo a la transferencia de funciones.

En tercer lugar, se espera que las carencias percibidas de la administración local condicione la predisposición de los ciudadanos en relación a la regionalización. Por tanto, otra variable a incluir en un posible modelo explicativo es la *importancia que tiene la asociación con otros municipios para mejorar el equipamiento municipal/comunal* para atender las necesidades de la población.

Por último, un aspecto que parece interesante es la creencia de la ciudadanía respecto a que la construcción de un nuevo espacio político, como la región, puede o no fortalecer su influencia sobre sus representantes. La idea que está detrás de este interrogante es que precisamente se han seleccionado las pequeñas localidades pensando que la pretensión de autonomía y la cercanía esperable entre gobierno-comunidad, operaran como factores de obstrucción frente a la regionalización. Por esto la cuarta variable que se introduce en el modelo, es la *definición de los ciudadanos sobre la menor o mayor influencia que pueden ejercer sobre sus representantes* en caso de que su gobierno transfiera funciones locales a un gobierno regional.

El modelo explicativo examinado por la técnica de la regresión logística (Anexo: Tabla 99, muestra una alta significación de su ajuste (χ^2 , Sig. =.0000) y logra explicar el 78,93% de la variabilidad total de la variable dependiente. Sin embargo cuando se discrimina por sus categorías (Sí apoya – No apoya), el ajuste del modelo es considerablemen-

te mayor para explicar el grupo de los que apoyan las transferencias de funciones locales a un gobierno regional (93,37%, la probabilidad de explicar por qué se apoya la transferencia; 45,24% la probabilidad de no apoyar tal transferencia).

En cuanto al impacto de cada variable independiente sobre la dependiente, la de mayor incidencia es la *Necesidad de que la localidad se asocie para mejorar su equipamiento* (sig.=.0001); el orden subsecuente de las variables según su efecto sobre la variable dependiente es: *Necesidad de asociarse con otras localidades para el desarrollo local* (sig.=.0047); *Información sobre la existencia del ente de recaudación fiscal y de gestión* (sig.=.0077) y finalmente *Incremento de la influencia ciudadana sobre los representantes* (.0409).

Es claro que la mayor probabilidad de que los ciudadanos decidan aceptar un gobierno regional al que incluso se le transfiera funciones, ahora bajo responsabilidad de los gobiernos locales, es bajo condiciones que localmente consideran reducidas para asegurar el desarrollo económico de la localidad. Por esto la mayor influencia de la necesidad percibida de asociarse con otras localidades para el desarrollo económico y para mejorar el equipamiento de la administración local, de modo que responda a las necesidades de la población.

A propósito vale recalcar que en general la población tiene una buena evaluación de sus gobiernos locales, la gran mayoría ubica sus respuestas reconoce que el gobierno local está resolviendo los problemas locales, en otros casos plantea que sabe cómo resolverlos pero necesita tiempo o los recursos de la localidad no son suficientes. Pocas respuestas optan por la opción negativa ("No sabe cómo resolver los problemas locales").

La tendencia de apoyar la transferencias de funciones locales a un gobierno regional se manifiesta entre aquellos que no tienen conocimiento o no han tenido información sobre la constitución de los entes regionales de recaudación fiscal y gestión, producto de la política de regionalización aplicada por el gobierno entre 2000 y 2003.

Por último, con menor influencia pero aún así impacta significativamente la expectativa de la ciudadanía de incrementar su influencia sobre los representantes en caso de un gobierno regional, sobre la predisposición a aceptar la transferencias de funciones locales a un gobierno regional. En parte se entiende dado el descrédito que en general afecta a los políticos. Sin embargo, no son pocos los ciudadanos que estiman que su capacidad de influir aumentará por que permitirá un mayor control sobre sus gobiernos locales; este mismo grupo coincidentemente también entiende que mejorarán los servicios públi-

cos y se reducirán los costos de mantenimiento de los gobiernos locales. A la vez que entiende que mediante un gobierno regional se tendrá más fuerza para reclamar al Gobierno Provincial y al Gobierno Nacional. Es decir que todos estos aspectos están en la base de su creencia respecto a una mayor influencia del ciudadano bajo la posibilidad de constituir espacios estatales regionales, intermedios entre los gobiernos locales y el Gobierno Provincial.

Conclusiones

La principal conclusión que se extrae del análisis realizado es que entre las localidades pequeñas, ≤ 5.000 habitantes, la posibilidad de construcción de espacios de gobernabilidad regional está altamente legitimada por la vinculación que le encuentran con mayores oportunidades de desarrollo de sus respectivas localidades. Esta observación tiene mucha importancia, si se tiene en cuenta que la provincia cuenta con 428 gobiernos locales, de los cuales el 52% tiene una población de ≤ 1000 habs, sólo el 8% son ciudades con ≥ 10.000 habs., y la ciudad capital concentra el 50% del total –3.066.801 habitantes– de la provincia en una extensión de 165.321 km².

El estudio de la innovación introducida por el Gobierno Provincial en Córdoba, muestra que las características de la propia estrategia de regionalización, al vincularla a la necesidad de sanear las finanzas locales, ha reducido el margen de avance del proceso. Pero también han contado los intereses políticos locales y la relativa capacidad de los funcionarios locales de generar coordinaciones políticas y socio-territoriales de nuevo tipo (horizontal y negociada).

En segundo lugar, la aceptación de la regionalización no está ligada a una valoración negativa de los gobiernos locales. El estar fuertemente reconocida como estrategia de desarrollo económico local y además valorada como necesaria para superar las limitaciones de las administraciones locales, que en poblaciones pequeñas se tornan críticas, se puede pensar que la población advierte sobre las reducidas posibilidades de que endógena y autonómicamente las localidades pequeñas puedan impulsar sus procesos de desarrollo.

De manera interesante los resultados sugieren que los ciudadanos de localidades pequeñas por ser tales no creen que naturalmente se controle el propio gobierno. Posiblemente muchos de ellos están pensando en las asimetrías sociales y políticas, que son marcadas en sociedades tradicionales como muchas veces pueden ser las localidades pequeñas. Sin embargo, por los casos de estudios elegidos, en el marco de la población encuestada, un alto porcentaje de los entrevistados pueden

ser calificados entre los status económicos medios y altos (indicador CAPECO) y sin embargo entienden que su capacidad de influencia ciudadana se verá mejorada en el caso de un gobierno regional que articule a las localidades en un nuevo espacio de coordinación estatal.

El desarrollo regional requiere, está dicho en una abundante literatura, a su vez el desarrollo de una sociedad civil. Uno de los problemas que este requerimiento enfrenta en el caso de localidades pequeñas, es la escasa densidad de organizaciones civiles que genere espacios comunes de interacción. Esto claramente se ve cuando al analizar el muy alto número de ciudadanos desinformados sobre un proceso que, durante aproximadamente cuatro años, los gobiernos locales fueron relativamente activos para impulsar o para rechazar. La importancia que en el estudio muestra la información proveniente de fuentes externas al gobierno tiene que ver precisamente con estos espacios de participación o de interacción. No es casual que una de las vías de obtención de información tenga que ver con la interacción individual de los ciudadanos con el gobierno local, asociado ello a un nivel económico medio o alto.

De hecho la nueva ley de regionalización sancionada a fines de 2004, incorpora a la estructura gubernamental de las comunidades regionales, creadas por dicha ley, a representantes de la sociedad civil. El encapsulamiento de los gobiernos no parece ser una buena estrategia para el desarrollo regional, si de construir identidades se trata.



Anexo

Tabla 1: Localidades de ≤ 5000 hab sobre las que se seleccionó la muestra poblacional.

Localidad (*)	Población	Pob. Acumulada (PAC)	PAC/ 29362,4	Categoría	Departamento	Partido Político	Ente
Arroyo Cabral (*)	2706	3083	1,0407	M	San Martín	UCR	5
Chazón(*)	1070	6726	2,2705	M	San Martín	UCR	5
Eiruria(*)	3727	10453	3,5286	M	Juárez Celman	UCR	5
Reducción (*)	1466	12791	4,3178	M	Juárez Celman	UCR	5
Ucacha(*)	4750	17541	5,9212	M	Juárez Celman	PJ	5
Bengolea (*)	970	18511	6,2486	M	Juárez Celman	UCR	5
Alejandro Roca(**)	4726	23948	8,0840	M	Juárez Celman	UJC	6
Santa Eufemia(*)	2182	27146	9,1635	M	Juárez Celman	UJC	6
Alicia (*)	2755	29901	10,0935	M	San Justo	Alianza	6
El Arañado (*)	1416	32710	11,0417	M	San Justo	UceDe	6
La Playosa (*)	2376	36062	12,1732	M	San Martín	UJC	6
S. Laspur (*)	2317	39713	13,4057	M	San Justo	UJC	6
Sacanta (*)	2792	42505	14,3482	M	San Justo	Alianza	6
Las Perdices (**)	4624	48411	16,3418	M	Tercero Arriba	UJC	6
Ticino (*)	1890	50810	17,1516	M	San Martín	UJC	6
Tío Pujio	2389	53199	17,9581	M	San Martín	UJC	6
Candelaria Sud(*)	439	53638	18,1063	C	Totoral	UCR	21
Tinoco(*)	234	56423	19,0464	C	Río Primero	PJ	21
Sinsacate(*)	800	59248	20,0000	M	Totoral	UCR	21

(*) 1 PM= 20 casos; (**) 2 PM = 40 casos

Procedimiento seguido para el muestreo sistemático.

Se seleccionó una muestra de 400 casos entre las localidades de ≤ 5000 , con un error no mayor a 4,9%. Se realizó un muestreo sistemático de 20 puntos muestrales (PM), con 20 encuestas en cada uno de acuerdo al siguiente procedimiento: Se tomó el listado de localidades ordenados por zona geográfica. La población total de las localidades seleccionadas asciende a 59.248, por lo que hizo lo siguiente: Se determinó un intervalo de muestreo (IM) como $59.248/20$ (población total/PM) = 2962.4. Se creó un listado con tres columnas: localidades, su población y población acumulada. La población acumulada surge de sumar la cantidad de población de cada localidad a la población de las localidades anteriores. Se sorteó un arranque aleatorio. Se tomó como primer PM a la población que acumula la cantidad de población obtenida en el arranque aleatorio. Los siguiente PM se obtienen sumando al arranque sucesivas veces el valor del IM (2693). Cada vez que una localidad acumula (o incluye) al valor obtenido en esa suma, esa localidad queda seleccionada. En cada PM se decidió realizar 20 entrevistas, distribuidas de la siguiente manera:

Tabla 2: Distribución por sexo

Edad	Mujeres	Varones
18-29	2	2
30-44	3	3
45-59	3	3
60-75	2	2

Tabla 3: Distribución de la muestra por Entes

Entes	Frecuencia	%
5	116	33,1
6	187	53,4
21	47	13,4
Total	350	100,0

Tabla 4: Aceptación por parte de la ciudadanía de un gobierno regional

Acuerdo ciudadano con la transferencia de funciones locales a un gobierno regional	Entes			Total
	Ente 5	Ente 6	Ente 21	
SI	56 (48%)	126 (67%)	26 (55,4%)	206 (59,4%)
NO	39 (34%)	38 (20%)	12 (25,5%)	89 (25,4%)
N/s	21 (18%)	20 (11%)	9 (19,1%)	50 (14,3%)
Total	116 (100)	187 (100)	47 (100)	350 (100)

Tabla 5: Fuentes de Información sobre la constitución del Ente Regional (% por columna y totales. N=336)*

Recibió Información de otra fuente	Gno Local informó		Total
	1= Sí	2= No	
			80
1=Sí	33	47	
% en la categoría	56,9%	16,9%	23,8%
% sobre total	9,8%	14,0%	
2=No	25	231	256
% en la categoría	43,1%	83,1%	
% sobre total	7,4%	68,8%	76,2%
Total	58	278	336
% en la categoría	100,0%	100,0%	
% sobre total	17,3%	82,7%	100,0%

- Sobre 350 encuestas: Ns/Nc=14 (4%).

Tabla 6: Distribución del Indicador de situación socioeconómica de los ciudadanos por ente regional (CAPECO).

CAPECO- Niveles	Ente 5	Ente 6	Ente 21	Total
1-Muy baja	17	22	11	50
	14,7%	11,8%	23,4%	14,3%
2-Baja	14	25	8	47
	12,1%	13,4%	17%	13,4%
3-Media	27	37	13	77
	23,2%	19,8%	27,7%	22%
4-Alta	58	103	15	176
	50%	55,1%	31,9%	50,3%
Total	116	187	47	350
	100%	100%	100%	100%

Tabla 7: Regresión Logística: Variable Dependiente Conocimiento de la ciudadanía sobre la constitución del Ente Regional respectivo.

Variables Independientes: <i>PARTINDI</i> Participación: Acercar individualmente propuestas al Gno. <i>P21A2REC</i> Participación en Cooperadoras <i>CAPECO_R</i> Indicador de nivel socioeconómico <i>R_P6B17</i> El municipio/comuna debería asociarse para solucionar la falta de fuentes de trabajo.							
	Chi-Square	df	Significación				
Modelo	65,419	4	,0000				
Block	65,419	4	,0000				
Step	65,419	4	,0000				
Tabla de clasificación: <i>Conocimiento de la ciudadanía sobre la constitución del Ente Regional respectivo</i>							
		Esperados					
	1,00	2,00	% Válido				
	1 2					
Observados						
1,00	1 49 56				
		 46,67%				
						
2,00	2 28 213				
		 88,38%				
						
		Global	75,72%				
----- Variables en la Ecuación -----							
Variable	B	S.E.	Wald df Sig R Exp(B)				
PARTINDI	1,8335	,2772	43,7425	1	,0000	,3135	6,2557
P21A2REC	,6901	,2705	6,5066	1	,0107	,1030	1,9939
CAPECO_R	-,3452	,1248	7,6450	1	,0057	-,1153	,7081
R_P6B17	,5076	,2930	3,0019	1	,0832	,0486	1,6613
Constant	-2,3928	,7078	11,4286	1	,0007		

Tabla 8: Asociarse a otras localidades para el desarrollo transfiriendo funciones locales a un gobierno regional (N= 297; Ns/nc=53)

Acuerdo ciudadano con la transferencia de funciones locales a un gobierno regional	Asociarse para el desarrollo económico local		Total
	1=SI	2=NO	
1= SI	101 (45,9%)	16 (20,8%)	117 (39,4%)
2 = SI, Algunas funciones / o le es indiferente	74 (33,6%)	17 22,1%	91 30,6%
3 = NO	45 20,5%	44 57,1%	89 30,0%
TOTAL	220 100,0%	77 100,0%	297 100,0%
% DEL TOTAL	74,1%	25,9%	100,0%

Pearson Chi-Square χ^2 : Sig. .000 (df=2)

Tabla 9: Regresión Logística sobre Transferencias de funciones locales al gobierno regional

	Chi-Square	df	Significación
Model	54,745	4	,0000
Block	54,745	4	,0000
Step	54,745	4	,0000

Classification Table for P15_2 Transferencias de funciones locales al gobierno regional			
Esperados			
1,00	2,00	% Válido	
1	2		
Observados			
1,00	1	183	13 93,37%
	2	46	38 45,24%
		Global 78,93%	

----- Variables en la Ecuación -----							
Variable	B	S.E.	Wald	df	Sig	R	Exp(B)
CONOCIM	-,8188	,3071	7,1110	1	,0077	-,1222	,4410
P12REC	,4779	,1692	7,9801	1	,0047	,1322	1,6127
P16G_1	,1120	,0548	4,1811	1	,0409	,0798	1,1185
P8_1	1,2606	,3244	15,0998	1	,0001	,1957	3,5276
Constant	-2,6199	,6602	15,7489	1	,0001		



ANÁLISIS CONCEPTUAL, CIENCIAS COGNITIVAS Y TEORÍA LEGAL: PROTOTIPOS E INTUICIONES

**(CONCEPTUAL ANALYSIS, COGNITIVE SCIENCES AND LEGAL THEORY:
PROTOTYPES AND INTUITIONS)**

Liliana Iannaccone - Celia Abril***

RESUMEN: La posición del análisis conceptual que denominamos clásica busca determinar, por una parte, un conjunto simple de condiciones necesarias y suficientes de los conceptos tratados. Por otra parte, apela a las intuiciones comunes para apoyar y dirimir alternativas teóricas. El análisis descansa en supuestos cognitivos puestos en tela de juicio por recientes estudios empíricos. La teoría de los prototipos conceptuales (Rosh, Ramsey) explica el modo en que los sujetos efectúan los juicios clasificatorios conformando conjuntos de rasgos según ciertas similitudes que evocan “parecidos de familia”. Sus resultados cuestionan la posibilidad de satisfacción de las condiciones rígidas y precisas que el análisis exige para la identificación de casos. La etno-epistemología (Stich) muestra la variabilidad de las intuiciones frente a diferentes situaciones que instancian un concepto y establece los factores intervinientes en tal fenómeno. Intenta socavar la uniformidad y universalidad de las intuiciones que supone el análisis en sus argumentaciones. Las versiones moderadas del análisis filosófico (Jackson) no parecen, a nuestro juicio, responder a los desafíos de las investigaciones empíricas.

PALABRAS CLAVE: Análisis conceptual – Condiciones necesarias y suficientes – Prototipos categoriales – Casos identificados – Intuiciones – Experimentos cognitivos – Teoría Legal.

* Liliana Iannaccone. Profesora Titular de la asignatura “Problemas del Conocimiento y Formas de Razonamiento Jurídico”.

** Celia Abril. Profesora Adjunta de las asignaturas “Introducción al Derecho” y “Filosofía del Derecho”.

1. Análisis conceptual y prototipos

La posición del análisis conceptual que denominamos clásica coloca el eje de su tarea en la determinación o elaboración de definiciones sobre un tópico seleccionado que puede ser la justicia, el conocimiento, la norma, el derecho, etc.

La manera de lograr definiciones es a través de instancias (casos o ejemplificaciones) intuitivas del concepto y a partir de ellas, determinar cuáles son sus propiedades relevantes.

Las expectativas acerca de lo que puede proporcionar una definición son principalmente dos. Por una parte, según Ramsey (1998), con una definición se busca atrapar la “forma sintáctica popular”, esto es, un conjunto de propiedades que se observan como individualmente necesarias y conjuntamente suficientes para el concepto en cuestión. En otros términos, un condicional en el que el “sí” del antecedente es seguido de una conjunción de propiedades. Se pretende que un análisis correcto desemboque en definiciones simples o con número reducido de condiciones. Por otra parte, se requiere que el conjunto de condiciones tenga solidez, en el sentido de no admitir contraejemplos intuitivos.

Los contraejemplos constituyen el argumento standard para desestimar la corrección de una definición. El argumento funciona mostrando que no hay instancias del concepto que posean las propiedades definitorias propuestas, de tal modo, se pone en evidencia que esas propiedades no son suficientes para capturar lo que abarca el concepto. Otro modo del argumento es mostrar que una instancia del concepto no posee las propiedades definitorias. En consecuencia, poner de relieve que las propiedades no son necesarias. Si pueden esgrimirse satisfactoriamente contraejemplos en alguna de sus modalidades, entonces la definición es considerada inadecuada.

El análisis conceptual descansa en ciertas presuposiciones acerca del modo en que funcionan nuestras capacidades cognitivas y en tal marco de presuposiciones juegan un rol significativo los juicios intuitivos que constituyen una vía de clasificación de casos por inclusión o exclusión.

Así, para que un contraejemplo cuente como tal tiene que haber intuiciones fuertes y ampliamente compartidas de que algún evento es o no una instancia de un concepto en cuestión. En consecuencia, el proceso de evaluación de definiciones requiere comparar y contrastar el conjunto de propiedades definitorias con instancias positivas y negativas del concepto juzgadas intuitivamente. Sin los juicios clasificatorios intuitivos, el análisis conceptual no constituiría una práctica posi-

ble. La categorización por intuiciones es un modo de organizar conjuntos de propiedades necesarias y suficientes porque se supone que las intuiciones surgen de representaciones de esas propiedades.

El supuesto sobre el que descansan los juicios categorizadores radica en considerar que los sujetos coinciden generalmente y de modo uniforme al efectuar sus clasificaciones conceptuales, o sea, coinciden en reunir un “ramillete” de propiedades simples. Sin tal consenso o convergencia intuitiva un contraejemplo para un individuo dejaría de serlo para otro y no podría acordarse ninguna definición. La cuestión es ¿qué garantiza esta presuposición?

“Una posible respuesta a esta cuestión es que los filósofos están empleando una teoría folk implícita de la mente o, más específicamente, una teoría folk acerca del modo en que representamos los conceptos” (Ramsey 1998:165)¹.

Los resultados de estudios en el campo de la psicología cognitiva ponen en duda la concepción representacional que sustenta el análisis filosófico. Así, autores como Rosch y Mervis (1975) y Ramsey (1998) han puesto de relieve que los dos criterios definicionales clásicos- la simplicidad en el conjunto de condiciones y la ausencia de contraejemplos- no pueden ser satisfechos conjuntamente.

En los hechos la clase de membresía que surge de la definición no resulta ser categórica, es decir, a todo o nada. Para la mayoría de los conceptos, algunas instancias son juzgadas como mejores ejemplos del concepto que otras. Nuestros juicios clasificatorios intuitivos parecen reflejar una taxonomía que da cabida a grados de membresía. Este aspecto de los juicios es denominado “tipicidad” o “efecto prototipo”.

Los experimentos muestran que al requerirle a los sujetos que realicen juicios identificatorios de casos o eventos asignan diferentes grados de pertenencia respecto de un prototipo. Los sujetos hacen el ordenamiento de grados de representatividad de distintos ítems de un modo enteramente consistente. Para un concepto dado, por ejemplo, el de “pájaro”, algunas instancias son ordenadas en un grado superior (petirrojo) al de otras instancias (lechuza) (Cfr. Ramsey 1998:167). La graduación de instancias desde las típicas a las menos típicas se refleja en numerosos estudios.

¹ La expresión “teoría folk” se refiere a la concepción y explicación de sentido común acerca del modo en que nuestras facultades cognitivas funcionan. La teoría folk también incluye patrones de evaluación relativos a la corrección de nuestras representaciones y acciones epistémicas (Cfr. GOLDMAN, A.: 1992, 155 ss.).

Cuando se les proporciona a los sujetos una lista de ejemplos de algún concepto juzgan más rápidamente la membresía de las instancias típicas que la de las atípicas. También las típicas son aprendidas más fácilmente y tienen mayor influencia en la toma de decisiones y son, asimismo, más frecuentemente citadas.

Al requerirles a los sujetos experimentales que listen atributos de diferentes instancias de un concepto se comprueba que las muestras más típicas tienen mayor número de atributos comunes entre sí que las menos típicas.

En terminología de Rosch, los miembros de una categoría se caracterizan por niveles diferentes de tipicidad, en función del número de atributos que comparten con los otros miembros de su categoría y del número de atributos que no comparten con los miembros de otras categorías². Lo que Rosch busca es proporcionar una explicación del modo en que surge la estructuración interna de nuestras categorías en prototipos. El objetivo de sus investigaciones es determinar los principios que gobiernan la formación de categorías prototípicas y los grados de membresía de las instancias. Sus estudios llevan a sostener que el principio de ordenamiento de los casos, bajo ciertas categorías, se lleva a cabo a través del reconocimiento que los sujetos efectúan de ciertos “parecidos de familia”. Se agrupan los casos por similitudes o semejanzas con instancia contrastantes.

Los conceptos son representaciones prototípicas y los juicios clasificatorios se generan por la comparación de ejemplos particulares con tales prototipos. Esto lleva a elaborar un modelo de análisis denominado “probabilístico” o “análisis basado en rasgos”, que concibe al prototipo como una abstracción de un conjunto de rasgos y a los juicios clasificatorios como una función del número y preponderancia de los rasgos compartidos entre el prototipo y la instancia en cuestión.

El modelo incluye la posibilidad de ordenar los rasgos prototípicos en grados de relevancia o importancia. Un juicio particular sobre un caso puede surgir de diferentes combinaciones de propiedades.

“Si alguna cosa o evento y el prototipo comparten un número suficiente de rasgos sobresalientes, entonces esto hace surgir el juicio intuitivo acerca de que la cosa o evento es una instancia del concepto designado. Si no comparten un número suficiente de rasgos entonces la instancia no es juzgada de ese modo” (Ramsey 1998:168).

² Cfr. ROSCH, E & MERVIS, C., “Family Resemblance: Studies in the internal structure of categories”, reimpresso en De Paul, M. & Ramsey, W (eds.) (1998), 23-25.

En suma, un juicio clasificatorio puede surgir de diferentes combinaciones de propiedades que se aproximen a algo semejante al umbral del prototipo. De tal manera, la posición probabilística sostiene una perspectiva altamente disyuntiva en la instanciación de un concepto.

Adicionalmente, la prominencia (saliencia) de las propiedades no es una constante ya que varía según los contextos. Los sujetos se inclinan a realizar juicios categorizadores ante la presencia de ciertos factores y se abstienen de ellos en otras circunstancias. Barsalou (1985) ha propuesto una versión prototípica de la categorización que toma más en cuenta el punto de vista del sujeto y sus fines pragmáticos, distingue dos tipos de categorías: las *taxonómicas* (frutos, muebles, etc.) y las *derivadas* de objetivos o metas del sujeto (los regalos de un cumpleaños). Las primeras son las estudiadas por Rosch, las derivadas tienen una connotación más pragmática, están ligadas a propósitos e ideales del sujeto, con un fuerte ingrediente social. Por ejemplo, para un japonés el francés más prototípico lleva una boina alpina y un pan francés. Sin embargo este francés no corresponde para nada al criterio de identificación de tendencia central o parecido de familia.

Una consecuencia de la visión de los prototipos representacionales, en sus diversas versiones, es que la pertenencia de una instancia a una representación general carece de límites claros.

En otros términos, las propiedades que conforman una representación no pueden incluirse de modo completo en una definición rígida de un término. Las supuestas condiciones necesarias y suficientes que los filósofos esgrimen en sus definiciones toman sólo una subclase de propiedades del paradigma y dejan fuera otras. Estas pueden ser empleadas por otro filósofo para elaborar un contraejemplo que revoque la definición de su contendiente teórico. En suma, ninguna definición conceptual puede a la vez pasar los test que los filósofos suponen como garantizadores de su corrección, esto es: 1) contener una conjunción pequeña de propiedades relevantes y 2) ser coherente con las intuiciones ordinarias y, por ende, no dar lugar a ningún contraejemplo.

Desde la perspectiva del modelo de representación prototípica el análisis conceptual clásico es una tarea inalcanzable, porque siempre se podrán elaborar contraejemplos de instancias intuitivas que anulen las propiedades necesarias de una definición acotada o "precisa". Dicho de otro modo, siempre es posible elaborar contraejemplos inventando un caso que posea un conjunto de rasgos que excluya alguna de las propiedades definicionales propuestas, pero con peso suficiente

para generar un juicio intuitivo de instanciación. Por otra parte, pueden elaborarse contraejemplos donde estén presentes todas las propiedades definitorias suficientes, pero tales propiedades bajo la influencia del contexto tienen un peso insuficiente para un juicio intuitivo de instanciación, es decir, las instancias en las que se dan todas las propiedades no obstante resultan contraintuitivas.

Según Ramsey, “...la definición fracasa porque de acuerdo a la explicación prototípica de los conceptos no hay ningún conjunto simple y ordenado de propiedades que sea poseído por todas y cada una de las instancias intuitivas del concepto; cualquier definición expresada de ese modo está condenada desde el principio” (Ramsey 1998:172).

Se le objeta a la concepción prototípica ser una posición psicologista que confunde lo que algo realmente es con nuestras ideas sobre el modo en que son las cosas. Los estudios psicológicos, alegan sus críticos, son irrelevantes para toda empresa metafísica. La explicación prototípica sirve para dar cuenta de la función pragmática de efectuar categorizaciones y confunden esta función con la determinación ontológica de la cosa³.

Desde nuestra perspectiva no hay tal confusión en las afirmaciones de Ramsey. Sus argumentos tienden a poner de manifiesto que el denominado método de análisis conceptual va a contramano del modo en que nuestras facultades cognitivas organizan las representaciones. Consideramos que su crítica es metodológica y no una crítica sobre el alcance metafísico u ontológico del análisis conceptual. La teoría del prototipo aporta un modo de explicar los endémicos desacuerdos filosóficos basados en argumentaciones que apelan a las intuiciones para el desarrollo de sus sistemas. Si bien puede no ser una explicación completa de tales desacuerdos es al menos una explicación y, por ello, evaluamos como positivo el aporte de la teoría del prototipo.

Claro que si se acepta que el método analítico va a contrapelo del modo “humano” de cognición, entonces no se podrá defender que se alcance con tal método algún resultado, sea este metafísico o de cualquier otra clase.

La teoría del prototipo deja espacio para la construcción de definiciones, siempre que los rasgos definitorios se establezcan sin acudir a las intuiciones como herramienta fundamental. Por ejemplo, las definiciones científicas no dependen completamente de nuestros juicios intuitivos de categorización y pueden trascender nuestras representa-

³ Cfr. REY, G.:1983, 238 ss.

ciones de prototipos de modos variados. Los análisis científicos suelen producir clasificaciones absolutamente contraintuitivas y esto no conduce a juzgarlas como incorrectas.

2. Análisis conceptual y etnocentrismo

El análisis conceptual filosófico no sólo pretende fijar las condiciones necesarias y suficientes de aplicación de los conceptos, además, supone que la sistematización de tales conceptos es común a todos los sujetos y universalizable. Las intuiciones son comunes frente a casos aceptados uniformemente. Una vertiente crítica diferente a la anterior, aunque de origen también empírica, la constituye los trabajos de Stich (2001) que disparan contra el supuesto de los filósofos acerca de un “nosotros” que comparte intuiciones e instancias conceptuales.

2.1. Variaciones socioculturales y socioeconómicas de las intuiciones

La representación de las intuiciones como “tribunal de apelación”, capaz de cerrar una argumentación a favor o en contra de una posición, descansa en el supuesto de que hay *intuiciones epistémicas comunes* frente a ciertos casos.

Esto es cuestionable ante los resultados de estudios empíricos acerca de los modos intuitivos de reaccionar frente a la exposición de ejemplos de conocimiento. El trabajo empírico al que aludimos es el de Stich y ots. (2001), “Normativity and Epistemic Intuitions”, que fue realizado con una condición que lo vincula directamente a la discusión que nos interesa, ya que se indaga sobre las “intuiciones” que diferentes grupos culturales y socioeconómicos tienen respecto de casos tomados de la literatura filosófica. La noción de intuición que enmarca este trabajo es la siguiente:

“... una intuición epistémica es un juicio espontáneo simple sobre las propiedades epistémicas de algún caso específico- un juicio por el cual la persona que juzga no es capaz de ofrecer una justificación plausible” (433).

Las hipótesis del estudio empírico sobre las intuiciones así delimitadas son las siguientes:

H1: Las intuiciones epistémicas varían de cultura a cultura.

H2: Las intuiciones epistémicas varían de un grupo socioeconómico a otro.

H3: Las Intuiciones epistémicas varían en función de cuántos cursos de filosofía una persona ha desarrollado.

H4: Las intuiciones epistémicas dependen del orden en que los casos de conocimiento son presentados.

Respecto de las dos hipótesis primeras, Stich reconoce que se han propuesto a partir de los trabajos relativos a las variaciones culturales y socioculturales del conocimiento realizados por Nisbett (1995), así como, por los resultados de la investigación de Haidt y otros (1993) sobre reacciones culturales disímiles ante situaciones morales.

Las indagaciones de Nisbett, consideradas hoy como pertinentes al campo de la psicología social cognitiva, giran en torno a las distintas estrategias de percepción y organización de la información que se da entre un grupo de "Asiáticos del Este" (AE), (Chinos, Japoneses y Coreanos) y otro conformado por "Occidentales" (O) (Europeos y Americanos). Los resultados muestran sistemáticas diferencias entre ambos grupos en relación a formas de descripción, categorización de objetos y revisión de creencias ante nuevos argumentos y evidencias.

Por una parte, en el grupo de los AE se advierte que la atención se dirige regularmente hacia el contexto como una totalidad, es decir, una perspectiva naturalmente holística. Los objetos se describen a través de relaciones de articulación dentro del ámbito en que aparecen y las explicaciones y predicciones de eventos se desenvuelven desde tales interconexiones.

Por otra parte, en el grupo de los O hay un predominio de modos analíticos en la elaboración de informes descriptivos. Los objetos como individuos ocupan la atención de primer plano, especialmente los atributos que permiten conformar categorías universales. Asimismo, el grupo de los O tiene preferencia por las generalizaciones causales para estructurar explicaciones y predecir conductas de los objetos.

Adicionalmente, Nisbett ha establecido actitudes y decisiones más individualistas en los O que en los AE que son más interdependientes y colectivistas en el sentido de preocuparse por la armonía y consenso comunitario. Estos estilos conductuales, por llamarlos de algún modo, también tienen su influencia en el modo de asignar confiabilidad a tareas y procesos cognitivos.

En el trabajo de Haidt se exploraron las intuiciones morales de diferentes grupos culturales y socioeconómicos ante ciertas historias-casos que envuelven valoraciones morales. Los grupos investigados se distinguieron de acuerdo a diferencias socioeconómicas; el criterio para conformar los grupos de bajo y alto status socioeconómico fue la cantidad de años de educación formal recibida por los sujetos. Lo más destacable de este estudio es que hay grandes diferencias en las intuiciones morales entre clases sociales definidas por el nivel educativo, y tales diferencias se minimizan entre grupos de distinta nacionalidad pertenecientes a una misma clase social.

Stich narra que la H3 surgió de la experiencia directa con los alumnos. Estos al realizar diversos cursos de filosofía iban modificando sus respuestas intuitivas acerca de lo que constituían casos de conocimiento.

La H4 se inspira en estudios empíricos sobre el modo en que ciertas estrategias de aprendizaje conforman redes neuronales que facilitan la aparición de “pasajes” hacia determinadas conclusiones (Clark:1997). De tal modo, algunas diferencias en las respuestas pueden atribuirse, por ejemplo, al hecho de que los sujetos expuestos a ciertos razonamientos en el aprendizaje pueden imaginar estados de cosas posibles como relevantes, mientras que aquellos que no han tenido tal aprendizaje se encuentran más ajustados a los estados de cosas actuales. Adicionalmente, los sujetos de mayor educación aceptan más tipos de posibilidades socavadoras que los de menor educación, debido a los estándares implícitos de conocimiento.

En el trabajo de Stich (2001) se ponen a prueba las H1 y H2 y en una investigación posterior (2003) la H3. Como señalamos anteriormente, lo interesante de estos trabajos es que los casos que se someten a la consideración de los distintos grupos experimentales son los que habitualmente se presentan en las disputas entre internalistas y externalistas, en los contraejemplos de tipo Gettier⁴ y en planteos escépticos⁵. Para corroborar las hipótesis se mantienen los grupos experimentales diseñados según los criterios étnicos-cognitivos de Nisbett, esto es, grupos AE y O.

En esta ocasión mencionaremos lo que sucede con las intuiciones que surgen ante argumentos escépticos. Utilizando situaciones similares a las expuestas por Dretske para tratar el problema del principio de clausura del conocimiento sobre el que se asientan las objeciones escépticas, se obtuvieron diferencias en las intuiciones provenientes de sujetos de distintos niveles socioeconómicos. El caso puesto a consideración fue el siguiente:

⁴ Los contraejemplos de GETTIER (1963) objetan la concepción del conocimiento canónica como *creencia verdadera justificada*. Este autor elabora situaciones en las que un S (sujeto) cree algo de modo justificado. La creencia resulta ser verdadera, pero no por las razones que sustentan la creencia desde la perspectiva de S. De tal modo, se dan las tres condiciones tradicionales del conocimiento, pero no se aceptaría que S realmente conoce.

⁵ Los planteos escépticos se refieren a que un Sujeto puede conocer que p y saber que p implica q . Si el Sujeto no conoce q , entonces no conoce p . Este es el principio de clausura que esgrimen los escépticos, esto es, sólo se conoce p si se conocen todas sus implicaciones. En el párrafo siguiente se cita un ejemplo con esta estructura.

Paula está paseando en el zoológico con su hijo y se paran ante la jaula de las cebras. Paula señala hacia uno de los animales y le dice a su hijo: eso es una cebra. Ella está en lo correcto, efectivamente es una cebra. Sin embargo, dada la distancia en que se encuentra de la jaula, Paula no sería capaz de distinguir entre una cebra real y una mula disfrazada hábilmente de cebra. Si el animal fuese una mula disfrazada hábilmente de cebra, Paula aún pensaría que es una cebra. Ante esta situación, Paula conoce que el animal es una cebra o sólo cree que lo es?

Realmente conoce. Solo cree

Tanto en el grupo de bajo nivel socioeconómico como en el de más alto nivel es mayor el porcentaje de los sujetos que responde que Paula sólo cree que es una cebra. Sin embargo marcada diferencia entre ambos grupos. El porcentaje de sujetos que da esa respuesta en el nivel socioeconómico superior es significativamente más elevado que el que se observa en el nivel socioeconómico inferior.

Una posible explicación de tal resultado es que a través de la enseñanza los sujetos adquieren la habilidad de representar estado de cosas posibles y que, además, los estándares de conocimiento se van reforzando en la medida en que aumentan los niveles educativos.

En el trabajo del 2003 se pone a prueba la H3 acerca de que las intuiciones ante casos de género escéptico variarían de acuerdo a la cantidad de cursos filosóficos en los que hayan participado los sujetos. Se conformaron dos grupos, uno con alumnos de “bajo nivel filosófico” que habían cursado 2 o menos materias filosóficas y otro de “alto nivel filosófico” con 3 o más cursos completados. La situación planteada fue una similar a la de los cerebros en una cubeta de Putnam.

En los alumnos de nivel filosófico bajo hubo más respuestas a favor de que se daba conocimiento y no sólo creencia, aunque la diferencia entre las afirmaciones de conocimiento y creencia fue escasa. En los de nivel filosófico alto, la mayoría de los sujetos respondieron que sólo se creía y muy pocos que se conocía. Ahora bien, comparando las respuestas de ambos grupos las diferencias fueron muy significativas. Entre los de nivel alto el 80 % optó por “solo cree” y en el mismo sentido lo hizo sólo un 40% de los de nivel bajo. En cuanto a que “realmente conoce”, tuvo una aceptación de 20% en los de nivel filosófico alto y un 50% en los de nivel bajo⁶.

⁶ Cfr. RODRÍGUEZ BLANCO 2003:104.

Stich y sus colaboradores pretenden con estos resultados poner en jaque o socavar a la epistemología de tradición analítica que caracterizan como un Romanticismo Epistémico. Desde esta perspectiva, las normas epistémicas están implantadas en los sujetos y pueden sacarse a la luz a través de la reflexión. Cuando la estrategia de esa reflexión está principalmente guiada por intuiciones epistémicas, entonces se puede hablar de un Romanticismo Intuitivamente Conducido (Intuition Driven Romanticism). Lo que se supone en tal Romanticismo es que la táctica para descubrir o validar normas epistémicas se sustenta en dos condiciones: Considerar las intuiciones epistémicas como datos o inputs y producir como resultados (outputs) principios normativos.

2.2. Críticas a la investigación empírica

Expondremos algunas objeciones realizadas al trabajo de Stich, nos circunscribiremos a las que nos permitirán emitir un juicio sobre quién es el que tiene la carga de la prueba en relación a la apelación intuitiva.

Una de las impugnaciones radica en el carácter de las intuiciones que se ponen en juego en la experimentación. Las intuiciones que intervienen en la reflexión filosófica son aquellas que requieren un grado de meditación o consideración, como diría Rawls, de las cuestiones a las que se refiere la intuición. La intuición que se da a boca de jarro, pondríamos decir, no es la que tiene importancia filosófica.

Efectivamente, admiten los experimentadores, las intuiciones no se han producido bajo condiciones de una reflexión explícita, ni luego de discusiones sobre los detalles de los casos, sus alternativas, etc. Sin embargo, dado los estudios empíricos sobre las diferencias en las perspectivas cognitivas étnicas y socioeconómicas no parece que pudieran surgir otros resultados aunque se diera cierto período de reflexión. Esto claro es un supuesto, que requiere una investigación empírica adicional.

Respecto de esta objeción queremos apuntar dos cuestiones. Por una parte, hablar con propiedad de intuiciones después de un largo período de reflexión puede resultar inadecuado. Puesto que lo que se produce luego del examen de los detalles de un caso y sus alternativas descriptivas puede considerarse como la conclusión de una inferencia. Y designar a la conclusión de una inferencia como un juicio intuitivo es oscurecer más que aclarar la naturaleza de tal juicio. Tal vez por ello, tanto Rawls como Goodman, hablaban indistintamente de juicios meditados o considerados o convicciones comunes y juicios intuitivos, eludiendo un tratamiento de las diferencias significativas de estas ex-

presiones. Recordemos que cuando Rawls introduce la condición "intuitiva" dentro de los juicios considerados lo hace con una definición de intuición bastante ad hoc ante la presión de una posible objeción escéptica. Esto es, define como juicio intuitivo aquel donde no se hace aplicación explícita de ningún principio, a fin de eludir la circularidad en su teoría.

Por otra parte, cuando los epistemólogos ejemplifican situaciones epistémicas afirman que sobre ellos se hacen juicios inmediatos, sin introducir mayores consideraciones. En suma, no toman los recaudos de apelar a las intuiciones bien examinadas de los sujetos, ni siquiera aclaran quienes son los sujetos que convergen en la intuición común.

Por lo tanto, si se aceptara la objeción a los experimentos, Stich debería mostrar que las intuiciones varían una vez que los sujetos han reflexionado suficientemente sobre los casos planteados y la carga de la prueba descansa en sus hombros. Pero, la aceptación de esta carga no libera a los filósofos de la necesidad de mostrar que el juicio que emerge después de un período de reflexión y discusión puede aún ser de naturaleza intuitiva. A menos que, determinen un significado ad hoc o estipulativo de juicio intuitivo. Los filósofos tiene que clarificar la naturaleza de lo que dan en llamar intuiciones y explicar cuál es el estatus epistémico que acredita su incorporación en el análisis filosófico.

Otra crítica a Stich es que no se establece con claridad sobre qué los sujetos están en desacuerdo. Como señala Sosa (2005), la pregunta ante los casos propuestos debería ser: ¿alguien que satisfaga la condiciones C con respecto a la proposición "p" conocería que p o sólo creería en ella?. La variación en las respuestas importa sólo si permanecen las condiciones C constante a través de los diferentes grupos experimentales, puesto que si C varía entonces los sujetos no están en desacuerdo sobre un mismo caso. Cuando un sujeto escucha o lee una descripción de una situación ficticia (o situación posible) introduce una cantidad de creencias en relación a cuestiones que no están explícitas, por ejemplo, presuposiciones respecto de la estructura del mundo físico y social. Esto produce que los sujetos con diferencias culturales y socioeconómicas realicen una reconstrucción imaginativa del caso bastante diferente. Por ejemplo, las creencias de trasfondo relativas a la confiabilidad de las empresas americanas en el caso del zoológico. Si no se puede asegurar que las condiciones C se mantienen entonces los desacuerdos intuitivos son en realidad intuiciones sobre cuestiones distintas, o sea, no son desacuerdos reales.

Otra objeción es que precisamente al reconocer que los AE tienen mayor sensibilidad a factores comunitarios que intervienen en cualquier proceso mientras que los de O son más individualistas, Sosa se pregunta: ¿por qué considerar que los desacuerdos son acerca de las intuiciones y no meramente verbales? Podría afirmarse que los conceptos de conocimiento de los distintos grupos son ambiguos o contextualmente divergentes por tales factores. Así, cuando los sujetos del grupo AE responden que el Sujeto del caso no conoce, tal vez estén afirmando que carece su creencia de cierto estatus comunitario relevante. Del mismo modo, cuando los O niegan el conocimiento, tal vez, estén focalizando su atención sobre otros aspectos que consideran importantes.

En suma, podría sostenerse que en el trabajo de Stich no se han implementado los mecanismos necesarios para asegurar que los sujetos experimentales comprenden el caso de un mismo modo y utilizan el término conocer de manera unívoca. Estas objeciones pueden interpretarse como apuntando al grado de confiabilidad y validez de la investigación empírica. En tal caso, el estudio podría ser mejorado, pero creemos que la cuestión central relativa a constatar la variabilidad de las respuestas intuitivas queda intacta, más allá de si los números porcentuales de los resultados pudieran modificarse.

De nuevo, son los filósofos los que ahora se ponen puntillosos con las imprecisiones que se han dejado pasar en las investigaciones empíricas, creemos que las críticas que lanzan se vuelven contra sí: ¿Acaso al finalizar el planteamiento de un caso se han desmenuzado las condiciones que intervienen en la situación de tal modo de garantizar que estamos de acuerdo sobre un mismo caso?; ¿acaso con una leve modificación en el planteamiento de un caso posible no se modifica el valor de las restantes condiciones que se pretenden como necesarias para conocer?

3. Análisis conceptual y filosofía jurídica

La filosofía legal confía, según Leiter (2005), en el análisis conceptual y sus respectivas apelaciones a la intuición para su elaboración. Si el análisis se basa en intuiciones y contraejemplos, siendo ambos hechos etnográficos como señala Stich, entonces la reflexión filosófica no ilumina la naturaleza de lo que se conceptualiza, sino que se limita a determinar los modos de concebir algo desde cierta clase de personas en ciertas sociedades.

En suma, la filosofía legal estaría ante el dilema de desarrollarse según el paradigma del análisis filosófico, con los problemas men-

cionados sobre sus supuestos psicológicos y etnográficos o, seguir con una vía naturalizada o descriptiva del estudio del fenómeno jurídico.

En el marco de la disputa entre análisis conceptual y naturalización de la filosofía se ubica como relevante la obra de Jackson (1998). Este autor se posiciona como un defensor del análisis conceptual en una versión modesta en contraposición a una versión ambiciosa o clásica. La perspectiva modesta recurre a lo que nos parece más obvio sobre un concepto, lo cual es revelado por las intuiciones sobre casos posibles. La coincidencia general de las respuestas intuitivas a casos posibles pone de manifiesto la teoría folk del concepto. Tal teoría cristaliza la comprensión ordinaria del mismo. Jackson cuestiona el análisis conceptual en su *rol ambicioso*, a saber, cuando "...se da a las intuiciones acerca de posibilidades un lugar demasiado importante en la determinación de lo que es el mundo" (43ss). Las intuiciones son útiles, pero no tanto para que resulte irracional modificarlas a la luz de la reflexión sobre lo que implican y a la luz de uno u otro descubrimiento empírico sobre el mundo y sobre nosotros. Dicho de otro modo, el análisis conceptual ambicioso sostiene que los elementos semánticos son suficientes para comprender la naturaleza de nuestros conceptos.

El análisis conceptual *no ambicioso*, defendido por Jackson, considera que la semántica no debe ser el aspecto más importante al determinar las propiedades de los conceptos. El análisis busca acceder a nuestras concepciones ordinarias, pero nuestras intuiciones o conocimiento ordinario no son su objetivo. El análisis conceptual se requiere para acotar el tópico de una teorización. En su versión no ambiciosa comienza identificando los conceptos con las funciones de asignación que tienen en las expresiones de uso actual. Esos conceptos y sus relaciones de implicación no dependen de lo que el mundo de hecho es, sino de las representaciones que poseen de su entorno, esto es, la teoría folk que ellos sustentan. Jackson considera que este análisis conceptual no ambicioso es inmune a la crítica usual del análisis conceptual tradicional, puesto que apunta que las extensiones que las palabras tienen en el mundo actual y en mundos contrafactuales pueden diferir, y en estos casos hay una diferencia entre el status epistémico de un término (extensión en el mundo actual) y sus extensiones contrafactuales.

La tarea que Jackson emprende es elucidar conceptos determinando cómo los sujetos clasifican posibilidades y enfatiza que el análisis conceptual es un ejercicio hipotético deductivo. Esto puede entenderse como la búsqueda de las hipótesis que dan mejor sentido a las respuestas que una persona da frente a casos posibles, teniendo en cuenta toda la evidencia disponible.

Si concedemos esta caracterización del análisis conceptual no ambicioso, según Leiter, resulta difícil distinguir el análisis de una descripción sociológica de los términos y las representaciones humanas. Lo que sea la representación del concepto de derecho se podría llevar a cabo a través de un sondeo de opinión sobre casos no sólo actuales sino también posibles, tal como hemos consignado anteriormente que hizo Stich en relación al concepto de conocimiento. En suma, el análisis conceptual modesto devendría en una lexicografía que busca determinar el uso estadísticamente normal de las palabras y conceptos.

Aceptar las críticas empíricas llevaría a una naturalización de la filosofía legal. Se dejarían de lado la apelación a supuestas intuiciones comunes y se preguntaría sobre ¿qué representaciones de “derecho” deberíamos tener si la teoría cognitiva corriente es explicatoria?.

Si somos escépticos respecto a las intuiciones epistémicas, dados los resultados que arrojan las investigaciones empíricas, también deberíamos serlo en relación con las intuiciones jurídico-morales, a no ser que probáramos que éstas últimas tienen un status epistémico superior.

Bibliografía: BARSALOU, L.W. (1985), “Ideals, central tendency and frequency of instantiation as determinants of grade structure in categories”. *Journal of Experimental Psychology*, 11, 629-654; CLARK, A. (1997), *Being there: putting brain, body and world together again*, MIT press, Cambridge; DE PAUL, M. & RAMSEY, W. (eds.) (1998), *Rethinking intuition*, Rowman & Littlefield, Boston; DRESTKE, F. (1970) “Epistemic Operators”, *Journal of Philosophy*, 67, 1007-1023; GOLDMAN, A. (1992), *Liaisons. Philosophy meets the cognitive and social sciences*, MIT Press, Cambridge, London; GETTIER, E. (1963), “Is justified true belief knowledge?”, *Analysis*, 23, 121-123; JACKSON, F. (1998), *From metaphysics to ethics: A defense of conceptual analysis*. Clarendon Press, Oxford; LEITER, BRIAN (2003), “Beyond the Hart / Dworkin debate: the methodology problem in jurisprudence” en “Symposium: Has law moral foundations?”, *American Journal of Jurisprudence*, V.48; NISBETT, R. Y OTS (1995), “Causal understanding across domains and cultures” en Sperber y Premack (eds.), *Causal cognition: A multidisciplinary debate*, Oxford Uni. Press; RAMSEY, W. (1998), “Prototypes and Conceptual Analysis”, en DE PAUL, M & RAMSEY. (ed.), *Rethinking intuition*, 161-178; REY, G. (1983), “Concepts and stereotypes”, *Cognition*, v.15, 237-262; RODRIGUEZ BLANCO, V (2003), “A Defense of Hart’s semantics as non ambitious conceptual analysis”, *Legal Theorie*, 9, 99-124; ROSH, E & MERVIS, C. (1975), “Family Resemblance: Studies in the internal structure of categories”, reimpresso en DE PAUL, M. & RAMSEY, W. (eds.) (1998), *Rethinking intuition*, 17-44; SOSA, E. (2005), “A Defence of the Use of Intuitions in Philosophy” en BISHOP & MURPHY (ed.), *Stich and His Critics*, Blackwell Publishers, SHAUN, N, STICH, S., AND WEINBERG, J. 2003. “Metaskepticism: Meditations in Ethno- Epistemology”, en Luper, S. (ed) (2003), *The Sceptics*, Ashgate Publishing, England, 227-247; STICH, S. (2001), “Normativity and Epistemic Intuitions”, *Philosophical Topics*, 29, 1 & 2, 429-460.

**UNIVERSIDAD DE CÓRDOBA: LA ENSEÑANZA DEL DERECHO
EN SEDE TEOLÓGICA DURANTE LA REGENCIA FRANCISCANA
(1767-1807)**

**(CÓRDOBA UNIVERSITY: JURIDICAL TEACHING IN THE THEOLOGICAL
SEAT DURING THE FRANCISCAN REGENCY (1767-1807)**

*Esteban F. Llamosas **

RESUMEN: Antes de la creación de la cátedra de Instituta en 1791, la enseñanza jurídica se desarrollaba en la Universidad de Córdoba en la Facultad de Teología. Allí se explicaban el origen del poder, las clasificaciones de la ley y la justicia, pero también materias como contratos, testamentos y matrimonio. Durante el período franciscano, el autor principal seguido en la enseñanza de la teología moral fue el italiano Daniel Concina. Este artículo presenta un breve análisis de su obra e influencia en la Universidad.

PALABRAS CLAVE: Universidad de Córdoba – Derecho y teología – Período franciscano – Daniel Concina.

I. La enseñanza jurídica previa a la cátedra de Instituta

El comienzo de la enseñanza jurídica en la Universidad de Córdoba suele estar sujeto a una doble confusión. Por una parte, y a pesar de los trabajos que desde hace tiempo señalan la existencia de estos

* Doctor en Derecho y Cs. Ss. de la U.N.C., doctorando del Departamento de Historia del Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Investigador Asistente de CONICET, Profesor Ayudante de Primera de “Historia del Derecho Argentino” en la Facultad de Derecho y Cs. Ss. de la U.N.C., ex becario SeCyT, FOMEC y CONICET.

estudios antes de la cátedra de Instituta¹, todavía es común la afirmación de que se iniciaron en 1791, con la erección de la misma por el virrey Arredondo. Este error se debe a considerar que previo a esta fundación, que significó la entrada sistemática del derecho romano cotejado con el real, no había enseñanza jurídica porque no había Facultad, o sede especial donde desarrollarla. Contra esta idea, resulta claro que ya en la Facultad de Teología se enseñaba derecho canónico, y que en el ámbito de la teología moral se debatían asuntos con profunda implicancia jurídica.

Por otra parte, salvada la primera confusión, está todavía más extendida la noción de que con la creación de la cátedra de Instituta ingresó por primera vez el estudio del derecho romano. Esta idea persiste, avalada por una bibliografía que separa radicalmente el derecho enseñado a través de la teología, del otro, del nuevo, enseñado por los textos legales y sus tratadistas. Algunos, aún admitiendo que derecho y teología formaban un orden común, no avanzan en esta línea sospechando que sus fuentes de apoyo y autoridades eran distintas. Sin embargo, esta relación era más estrecha de lo que se supone, y no sólo los juristas buscaban apoyo en los teólogos, sino que ambos se prestaban mutua autoridad.

El derecho canónico era estudiado, con intermitencias, incluso antes del setecientos²; y la estrecha vinculación entre derecho y teología en tiempos modernos, y por tanto en la enseñanza, ya encuentra abundante bibliografía, de la que Córdoba tiene su apartado³. Bastará

¹ PEÑA, R. I. *Los sistemas jurídicos en la enseñanza del derecho en la Universidad de Córdoba (1614.1807)*, Academia Nacional de Derecho y Cs. Ss. de Córdoba, Córdoba, 1986; LUQUE COLOMBRES, C. *El Doctor Victorino Rodríguez, primer catedrático de Instituta en la Universidad de Córdoba*, Imprenta de la Universidad, Córdoba, 1947.

² BENITO MORA, S. *Reformismo e Ilustración. Los Borbones en la Universidad de Córdoba*, Centro de Estudios Históricos "Prof. Carlos S. A. Segreti", Córdoba, 2000, p. 336.

³ CLAVERO, B. "Religión y derecho. Mentalidades y paradigmas", *Historia. Instituciones. Documentos*, 11, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1984; "De la religión en el derecho historia mediante", *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 15, Giuffrè, Milano, 1986; "Beati dictum: Derecho de linaje, economía de familia y cultura de orden", A.H.D.E., tomo LXIII-LXIV, Madrid, 1993-1994; HESPANHA, A. *Panorama histórico da cultura jurídica europeia*, Publicações Europa-America, Mira-Sintra, 1998.

Para el vínculo entre teología y derecho en la enseñanza cordobesa, ver PEÑA, R.I. *Los sistemas jurídicos...*, pp. 37-41 y 97-104; y LLAMOSAS, E. "Jansenismo, regalismo y otras corrientes en la Universidad de Córdoba", *Cuadernos de Historia 16 Instituto de Historia del Derecho y de las ideas Políticas Roberto S. Peña, Córdoba (en prensa)*.

decir que variaban las orientaciones de las escuelas, que de la teología moral probabilista de los jesuitas se pasó al probabiliorismo durante la etapa franciscana⁴, pero nunca dejaron de tratarse materias típicamente jurídicas en la Facultad teológica.

El objetivo de este artículo es contribuir a aclarar la segunda confusión, mostrando cómo a través de algunos capítulos de la teología moral, los estudiantes cordobeses se relacionaban con el derecho romano y sus juristas, aún antes de la erección de la cátedra de Instituta, por vía de la teología.

Podemos partir de algunas preguntas: ¿Antes de 1791 no se enseñaba derecho romano?, ¿era totalmente desconocido en la universidad el derecho real?

La biblioteca universitaria de la época nos adelanta respuesta con su abundante presencia de textos romanos y reales, pero siempre se le podrá oponer como argumento la falta de institucionalización de su estudio a través de unas lecciones organizadas. ¿Era realmente así?, ¿nada había de estos derechos en la Facultad de Teología?, y no me refiero sólo a la ya indiscutida relación entre derecho y teología como órdenes disciplinadores conjuntos, sino a la presencia, en esta última, de citas directas a leyes, tratadistas y comentaristas de los derechos mencionados.

De eso trata este trabajo, y en nuestra ayuda viene un texto clave en la enseñanza de la teología moral en el período posterior a la expulsión de los jesuitas: el tratado del dominico italiano Daniel Concina.

II. Daniel Concina, teólogo seguro

Nacido en Italia en 1687, resulta paradójico que este autor, uno de los principales impugnadores de las doctrinas probabilistas sostenidas por los jesuitas, haya sido justamente educado por ellos. Concina estudió en Austria, en el Colegio de la Compañía de Jesús de Gorz; pero luego ingresó a la orden dominica, aprendió teología durante ocho años y se convirtió en profesor. Así ocupó en 1717 la cátedra de Filosofía y después la de Teología en el Convento de su orden en Forlì, donde adquirió fama como predicador. Dedicado a la teología moral, pronto empezó a escribir obras de controversia y tratados en los que se mani-

⁴ El probabilismo, frente a una disputa de índole moral, permitía adoptar una solución probable, aunque existiesen otras aún más probables y seguras. El probabiliorismo, en cambio, se inclinaba siempre por la adopción de la solución más probable y segura entre todas las posibles.

festaba severamente contra los casuistas jesuitas, el probabilismo, y especialmente el uso exagerado de este último, el laxismo. Proponía, contra la benignidad de las opiniones morales, la doctrina contraria, el llamado probabiliorismo, que consistía en seguir ante una disputa moral la más probable de las opiniones para arribar a una solución. En su tiempo, sus obras gozaron del favor y apoyo de los papas Clemente XII y Benedicto XIV, y adquirió fama de “autor seguro” en materias morales, frente a las “opiniones dudosas” de los casuistas de la Compañía de Jesús.

Sus libros más importantes, la *Storia del probabilismo e rigorismo*, publicada en Venecia en 1743, y el tratado moral *Ad theologiam christianam dogmatico-moralem apparatus*, editado también en Venecia entre 1749 y 1751, fueron un importante instrumento de lucha teórica utilizado por la Corona española después de la expulsión de los jesuitas. Es conocido cómo luego de consumado el extrañamiento, el gobierno inició una poderosa campaña para desterrar las doctrinas enseñadas en las universidades, colegios y cátedras que dirigían los expulsos. Decisión emparentada con el regalismo borbónico, la medida requería una sustitución de autores que adaptara la enseñanza a las exigencias reales. Y entre varios campos de batalla, uno principalísimo resultó la teología, ya que en esa sede se discutía y argumentaba sobre el origen del poder del rey y las posibilidades y límites del derecho de resistencia.

En este período, la dirección de la Universidad de Córdoba fue confiada a la orden de San Francisco, y la mayoría de los autores que rigieron las lecciones fueron dominicos.

El Fiscal del Consejo de Indias, mientras se debatía la posibilidad de trasladar la Universidad a Buenos Aires y desde Córdoba se defendía su permanencia, argumentó en 1768 que continuase en la ciudad porque “está más en el centro y tierra dentro”, pero se debía “desterrar la doctrina de los expulsos, sustituyéndola por la de San Agustín y Santo Tomás, y colocando de acuerdo con los reverendos obispos, clérigos seculares de probada doctrina y en su defecto, religiosos, por ahora, que enseñen por la letra de Santo Tomás, el Cano de “*Locis Theologicis*” y la Teología Moral de Natal Alejandro y de Daniel Concina para desterrar la laxitud de las opiniones morales”.

Más allá de que no se cumplió la entrega de los estudios al clero secular en este momento, la orientación de la enseñanza y la referencia a Concina es clara. Además hay pruebas de que su texto moral fue efectivamente utilizado, ya que en un memorial de 1774 elevado al Presidente del Consejo Extraordinario, el deán de la Catedral de Córdoba,

Antonio González Pavón, manifestaba que en teología moral la enseñanza se atenía a la letra de Fray Daniel Concina⁵.

Lo curioso es que si bien la línea teológica alentada por la Corona resulta evidente, más allá de algunos apoyos y usos muy puntuales, el tratado moral de Concina no fue establecido como texto oficial en las principales universidades españolas cuando se reformaron los planes de enseñanza. Ni Salamanca, ni Alcalá, ni Valladolid lo adoptaron en 1771, y tampoco se mandó seguir en Lima con la reforma del virrey Amat. Gozaba de prestigio, coincidía con las necesidades políticas de la Corona en aquel período, pero otros textos fueron señalados como los oficiales. Esto no significa que estuviese completamente al margen de la enseñanza, ya que hay noticias de cómo se utilizaba en algunos obisposados americanos para instruir al clero⁶ y en algunos conventos de la orden de Santo Domingo⁷. Pero lo cierto es que al contrario de lo sucedido en Córdoba, donde su utilización fue extendida en la Universidad, en las principales casas de estudio peninsulares y americanas no fue seguido oficialmente.

III. La influencia de Concina en las Constituciones de San Alberto

La presencia e influencia de Daniel Concina en la Universidad de Córdoba está acreditada. Su *Ad theologiam christianam dogmatico-moralem apparatus* era el libro de texto con el que los profesores franciscanos enseñaban la teología moral, junto a la obra de otro autor dominico, el francés Natal Alejandro. Para ratificar esta presencia, también aparece el nombre de Concina en la lista de autores adquiridos en esta etapa para aumentar la biblioteca universitaria⁸.

Pero hay otro dato que no sólo confirma su utilización, sino que lo presenta como un autor central que indicaba la línea teológica que se debía seguir. En 1784, el obispo del Tucumán José Antonio de San Alberto, enviado como visitador a la Universidad por el virrey Vértiz, re-

⁵ PEÑA, R.I. *Los sistemas jurídicos...*, p. 98.

⁶ La doctrina de Concina fue ordenada para el obispado chileno de Concepción en 1773. PERALTA RUIZ, V. "Las razones de la fe. La Iglesia y la ilustración en el Perú, 1750-1800", en O'PHELAN GODOY, S. (compiladora) *El Perú en el siglo XVIII. La era borbónica*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Instituto Riva Agüero, Lima, 1999, p. 189.

⁷ CARRASCO, J. *Ensayo histórico sobre la orden dominica argentina*, Imprenta Coni, Buenos Aires, 1924, pp. 365-366.

⁸ CABRERA, P. "La antigua biblioteca jesuítica de Córdoba", *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba*, Año XVII, Julio-Agosto de 1930, Nos. 5 y 6, Córdoba, 1930, pp. 184-185.

dactó y presentó nuevas constituciones. Aunque probablemente no hayan regido de manera oficial por carecer de promulgación, indican nítidamente el ambiente ideológico de la época. San Alberto, obispo defensor de la doctrina del derecho divino de los reyes, señala en una de las constituciones los libros que debían usarse para la enseñanza de la teología moral. Así menciona los compendios de Concina, Echarri, Cliquet, Ferrer y Lárraga, “ilustrados todos en estos últimos años, y reducidos a una doctrina sana, y segura en todas sus partes...”⁹

Los autores citados, la mayoría dominicos, representaban el probabiliorismo y rigorismo, las tendencias morales contrarias a las sostenidas por los jesuitas. Y aunque Concina aparece enumerado como uno más de ellos, sugiriendo tal vez una utilización indistinta, sólo basta revisar los textos para comprender que es la figura relevante y el que orienta a los demás.

La mayoría de los tratados indicados se estructuran como el de Concina, lo citan como fuente de autoridad, y cuando se han publicado con anterioridad a la obra del italiano, las ediciones posteriores se corrigen bajo su modelo¹⁰. Estas modificaciones fueron corrientes luego de la expulsión de los jesuitas, para borrar cualquier opinión que los emparentara con las doctrinas de los desterrados.

Queda claro, casi veinte años después de la expulsión, que la autoridad de Concina sigue rigiendo en la Universidad de Córdoba el proceso de reemplazo ideológico.

IV. Materias jurídico-políticas en el tratado de Concina

El tratado *Ad theologiam christianam dogmatico-moralem apparatus*, aparecido por primera vez entre 1749 y 1751, debido a su prestigio y utilización tuvo numerosas reediciones. La biblioteca antigua del Convento de Santo Domingo de Córdoba guarda entre sus fondos varias de ellas. Hay ediciones latinas, la mayoría romanas y venecianas, de 1755, 1763, 1764, 1768, 1773; hay un compendio de la obra, también en latín, realizado en Bolonia en 1760; y hay una versión castellana, traducción anotada del compendio boloñés, editado en dos tomos en Madrid en 1773.

⁹ *Constituciones de la Universidad de Córdoba*, Universidad Nacional de Córdoba, Instituto de Estudios Americanistas, No. VII, Imprenta de la Universidad, Córdoba, 1944, p. 225.

¹⁰ El *Prontuario de la teología moral*, tratado del dominico Francisco Lárraga, presenta una *Advertencia preliminar* redactada por el comentador de la obra, que nos avisa cómo el libro ya había sido corregido del “sistema probabilístico” en 1759 tras la aparición del texto de Concina.

Para este trabajo he consultado la versión castellana¹¹, cotejada con los nueve tomos de la edición romana de 1755¹² para indagar los puntos que aparecen brevemente en el compendio, o para ampliar una fuente.

La obra está estructurada en varios libros, a su vez divididos en disertaciones y capítulos. El método utilizado por Concina, casi siempre, es el de avanzar a través de preguntas, o del planteo de casos morales puntuales, para luego presentar la solución, apoyada en las autoridades. En las respuestas, generalmente, expone primero las proposiciones que considera laxas, sostenidas por autores jesuitas, para luego criticarlas basado en las fuentes que presenta como “seguras”. Estas últimas suelen ser las Escrituras, San Agustín, Santo Tomás y teólogos que adhieren al probabiliorismo y rigorismo moral.

Un rápido repaso por los capítulos de la obra nos manifiesta el interés que presenta su estudio para el historiador del derecho: Autoridad del príncipe, homicidio, estupro, rapto, adulterio, hurto, potestad de hacer leyes, dominio, restitución, contratos, mutuo, usura, herederos, matrimonio.

El motivo principal por el que se utilizó el libro de Concina es indudablemente su crítica a los teólogos probabilistas y laxistas. Estas críticas, expuestas a nivel general en varias disertaciones y capítulos, aquí las dejaremos de lado para centrarnos en algunos asuntos puntuales. Especialmente en la cuestión de la autoridad política y la obediencia de los súbditos. Este tema, aunque a primera vista no lo parezca, guarda estrecha relación con la discusión teológica entre escuelas y despertaba un gran interés en la Corona.

Es conocida la incomodidad gubernamental con la enseñanza de la posibilidad del tiranicidio, que en algunos casos matizada, difundían los jesuitas desde sus cátedras¹³. Es indudable que esta doctrina,

¹¹ *Theologia christiana dogmatico-moral, compendiada en dos tomos: Su Autor el M. R. P. Fr. Daniel Concina, del Orden de Predicadores: Traducida al idioma castellano, y añadida en muchas partes de las obras del mismo autor, por el P. Don Joseph Sánchez de la Parra, Prepósito de la Congregación de Presbíteros Seculares de San Phelipe Neri de Murcia, y Examinador Synodal del Obispado de Cartagena, Madrid, en la oficina de la Viuda de Manuel Fernández, Año de 1773.*

¹² *Ad theologiam christianam dogmatico-moralem apparatus”, Romae, 1755, Prostant Venales Venetiis, Apud Simonem Occhi.*

¹³ En el estudio minucioso de la posición de Francisco Suárez sobre el tema, se encuentran tantos límites a la posibilidad del tiranicidio, que muchas veces resulta excesiva la calificación de “regicida” que se le adjudicó, indudablemente motivada por el clima antijesuita de tiempos de la expulsión.

apoyada en una concepción mediata del origen del poder, no podía agradar a los reyes absolutos que asumían como tesis oficial la elección directa por derecho divino. Lo cierto es que la posibilidad de asesinar al tirano, ya condenada por el Concilio de Constanza a comienzos del siglo XV, empezó a considerarse una proposición laxa y desviada, severamente combatida por los teólogos opuestos a la escuela de la Compañía de Jesús.

En la Universidad de Córdoba, durante la regencia franciscana, hay muestras evidentes del interés real en desterrar esta enseñanza. Un ejemplo claro es el juramento que debían realizar quienes iban a doctorarse en Teología: *“Juro también que yo detesto y detestaré mientras viva y mientras la ocasión se ofrezca he de impugnar la doctrina acerca del Tiranicidio, contenida en la aserción aquella que dice: Cualquier Tirano puede y debe lícita y meritoriamente ser muerto por cualquier vasallo suyo o súbdito, incluso por medio de ocultas acechanzas y sutiles engaños o adulaciones, no obstante cualquier juramento prestado o pacto celebrado con él, sin esperar sentencia o mandato de juez alguno; y abrazo firmemente la doctrina y la definición del Santo Concilio General de Constanza...”*¹⁴

Otro ejemplo encontramos en el pensamiento del visitador y reformador de las constituciones universitarias en 1784, el obispo San Alberto, que en su célebre *Catecismo real* destinado a la educación de niños y niñas, exponía que la doctrina del regicidio era herética y sediciosa. Como ya advertimos, será el propio San Alberto quien repetirá el tratado de Concina como texto de estudio para la teología moral en las citadas constituciones.

¿Cuál fue la edición utilizada en la Universidad de Córdoba? Esta respuesta es muy difícil. Roberto I. Peña infiere que podría ser “el compendio publicado en Venecia en 1760”¹⁵, pero ya hay noticias de la presencia de la obra en el índice de la biblioteca de 1757, durante la etapa jesuita. El compendio de 1760 podría haberse utilizado luego, ya en el período franciscano, cuando el texto cobró relevancia. En efecto, en los testimonios de compras de libros durante esos años, figura la obra de Concina. Sin embargo, el resumen publicado en 1760, del que manejamos al menos dos versiones, fue editado en Bolonia y no en Venecia.

¿Qué decía Concina respecto a la obediencia y al tiranicidio? En el libro IV, disertación II, capítulo VI del compendio castellano, titulado

¹⁴ I.E.A. *Fondo documental*, documento 1376.

¹⁵ PEÑA, R. I. *Los sistemas jurídicos...*, p. 102.

“De los oficios de los Eclesiásticos, y Príncipes con sus súbditos, y de la veneración y obsequio de estos para sus superiores”, la postura es clara:

“2- El ejercicio de los Principes es fomentar la paz, y tranquilidad de los vasallos, defender la Iglesia, administrar justicia, proteger las viudas y pupilos, distribuir a los mas dignos los grados y dignidades.

3- Los oficios de los súbditos para sus Príncipes, son honor, reverencia, y obediencia, como lo publican las Divinas Escrituras, y el mismo derecho natural. San Pedro dice: (b) Estad, pues, sujetos á toda humana criatura por Dios...siervos, estad sujetos con todo temor á vuestros señores, no solo á los buenos, y modestos, sino también á los díscolos.

(b) I. Petr. 2.”

Resulta evidente, con amparo en las Escrituras, que los súbditos deben obediencia y reverencia aún a los malos gobernantes.

En otros pasajes, ahora ya de la edición latina impresa en Roma en 1755, las referencias son todavía más claras. En el tomo IV, libro VII, capítulo II, cuyo título es “Que cosa prohíba el quinto mandamiento del Decálogo, No matarás: y cuan grave sea el crimen de homicidio”¹⁶, encontramos el siguiente párrafo:

“§ Unico. Son examinados los errores de algunos herejes. V. El cuarto error es de aquellos que enseñaron que es lícito a cualquiera de los súbditos matar al Tirano. Tirano se llama aquel que o sin derecho se enseñoa sobre los súbditos, o por encima de las leyes justas y preestablecidas de su autoridad ejerce el poder. El inventor de este error se llama, según el testigo Gersone, Juan Parvi. Cuan contrario de la ley divina sea este error y pernicioso a la sociedad humana, nadie no lo ve...

...Pero no es propio de algún particular juzgar a alguien sea Tirano o lo contrario, así ni siquiera la muerte del mismo. ¿Cuál es la confusión en la República, cuál la alteración, si es necesario aplicar la tacha de Tirano a cualquier gobernante sobre los súbditos, y aplicarle a él la muerte?”¹⁷

¹⁶ Quid prohibeat quintum Decalogi mandatum, NON OCCIDES: & quam grave sit homicidii scelus.

Las traducciones del latín fueron realizadas por el Prof. Santos A. Caminos, a quien agradezco su colaboración.

¹⁷ § Unicus. Recensentur quorumdam haeticorum errores.

V. Quartus error est eorum qui docuerunt licitum cuilibet subditorum esse Tyrannum occidere. Tyrannus nuncupatur ille qui aut absque iure dominatur in subditos, aut ultra iustas, & praefinitas dominii sui leges potestatem exercet. Istius erroris inventor

Y en el mismo tomo y libro, pero en el capítulo V, titulado “*Del homicidio perpetrado por la autoridad privada*”¹⁸, hallamos otra referencia indudable:

“1- *De la muerte del Tirano y del adulterio.*

1. *Dos clases de Tiranos. Una clase es la de aquellos que acosan a los súbditos más de lo justo y los ofenden con un régimen cruel, con todo justamente tienen el trono. A nadie es lícito matar a los Tiranos de esta clase...*”¹⁹

La postura de Concina tratada en el capítulo referido al homicidio, coincide con las necesidades políticas de la Corona española en ese momento histórico. Además claramente va en consonancia con el ambiente de ideas, tanto teológicas como políticas, que dominaba la enseñanza universitaria durante el periodo franciscano. En este sentido, las autoridades citadas por Concina en algunos temas, como el Clero Galicano de 1700, encajan muy bien con el regalismo borbónico de la época.

Pasando ya a la relación entre teólogos y juristas, a la mutua colaboración que se prestaban al formar parte de un orden común, y al vínculo que esto tiene con la enseñanza jurídica en sede teológica, podemos encontrar ejemplos nítidos en el texto analizado.

En el capítulo referido al homicidio hecho por autoridad privada, del compendio castellano, la opinión correcta acerca del tema se apoya, además de Santo Tomás, el cardenal Noris, el catecismo tridentino y algunos teólogos de Lovaina, en juristas medievales como el célebre Accursio, glosador de las leyes romanas, y otros representantes de su escuela. En el mismo capítulo, cuando se pregunta si es lícito matar al invasor, responde negativamente basado en Próspero Fagnano y Duhamel, y vuelve a citar a Accursio y otro jurista medieval, el canonista Nicolás de Tudesci, conocido como el Abad Panormitano²⁰.

fertur, teste Gersone, Ioannes Parvi. Quam sit error iste & divinae legi contrarius, & humanae societati perniciosus, nemo non videt...

...At, quemadmodum iudicare, quisnam Tyrannus sit, an secus, non est alicuius privati; ita neque eiusdem occisio. Quae confusio in Republica, quae perturbatio, si ad subditos attineret Tyranni notam cuilibet imperanti inurere, illique necem inferre?

¹⁸ *De homicidio privata auctoritate perpetrato.*

¹⁹ *1- De occisione Tyranni, & adulteri.*

I. Duplex Tyrannorum genus. Alterum est illorum qui plus aequo subditos gravant, & crudeli regimine eos vexant; iuste tamen solium tenent. Tyrannos eiusmodi nemini licitum est occidere...

²⁰ En este párrafo, a estos últimos los menciona citados por Domingo Viva, un teólogo al que critica.

También hay referencias, no ya a juristas del *ius commune*, sino a los propios textos legales.

En el capítulo VI del libro V, “*Del estupro, rapto, adulterio, incesto y sacrilegio*”, además de Santo Tomás y el libro del Éxodo, se apoya en el derecho canónico y la Instituta.

Ya en el segundo tomo de la obra, libro IX, capítulo IV, titulado “*Del dominio, y su división, y distribución de los bienes*”, son numerosas las referencias al Digesto, además de la Instituta y los “jurisconsultos”. En la disertación II del mismo capítulo, referido a la restitución, hay otra cita del Digesto; y en la disertación III, sobre los contratos, ya las menciones a la Instituta, Digesto, Código, jurisconsultos y derecho canónico son abundantes.

También hay citas, por supuesto, a los teólogos de la segunda escolástica española, como Domingo de Soto en materia de contratos y Francisco de Vitoria y Melchor Cano en la cuestión del matrimonio y estado religioso.

Y aparecen también juristas y obras castellanos, como los comentarios de Antonio Gómez a las Leyes de Toro, fuente para el capítulo de los herederos. Aunque la primera impresión sugería que esta referencia podía ser un agregado del traductor y comentador de la versión castellana, el cotejo con la edición latina de 1755 demuestra que no sólo Gómez aparece como autoridad, sino también Diego de Covarrubias, otro de los más importantes juristas castellanos del siglo XVI. Y como la versión latina no está compendiada, las fuentes jurídicas se enriquecen con el Digesto, Código, glosadores, y el famoso Bartolo de Saxoferrato.

V. Breves conclusiones

Resultan claros los motivos de los funcionarios de la Corona española para indicar el texto de Concina para la teología moral. En asuntos tan sensibles a los intereses reales como la condena del tiranicidio y el destierro del probabilismo, Concina tenía una posición clara y sólidamente argumentada. Si bien en la negación de la posibilidad del tiranicidio el beneficio de la Corona se demuestra obvio, no era menor su interés “político” por sustituir el probabilismo como modo de razonamiento. El temor radicaba en que los súbditos, tal como enseñaban algunos teólogos de la escuela, pudieran formar una opinión probable de no estar obligados a cumplir la ley del reino, y seguir esta opinión, aunque otra más probable indicara el cumplimiento.

El análisis de la obra de Concina, con sus numerosas materias que hoy no dudaríamos en clasificar como jurídicas, nos revela cómo se desarrollaba esta enseñanza en sede teológica. Por supuesto que

esto no era novedoso, la discusión de estas materias ya ocurría en tiempos jesuitas, aunque bajo postulados de otra escuela.

Confirmados, una vez más, los estudios jurídicos antes de la cátedra de Instituta, sólo quedaría pendiente la pregunta sobre la enseñanza de los derechos romano y real. Pues bien, allí está Concina con sus citas y remisiones permanentes, cada vez que trata teológicamente sobre contratos, testamentos o dominio. No sólo argumenta apoyado en los textos legales, como el Código, el Digesto y la Instituta, sino que también maneja los más importantes juristas del *ius commune* como Accursio, Bartolo y el Abad Panormitano, y por si fuera poco, conoce los mejores tratadistas castellanos del siglo XVI, como Antonio Gómez y Diego de Covarrubias.

No es excesivo concluir, a la vista de estos ejemplos, que aunque no hubiese estudios institucionalizados de derecho romano en la Universidad de Córdoba hasta 1791, el conocimiento del mismo, de sus leyes y autoridades, aunque fuese de modo indirecto, ya se desarrollaba por vía de la teología moral.



TENSIONES ENTRE LA RACIONALIDAD INSTRUMENTAL Y LA ORIENTADA POR VALORES EN EL DISCURSO INSTRUCCIONAL DE LA ENSEÑANZA JURÍDICA*

(TENSIONS BETWEEN INSTRUMENTAL RATIONALITY AND RATIONALITY LED BY VALUES IN THE INSTRUCTIONAL DISCOURSE OF LAW TEACHING)

*Carlos Alberto Lista***

Resumen: Este trabajo centra su atención en la tensión entre el pensamiento jurídico formal y el sustantivo o material expresado en valores (Weber), tal como se manifiesta en el discurso pedagógico instruccional de las carreras de abogacía. Se describe el escaso desarrollo que en la enseñanza jurídica tienen las orientaciones valorativas y la débil presencia de conocimientos éticos y morales, así como la poca atención que se presta al desarrollo de competencias críticas y reflexivas. Reflexionamos sobre algunas de las posibles consecuencias de la hegemonía del formalismo jurídico y de la asimetría que se observa en los contenidos de la enseñanza entre la orientación instrumental y la racional orientada por valores. El análisis se basa sobre datos cualitativos y cuantitativos obtenidos empleando diversas técnicas.

Palabras claves: Socialización – Enseñanza jurídica – Racionalidad instrumental – Racionalidad valorativa – Justicia formal – Formalismo jurídico

Introducción

Este trabajo da continuidad a una línea de investigación en desarrollo sobre el proceso de formación de identidad y conciencia que se

* Una primera versión de este trabajo fue presentada en el VI Congreso Nacional de Sociología Jurídica, Buenos Aires, 17-19 de noviembre de 2005: Carlos Lista “El discurso instruccional de la enseñanza jurídica: tensiones entre la racionalidad instrumental y valorativa.”

** Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (UNC) y MPhil en Sociología (New York University). Profesor Titular de Sociología Jurídica, Cátedra B, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, Argentina.

cumple a través de la enseñanza jurídica y la socialización profesional en el campo de la abogacía, cuyos principales resultados están contenidos en publicaciones y ponencias¹. Retomamos algunas conclusiones y reflexiones contenidas en ellas, esta vez enfocando nuestra atención sobre la relación entre una orientación instrumental (racional orientada por fines) y valorativa (racional orientada por valores) en la enseñanza jurídica.

Tales conceptos los tomamos de la distinción que Max Weber hace al elaborar las tipologías de acción social (racional de acuerdo a fines o valores, afectiva y tradicional) (Weber, 1998, pp. 20-23) y de pensamiento jurídico (para lo cual combina las categorías racional-irracional y formal-sustantivo o material) (Weber, 1998, especialmente pp. 588-621, 648 y ss). Empleamos la primera tipología para comprender la conexión de sentido típicas (dominante/periférica) que hacen los actores que participan en la relación pedagógica (docentes y alumnos) y los egresados en ejercicio de la profesión. Utilizamos la tipología referida a las formas de pensamiento para analizar los discursos jurídicos y pedagógico jurídico (dominante/periférico). Esta última distinción nos permite incorporar una perspectiva de poder que las mismas evidencias empíricas reclaman.

En el análisis del discurso pedagógico hacemos uso de categorías propias de la teoría de Basil Bernstein (1999, 1998, 1997, 1990, 1985, 1977 y 1971), las que han sido más ampliamente tratadas en Lista y Brigido (2002)². Los principales conceptos de dicho autor, que usamos en este trabajo, son los de “discurso pedagógico” y sus dos componentes “discurso instruccional” y “discurso regulativo”; “*curriculum* de colección” y “*curriculum* integrado”, discurso “privilegiado” y “privilegiante” y lo “pensable” e “impensable” en el discurso pedagógico. La distinción de los contenidos pedagógicos entre “conocimientos” y “habilidades” es ya clásica en sociología de la educación, así como la división de estas en “instrumentales” y “expresivas”. En algunos casos precedimos nuestros análisis con breves consideraciones conceptuales.

A partir de los principales resultados de anteriores investigaciones realizadas por nuestro equipo de trabajo, podemos concluir sobre la existencia de un discurso pedagógico dominante, cuya reproducción

¹ Ver: Lista y Brigido, 2004; Lista y Begala, 2003 a y b; Tessio Conca, 2003; Lista y Brigido, 2002; Brigido, 2002; Brigido y Tessio Conca, 2003.

² Especialmente capítulos 1 y 2, en los que se sistematiza el marco teórico utilizado en la investigación.

a niveles macro institucionales (agencia, planes de estudio y programas de las materias) y micro relacionales (clases, exámenes, etc.) es coherente, consistente y continuo, lo que resulta en gran medida coincidente con datos y análisis de estudios realizados en el país por otros autores³.

Nuestro foco de interés es la tensión entre el pensamiento jurídico formal y el sustantivo o material expresado en valores, tal como se manifiesta en el discurso instruccional, uno de los componentes del discurso pedagógico que Bernstein analíticamente distingue del discurso regulativo, el que, por razones de extensión, no abordamos en este análisis.

Dado el carácter hegemónico del modelo jurídico racional-formal y la orientación instrumental de las carreras de abogacía nos interesa describir el escaso desarrollo que en la enseñanza jurídica tienen las orientaciones valorativas y la débil presencia de conocimientos éticos y morales, así como la poca atención que se presta al desarrollo de competencias críticas y reflexivas.

Lo anterior resulta particularmente pertinente si recordamos que la justicia es el valor íntimamente vinculado a las profesiones jurídicas y la enseñanza del derecho. Nuestro interés de investigación surge de la contundencia de los resultados obtenidos anteriormente, que muestran un discurso pedagógico consistente, homogéneo y duradero, altamente eficaz, como mensaje socializador, en la formación de una determinada forma de conciencia e identidad, la del estudiante de abogacía, la que es completada y reafirmada posteriormente, a través del ejercicio profesional.

A partir de estas consideraciones, reflexionamos sobre algunas de las posibles consecuencias de la hegemonía del formalismo jurídico y de la asimetría que se observa en los contenidos de la enseñanza entre la orientación instrumental y la racional orientada por valores.

1. Los saberes explícitos: el rostro visible de la instrucción

Los datos de las investigaciones y trabajos a los que hacemos referencia, confluyen en mostrar un discurso pedagógico que en lo instruccional se caracteriza por la enseñanza casi exclusiva de textos - particularmente legales y subsidiariamente doctrinales y jurisprudenciales. El énfasis es teórico, centrado en la transmisión de conocimientos

³ AGULLA, 1990; Berisso, 2003; Berisso, Bianco y Demarche, 2004; Böhmer, 2003; Cardinaux y González, 2003; Fucito, 1995 y 2000; González y Cardinaux, 2004; Martínez Paz, 1995 y 2000; UBA, 2003 a y b; Vanossi, 1989 y 2000.

cuyo principal objetivo pedagógico consiste en desarrollar en el alumno algunas habilidades y destrezas cognitivo-instrumentales, tales como conocer, comprender, definir, analizar y sintetizar el derecho.

El *curriculum* de colección⁴ que caracteriza a las carreras de abogacía demarca fuertemente los contenidos pedagógicos, los aísla y jerarquiza. Se enseñan ramas del derecho como conocimientos especializados, aún dentro de una misma línea curricular (derecho privado, derecho penal, derecho público, derecho procesal, etc.), los que, en su conjunto son definidos como lo jurídicamente relevante. Su enseñanza es privilegiada y privilegiante,⁵ frente a un abanico de conocimientos que, por oposición, son definidos como extrajurídicos. De acuerdo al modelo de colección, aun cuando integren los planes de estudios, éstos son circunscriptos y aislados en materias o cursos especializados, con lo cual su eficacia pedagógica es reducida por separación y desjerarquización. Entre estos contenidos figuran la filosofía y en particular la ética, así como los fundamentos históricos, sociales, económicos y políticos del derecho. Desde el mismo plan de estudio se fija así un ámbito de conocimiento “interno” o “central”, “propio” de la enseñanza jurídica y un ámbito “periférico”, “externo” al anterior y en todo caso “auxiliar”. Esta clasificación y distanciamiento entre contenidos se reproduce en los programas y en la organización académica por cátedras y desde allí desciende a lo microestructural y se reproduce en las prácticas de enseñanza-aprendizaje.

En un estudio previo (Lista y Brigido, 2002, pp. 39 y ss.) detectamos que en la selección de los contenidos, los docentes de abogacía

⁴ El *curriculum*, como conjunto de mensajes a ser transmitido (Bernstein 1977, pp. 75-80) implica principios por los cuales de entre todos los contenidos posibles a algunos se les otorga un *status* especial que le da validez para ser transmitido, y principios por los cuales los contenidos entran en relación abierta o cerrada unos con otros. Esta relación entre contenidos permite a Bernstein distinguir entre dos tipos de *curriculum*, si los contenidos presentan una relación cerrada se está frente a un *curriculum* de colección donde los contenidos de altos *status* mantienen una relación cerrada y hay un fuerte aislamiento entre ellos. Opuesto a éste, se encuentra el *curriculum* integrado donde los contenidos presentan una relación abierta y límites difusos entre sí. En el *curriculum* de colección el alumno tiene que incorporar un conjunto de conocimientos favorecidos en su *status* para satisfacer algunos criterios de evaluación. La definición de cuáles son los contenidos válidos está en manos del docente.

⁵ Los contenidos privilegiados para la enseñanza, es decir aquellos que tienen prioridad y están legitimados para ser transmitidos en un contexto dado, son también privilegiantes, en tanto que confieren poder discursivo y *status* a quien los trasmite. (Ver Lista y Brigido 2002, pp. 107-108).

dividen sus preferencias (Lista y Brigido, 2002, cuadro de correlaciones N° 5, p. 329) siguiendo orientaciones claras, aunque en su conjunto se muestran ambiciosos, al pretender lograr más de lo que pueden en las condiciones concretas en la que ejercen sus tareas. En sus opiniones reproducen lo que observamos en el plan, con la presencia de distintos modelos, uno dominante, casi exclusivamente centrado en contenidos normativos legales y el otro, periférico o marginal focalizado en contenidos jurídicos extralegales. Esto muestra, como en sus opciones los docentes transforman en práctica la división y jerarquía de conocimientos plasmada en el plan de estudio, que fija un ámbito interno y propio del conocimiento jurídico y otro externo a él y con ello, una jerarquía de saberes, mecanismo fundamental para la construcción de la verdad jurídica.

La coexistencia asimétrica de ambos modelos revela la convivencia de comunidades o sub grupos que mantienen consensos internos y se diferencian entre sí. Por un lado, quienes muestran preferencias por la enseñanza de la ley, también lo hacen, aunque con mucho menos énfasis, por la doctrina y la jurisprudencia, pero no por aspectos filosóficos, éticos, históricos, sociales y económicos del derecho y si muestran interés, es subsidiario y periférico. Por otro lado, los docentes que se orientan hacia la enseñanza de alguno de los llamados contenidos extra legales tienden a optar, con distinta intensidad, por varios de ellos. Es así que los docentes que proponen, como objetivos, la enseñanza de los fundamentos económicos y sociales del derecho, también se interesan por los fundamentos históricos y sobre todo políticos. El interés por estos temas se correlaciona con la preocupación por la ética y la filosofía.

Estas vinculaciones muestran tipicidades en las preferencias y criterios selectivos de los conocimientos por parte de los docentes, pero no necesariamente en los que efectivamente transmiten. Son evidencia de predisposiciones en la orientación de sus preferencias, no de sus prácticas, que muestran actitudes y criterios pedagógicos diversos. Así por ejemplo, los contenidos filosóficos aparecen asociados a la enseñanza de los fundamentos contextuales fácticos del derecho y muestran escasa vinculación con la opción por enseñar la jurisprudencia, la doctrina y sobre todo la ley. Lo inverso, también es cierto.

Esta falta o debilidad de correlación entre los objetivos de la enseñanza se ve ratificada, como es de esperar, cuando los objetivos de los docentes con relación a los conocimientos que enseñan son sometidos a análisis factorial, con el propósito de detectar la coexistencia de cosmovisiones diferentes entre ellos. Dicho análisis confirma una clara

división en la opción por los conocimientos a enseñar, la que no favorece un aprendizaje integrador, sino fragmentario por parte del alumno.

A ello se suman dos aspectos igualmente relevantes, como son la hegemonía y jerarquización de los conocimientos. Si al aislamiento y separación de los textos legales de sus aspectos contextuales y filosóficos le sumamos que éstos, en cuanto conocimientos, son minoritarios y subvalorados, es de esperar que su eficacia o impacto a nivel de la formación de la conciencia sea también débil o aun inocua.

La orientación técnica de la carrera de abogacía y el interés dominante de los alumnos por aprobar materias y no por adquirir conocimientos magnifica la subsidiaridad de las materias con contenidos extralegales, las que, en mayor medida que las de dogmática jurídica, son tomadas como meros escollos en el camino hacia la obtención del diploma que los habilita para el ejercicio de la profesión⁶.

Es de esperar que las prácticas no coincidan con las intenciones y dado que la enseñanza es un vínculo, para ajustar el panorama sobre los conocimientos transmitidos, resulta fundamental conocer la experiencia de los estudiantes. La importancia que los docentes expresan en cuanto a los conocimientos que pretenden enseñar se ve relativizada si nos atenemos a lo que los estudiantes manifiestan con relación a lo que los docentes efectivamente les transmiten (Lista y Brigido, 2002, cuadro N° 3, p. 142). En lo que hace a la ley, el acuerdo entre docentes y estudiantes es manifiesto, coinciden que es el contenido privilegiado; los desacuerdos aparecen con referencia a la magnitud de la enseñanza de los otros conocimientos. Los alumnos expresan que los docentes enseñan menos o mucho menos de lo que dicen y las diferencias se acrecientan con referencia a los contenidos filosóficos, sociales, económicos y políticos.

Ateniéndonos a las opiniones de los alumnos, lo que menos se enseña son contenidos referidos a aspectos éticos y filosóficos. Este dato nos sirve para confirmar afirmaciones anteriores: a) que los contenidos a los que los estudiantes se ven más expuestos son textos legales descontextualizados de lo fáctico y valorativo y, en menor grado, textos doctrinarios y jurisprudenciales y b) que la ausencia de conocimientos

⁶ La preocupación por aprobar exámenes y no por incorporar conocimiento es un fenómeno manifiesto en un amplio número de alumnos, según surge de las entrevistas, de los relatos biográficos y de los grupos focales realizados con ellos. Si bien lo observamos en relación a todas las materias, aun las de dogmática jurídica, tal actitud es más marcada en las materias no jurídicas.

definidos como extralegales es notablemente marcada, mucho más que lo que los mismos docentes expresan

Estas tendencias se corroboran en las clases observadas⁷, en las que la referencia a temas como son los contenidos valorativos de las leyes y/o la evaluación de las consecuencias de su vigencia o aplicación a partir de consideraciones valorativas (como serían, por ejemplo, referencias a la justicia o equidad de las mismas) están ausentes del discurso pedagógico instruccional de los docentes y de las inquietudes que los alumnos expresan en sus intervenciones.

2. Saber hacer: el rostro velado de la instrucción

Los contenidos instruccionales están referidos a conocimientos (saberes), pero también a habilidades y destrezas (saber hacer) que los docentes pretendida o impretendidamente desarrollan o aspiran desarrollar en los estudiantes. Cuando el proceso de enseñanza es de corte tradicional, como es el caso de la enseñanza jurídica, este último aspecto de los contenidos instruccionales es poco explícito y escasamente visible, por actuar de manera espontánea y menos reflexiva que la transmisión de conocimientos.

En este punto, en la formación jurídica se observan tres tendencias representadas por dos escisiones y una ausencia. La primera escisión es entre lo instrumental y lo crítico y la segunda entre lo cognitivo y lo expresivo. La ausencia es un reclamo perenne en la enseñanza jurídica: la falta de enseñanza práctica.

2.1 La escisión entre lo instrumental y lo crítico

Dada la importancia acordada a los conocimientos de textos jurídicos, es coherente que las habilidades que los docentes privilegian desarrollar en los alumnos sean las cognitivas instrumentales, entendiéndose por tales, el conocimiento, la comprensión, la aplicación, el análisis y la síntesis de textos legales, doctrinales y jurisprudenciales (Lista y Brigido, 2002, cuadro N° 4, p. 144).

Al recurrir a la experiencia de los alumnos vemos que el conocimiento de los textos legales es más enfatizado por los docentes que lo que éstos reconocen, quizá porque este sea un objetivo demasiado obvio y que toman por dado. Con relación a las otras habilidades cognitivas instrumentales, los alumnos sostienen nuevamente, que los docentes hacen menos esfuerzos por desarrollarlas que lo que manifiestan como

⁷ A tal efecto realizamos observaciones etnográficas de clases correspondientes a materias de dogmática jurídica (ver Lista y Brigido, 2002, p. 311).

intereses pedagógicos. Esto coincide con lo expresado anteriormente que la enseñanza jurídica es predominantemente teórica.

“Me parece que nos forman o nos dejamos formar, no quiero poner culpas a nadie, pero resultamos ser técnicos del derecho. Estudiar derecho puede tener muchas implicancias. Están los técnicos del derecho que trabajan con las normas, las manejan como si fueran objetos, las hacen coincidir, evitan contradicciones; y están los juristas. Para ser jurista hay que formarse solo, porque en general no nos forman conciencia jurídica crítica.” (estudiante, grupo focal)

Es interesante observar que en el campo cognitivo, el desarrollo de competencias orientadas a la reflexión crítica del derecho, basada tanto en criterios internos como externos, sea mucho menos atendido por los docentes y más aún, poco frecuente. Esta tendencia es confirmada por los alumnos, quienes en este aspecto desacuerdan con los docentes en cuanto a la relevancia de este tipo de objetivo, pues aquellos remarcan la escasa importancia que se le brinda a la crítica jurídica.

“Yo en abogacía encontré muchos conocimientos, pero no una formación apuntada a mi vocación humanística, y no pude desarrollar mi espíritu crítico” (estudiante, grupo focal)

El interés por desarrollar habilidades críticas en base a criterios internos (que hacen a la coherencia y plenitud del sistema normativo) no aparece fuertemente asociado al interés por desarrollar las habilidades cognitivas más simples, como hacer conocer los textos jurídicos, comprenderlos y aplicarlos, aunque sí, en mayor medida, con habilidades más complejas, como son su análisis y sistematización.

Esto resulta congruente con una enseñanza dogmática de tipo exegético, basada más en la memorización que en la reflexión y con la preocupación por el orden y el control sociales, lo cual no favorece y aún más, restringe la reflexión crítica de las normas y otros textos jurídicos, salvo cuando el objetivo sea mejorar el sistema jurídico, fortaleciendo su plenitud, congruencia, autonomía y autosuficiencia. La ingeniería jurídica parece ser el interés instrumental que puede alentar en los docentes algún tipo de crítica interna.

La separación de los intereses pedagógicos que realizan los docentes, entre el desarrollo de habilidades cognitivas instrumentales y cognitivas críticas, se ve confirmado por el análisis factorial de los datos, ya que ambos tipos de objetivos se encuentran separados, lo que refleja que no son propuestos por los mismos docentes.

La escisión que hace la amplia mayoría de los docentes de los aspectos instrumentales de los críticos resulta congruente con el peso cuantitativo de materias y cátedras de dogmática jurídica y la presencia hegemónica de un discurso pedagógico que se desinteresa, como ya ha sido expuesto, por la enseñanza de los fundamentos y consecuencias filosóficas, sociales, políticas y económicas del derecho.

2.2 La escisión entre lo cognitivo y expresivo

Esta segunda escisión aparece también muy marcada entre los docentes y si bien nuevamente los alumnos opinan que los docentes hacen menos de lo que pretenden hacer, las diferencias entre ambos son reducidas. Esto muestra que existe un consenso relativamente amplio sobre la escasa relevancia que tiene en la enseñanza jurídica la preocupación explícita y manifiesta por generar en los alumnos actitudes y valores. Ello no significa que tal desarrollo no se cumple, sino que se realiza de manera más inadvertida, menos reflexionada y explícita y hasta impretendida.

En general, los docentes que se plantean habilidades cognitivas instrumentales como objetivos de la enseñanza, no se plantean habilidades expresivas, lo cual resulta previsible dado el modelo jurídico y pedagógico hegemónico (Lista y Brigido, 2002, cuadro de correlaciones N° 6, pp. 330-331). Lo llamativo es la separación que hacen entre el desarrollo de habilidades cognitivas críticas, referidas a la evaluación del derecho y las expresivas, ya que ambas, al menos hipotéticamente, estarían vinculadas. Para realizar una reflexión crítica sobre el derecho se necesitan ciertas actitudes y criterios valorativos. Es al menos útil, entre otras cosas, ser conciente de las diversas consecuencias que la ley, la doctrina y la jurisprudencia tienen sobre la vida de la gente; interesarse por diversas opiniones sobre temas jurídicos; ser conciente y considerar los distintos puntos de vista políticos o filosóficos de los docentes, jueces y doctrinarios; diferenciar valores y elegir entre ellos; fortalecer la autonomía en el aprendizaje; etc.

"[...] lo único que nos enseña la facultad son las técnicas y los conocimientos [...] Los tipos delictivos por ejemplo, los procedimientos, todo lo que es la parte técnica [...] pero respecto a llevarme a mí moralmente para ir con un incentivo moral a hacer algo, no aprendo nada en la facultad." (estudiante, grupo focal)

En lo que hace específicamente a los objetivos de la enseñanza referidos a los valores, observamos que el desarrollo de capacidades para

diferenciar y elegir valores, para generar un sistema valorativo propio y para adoptar una orientación valorativa que influya sobre el modo en que se orienta el comportamiento están muy relacionados entre sí en algunos docentes, que parecen centrar sus intereses pedagógicos en estos aspectos expresivos. De manera coherente estos objetivos también aparecen vinculados a los de ser consciente de las consecuencias de las decisiones jurídicas, interesarse por escuchar diversas opiniones y poner atención en los puntos de vista políticos y filosóficos de los docentes, jueces y doctrinarios.

Los objetivos referidos a valores también aparecen asociados con otros objetivos expresivos, como son el desarrollar en el alumno competencias para actuar en consecuencia, por ejemplo, ampliando las lecturas más allá del material requerido en la materia, aumentando la participación de los alumnos en otras actividades de aprendizaje y favoreciendo el estudio autónomo e independiente.

Esta articulación de intereses nos revela una perspectiva compartida que, aunque minoritaria, se diferencia claramente de la orientación instrumental predominante en la enseñanza de la carrera. Como límite, debemos recordar, que estas aspiraciones de algunos docentes se mantienen a nivel de intenciones y no necesariamente son transforman en prácticas de enseñanza, tal como lo señalan los alumnos.

Es interesante también hacer referencia a la incorporación, por parte de los alumnos, de algunas habilidades expresivas que surgen no del cumplimiento de objetivos propuestos por los docentes o el plan de estudio, sino por el esfuerzo de adaptación necesario para seguir adelante con la carrera y superar algunos obstáculos que definen el contexto de la facultad de derecho, los docentes y sus prácticas. Desde el punto de vista analítico, según Bernstein, tal modalidad de desarrollo de habilidades no corresponden al discurso instruccional, sino al discurso regulativo, es decir al que se expresa a través de los procesos comunicacionales, que vehiculiza el modo de comportarse “correctamente” en determinados contextos.

Así por ejemplo, la capacidad de defender las opiniones y posiciones personales y propias frente al docente se relaciona con estas circunstancias adversas, más que con cuestiones planteadas desde perspectivas teóricas. Veamos un ejemplo:

Estudiante 1: *“Yo coincido en que en la facultad recibimos una formación técnica. Técnicas de derecho. Aparte de todo eso, hay una cosa que me parece importante y es que aprendí a criticar un montón y a defender mi postura”.*

Coordinador: Es interesante lo que decís “aprendí a defender mi posición” ¿Cuáles son las instancias que se te han presentado para que tengas la posibilidad de defender tu posición?

Estudiante 1: “[...] *ya lo dije cuando comenté que aprendí a rendir. También cuando discutís una nota.* [...]”

Coordinador: Entonces la instancia de evaluación es una de ellas.

Estudiante 2: “*Casi la única*”

Estudiante 3: *Yo creía que rendir era venir a decir lo que sabés y no es así, es saber defender tu postura.*”

2.3 Una ausencia reiterada: la enseñanza práctica

Un aspecto muy relevante de los contenidos instruccionales que tiene que ver tanto con los conocimientos, cuanto con las habilidades es el referido a una tercera escisión, la existente entre la enseñanza teórica y la práctica, en detrimento de esta última. En el caso de la carrera de abogacía de la Universidad Nacional de Córdoba, la enseñanza práctica ocupó un lugar poco destacado o estuvo ausente (UNC, 1998, pp. 10-11)⁸, lo cual también se aplica a aquellas que surgieron con posterioridad.

La debilidad y virtual ausencia de la enseñanza de habilidades para la práctica profesional como contenido curricular se ha manifestado de manera consuetudinaria en las carreras de abogacía, aun cuando el perfil del egresado se identifica predominantemente con el de abogado litigante. No resulta extraño, entonces, el consenso existente entre docentes, estudiantes y egresados sobre la carencia de ese tipo de enseñanza y las dificultades que ello provoca al iniciar el ejercicio profesional.

En la evaluación de la carrera realizada en 1998, en opinión de docentes y alumnos, el sobredimensionamiento de la formación teórica y el descuido de la formación práctica aparece como la debilidad más sobresaliente (UNC, 1998, pp. 13 y 18). La intensidad del acuerdo disminuye cuando específicamente se interroga si el plan capacita para el ejercicio profesional, debido a que la definición sobre tal tipo de capacitación varía, especialmente por la diferente importancia que se le otorga a la formación teórica para el ejercicio cotidiano de la abogacía. En realidad, docentes y estudiantes mayoritariamente acuerdan que la carrera no desarrolla suficientes habilidades prácticas, pero las opiniones se moderan y relativizan en ambos casos. Como es de esperar, son

⁸ Este déficit se ha corregido en el actual plan de estudio (cuya primera promoción aún no se ha completado), el cual incorporó la enseñanza para la práctica profesional como una modalidad independiente de la enseñanza teórica.

los estudiantes los que manifiestan tal debilidad con mayor énfasis y fuerza⁹.

La demanda casi unánime de mayor “enseñanza práctica” fue confirmada con posterioridad utilizando distintas técnicas de recolección de datos aplicadas sobre diversas muestras¹⁰. Las siguientes opiniones de algunos alumnos son reiteradas y constantes:

“Se da mucha teoría pero poca práctica.” (estudiante, autobiografía académica 2)

“Mi expectativa no cumplida es que estoy terminando la carrera y carece de práctica profesional.” (estudiante, autobiografía académica 6)

“Los estudiantes de derecho tenemos poco conocimiento práctico. Se nos da mucha teoría, pero falta el enfoque práctico y sobre todo en materias como los procesales [...] Hay personas que se reciben de abogado y no han visto un expediente.” (estudiante, autobiografía académica 7)

“No se enseña a construir un puente que lleva desde la técnica a la práctica, a la sociedad, todo es abstracto.” (estudiante, grupo focal)

Los egresados que hacen ejercicio independiente de la profesión son aún más contundentes, cualquiera sea la edad, el tiempo de recibidos y la especialidad a la que se dedican:

“Uno sale de la Facultad y no sabe para dónde agarrar.” (entrevista)

“La formación empieza cuando te recibís.” (entrevista)

“La capacitación real la obtenés en el campo de trabajo.” (entrevista)

“La Facultad nos da una formación demasiado académica, excesivamente teórica, que no nos pone en contacto con la realidad.” (entrevista)

⁹ Uno de los resultados de la evaluación institucional citada fue la creación de un nuevo plan de estudio, en el que se introdujo la enseñanza para la práctica profesional como modalidad independiente de la enseñanza teórica, con técnicas pedagógicas que se apartan de la clase magistral. Diversos documentos institucionales fundamentan estas decisiones.

¹⁰ Entrevistas individuales, registros autobiográficos de la experiencia académica y grupos focales fueron empleados para recolectar datos con distintas muestras de estudiantes (2002, 2003 y 2004) y de egresados (2004 y 2005).

Resulta interesante observar que en opinión de algunos alumnos y muy claramente en la de los egresados, la formación y capacitación profesional es identificada con el manejo del *know how* de la profesión, con un conocimiento marcadamente técnico. Muy frecuentemente el conocimiento teórico es menospreciado y desvalorizado, atendiendo a una racionalidad de neto corte instrumental, orientada por fines profesionales, que se reducen al logro de resultados favorables, o al menos, lo más favorable posibles para satisfacer los intereses del cliente, que son identificados con los propios del abogado.

"[...] yo no estudiaba más en la Universidad que afuera. Yo estudié más afuera de la Universidad, cuando me recibí que cuando era estudiante. Yo rendía lo que tenía que rendir y estudiaba lo necesario para aprobar. En mi caso particular, desde que empecé a ejercer, siento que he especializado el tema del estudio" (abogada, grupo focal)

Más allá de la demanda general, no resulta suficientemente claro lo que se entiende por "enseñanza práctica", ya que esta denominación abarca un conjunto de habilidades técnicas que podrían resumirse en "lo que el abogado necesita en la práctica profesional" (Ziegert 1988, p.194), lo cual se da como un supuesto de índole general. Las mayores precisiones se obtienen a través de ejemplos, algunos de los cuales son ilustrados por las siguientes frases de estudiantes¹¹:

*"La falta de práctica profesional es una de las principales deficiencias. Son muy pocos los docentes que nos hacen entrar a considerar acerca de **cuál es la realidad que las normas tienen que regular y los resultados que surgen de la aplicación de esas normas**"* (estudiante, autobiografía académica 5)

*"Daría talleres prácticos, no optativos, sino obligatorios, para que sí o sí aprendamos desde el principio a **buscar jurisprudencia, hacer demandas, contestaciones, cartas documento, saber redactar** y tener mucha práctica."* (estudiante, autobiografía académica 12)

*"Una de las mayores deficiencias de la carrera es la falta de **práctica y de contacto con la realidad, de experiencia en resolución de conflictos**. Yo lo soluciono trabajando en el estudio de mi padre"* (estudiante, autobiografía académica 22)

¹¹ El énfasis en negrita en las frases siguientes es nuestro.

El *know how* que los estudiantes reclaman varía en el grado de complejidad de las habilidades: por un lado, se refieren a algunas muy simples, saber redactar jurídicamente, elaborar escritos, saber realizar trámites, etc. Algunas son más complejas e implícitamente suponen algún grado de formación teórica “encuadrar un caso” o “resolverlo”, “fundamentar demandas”, “argumentar”, etc. Necesitan aprender a “traducir” más eficientemente la realidad práctica a lo jurídico. De ahí la queja de la formación “abstracta”, que no se les enseña a “construir puentes entre lo teórico y lo práctico”. Cuando se hace alusión a la necesidad de un mayor conocimiento de la “realidad” social que las normas “regulan”, la demanda no es de mayores conocimientos fácticos (los que proveen las ciencias sociales), sino de la habilidad de vincularlos. En otros casos la demanda específica es saber relacionarse con el cliente.

En suma, el aprendizaje “práctico”, se centraría en el desarrollo de habilidades que permitan al recién iniciado el acceso a los “secretos” del ejercicio profesional; más arte y técnica, que ciencia y teoría. A nivel personal tal desconocimiento “atemoriza”, hacer sentir “pánico”, da “inseguridad”, no permite sentirse “preparado”, se ven como “inexpertos”, “desilusiona”. Tales son los sentimientos actuales que los estudiantes expresan y los egresados recuerdan. La frase de una alumna sintetiza las consecuencias emocionales de la falta de habilidades técnicas y de la escisión entre formación teórica y práctica:

“Estoy a punto de recibirme y siento pánico porque veo que no se nada; somos teóricos del derecho y no tenemos la capacidad de resolver los casos que nos plantean. Esa es una gran decepción en la carrera, porque yo creí que a medida que fuera avanzando en el cursado iría adquiriendo conocimientos prácticos, pero no fue así. No nos preparan para ser abogados y simplemente nos imaginamos lo que será el ejercicio de la profesión.”
(estudiante, autobiografía académica 21)

Más allá de la legitimidad de tales demandas, la intensidad, consistencia y unanimidad de las mismas nos conducen a dos reflexiones. Por un lado, lo relevante es el efecto que la alta valoración del *know how* de la abogacía, identificada con la experiencia profesional y el conocimiento técnico, tiene con relación al discurso instruccional en general y el teórico en particular.

Podemos acordar que, conforme al modelo romano-germánico imperante, los contenidos y habilidades de la enseñanza jurídica son

definidos por los “teóricos”. Son ellos los instituidos guardianes del derecho, quienes imponen el modelo dogmático-formal de entender lo jurídico y su enseñanza, lo cual es realizado no de espaldas, sino de cara a la profesión, entendida ésta como el ejercicio independiente del denominado “abogado litigante”. A pesar de que la enseñanza está orientada de modo dominante (o exclusivo) hacia el perfil del abogado que litiga, la transmisión de habilidades técnicas es escasa y en todo caso, siempre insuficiente, entre otras cosas, porque el ámbito académico no es el lugar donde pueden desarrollarse. Esto sólo se logra a través de la socialización profesional, ejerciendo distintos roles en el contexto de diversas estructuras y procesos profesionales. Es por ello que la falta de “enseñanza práctica” tiende a mantenerse, en alguna medida y con distinta intensidad, como una demanda insatisfecha y una de las principales fuentes de crítica de la enseñanza jurídica dentro del modelo imperante. Pero más allá todavía, podemos convenir con Ziegert (1988, p. 184), que el foco de la socialización de la enseñanza jurídica consiste en la reducción de cualquier teoría a la “teoría de la práctica jurídica”.

Un segundo aspecto relevante es el relativo a las consecuencias de tal demanda. El reclamo de más y mejor enseñanza técnica o práctica opera como justificación para desvalorizar, subsidiarizar y aun excluir de la enseñanza jurídica todo otro tipo de conocimiento que no sea el estrictamente legal y toda habilidad que no sea reconocida como inmediatamente útil para el ejercicio de la profesión. Particularmente, estos “otros tipos de conocimiento y habilidades” son identificados como *lo fáctico*, *lo teórico* y *lo crítico*. En última instancia, el aparentemente legítimo reclamo de “más y mejor enseñanza práctica” no constituye solo un vacío a llenar, una ausencia que hay que corregir en la enseñanza jurídica, sino un instrumento ideológico a través del cual, dentro del campo jurídico los prácticos enfrentan a los teóricos y ambos lo utilizan como argumento para controlar los límites de dicho campo y mantener el monopolio sobre el mismo, definiendo como extrajurídico, esto es como jurídicamente irrelevante, todo otro conocimiento y habilidad que no encuadre dentro del modelo vigente. Con ello se controla la intromisión de otras formas de conocer y de otras maneras de entender lo jurídico.

No resulta extraño, entonces, que la reflexión fundada en valores o en las consecuencias sociales, económicas y políticas de las leyes y del accionar judicial; el reconocimiento de la historicidad del sistema jurídico y judicial y de su origen socio-político y la valoración crítica del derecho como ideología por su relación con el poder, tengan, entre otras cosas, poca cabida en la enseñanza jurídica o sean mantenidas

arrinconadas en los márgenes de las carreras de abogacía. La fortaleza de la concepción jurídica formal y técnica, orientada racionalmente de acuerdo a fines previene que tal cosa suceda.

3. Conclusiones

El análisis del discurso instruccional aporta indicios contundentes sobre la existencia de distintos consensos, en cuanto a los conocimientos y habilidades que aspiran transmitir y desarrollar en los estudiantes. El consenso dominante es aquel cuyo discurso instruccional enfatiza y prácticamente reduce la enseñanza jurídica a la enseñanza de textos jurídicos, preferentemente la ley y subsidiariamente la doctrina y la jurisprudencia y prioriza el desarrollo de habilidades cognitivo-instrumentales simples. Este consenso es hegemónico pues está fuertemente legitimado académica y profesionalmente y define lo que es jurídicamente relevante e irrelevante. La enseñanza jurídica lo reproduce y recontextualiza eficazmente, consolidando en los alumnos una conciencia instrumental definida¹² y fortaleciendo una identidad profesional orientada racionalmente hacia fines y no hacia valores.

Frente a aquél se manifiesta un consenso periférico, tanto desde el punto de vista cuantitativo, cuanto por su nivel de legitimidad. Es el discurso que en lo instruccional incorpora, como contenidos, la enseñanza de aspectos contextuales de los textos y prácticas jurídicas y el discurso basado en valores y contenidos filosóficos, acompañado, aunque no siempre suficientemente articulado, con el desarrollo de habilidades cognitivas críticas y de competencias prácticas que permiten fortalecer la capacidad reflexiva y valorativa de los alumnos.

El discurso instruccional inspirado en un pensamiento jurídico racional formal, que apunta a desarrollar predominantemente habilidades cognitivas instrumentales, ocupa un gran espacio en el ámbito pedagógico de abogacía e insume gran parte del tiempo de las relaciones de enseñanza aprendizaje, con lo cual el pensamiento jurídico racional-sustantivo o material (y dentro de él el valorativo) y el desarrollo de habilidades cognitivas críticas y expresivas no sólo son cuantitativamente reducidos, sino desvalorizados, al ser ubicados en el campo de lo que no es jurídicamente "pensable". La contextualización del derecho en su marco social y político; la valoración crítica de la función política ideológica que cumple, así como de las consecuencias sociales que produce y de la justicia/injusticia de los textos legales y las prácticas profesionales y judiciales son consideradas desviaciones, tanto en la enseñanza

¹² Ver Lista y Begala (2003 b)

jurídica, como en el ejercicio profesional, esto es como conocimientos y habilidades ajenas al discurso jurídico y pedagógico válidos. Ello enfrenta al estudiante y al profesional comprometidos con valores —no necesariamente coincidentes con los vehiculizados por la ley— con fuertes contradicciones.

El perfil al que las carreras de abogacía típicamente orientan su *curriculum* y prácticas pedagógicas es profesional y técnico, más acorde con el mantenimiento del orden y la promoción de la ingeniería jurídica y política, que con la generación de cambios sociales y el logro de alguna forma de justicia sustantiva.

Al servicio de la racionalidad técnica e instrumental, la enseñanza jurídica cumple una importante función política, la de reproducir un discurso jurídico funcional al ejercicio del poder estatal y de los grupos de interés socialmente hegemónicos nacionales o globales. Es la propia capacidad de la instrumentalidad formal y su potencialidad para generar orden y creencias sobre la legitimidad de la autoridad, lo que hace del derecho y la enseñanza inspirados en ella herramientas potencialmente aptas para la consolidación de nuevos cambios. En esto radica la fuerza del modelo dominante y su capacidad adaptativa a las modificaciones de su entorno.

Tras la apariencia poco convincente de neutralidad valorativa, el derecho formal-legal y su enseñanza encubren los contenidos valorativos y morales que vehiculizan e implícitamente legitiman, no por vaciar las normas de valores, sino por ignorarlos y no reconocer su presencia, tal como se distancia del poder político y de los factores histórico-sociales que son su origen. El postulado de neutralidad valorativa y la ética instrumental sobre la que se basa no son ideológicamente neutras.

Al considerar los valores que portan las normas como dados y no sujetos a revisión, al relegar el conocimiento crítico y socialmente contextualizado y las habilidades reflexivas y expresivas al campo de lo jurídicamente no pertinente e “impensable” y al reducir los valores de la ley a la ética instrumental y a juicios que se limitan a afirmar “que algo es legal o ilegal” (Kelsen, 1993, pp. 126 y 127), se reduce el concepto de valor al de validez y el conocimiento jurídico al técnico, la conciencia a aspectos exclusivamente instrumentales y las identidades resultantes son las de un profesional guiado por intereses. Todo lo afirmado hasta ahora no significa demonizar el conocimiento jurídico-técnico, sino advertir sobre sus límites. El modelo racional-formalista que adopta el derecho moderno, con el que se mimetiza con la ciencia, podría ser objeto de las mismas observaciones críticas que Habermas (1971 y 1973)

hace al modelo naturalista de ciencia, del cual el positivismo jurídico toma su ropaje. La crítica de dicho autor parte de reconocer, por un lado, el abandono que el conocimiento científico ha hecho del concepto clásico de *theoria*, la que se orienta a emancipar al ser humano de la esclavitud a la que lo somete la *doxa*; y por el otro, el sobredimensionamiento del control técnico, *techne*, basado en la maestría o dominio del experto que cumple tareas objetivadas, y el olvido de la *praxis*, entendida como acción transformadora consciente, como práctica social y política. Con ello Habermas destaca el carácter insuficiente del conocimiento técnico, que reduce estas prácticas a la práctica tecnológica (en nuestro caso jurídica) y todo problema a un problema técnico, cuya solución depende de la opinión de los expertos, ajena a consideraciones valorativas y alejada de la participación de quienes son afectados por él.

La crítica de Habermas está dirigida a la pretensión de supremacía del conocimiento técnico-instrumental y a la despolitización que lleva consigo la separación entre la teoría y la acción transformadora, orientada hacia el mejoramiento de la existencia humana, la aspiración última de la vieja *theoria*.

El pensamiento jurídico y la actividad pedagógica que lo reproduce pueden ser objeto de las mismas observaciones críticas, por su pretensión de erigirse como la mejor -y en sus extremos la única- forma de conocimiento válida de los fenómenos jurídicos, reduciendo el interés cognitivo a una de sus posibilidades, la de proveer soluciones técnicas, lo que en última instancia asegura el poder de los especialistas en derecho y aleja la posibilidad que tiene el ser humano de independizarse del conocimiento que lo somete, la *doxa*.¹³



¹³ REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS: AGULLA, JUAN CARLOS (1990). *“El profesor de derecho – Entre la vocación y la profesión”*. Buenos Aires: Cristal; BERISSO, INÉS (2003). *“La elección de cátedra para rendir: preferencias y motivos de los alumnos de Derecho de la Universidad Nacional de La Plata”*, Actas del IV Congreso Nacional de Sociología Jurídica, Tucumán, CD; BERISSO, INÉS; CAROLA BIANCO Y FLORENCIA DEMARCHE (2004). *“Primer año en capilla. Encuesta a los alumnos”*, Actas del V Congreso Nacional de Sociología Jurídica, Santa Rosa de La Pampa, noviembre, pp. 691-704; BERNSTEIN, BASIL (1999). *“Vertical and Horizontal Discourse: an essay”*, British Journal of Sociology of Education, Vol. 20, Nº 2, 1999. (1998). *Pedagogía, control simbólico e identidad*. Madrid: Morata. (1997). *La estructura del discurso pedagógico*. Madrid: Ediciones Morata. (1993 y 1997). *La estructura del discurso pedagógico*. Madrid: Morata (Utilizamos tanto la primera edición como la segunda reimpresión de esta obra). (1990). *Poder, Educación y Conciencia*. Sociología

de la Transmisión cultural". Barcelona: El Roure Editorial. (1977). Class, codes and control. Vol. 3, "Towards a theory of educational transmission" Londres: Routledge & Kegan Paul, second edition. Utilizamos la edición en inglés pues la versión en español (Clases, códigos y control (1988) Tomo II, Buenos Aires: Akal) presenta errores de traducción. (1971). "On the Classification and Framing of Educational Knowledge", en Michael F.D. Young (compilador) Knowledge and Control: New Directions for the Sociology of Education. Londres: Collier-Macmillan Publishers, pp. 47-69; BÖHMER, MARTÍN F. (2003) "Algunas sugerencias para escapar al silencio del aula", *Academia Revista sobre Enseñanza del Derecho de Buenos Aires*, Buenos Aires, Año 1, Número 1, Otoño, pp. 13-34; BRIGIDO, ANA MARÍA (2002). "La enseñanza del derecho: qué piensan los protagonistas" *Actas del III Congreso de Sociología Jurídica*. Buenos Aires, CD; BRIGIDO, ANA MARÍA Y ADRIANA TESSIO CONCA (2004) "Los abogados en el ejercicio de la profesión y su perspectiva sobre la formación profesional", *Actas del V Congreso de Sociología Jurídica*. Santa Rosa, La Pampa, Pp. 659-667; FUCITO Felipe (1995). El perfil del Estudiante de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales UNLP. La Plata: Instituto de Cultura Jurídica; FUCITO, FELIPE (2000). "Perfil del abogado bonaerense". Vol. I y II. La Plata: Fundación Cijuso; HABERMAS, JÜRGEN (1971). Knowledge and Human Interest. Boston: Beacon Press. (1973). Theory and Practice. Boston: Beacon Press; KELSEN, Hans (1993). "Los juicios de valor en la ciencia del Derecho", en Hans Kelsen, ¿Qué es justicia?. Barcelona: Planeta- Agostini, pp. 126-151, traducción del artículo en inglés publicado en julio de 1942 en el Journal of Science, Philosophy and Jurisprudence; LISTA, CARLOS ALBERTO Y ANA MARÍA BRIGIDO (2004). "La enseñanza jurídica; un análisis sociológico del discurso pedagógico", *Anuario VII del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UNC*; LISTA CARLOS ALBERTO Y ANA MARÍA BRIGIDO (2002). "La formación de la conciencia jurídica y la enseñanza del derecho". Córdoba: Sima; LISTA CARLOS ALBERTO Y SILVANA BEGALA (2003). "La presencia del mensaje educativo en la conciencia de los estudiantes: resultados de la socialización en un modelo jurídico dominante." *Academia. Revista sobre enseñanza del derecho en Buenos Aires* N° 2, Buenos Aires. (2003). "La adquisición subjetiva de un mundo jurídico objetivo: los estudiantes de abogacía frente a los conflictos sociales". *Actas del IV Congreso de Sociología Jurídica*. Tucumán, CD; MARTINEZ PAZ, FERNANDO (1995). "La enseñanza del Derecho". Córdoba: Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Instituto de Educación. (2000). "Cuestiones que plantea la enseñanza del derecho, hoy". En *La Educación, Política de Estado*. Córdoba: Academia Nacional de Educación, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Academia Nacional de Ciencias, pp. 55-68; TESSIO CONCA ADRIANA (2003). "Código y Reglas en el proceso de formación profesional. Experiencias académicas de los estudiantes de abogacía en la UNC". *Actas del IV Congreso de Sociología Jurídica Tucumán*, CD; UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES (UBA) (2003 a). "Características demográficas y sociales de los estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires", *Academia Revista sobre Enseñanza del Derecho de Buenos Aires*, Buenos Aires, Año 1, Número 1, Otoño, pp. 123-137. (2003 b). "Algunos resultados de la evaluación de la gestión docente de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires", *Academia Revista sobre Enseñanza del Derecho de Buenos Aires*, Buenos Aires, Año 1, Número 1, Otoño, pp. 139-200; VANOSSI, JORGE R. (2000). "¿Es posible un debate racional sobre la educación universitaria?", en *La Educación, Política de Estado*. Córdoba: Academia Nacional de Educación, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Academia Nacional de Ciencias, pp. 31-48. (1989). *Universidad y Facultad de Derecho: sus problemas*. Buenos Aires: Eudeba; WEBER, MAX (1998). *Economía y Sociedad*. México: Fondo de Cultura Económica, 2ª edición en español, 12º reimpresión; ZIEGERT, Klaus A. (1988). "Legal Education at Work:

The Impossible Task of Teaching Law”, *Tidskrift for Rattsociologi*, Vol, 5, 1988 NR 3/4, Lund, Suecia, pp. 183-211.

Anexo metodológico: Los datos fueron obtenidos entre 1998-2005, utilizando diversas técnicas de recolección, tanto cuantitativas como cualitativas, aplicadas a distintas muestras de docentes y estudiantes de la carrera de abogacía de la Universidad Nacional de Córdoba y a abogados que hacen ejercicio independiente de la profesión en la ciudad capital: 1) encuesta a docentes (283 de todas las cátedras), 2) encuesta a estudiantes (998 de todos los años de la carrera), 3) entrevistas a abogados “litigantes” (22), 4) observación etnográfica de clases de trece materias identificadas como “dogmática jurídica” (tres clases sucesivas por profesor), 5) entrevista a docentes observados (10), 6) grupo focal con alumnos de distintos años de la carrera, 7) grupos focales con abogados, uno con menos de cinco años de experiencia en la profesión y el otro con más de diez, 8) análisis documental de programas de treinta y una materias, 9) textos producidos por alumnos en un experimento referido a conflictos sociales en Brasil y Córdoba, en torno a la propiedad de la tierra y el derecho a la vivienda (70 textos elaborados por 140 estudiantes avanzados), 10) biografías de la experiencia académica de alumnos que cursan el quinto año de la carrera. (48 textos), 11) textos producidos por alumnos que cursan el quinto año, analizando un artículo de Duncan Kennedy (2001) sobre enseñanza jurídica (43 textos) Los estudiantes corresponden al plan de estudio anterior de la carrera, el que fue reemplazado en el año 2000 por uno nuevo, como resultado de la evaluación institucional de la carrera realizada en 1998-1999.



TENSIONES ENTRE LA RACIONALIDAD INSTRUMENTAL Y LA ORIENTADA POR VALORES EN EL DISCURSO REGULATIVO DE LA ENSEÑANZA JURÍDICA*

(TENSIONS BETWEEN INSTRUMENTAL RATIONALITY AND RATIONALITY LED BY VALUES IN THE REGULATIVE DISCOURSE OF LAW TEACHING)

*Silvana Begala***

RESUMEN: Este trabajo indaga sobre la incorporación de algunos elementos conformadores de la identidad profesional durante el proceso de socialización de los abogados en la carrera de abogacía de la UNC. Se describen algunos contextos socializadores y su relación con el despliegue del discurso regulativo y el impacto que este tiene a nivel de los sujetos en la orientación de las acciones, mostrando la tensión entre la instrumental y la racional orientada por valores. Las propuestas teóricas de Basil Bernstein y de Max Weber sirven de marco a nuestro trabajo. El análisis se basa sobre datos cualitativos obtenidos empleando técnicas diversas.

PALABRAS CLAVE: Socialización – Enseñanza jurídica – Racionalidad instrumental – Racionalidad valorativa – Justicia formal

Introducción

Este trabajo continúa con la reflexión sobre las tensiones que surgen de la recontextualización del discurso jurídico en el discurso pedagógico y

* Este trabajo ha sido realizado en coautoría con el Dr. Carlos A. Lista. Una primera versión del mismo fue presentada en el VI Congreso Nacional de Sociología Jurídica, Buenos Aires, noviembre de 2005.

** Abogada egresada de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (UNC). Jefe de trabajos prácticos de la Cátedra B de Sociología Jurídica de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, Argentina.

las que se presentan dentro de este último entre la orientación instrumental (racional orientada por fines) y la valorativa (racional orientada por valores) en la enseñanza jurídica. La perspectiva del proyecto en el cual se enmarca este trabajo, al igual que el que complementa¹, es sociológica, y el objetivo es profundizar el conocimiento, de la relación entre enseñanza jurídica y la socialización profesional en el campo de la abogacía.

Nuestro trabajo se encuadra principalmente en la propuesta teórica de Basil Bernstein (1999, 1998, 1997, 1993, 1977, 19970, 1971), en particular, con su planteo teórico sobre el discurso pedagógico (1998, p. 62) y en las tipologías de acción social que elabora Max Weber (1998, pp. 20-23): racional de acuerdo a fines o valores, afectiva y tradicional; y de pensamiento jurídico, para lo cual combina las categorías racional-irracional y formal-sustantivo o material (Weber, 1998, especialmente pp. 588-621, 648 y ss).

Basándonos en estas propuestas teóricas y en las conclusiones de trabajos anteriores² podemos afirmar que la enseñanza jurídica, desde el discurso instruccional, consolida en los alumnos una conciencia instrumental y fortalece una identidad profesional orientada racionalmente hacia fines y no hacia valores.

Nos proponemos hacer un aporte para la reflexión y comprensión de la relación entre la conciencia profesional y la formación de los abogados, desde el otro componente analítico del discurso pedagógico: el discurso regulativo. En particular cómo se manifiesta en él la tensión entre el pensamiento jurídico formal y el sustantivo o material expresado en valores.

A partir de la fuerte presencia del modelo jurídico racional-formal y de la orientación instrumental en la enseñanza jurídica, nos interesa observar el lugar que tienen en esta última algunas cuestiones valorativas y cuáles tiende a consolidar en el alumno el discurso regulativo.

1. Ser y relacionarse

La brecha a nivel instruccional entre lo que los guardianes del discurso seleccionan y jerarquizan como lo que el abogado debe saber y saber hacer y lo que es irrelevante y prescindible, es mantenida de manera eficaz, por el *curriculum* invisible de la carrera a través del otro

¹ Ver en este Anuario: Lista (2006)

² Ver Lista y Brigido, 2004; Lista y Begala, 2003; Tessio Conca, 2003; Lista y Brigido, 2002; Brigido, 2002; Brigido y Tessio, 2003.

componente del discurso pedagógico: el discurso regulativo (Bernstein 1998).

Mientras el discurso instruccional de abogacía transmite conocimientos y desarrolla habilidades, el segundo tipo de discurso está constituido por reglas que regulan la comunicación privilegiada dentro y fuera del aula, tanto en las clases y en la evaluación como en el contexto social más amplio de la agencia. A través de estas reglas se transmiten actitudes y valores por lo que el discurso regulativo es un discurso moral, creador de orden, identidad y relaciones. La aplicación de las reglas de este discurso generan siempre algún tipo de control y disciplina a través de un proceso más inconsciente y espontáneo que el instruccional (Lista y Brigido, 2002, pp. 24-25). No por ello el aprendizaje regulativo es menos importante, ya que transmite maneras de ser, actuar, comportarse y vincularse con los demás. Mediante la comunicación pedagógica en la que los alumnos participan con docentes y compañeros en el contexto de la agencia educativa –la Facultad de Derecho–, ellos comienzan el aprendizaje sobre lo que es “ser abogado” y sobre como relacionarse con colegas o clientes. Es el discurso regulativo el que fija cuál es el comportamiento que es tenido por apropiado en los distintos contextos relacionales. Si bien este aprendizaje será completado durante el ejercicio de la profesión, los alumnos paulatinamente van incorporando reglas que definen la identidad y la conciencia jurídicas, en el largo proceso de iniciación y metamorfosis, que se desarrolla y construye sobre (y a partir de) su propia identidad personal.

La importancia de los componentes regulativos del discurso pedagógico está dada porque éste es dominante con relación al discurso instruccional, por que sin orden no hay instrucción. Su importancia radica en que regula la selección de los contenidos instruccionales, la secuencia, el ritmo y los criterios de su transmisión. En suma, el discurso regulativo provee las reglas internas del discurso instruccional estableciendo lo que se elige para ser transmitido y el modo de su transmisión.

En otro trabajo (Lista 2006), analizamos el discurso instruccional y detectamos algunos elementos que nos permiten advertir la presencia del discurso regulativo actuando en él, mientras que en el presente avanzamos sobre la descripción de algunos de esos elementos.

1.1. El escenario de la comunicación pedagógica: el aula y la clase magistral

Dado que el discurso regulativo no tiene el mismo grado de formalización y visibilidad que el instruccional, sus reglas deben ser inferidas de comportamientos e interacciones, en particular de los que se

producen entre docentes y estudiantes. La comunicación que se establece en el aula; los contenidos que se eligen para transmitir; el modo, ritmo y secuencia de su transmisión, el desarrollo de habilidades; la disposición de los espacios; la distribución de los asientos; el estilo que los docentes adoptan, sus poses y su modo de presentación; la actitud de los alumnos y su grado de participación; el lenguaje que utilizan; la jerarquía establecida en la comunicación; los elementos rituales y ceremoniales; etc. constituyen, en su conjunto, indicadores de este discurso moral. A través de ellos se transmiten mensajes silenciosos, que con frecuencia son tomados por dados y escapan a la observación y crítica de los participantes.

La clase magistral constituye el formato tradicional y más frecuente de la comunicación pedagógica de las carreras de abogacía. En ella el docente es dueño de “la voz” y controla el discurso. En la observación de clases encontramos en los docentes una postura jerárquica en el ejercicio de la autoridad dentro del aula y el empleo de un discurso exegético y monologado, donde las referencias a textos legales ocupan un espacio central y muy amplio. Con mucha frecuencia los estudiantes son críticos de esta forma de relación pedagógica. La siguiente frase ilustra al respecto, aunque lo expresado por el estudiante está dirigido a los principales rasgos del discurso pedagógico en su conjunto, tanto instruccionales como regulativos.

“Lo cotidiano fueron clases magistrales, con el profesor como centro, doscientos alumnos por clase (que muchas veces fueron aburridas), falta de incentivo para los estudiantes, cultura del facilismo. Ello se fue acentuando con el correr de la carrera y he ido entrando en este ritmo por diferentes motivos. Tampoco me gusta el carácter esquemático de las clases, la excesiva focalización en el Derecho Positivo, la falta de práctica. La mayoría de los alumnos no conoce la realidad jurídica que le va a tocar vivir. El espíritu crítico tampoco se busca desarrollar mucho y el debate e interés político es nulo en una facultad que tradicionalmente aporta dirigentes.” (estudiante, AA³ 22)

Los ejes comunicacionales son predominantemente verticales (docente-alumno), centrados en el docente. Los contactos horizontales (alumno-alumno) son menos frecuentes o inexistentes dentro del aula,

³ En adelante las letras AA hacen referencia a las autobiografías académicas de los alumnos como fuentes de datos. Ver anexo metodológico en Lista (2006)

lo que, a nivel individual genera actitudes de indiferencia y aislamiento, el fortalecimiento del individualismo y el debilitamiento de la colaboración. Con ello el sentido de pertenencia institucional se debilita.

“Existe una competencia tal que no hay diálogo fluido entre estudiantes [...] No hay relación alumno-profesor, el trato es de una relación vertical, no de futuro colega, me pare que las clases no son didácticas.” (estudiante, AA 11)

“[...] las cosas que veo en la Universidad es eso de que somos tantos que hay muchísima competencia entre los mismos estudiantes [...] hay muchísimo individualismo.” (estudiante, grupo focal)

Un estudiante realiza una evaluación general, resaltando aspectos que hacen a la formación valorativa y alude al individualismo resultante. Su perspectiva es poco frecuente en las respuestas obtenidas: contiene apreciaciones autocríticas y preocupación por el prestigio de la universidad.

*“Esta facultad tiene muchas cosas buenas y un nivel que actualmente está decayendo tristemente. Si bien creo que tiene que ver con fallas institucionales, un centro de estudiantes muy corrupto y un perfil tan vacío de formación en valores que los abogados no podemos dejar de tener. Si bien no vamos a ser más buenos porque nos den Ética como materia, pero como estudiantes nos volvemos muy individualistas en esta facultad, muy fríos y positivos [se refiere al positivismo jurídico]. [...] Pero también se relaciona con nosotros, buscando el facilismo, estudiar menos, que no se venzan las regularidades, **aprobar** materias y no **aprender**⁴ las materias. Caemos en la hipocresía, porque es mentirnos a nosotros mismos, vamos a ser profesionales mediocres y desprestigiamos el título y la Universidad.”* (estudiante, AA 20)

Las técnicas de enseñanza son predominantemente orales y argumentativas y el aprendizaje individual. El trabajo grupal, dentro y fuera del aula, es escaso o inexistente. Los alumnos se desempeñan fundamentalmente como una audiencia pasiva, cuya participación suele ser muy acotada y en la mayoría de los casos administrada y controlada por el docente. Uno de los recursos habituales en los docentes consiste en manejar el acceso de los alumnos al discurso y fijar un ritmo veloz a

⁴ El énfasis es del alumno.

clases, (Lista y Brigido, 2002), con lo cual no sólo regula y establece qué se dice sino, además, quién, cuánto y cómo se dice.

“No se incentiva para nada la participación, la educación radica en repetir casi como autómatas un código, y ése es el mejor alumno, pero también hago autocrítica, porque para nosotros es mucho más fácil y cómodo. Las clases magistrales me parecen tediosas, pero para el 90% de los alumnos es lo mejor, porque se respeta el programa.” (estudiante, AA 16)

La distancia, impersonalidad y jerarquía de la comunicación pedagógica de abogacía alcanza distinto grado de intensidad según los rasgos propios de cada docente y el número de estudiantes en las clases. La masividad magnifica la desvinculación y dificulta las relaciones horizontales entre los estudiantes, al disminuir las posibilidades de encuentro e intercambio comunicativo.

La adopción de una estrategia de enseñanza dogmática se articula con la ritualidad de la comunicación pedagógica. El ritualismo, a su vez objetiva el formalismo en las relaciones y la comunicación. El dogmatismo en la enseñanza jurídica fortalece el control que el docente ejerce sobre el discurso y llevado a sus extremos, fija arbitrariamente los límites del conocimiento correcto (e incorrecto) y cancela la posibilidad de reflexión.

“No cuestionar nada, lo que es así es así, si el hecho cae bajo la órbita de la norma, ya está. Hay normas, hay seguridad jurídica, hay constitución y listo, acá tenés a un abogado.” (estudiante, AA 16)

Si bien toda relación educativa se estructura en base a una asimetría de poder, la enseñanza dogmática es manifiestamente jerárquica, lo cual como contrapartida, genera ciertas actitudes en quienes receptan el mensaje. El alumno de abogacía puede (y suele) verse desmotivado para elegir y compelido a no hacerlo, lo cual favorece el hábito de recepción acrítica y la apatía. Una estrategia habitual ante el mensaje autoritario y dogmático de muchos profesores, suele consistir en la adopción de un silencio aquiescente que simula aceptación del discurso, para evitar opiniones desfavorables que podrían poner en riesgo el principal objetivo de la mayoría de los estudiantes: la aprobación de la materia.

“Vamos desarrollando una idea de adaptarse siempre al profesor [...]. Si el alumno ve que el docente es muy dogmático y tiene opiniones muy marcadas, no participa y no da opiniones personales[...]. Noto que somos una masa tratando de satisfacer las

exigencias del profesor porque queremos avanzar en la carrera [...] Lo que uno busca es aprobar la materia." (estudiante, grupo focal)

Un docente acuerda con la expresión del alumno:

"[...] generalmente el estudiante de Derecho es dócil, no problematiza, cuando vos le problematizás, se desestructura. Está acostumbrado a que lo maltraten, no protesta si se encuentra con profesores autoritario." (docente, entrevista)

Este tipo de relaciones se observan en la dinámica de las clases y si nos atenemos a las opiniones de los alumnos, es especialmente manifiesta en las evaluaciones, pues la desaprobación de los exámenes puede y suele ser resultado del no ajuste por parte del estudiante a las opiniones del docente.

Este estilo pedagógico además de reforzar la centralidad de las normas, manifiesta claramente que el conocimiento jurídico no se construye durante el proceso de enseñanza aprendizaje; es algo objetivo y dado que simplemente se trasmite. Los alumnos han incorporado tal supuesto, con lo que aceptan *a priori* el dominio del discurso por el docente, y se posicionan como audiencia. Por tanto, tienden a sancionar negativamente la participación de sus compañeros en la comunicación, los alumnos que no cumplen con esta regla son sometidos a un fuerte control social manifestado en gestos y palabras de desaprobación.

1.2. Los rituales de la evaluación

Los actos y procesos de evaluación de la carrera de abogacía constituyen un aspecto difícil de investigar, pues si bien en el caso analizado los exámenes finales son públicos y abiertos, la participación o presencia de otras personas suele perturbar el vínculo entre docentes y alumnos. Es por ello, que en este tema nuestras fuentes de datos son las opiniones espontáneas o inducidas de los alumnos⁵.

En la carrera de abogacía de la UNC, los exámenes parciales son escritos y los finales orales en casi su totalidad. Los alumnos "libres"⁶ pueden rendir el examen final en tal condición, por lo que la situación

⁵ Obtenidas a través de entrevistas, autobiografías académicas y grupos focales.

⁶ El régimen de enseñanza contempla la posibilidad del alumno "libre", condición que tiene quien no aprueba el número requerido de parciales, o no asiste a las clases de la materia o lo hace esporádicamente y/o no rinde parciales. Si bien la carrera tiene una fuerte tradición de alumnos "regulares", la presencia de alumnos libres es frecuente y creció a partir de la masividad estudiantil.

de examen suele ser y de hecho lo es en muchos casos, la única y más importante relación socializadora.

Uno de los aspectos más relevantes que define el tipo de relación pedagógica es el criterio, ya que está en íntima relación con los juicios de evaluación. Bernstein (1993, p. 75) sostiene que “*el criterio permite que el adquirente (alumno) comprenda cuál es aquella comunicación social que cuenta como legítima e ilegítima*”. Las reglas de criterio expresan las expectativas que los docentes tienen con respecto al carácter y los modales de los estudiantes, el habla y escritura aceptables, los conocimientos y habilidades requeridos, la manera de expresarlos, etcétera.

Criterios claros y explícitos dan previsibilidad y hacen posible una mejor adaptación al proceso de comunicación; criterios ambiguos, inestables y contradictorios la dificultan, entorpecen o impiden.

Los datos nos muestran que la evaluación es una de las preocupaciones centrales de los alumnos, tanto por el valor que le dan, como por la crítica que le hacen y la inseguridad y emociones que les produce.

De hecho, la evaluación constituye la instancia final de actualización del discurso pedagógico de la carrera. En tal sentido constituye el cierre de un proceso, en el que se manifiesta de manera más contundente el discurso pedagógico dominante y en particular sus componentes regulativos. Es cuando con mayor fuerza y contundencia se manifiesta la jerarquía, la actitud dogmática, así como criterios arbitrarios que evidencian un alto grado de discrecionalidad por parte de los docentes. Estas conclusiones surgen de los reclamos de los estudiantes, los que hacen referencia a la falta de eficiencia del sistema, de criterios comunes en docentes y cátedras y la debilidad o ausencia de criterios de calidad en algunos docentes; esto les impediría conocer el aprendizaje que el alumno ha realizado por lo que además es percibido como injusto por parte de aquellos que asumen el estudio con más responsabilidad.

“El sistema de evaluación merece sus reparos, de ningún modo refleja el aprendizaje real. Unificar criterio, puesto que un 6 puede ser un 8 para otros profesores, eso sin contar el alea propia de los exámenes finales, donde el humor y el día del profesor suelen ser decisivos.” (estudiante, AA 4)

El tema central y sobre el que con más frecuencia y espontaneidad se manifiestan los alumnos es la arbitrariedad que los docentes manifiestan al momento de la evaluación. La arbitrariedad no resulta sólo de la disparidad de criterios ya apuntada, sino de situaciones y rasgos per-

sonales de los docentes, que influyen en sus decisiones evaluativas, y no tienen pertinencia académica (sus horarios y compromisos laborales no académicos, su “humor del día”, los horarios del examen, etc.)

“El tema de la arbitrariedad me parece preocupante, tanto en los aplazos como para aprobar. Hay profesores muy fáciles y otros que piensan que ser buenos profesores y exigir significa aplazar mucho. Está muy distorsionado y en la práctica, cuando voy a rendir, se que a veces mi suerte depende no sólo de si estudié, sino del humor del docente. Todos los docentes lo saben y se terminan justificando y cubriendo entre sí.” (estudiante, AA 20)

“Si te toca un día que tienen audiencia en los tribunales o tienen que dejar parte de sus obligaciones para tomar examen, les molesta mucho.” (estudiante, grupo focal)

La diferencia de criterios y la arbitrariedad con que son tratados los estudiantes genera un alto grado de imprevisibilidad, lo cual desconcierta, produce temor, inseguridad, angustia e incertidumbre. Esto lleva a desarrollar estrategias adaptativas, como la sumisión y obediencia (más aparentes que reales), adoptar actitudes manipulativas, de antagonismo y rivalidad con el profesor, estas últimas casi nunca manifiestas. Estas circunstancias también son evocadas por los egresados.

“[...] cuando uno va a rendir, más allá de que si uno tiene dos o tres herramientas... lo imprevisible... ir a rendir examen el azar tiene mucho que ver, sin entrar a contar lo que le corresponde al alumno, no?, en el sentido de que vos podés estudiar muy bien y eso no te asegura nada, pero nada he!” (abogado, entrevista 12)

“[...] yo había analizado un tema, yo tenía una visión clásica del concepto, y el profesor una visión más moderna de lo que era el concepto. Pero qué pasa? En ese momento, la superioridad del poder y la superioridad sustantiva, porque yo nunca me puedo comparar al profesor, en ese tema en especial honestamente lo había estudiado bastante bien, pero bueno, tuve que pelear, sostener y terminar diciendo ‘usted tiene la razón’. Y bueno...” (abogado, entrevista 17)

A pesar de la negatividad con que los alumnos valoran las evaluaciones parciales y sobre todo las finales, es frecuente que rescaten de ellas un aspecto positivo. Consideran a las confrontaciones evaluativas entre el docente y los alumnos como instancias de desarrollo de

aptitudes que luego les serán útiles para el ejercicio profesional: confrontar con argumentos, sobrevivir situaciones de competencia y rivalidad. Los abogados que ejercen la profesión reemplazan la situación del examen, por el aprendizaje en “la calle”, donde también desarrollar competencias profesionales.

“Los exámenes finales orales creo que nos enseñan a defendernos para afrontar el día de mañana el hecho de tener que sostener posturas ante colegas y funcionarios del poder judicial. Pero también tiene su parte negativa, que muchas veces en este tipo de exámenes hay mucha arbitrariedad por parte de algunos docentes.” (estudiante, AA 15)

La eficacia pedagógica de las situaciones adversas no se reducen a los exámenes, sino que se extiende a los aspectos organizacionales de la institución.

“El sistema [de la facultad] al ser tan desorganizado ayuda a que uno se valga por si mismo.” (estudiante, AA 19)

Los docentes de abogacía hacen una utilización ambigua de las reglas de criterio, muestran gran dispersión y discrecionalidad sobre las reglas de lo que entienden por comunicación legítima e ilegítima, y/o no las hacen explícitas, o al menos de manera estable y/o las ocultan y/o se muestran contradictorios. Todas estas estrategias comunicacionales, conscientes o no, pretendidas o espontáneas, generan inseguridad e imprevisibilidad y muestran la fuerte asimetría de la relación pedagógica, su verticalismo, el dogmatismo, la concentración de poder en el docente y la tendencia al ejercicio autoritario de su rol.

El alumno y el docente saben que la clase se puede evitar, bien sea porque la asistencia puede no ser obligatoria o porque existe la categoría de alumno “libre”. También conocen que en las clases el alumno puede no participar activamente, o permanecer anónimo, especialmente amparado en la masividad de algunas clases. Los exámenes, en cambio son obligatorios y en los finales, cuando son orales, la relación se torna directa, a veces por primera y única vez, cuando además se pone en juego un objetivo muy preciado, aprobar la materia. En ellos es cuando el estudiante adquiere visibilidad momentánea y no puede permanecer inactivo; debe mostrarse y mostrar, tanto lo que sabe y sabe hacer, como lo que es y necesariamente como se relaciona. El examen es un momento decisivo. El problema que los estudiantes deben en-

frentar (y solucionar) es que suelen no saber qué se espera de ellos, o comprobar que lo que se espera es variable, incierto, ambiguo y contingente. Si bien los alumnos saben que una regla impuesta como legítima es adaptarse al “habla” de los profesores, no siempre pueden estar seguros a qué adaptarse en cada caso concreto, ni aun cuando poseen la información e instrucciones que los mismos docentes le brindaron en el aula, ya que éstas no son duraderas en el tiempo, ni en otros contextos.

Es innegable la importancia socializadora que tienen los actos y procesos de evaluación, en los que los alumnos confirman, amplifican y dramatizan las reglas y prácticas regulativas que aprenden en las clases. A través de estos múltiples procesos de interacción, si el aprendizaje es eficaz, el estudiante incorpora y consolida creencias, valores y actitudes, que de manera continua irá incorporando y articulando en la conformación de una conciencia e identidad profesional especializada.

2. Algunas consecuencias de una enseñanza silenciosa

Resulta importante recordar que el discurso pedagógico se manifiesta de distintas maneras. Por un lado, la transmisión de contenidos y el desarrollo de habilidades pueden ser manifiestos o latentes, en el primer caso explícitos, en el segundo generados incidentalmente al ser vehiculizados por los comportamientos de los docentes de modo más implícito y espontáneo que conciente. El discurso regulativo es un gran vehículo de este segundo tipo de formación y sus resultados a nivel del sujeto son susceptibles de ser detectados por inferencia. Por otro lado, los componentes del discurso pedagógico pueden ser distinguidos por su grado de presencia/ausencia, es decir entre “lo dicho” y “lo callado”. Los silencios tienen eficacia formativa, cuando son consistentes y permanentes. La alta presencia de un discurso jurídico instrumental, explícito y positivamente valorado y la ausencia, debilidad, escasa legitimidad y/o silenciamiento de un discurso jurídico orientado por valores, son ejemplos de ambos tipos de enseñanza.

Uno de los postulados jurídicamente admisibles en el discurso dominante de corte formalista consiste en suspender el juicio de valor frente al derecho. Entre las principales ausencias resultantes encontramos que no se reflexiona sobre: a) que el derecho es portador de valores, b) cuáles son los valores que el derecho contiene; c) el origen social, económico y cultural de dichos valores y d) las consecuencias de la incorporación de valores en las normas y de su aplicación por los operadores de la justicia y los abogados.

En lo que hace al discurso regulativo, resulta entonces pertinente preguntarnos si es valorativamente neutro o si por el contrario transmite contenidos valorativos y contribuye a desarrollar actitudes con tales contenidos. Es decir, cuando los docentes separan moral y derecho y suspenden la reflexión crítica, pero actúan de modo jerárquico, formal, distante y aún autoritario y arbitrario ¿son pedagógicamente inocuos o favorecen el desarrollo de ciertas orientaciones actitudinales y valorativas?

Cuando las condiciones y la cultura institucionales favorecen la impersonalidad, el individualismo, el no compromiso y la competencia ¿son, inocuas o contribuyen a consolidar ciertas orientaciones de valor?

De acuerdo a los datos disponibles podemos dar algunos pasos en la exploración de estas cuestiones.

La suspensión de juicios de valor frente a los contenidos del derecho y su aplicación, en primer lugar, implica la aceptación implícita y acrítica de los valores que consagra. En segundo lugar, la continuidad, consistencia y perdurabilidad de las prácticas en las que las relaciones son marcadamente asimétricas e impersonales y los alumnos son expuestos a actitudes autorreferenciadas como dogmáticas, autoritarias y arbitrarias por parte de sus docentes, al individualismo y la competencia entre compañeros tiende (aunque no necesariamente) a reproducir actitudes, comportamientos y relaciones similares.

Tal como afirma Kennedy (2001) la jerarquía y la adopción de posiciones de poder también se aprenden y las carreras de abogacía parecen ser eficaces en ello. Podríamos afirmar que lo mismo ocurre con las posturas rituales y formalistas y con las actitudes instrumentales, individualistas y competitivas, más aún cuando el campo profesional presiona en igual sentido. Si bien no podríamos sostener con validez empírica que quien ha sido entrenado en el marco de relaciones arbitrarias va a reproducirlas, hay que advertir sobre las contradicciones que deberá enfrentar cuando tal entrenamiento tiene por contenido al derecho y por referente a la justicia. ¿Qué ocurre con los valores propios y la idea personal de justicia cuando ésta es la situación?

a) En un principio . . .

Cuando los estudiantes y egresados reflexionan sobre los fundamentos de su decisión de estudiar abogacía, las respuestas son variadas. Con matices, se detectan algunas tendencias. Las razones frecuentes son diversas: la orientación general hacia las ciencias sociales y las humanidades, la influencia familiar expresada por padres o algún pariente abogado, una vocación temprana que se mantuvo en el tiempo.

Son frecuentes las motivaciones de tipo instrumental: la búsqueda de prestigio, poder y las oportunidades de salida laboral⁷. No son infrecuentes el desconcierto, la duda, el azar, ni otras preferencias, que por algún motivo no se satisficieron y finalmente la elección por descarte. Una creencia que influye con frecuencia en la decisión de elegir la carrera de abogacía es la “amplitud” del conocimiento que imparte. No son infrecuentes los casos de alumnos que mencionan lo que definiremos como la “orientación de servicio”, esto es la aspiración de satisfacer necesidades de “otros”, incluso (en pocos casos) lograr mayor justicia.

“Desde muy chica ‘decidí’ estudiar abogacía, un poco por la creencia de poder ayudar a alguien, un poco por el ideal de hacer justicia, un poco por mi carácter [...] De todas formas, mi decisión siguió firme con los años, y siempre mis expectativas e inclinaciones fueron por las ciencias sociales, y sentí gran interés desde temprano por la política, la filosofía, la sicología, etc. Creo que finalmente me decidí (ahora sí) por esta carrera porque pensé que era profesión de cierto alcance, que le permite a uno poder estar presente en distintos niveles y porque ejerce un cierto tipo de influencia y un campo no tan limitado, relacionado con otras disciplinas científicas. Todo esto siempre con la idea de poder prestar un servicio al otro, de ayudar, o de poder hacer algo por quienes lo necesitan.” (estudiante, AA 4)

“Al momento de elegir la carrera de Derecho lo hice porque me sentía apasionada por todo lo que fuera impartir justicia y específicamente porque me gustaba mucho lo que hoy es la parte penal de nuestra amplísima carrera. [...] Obviamente hoy que ya estoy en quinto año no tengo el mismo pensamiento, creencias e ilusiones que a los 17 años, primero porque soy más grande y puedo ver las cosas de otro modo, más objetivamente, es decir asentando los pies más en la realidad [...] y además en la práctica las cosas son diferentes, todo es escrito, es más se tiene poco contacto con las partes [...]” (estudiante, AA 19)

Por lo general la motivación para la elección de la carrera de los alumnos que participaron en nuestro estudio estuvo relacionada con la satisfacción de expectativas de tipo valorativo, combinadas con otras, pero en el cierre de la decisión, al sopesar los motivos más determinantes, la primacía la tienen los razonamientos orientados por fines⁸.

⁷ Muy raramente se menciona el logro económico, quizá porque no es considerado “socialmente aceptable”, mientras que el eufemismo “salida laboral” sí lo es.

⁸ También había casos de elecciones puramente racionales, pero en el universo de nuestros datos eran significativamente pocos.

b) Más adelante . . .

El interrogante es en qué medida la carrera de abogacía y el ejercicio de la profesión hicieron posible el logro de las orientaciones de valor cuando las hubieron. Los estudiantes que las tuvieron y continuaron con la carrera muestran cierto grado de descontento o desilusión, aunque parecen haberse amoldado, relegando o renunciando a la motivación inicial⁹. No conocemos la biografía de aquellos que la abandonaron, quizás, entre otras cosas por no ver satisfechas sus expectativas iniciales. Aunque su reacción no es representativa de la mayoría, una alumna expresa su frustración de manera dramática.

[Afirma que primero empezó medicina, pero finalmente se inclinó por abogacía] *“porque me parecía interesante, y consideraba que una carrera teórica que tenía que ver con lo humano era lo que yo estaba buscando. Cuando ingresé a la carrera me motivaban valores que poco a poco se fueron diluyendo. Creía en una justicia ‘realmente justa’ y ahora que estoy a punto de recibirme sigo inspirándome en ella pero como algo personal, no profesional. Con el transcurso del tiempo casi puedo decir que me daba vergüenza hablar de la justicia en la facultad de derecho, porque lamentablemente no es un valor que se inculque como una meta a la cual debe aspirar un buen abogado. El ‘abogado ejemplo’ es aquel que más casos gana y no el que logra una solución justa.”* (estudiante, AA 19)

Cuando los alumnos refieren a sus expectativas respecto al futuro o al qué hacer después de concluir su carrera, aparecen proyectos de profundizar su formación y de ejercicio de la profesión, ya sea en el ámbito de la administración de justicia, o el ejercicio “liberal” de la profesión, o la idea del “abogado litigante”, pero en la mayoría no aparecen intereses vinculados con la satisfacción de las expectativas referidas a valores que estuvieron presentes al momento de la elección de la carrera.

Los alumnos que manifiestan conservar expectativas relacionadas a valores piensan para el futuro en un ejercicio profesional alternativo o complementario al del “abogado litigante”, incluso al trabajo en la administración de justicia. Es interesante reparar en que quienes tienen expectativas relacionadas con valores, al describir las debilidades de la formación no ponen tanto énfasis en la falta de práctica, como lo

⁹ Es importante recordar que los estudiantes entrevistados sobre estos temas, están muy avanzados en su carrera.

hace la amplia mayoría (Lista, 2006), sino que ven como debilidad importante la ausencia de reflexión, el desarrollo de espíritu crítico y de una formación más integral o “moral”.

“Me fascina la política [interrogado respecto a lo que piensa hacer cuando se reciba], el poder cambiar la historia, el poder hacer que la justicia llegue a todos, el hacer que la realidad de muchos cambie para bien [...] me gusta la política, me gusta el contacto con la gente, por eso la carrera judicial tampoco me gustaría.” [frente a la pregunta sobre las debilidades de la carrera] *Los profesores no incentivan a los alumnos a la investigación, a querer cambiar lo malo a perfeccionarse“ [...] Creo que en esta facultad se han perdido los IDEALES y estos son las guías que deseamos tener en toda la carrera para concretar algo más que un ‘mero título’.*” (estudiante, AA 35)

“[Interrogado respecto a lo que piensa hacer cuando se reciba] Voy a ejercer la profesión y la docencia [...] sobre todo me interesa ayudar a la gente. [al momento de identificar aspectos negativos de la carrera] el que esta facultad no sea un templo de justicia y honestidad” (estudiante, AA 38)

c) Después . . .

Resulta importante indagar, aunque brevemente, que sucede a algunos egresados que ejercen la profesión. Ellos acuerdan en que la imagen social del abogado es negativa, aunque esta imagen está más generalizada que los casos reales de malos abogados. Adhieren a la necesidad de contar con profesionales con valores y compromiso social pero descreen de que esto se pueda lograr con la formación universitaria. Opinan que la formación moral se adquiere ‘afuera’ y ‘antes’ de ingresar a la carrera, depende de la socialización primaria y eventualmente del ejemplo de algún colega con más experiencia.

“La profesión te dá la técnica, no te hace mejor persona”. (abogada con menos de 10 años de ejercicio profesional, grupo focal).

Afirman que la exigencia de comportamientos éticos en los abogados no tienen que ser mayor que la que se realiza a otros profesionales. La posibilidad de actuar antiéticamente se relaciona fundamentalmente con el poder que significa el conocimiento especializado. En este aspecto destacan la siempre presente posibilidad que da la profesión de actuar en contra de la ética y cómo las decisiones que a ese respecto se tomen dependen de cada uno, más que de lo que se recibe en la

universidad, donde, tanto alumnos como egresados reconocen que la formación al respecto está ausente.

“Yo creo que tenemos las armas para ser nada éticos con los clientes porque manejamos las leyes, creo que en eso la sociedad no nos valora, porque si somos honestos es porque somos honestos, porque tenemos las armas [para no serlo]” (abogada con más de 10 años de ejercicio profesional, grupo focal)

La abogacía como profesión sería una actividad de permanente “riesgo moral”, ya que el entorno y las prácticas profesionales se caracterizan por la ambigüedad. Las oportunidades y condiciones hacia la “desviación” ética y moral serían más frecuentes que en otras profesiones, lo cual exige mayor autocontrol y convicciones.

En las conversaciones sobre estos temas surge que la valoración de los comportamientos profesionales en base a criterios éticos o “morales”, no son motivo de reflexión frecuente¹⁰. En la totalidad de los casos, cuando ejemplifican sobre faltas de ética profesional, éstas se refieren a la relación de los abogados entre si y de los abogados con sus clientes. Nuestros entrevistados¹¹ no le dan contenido sustancial a la ética profesional, ni la definen por valores generales y abstractos, más allá de “robar clientes”, “considerarse socio del cliente”, “transacciones entre abogados”, “robar o hacer desaparecer expedientes”.

[...] a lo mejor no sería tan ético aprovecharse del error de un colega, un error formal ... que a lo mejor son las cosas que se hacen o aprovecharse que se yo... voy ya por que se le venció el plazo le meto un escrito diciendo que se le da por decaído el derecho.” (abogado con menos de 5 años de ejercicio profesional, grupo focal)

Quienes participaron de nuestras entrevistas definen a la abogacía como una actividad parcial; “tienen que tomar partido por los intereses de sus clientes”. Los criterios para fijar lo “bueno” y lo “malo”, “correcto” e “incorrecto”, no refieren a concepciones valorativas abs-

¹⁰ Los abogados entrevistados no se sienten cómodos hablando de estos temas, son difíciles de tratar por los investigadores, las preguntas sobre valores y en particular sobre la justicia/injusticia de los comportamientos profesionales no parecen pertinentes, se sienten perplejos, hay que inducir la conversación y las respuestas no surgen con facilidad.

¹¹ Sin diferencia entre los que tienen más años de ejercicio y los que tienen menos.

tractas, sino a intereses propios como abogados, en los que las necesidades, intereses y satisfacción del cliente juega un papel fundamental. La orientación y actitudes son marcadamente prácticas e instrumentales. Una abogada entrevistada lo sintetiza así:

“Cuando vos levantás un teléfono no pensás ¿es justo o no es justo?. Vos decís ¿el cliente va a quedar conforme o no va a quedar conforme?, ¿a mí me conviene o no me conviene? . . . ¿Estamos dentro de los parámetros de lo ético?, listo, bueno cerramos” (abogada con menos de 5 años de ejercicio profesional, grupo focal)

d) ¿Qué es la justicia? ¿quiénes se encargan de ella?

Respecto a la justicia como valor, hay un progresivo cambio de contenido desde las expectativas iniciales, al ingresar a la carrera y el ejercicio profesional. La justicia como valor está presente en muchos de quienes eligen la carrera, pero durante el cursado, la idea respecto de la justicia y su relación con el derecho se relativiza, el contenido que se le da a este valor no es uniforme y en general hay poca reflexión sobre él. Esto lo pudimos observar en las clases y fue confirmado por las otras fuentes de datos.

“Yo creo que hay una evolución, cuando uno entra en la carrera alguna idea de justicia tiene, más idealista, la formación jurídica te la modela de otra manera.” (abogado con menos de 5 años de ejercicio profesional, grupo focal)

“La práctica a todos nos ha bajado en el tema de la justicia, al salir de la facultad sos medio idealista pero cuando te encontrás con la realidad de los arreglos, decís “la justicia dónde está” (abogado con menos de 5 años de ejercicio profesional, grupo focal).

Hay una fuerte presencia de un concepto formal de justicia, tanto en los estudiantes como en los egresados, en los últimos surge cuando se lo relaciona con la formación que recibieron en la facultad.

“[...] lo que me llevó a elegir esta carrera se puede resumir en una sola frase: ‘sed de justicia’ y si me preguntan qué es digo: buscar que se respeten las instituciones, las leyes y las constituciones principalmente, tanto la nacional como la provincial [...] que no sean letra muerta. Que la ley sea realmente igual para todos.” (estudiante, AA 38)

“[interrogada sobre si el tema de la justicia estaba presente en las clases] a mí me quedó sí en penal, que dijeran que la función del

abogado era sacar al asesino [...] bueno no en realidad lo justo es que si ese señor cometió un delito que le den una pena, pero que sea lo que le corresponde ni más, ni menos” (abogada con menos de 5 años de ejercicio profesional, grupo focal).

Este concepto formal a medida que se avanza en la carrera y en el ejercicio de la profesión se va separando de la noción de justicia y se torna cada vez más instrumental. Por otro lado cuando los entrevistados le dan un contenido más sustancial a la idea de justicia la separan del derecho y del ejercicio de la profesión, reflejando la misma instrumentalidad que el concepto formal de justicia.

“Por eso a veces uno se plantea que el derecho es una cosa y la justicia es otra. Las normas pueden decir una cosa y la justicia puede decir otra cosa.” (estudiante, grupo focal)

La separación de la justicia como valor y el derecho se refuerza cuando el derecho, como herramienta en manos del abogado, no sólo se separa de la justicia, sino que se identifica solamente con intereses particulares sin atender demasiado a otro tipo de valores.

“Los abogados tenemos que luchar por la justicia. Pero la justicia es en realidad nuestro cliente. Los abogados tenemos que luchar para ser justo con los clientes, [...] El cliente cuando busca el abogado no va a buscar un auxiliar de la justicia [...] busca directamente su beneficio individual, no le importa qué hacés, ni cómo lo hacemos”. (abogado con menos de 5 años de ejercicio profesional, grupo focal)

Resulta pertinente interrogarse sobre dónde es ubicada la justicia, quién o quiénes se encargan de ella. Según los abogados, este no parece ser asunto de ellos; como profesionales pueden ser éticos o no según respeten/perjudiquen los intereses de sus colegas y clientes. La justicia/injusticia de los resultados de sus actos no es considerada por nuestros entrevistados.

Confrontados expresamente con esta ausencia de preocupación por la justicia, remiten esta problemática a lo que hace el juez. La parcialidad del abogado es contrastada con la imparcialidad que se supone debe tener el juez. Es éste a quien corresponde la responsabilidad de dirimir entre intereses contrapuestos. Llegado a este punto el interrogante es ¿cuáles son los criterios sobre los que el juez “debe” administrar justicia? La espec-

tativa dominante es que lo haga “de acuerdo a derecho”, con lo cual nuevamente el círculo se cierra con el recurso argumental a favor de la justicia formal y objetiva, lo que supone no sólo que las decisiones judiciales se ajusten a las prescripciones del llamado derecho de fondo, sino y sobre todo a las prescripciones del derecho procesal. Con ello la adecuación de una decisión a la justicia definida como valor sustantivo (cualquiera sea éste), de alguna manera queda relegada y hasta puede ser objetada por antijurídica, por incumplimiento de la ley y sus formas.

Cuando el aspecto técnico e instrumental se identifica con el ejercicio de la profesión, el valor justicia deja de estar presente en las consideraciones de la actividad profesional. El valor justicia como imperativo para los abogados se pierde y las consideraciones de tipo valorativo se reducen a la aplicación de la ley, la garantía del debido proceso y el comportamiento ético; la actualización de la justicia sustancial, cuando aparece en las consideraciones la trasladan a los jueces.

“Una no hace justicia, justicia hacen los magistrados [...] Una cosa es lo ético y otro lo justo. Lo justo no lo decide ni el abogado, ni la contraparte.” (abogada con menos de 5 años de ejercicio profesional, grupo focal).

“Los magistrados si quieren pueden responder al valor justicia, uno tiene la responsabilidad de ser ético. Uno debe pensar si es ético o no más que si es justo o no” (abogada con menos de 5 años de ejercicio profesional, grupo focal)

Adoptando esta perspectiva instrumental del ejercicio de la profesión que se agota en la aplicación de la ley vigente en procura de satisfacer intereses particulares, el lugar para la justicia se desdibuja totalmente. La posibilidad de encontrar una ley para aplicar en la resolución de un conflicto parece eximir de las consideraciones valorativas, al menos en lo que a la profesión de abogado se refiere.

“Con el tiempo, uno deja de pensar si es justo o injusto [...] yo creo que estaba más cerca del derecho natural, [la idea de justicia como valor] hoy estamos cerca de lo técnico y no hay vuelta, todo está legislado [...] no hay lagunas, hay muy poco para aplicar la equidad [...] muy poco porque hay mucha legislación entonces uno siempre encuentra una ley que se adecua a lo que uno quiere.” (abogada con más de 10 años de ejercicio profesional, grupo focal)

Como síntesis de la distancia entre la justicia como valor y el ejercicio de la profesión, transcribimos un dialogo que se dio en

el grupo focal de abogados con menos de diez años de ejercicio de la profesión.

Abogado 1: *Todos salimos de la facultad con un carga muy pesada que es buscar justicia, cuando sería más sencillo decir "Usted va a ser entrenado para ser operador jurídico, para solucionar conflictos. Nuestro oficio no tiene nada que ver con esta búsqueda de este ideal."*

Abogada 2: *Si uno quiere entrar al debate filosófico perfecto, pero no confundamos, para algo están los científicos del derecho.*

Conclusiones

Una respuesta definitiva y profunda al tema planteado en relación a los contenidos valorativos del discurso regulativo y su incorporación y presencia en la conciencia e identidad de los abogados, merece un desarrollo complejo, que excede los objetivos y la extensión del presente trabajo. Tal preocupación orienta el desarrollo de nuestras investigaciones futuras. Sin embargo, de acuerdo a los datos analizados y a las reflexiones que anteceden podemos concluir que:

A través del discurso regulativo descrito el alumno incorpora aspectos instruccionales (qué debe saber y saber hacer), comunicacionales e identitarios (cómo relacionarse y cómo ser). Entre los primeros, tal como hemos visto antes, aprende textos legales, cómo interpretarlos y a utilizarlos en sus argumentos. También aprende a valorar la centralidad del derecho, su autonomía y autosuficiencia y adquiere la visión de que el derecho es un orden que produce orden. Incorpora la creencia de que las normas poseen una existencia independiente que se impone sobre la caótica realidad social y política y sobre el mundo de los intereses individuales. El origen político y social del derecho es rápidamente ignorado y trascendido, con lo cual se independiza a la ley y sus contenidos de su raíz mundana y de sus oscuros orígenes. Ello permite al docente, al alumno y luego al profesional imaginar un sistema normativo ajeno a las prácticas sociales, la moral y los intereses sustantivos.

Esta ausencia de formación en temas relacionados con la ética y cuestiones valorativas, esta especial preocupación por la enseñanza técnico-instrumental, la despolitización y desinterés por lo social que ella significa, parecerían estar lejos de la pretendida neutralidad del discurso jurídico dominante y por el contrario desarrolla actitudes valorativas en algún sentido.

El discurso regulativo, contribuye a reforzar una racionalidad instrumental, orientada por fines, donde estos fines se identifican con los

intereses del cliente y el logro de resultados favorables para él. Parecería que el ejercicio de la profesión no compromete la actualización de otros valores, por lo que la ausencia durante la formación universitaria de estos aspectos, aunque reconocida, no es vista como problemática. Si en los hechos los abogados y jueces procuran el logro de valores (igualdad, equidad, solidaridad, justicia, etc.), tal como ocurre en muchos casos, ello parece depender de motivaciones personales, un poco (o muy) retirados de lo que es la corriente hegemónica dentro de la profesión, más orientada por una racionalidad que domina el campo profesional de los negocios y el interés privado, que por una racionalidad orientada a satisfacer necesidades sociales y el interés público. Ni el discurso pedagógico es funcional a este último, ni los intereses profesionales influyen para que aquél sea distinto de lo que es.



Bibliografía: BERNSTEIN, BASIL (1999). "Vertical and Horizontal Discourse: an essay", *British Journal of Sociology of Education*, Vol. 20, Nº 2; (1998). "Pedagogía, control simbólico e identidad". Madrid: Morata; (1997). "La estructura del discurso pedagógico". Madrid: Ediciones Morata; (1993 y 1997). "La estructura del discurso pedagógico". Madrid: Morata; (1990). "Poder, Educación y Conciencia. Sociología de la Transmisión cultural". Barcelona: El Roure Editorial; (1977). "Class, codes and control". Vol. 3, "Towards a theory of educational transmission" Londres: Routledge & Kegan Paul, 2º edición; (1971). "On the Classification and Framing of Educational Knowledge", en Michael F.D. Young (compilador) "Knowledge and Control: New Directions for the Sociology of Education". Londres: Collier-Macmillan Publishers, pp. 47-69; BRIGIDO, ANA MARÍA (2002). "La enseñanza del derecho: qué piensan los protagonistas". Ponencia presentada en el III Congreso de Sociología Jurídica. Buenos Aires; BRIGIDO, ANA MARÍA y ADRIANA TESSIO CONCA (2004) "Los abogados en el ejercicio de la profesión y su perspectiva sobre la formación profesional" Actas del V Congreso de Sociología Jurídica. Santa Rosa, La Pampa, Pp. 659-667; KENNEDY, DUNCAN (2001). "La educación legal como preparación para la jerarquía", en Christian Courtis (comp.) "Desde otra mirada. Textos de teoría crítica del derecho". Buenos Aires: Eudeba. Pp. 373-401; LISTA, CARLOS ALBERTO y ANA MARÍA BRIGIDO (2004). "La enseñanza jurídica; un análisis sociológico del discurso pedagógico", *Anuario VII* del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UNC; LISTA CARLOS ALBERTO y ANA MARÍA BRIGIDO (2002). "La formación de la conciencia jurídica y la enseñanza del derecho". Córdoba: Sima; LISTA CARLOS ALBERTO y SILVANA BEGALA (2003). "La presencia del mensaje educativo en la conciencia de los estudiantes: resultados de la socialización en un modelo jurídico dominante". *Academia*. Revista sobre enseñanza del derecho en Buenos Aires Nº 2. Buenos Aires; TESSIO CONCA ADRIANA (2003). "Código y Reglas en el proceso de formación profesional. Experiencias académicas de los estudiantes de abogacía en la UNC". Ponencia presentada en el IV Congreso de Sociología Jurídica Tucumán; WEBER, MAX (1998). "Economía y Sociedad". México: Fondo de Cultura Económica, 2º edición en español, 12º reimpresión.

LOS DISCURSOS DE KIRCHNER EN EL 2002/2003: HACIA LA DECONSTRUCCION DEL IMAGINARIO NEOLIBERAL

**(PRESIDENT KIRCHNER'S SPEECHS DURING 2002/2003: TOWARDS
THE DECONSTRUCTION OF THE NEOLIBERAL IMAGINARY)**

*María Teresa Piñero **

RESUMEN: El discurso del Presidente Kirchner, formó parte, desde sus orígenes, de los discursos contrahegemónicos que comenzaron a surgir en Argentina con fuerza a partir de la crisis del 2001. En este trabajo, que forma parte de una investigación más amplia, se analiza la red significativa de los discursos emitidos entre el 2002 y el 2003, en tanto construyen sentidos de oposición al discurso neoliberal predominante en los años 90. Así los lexemas: “nacional” (que por su propia definición remite a la memoria del particularismo identitario), “integración” (en tanto aparece opuesto a globalización) y “mundo” (donde se trasparenta la visión más abarcativa de la relación entre el afuera (lo internacional) y el adentro (lo nacional) son algunos de los enclaves básicos sobre los que opera el discurso de Kirchner para galvanizar el discurso neoliberal argentino que funcionó como catalizador de las tensiones típicas del particularismo nacional y la globalización, produciendo durante un tiempo cierto consenso en Argentina.

PALABRAS CLAVES: Discurso neoliberal – Presidente Kirchner

El discurso hegemónico de la globalización: el neoliberalismo

El discurso político neoliberal en Argentina, lector y ejecutor de una ideología de la globalización, gestó un largo proceso de reconfiguración de sentidos sociales guiado por la idea rectora de “moderniza-

* Magister en Relaciones Internacionales. Abogada. Profesora por concurso de la Facultad de Derecho y Cs. SS. Secretaria Académica del Doctorado en Ciencia Política del Centro de Estudios Avanzados y de la Fac. de Derecho y Cs. Ss. de la UNC. Categoría 2 en el programa para Docentes-Investigadores del Ministerio de Educ. de la Nación.

ción vía internacionalización”¹ orientado a la sustitución de los sentidos positivos vinculados a lo nacional a través de su asociación a significados negativos para la memoria colectiva. Como ya hemos marcado, este concepto fue el nudo legitimador de un proyecto de desarrollo para la región, que supuestamente permitiría articular de manera positiva dos extremos. Así las particulares condiciones de la crisis estructural de sociedades nacionales de corte “tradicional” cuyos proyectos adolecían de supuestos vicios consustanciales a su misma constitución como naciones: matriz estadocéntrica, caudillismo, populismo, economías proteccionistas, frágiles democracias, culturas poco secularizadas, escasa apertura al mundo, recelo a la integración, entre otras cuestiones, podrían congeniar con el nuevo escenario internacional de los años 80-90, signado por el paradigma de la *globalización* que aparejaba una necesaria integración profundizada entre Estados. Esto implicó en la práctica para los Estados periféricos la superación de la idea de un capitalismo nacional y de cualquier proyecto nacional, ya que por su nulo protagonismo decisorio en la formación del orden internacional, se vieron (y se ven) arrasados por la lógica de dominio de los países centrales formadores de precios, orientadores de políticas internacionales y dueños de los organismos internacionales.

El discurso político neoliberal adquirió un cierto carácter hegemónico, tanto en la elite política ya que los partidos políticos mayoritarios adoptaron casi sin diferencias un mismo discurso; y en la sociedad, expectante respecto a la nueva agenda que se había instalado en los últimos años de la transición democrática. En este sentido el discurso neoliberal operó como constitutivo de las relaciones sociales cumpliendo la función que en un determinado momento histórico le compete a todo discurso político; la búsqueda de su hegemonía, a fin de legitimar el modelo de sociedad que pretende instaurar. La eficacia del mismo consiste básicamente en desplegarse sobre la cotidianeidad social operando significativamente sobre la matriz identitaria de una sociedad, apelando al imaginario social, reconstruyendo la memoria colectiva, reenviando a los mitos y representaciones que la sociedad percibe como parte constitutiva de su ser y que permite su diferenciación básica de los “otros”.

¹ Como sostiene PRZEWORSKI (1998, 23) “Esta estrategia implica un punto de inflexión ya que suplantaba los lineamientos de la mayoría de los intentos modernizadores de posguerra que concebían al desarrollo como un proyecto de independencia nacional, económica y política, que resaltaba la importancia de las culturas nacionales, instituciones políticas consistentes con las tradiciones nacionales, y promovían un crecimiento liderado por industrias nacionales y orientado a los mercados locales”.

Siguiendo a Bourque y Duchastel (1992), el discurso político acompaña y constituye las transformaciones del Estado, y es inherente a su construcción la emergencia de un discurso que pueda producir una imagen de totalidad social –la comunidad de ciudadanos– a partir de supuestos que evidencien una visión teleológica de búsqueda de “interés nacional” y el “bien común”. Así el discurso político opera sobre la conflictividad inherente a la heterogeneidad en los distintos niveles presentes en la sociedad (de clase, de etnias, de culturas, de intereses, etc), pudiendo constituirse como hegemónico en tanto es capaz de articular dichas diferencias en una visión teleológica, difuminando aunque sólo por un tiempo, la ficción de clausura del todo social. (Laclau, 1993).

Pero hay una paradoja ideológica que emerge de la necesaria articulación entre el discurso neoliberal, cuyo eje es el carácter universalista e integrador de la humanidad y la imagen que la sociedad tiene sobre lo nacional. El discurso debe operar lo universal sobre lo particular, puesto que solo puede articularse dicha diferencia a través de las categorías constitutivas de las sociedades modernas-estatales, que son las vinculadas a lo nacional. *“Este es un proceso conflictivo en la medida que existe una brecha entre el nuevo “mito” de la globalización y cada imaginario nacional que el discurso debe colmar, siempre de manera tentativa, provisoria e incompleta”*. (Armony, 2000:45)

En este sentido resulta interesante analizar sobre qué aspectos de la matriz identitaria de una sociedad opera el discurso político para ser eficaz, es decir para cumplir su función hegemónica. En el caso argentino, ¿sobre qué representaciones, imágenes y mitos se montó el discurso neoliberal? ¿sobre qué aspectos de la matriz identitaria argentina operó?²

Se ha sostenido³ que una de las características de la matriz identitaria latinoamericana, pero particularmente argentina, es su des-

² Acerca de la demanda de “indicadores empíricos” de la eficacia de dicho discurso, podemos mencionar: una amplia literatura argentina sobre las bondades de la globalización presentes durante toda la década de los 90 del siglo XX, la reelección de Carlos Menem, exponente paradigmático del discurso neoliberal y los sucesivos triunfos en las pcias. de partidos menemistas, la reforma de la Constitución del año 1994 que implicó la consolidación del paradigma de la internacionalización, aceptado por casi todos los partidos políticos.

³ En este sentido PAKKASVIRTA (1997) y ROJAS MIX (2003), entre otros autores trabajan exhaustivamente la confrontación entre distintos proyectos “nacionales” en la comunidad intelectual de América Latina.

garro entre sus pretensiones europeistas y sus raíces criollas, ambivalente frente a su legado hispánico, eternamente obsesionada con el dilema “civilización o barbarie” que fundó sus intentos de construir “proyectos nacionales”. En ese marco, los discursos de “orden y progreso” animados por el ideal evolucionista, fueron aceptados como el camino más válido para resolver la tensión entre el hispanismo y el criollismo para la construcción de la “nación” y del Estado argentino.

De esta manera no es difícil pensar que un discurso cuyo principal eje es construir una cadena de significados alrededor de un nuevo proyecto de desarrollo-modernizador que pueda galvanizar el destino de sociedad “tradicional” al que parece condenada la región, pueda adquirir hegemonía en el imaginario de la sociedad argentina. Así operó el discurso neoliberal bajo el proyecto “modernización vía internacionalización”.

Los nuevos discursos

El discurso del Presidente Kirchner, formó parte, desde sus orígenes, de los sucesivos discursos contrahegemónicos que comenzaron a surgir en Argentina con fuerza a partir de la crisis del 2001. Este carácter de opositor al discurso neoliberal coadyuvó a diluir la imagen negativa de pertenecer al mismo partido político de Menem (uno de los referentes más claros en la construcción de este discurso, aunque no el único) y se dirigió a reconfigurar sus sentidos para la orientación de un nuevo modelo de relacionamiento sociedad-Estado.

Planteamos la hipótesis originaria en la investigación⁴, que los discursos de Kirchner en los primeros años (2002-2003) instalaron sentidos opuestos a los dominantes de la formación discursiva neoliberal. Además los discursos de un Presidente de la Nación constituyen por excelencia una de las formas del discurso político que otorga garantía de ser “escuchado” en tanto este enunciador ocupa un lugar institucionalmente autorizado desde donde se establece un principio de lectura, y esta “autoridad” otorga una carga aditiva de legitimidad. Esto genera de por sí, mayores posibilidades que el discurso deje huellas, en el sentido de Verón (1980), en el imaginario colectivo. Esa legitimidad debe ser reconfigurada en razón de que el poder político representa un “poder vacío” en el sentido de Lefort (1990), por lo que debe siempre el enunciador reconstruir su capital simbólico, operando para construir

⁴ Investigación subsidiada por Secyt. UNC en el año 2004 cuyo equipo de investigación está formado por María Susana Bonetto como Directora, Fabiana Martínez, María Teresa Piñero, Mariana Terminiello y Ernesto De Marsilio.

hegemonía, ya que no significa dominio absoluto sobre los sentidos sociales, sino una predominancia siempre contingente (Laclau, 1993). Esto es lo que coloca al discurso político siempre en el centro de la escena.

Por ello resulta significativo analizar las resignificaciones y el establecimiento de nuevos sentidos sobre la trama social que instaura el discurso de Kirchner.

En este trabajo, se analizan tres lexemas elegidos en tanto configuran parte de un campo semántico alrededor de “lo nacional”. Así se presentan los lexemas: “nacional”, “integración” (en tanto aparece opuesto a globalización) y “mundo” (donde se trasparenta la visión más abarcativa de la relación entre el afuera (lo internacional) y el adentro (lo nacional). La elección estuvo guiada por la lógica que adquiere un discurso que busca construir nuevas imágenes opuestas a la formación discursiva que pretende galvanizar; así debía reconvenir un enclave del discurso neoliberal en el que se fundían en un todo significativo lo “nacional” con lo “internacional”, intentando borrar las fronteras entre el “afuera” y el “adentro”. De esta manera funcionó como catalizador entre las tensiones típicas del particularismo nacional y la globalización, produciendo durante un tiempo cierto consenso en Argentina.

RUBRO TEMÁTICO – NACIONAL/INTERNACIONAL

I-Un proyecto *nacional*

El lexema “nacional” presenta una alta frecuencia de aparición en el índice lexical jerárquico. Se deriva del metacolectivo “Nación” y pertenece a la categoría morfosemántica del adjetivo, por lo que es recurrente que aparezca atribuyendo una propiedad que se considera positiva a algún otro lexema, generando diferentes fórmulas más o menos estables. Los metacolectivos según Verón (1980), constituyen por sí mismos fuentes de legitimidad al reenviar a cada comunidad definida por su pertenencia a un territorio y a una identidad.

La fuerte presencia de este lexema en los discursos de Kirchner constituye todo un campo de sentidos que se oponen al discurso neoliberal construido básicamente sobre la omisión del metacolectivo nacional y en el borrado de las marcas de pertenencia y construcciones identitarias.

De acuerdo a la frecuencia de asociación con otros lexemas se pudieron construir las siguientes asociaciones:

ASOCIACIONES ECONÓMICAS		FORMAS VERBALES ASOCIADAS
<i>Capitalismo</i>		<i>Reconstruir</i>
<i>Trabajo</i>		<i>Poner en marcha</i>
<i>Producción</i>		<i>Consolidar</i>
<i>Industria</i>		<i>Crear</i>
<i>Economía</i>	NACIONAL	<i>Financiar</i>
<i>Empresas</i>		<i>Trabajar</i>
<i>Inversión</i>		<i>Dinamizar</i>
<i>Capital</i>		<i>Generar</i>
<i>Empresariado</i>		
<i>Capitalismo</i>		
<i>Riqueza</i>		

COMPONENTES PROGRAMÁTICOS REITERADOS

Movilidad social ascendente
Planes sociales
Planes genuinos de trabajo
Unión de todos los sectores
Solidarizar la Argentina

El discurso del Presidente sobre “lo nacional” se conforma en una red de relaciones temáticas que se estructuran fundamentalmente alrededor de lo económico, pero con una finalidad programática de subordinación de esos ejes a transformaciones en el campo de lo social (“reconstruir un capitalismo nacional que genere las alternativas que permitan reinstalar una movilidad social ascendente, construir un proceso productivo nacional para generar mano de obra y políticas sociales activas”).

En general, las asociaciones en las que predomina un sentido económico se sostienen sobre una retórica de referencias al pasado reciente, presentado bajo la forma de diagnósticos negativos susceptibles de reenviar colectivamente a la experiencia desarticuladora fundamentalmente de lo nacional, de los años noventa. En este sentido “lo nacional” se opone en forma referida a lo “no nacional”, que sintéticamente podemos resumir en una frase significativa presente en los discursos, que aunque no reiterada presenta una fuerte carga semántica; *el discurso de vergüenza por lo nuestro* identificado como eje del discurso neoliberal y generador de representaciones desvalorizantes de “lo propio”, “lo nacional”. En los empleos se presenta un conjunto de oposiciones en el cual lo nacional se reviste axiológicamente a este adjetivo (y por extensión, al sustantivo al que acompaña), y a la vez se definen situaciones que han negado estos valores:

RELACIONES DE OPOSICIÓN

<i>endeudamiento externo</i>	<i>destrucción de Pymes</i>
<i>venta patrimonio nacional</i>	<i>concentración económica</i>
<i>quiebra del país</i>	<i>fragmentación nacional</i>
<i>exclusión social</i>	<i>remate de la Argentina</i>
<i>desocupación</i>	<i>crisis financiera</i>
<i>autoestima como pueblo</i>	<i>alianzas perversas</i>
<i>desnacionalización de la</i>	<i>economía alto nivel de</i>
<i>falta de dignidad</i>	<i>rentabilidad con baja</i>
	<i>inversión</i>

Las relaciones de oposición planteadas en el discurso giran alrededor de los aspectos económicos articulados en una red de relaciones estructuradas alrededor de componentes prescriptivos-programáticos (“*vamos a recuperar la industria nacional, creemos en el capital nacional, necesitamos hacer renacer al empresariado nacional*”) y no en torno a contradestinatarios definidos. Así las oposiciones recurrentes a lo nacional (“*inversiones externas que pretendían sacar provecho sin producir, capitalismo extranjero especulativo*”, etc.) no aparecen asociadas a actores específicos, sino que más bien se presentan como ejes de situaciones coyunturales desviadas que pueden ser corregidas con una nueva lógica de funcionamiento.

Se trata de un discurso de corte no confrontativo, en tanto no centra la construcción de la propia identidad a partir de la destrucción discursiva del oponente, sino que más bien apunta a desarticular la formación discursiva neoliberal y absorber las interpelaciones contenidas en esta en otra matriz.

Esta postura de no confrontación con ciertos actores ni de su construcción simbólica como lo opuesto a “lo nacional” implica una estrategia argumentativa capaz de producir una fuerte eficacia hegemónica a nivel discursivo. Por un lado porque al reiterar ciertas fórmulas, por ejemplo “capitalismo nacional” lo dota de valoración positiva por oposición al “capitalismo no nacional” (“*inversiones externas que pretendía sacar provecho sin producir, capitalismo extranjero especulativo*”, etc.) incorporando y valorando la misma forma de acumulación capitalista aunque proponiendo una nueva configuración de la misma y estableciendo otra forma de relación entre los actores vinculados a ella. De esta forma instaura discursivamente la posibilidad de establecer relaciones fluidas con los actores vinculados al capital, pero por otro lado, mantiene una cierta distancia de los mismos al instalar otra jerarquía de relacionamiento entre ellos. Por lo tanto, como afirma Lan-

di, constituye otro código central con el cual se instaura la comunicación entre los individuos en una etapa histórica, así su eficacia discursiva opera por vaciamiento de la argumentación del adversario (el discurso neoliberal) y por instalación de la propia.

La fórmula *proyecto nacional* tiene una fuerte frecuencia de aparición y entre sus principales asociaciones se observa también un predominio de las económicas:

ASOCIACIONES DE “PROYECTO NACIONAL”

<i>Capitalismo nacional</i>	<i>Patria</i>
<i>Producción</i>	<i>Educación</i>
<i>Prioridades nacionales</i>	<i>Argentina integrada</i>
<i>Integración al mundo</i>	<i>Trabajo</i>
<i>no subordinada</i>	<i>inversión</i>

FORMAS VERBALES ASOCIADAS

Refundar
Contener
Integrar
Consolidar
Trabajar
Fortalecer
Contribución

Los actores privilegiados en el discurso de lo nacional son el *empresariado*, el *Estado* y los *trabajadores*, los que son convocados constantemente a formar el proyecto nacional, aunque se visualiza una invocación a una “*convocatoria amplia a la sociedad entera*” a participar en ese proyecto. El discurso resignifica las relaciones entre esos actores, y al articularlos a través de este nuevo eje de sentido, “lo nacional”, los nomina como protagonistas del nuevo orden propuesto en el discurso. Así, al adjetivar variables tales como *trabajo*, *capital*, *empresariado* en el metacolectivo “nacional”, es capaz de provocar un impacto discursivo en el imaginario colectivo en tanto resignifica un nosotros identitario, incluyendo a los actores que en un momento histórico conformaron un modelo de relacionamiento; el nacional-popular, y que fue desarticulado por el discurso neoliberal.

En definitiva, el discurso de Kirchner interpela a los mismos actores en función de un nuevo orden, y es coherente con las formas verba-

les utilizadas para asociar el campo semántico (*reconstruir, poner en marcha, etc.*). Este reenvío simbólico a una etapa de la Argentina donde la identidad estaba construida alrededor del trabajo y en el que la triada capital, Estado y trabajo constituían los soportes del modelo nacional-popular, constituye una estrategia discursiva que permite explicar porque en esta formación discursiva pierde fuerza el campo semántico más vinculado a los términos que tradicionalmente se entienden asociados a la nación (*identidad, integración, conciencia nacional, etc.*) Términos que aparecen en el discurso aunque con escasa frecuencia de aparición, y son usados en general asociados a referencias históricas en ocasiones puntuales donde el escenario del discurso impone su tematización (Día de la independencia, inauguración de escuelas, etc.).

II-Integración

El lexema integración se presenta con dos modalidades:

1.- como integración regional y con el mundo (con mayores ocurrencias de aparición)

2.- como factor de cohesión interna social, que si bien presenta escasa frecuencia de aparición, permite visualizar relevantes significados asociados a:

Rol de inclusión social

Políticas de contención

Integración educativa

Recuperación de la dignidad

En este segundo sentido, se configuran componentes prescriptivos vinculados a instituciones específicas capaces de cumplir ese rol de integración. Así se recupera la noción por ejemplo de la educación como factor clave de cohesión social (“*es importante destacar el rol integrador de la escuela..... por fin los niños tienen acceso a instituciones integradoras como los clubes*”).

Pero en general el sentido más fuerte con el que es usado integración es el primero, y allí funciona adjetivando otro lexema configurando diversas formas:

INTEGRACIÓN

Política

Cultural

Social

De infraestructura

Comercial

Geopolítica

Las asociaciones aparecen en relación a los componentes del discurso político:

COMPONENTES DESCRIPTIVOS

Factor de estabilidad regional

Hace que nuestros países sean confiables en la comunidad internacional

COMPONENTES PRESCRIPTIVOS

ser parte de un proyecto político regional

construir una alianza estratégica

profundizarse

ampliarse a nuevos miembros

ser vías de inserción a la comunidad internacional

ser medios para fortalecernos y beneficiarnos

garantizar la sustentabilidad interna

La Integración DEBE

constituir la unidad latinoamericana

ser ejemplo de unidad frente al mundo

lograr una integración digna al mundo

cobrar peso en las decisiones multilaterales

lograr equidad social

más justa distribución del ingreso

debe partir de una identidad de ideas y de pensamientos

incluir a la Comunidad Económica Europea

solucionar problemas

construir las sociedades internas

De todas las asociaciones es la de “*garantizar la sustentabilidad interna*” la que presenta la co-ocurrencia más significativa, así podemos hablar de la composición de una fórmula prescriptiva presente en el uso del lexema integración, “*integración sólo con sustentabilidad interna*”. En este caso, se advierte una proposición de un nuevo modelo de inserción en el mundo, diferenciado del instituido por la lógica neoliberal globalizante de los años 90, caracterizado por el eje de establecer un patrón de integración subordinada al configurado por los países centrales. Ese modelo estaba basado en una visión positiva sobre la globalización y sus efectos expansivos de carácter benéficos para las sociedades. Esta concepción producía sus efectos en los procesos de integración de América Latina, así en el discurso neoliberal de los años 90, ésta era concebida con un carácter netamente económico-comercial, alejándose toda valoración sobre componentes de otra índole. Las posibles dimensiones integrativas de lo social o cultural, e incluso de lo político pasaron a quedar subordinados totalmente a una cuestión de rentabilidad indivi-

dual del país, con lo que los procesos de integración como MERCOSUR, produjeron fuertes tensiones entre los países participantes debido a la dificultad de conciliar los eventuales renunciamentos que una integración basada exclusivamente en términos económicos apareja.

Por el contrario, en el discurso presentado hay cuatro aspectos a considerar importantes. Primero que la integración no se presenta en términos sólo económicos-comerciales, por el contrario, se privilegian los aspectos socio-culturales (*“Es fundamental la integración política con una identidad de ideas y pensamientos”*). Segundo, que se asocia con valores sociales consumatorios frente a los cuales la integración aparece como un medio para sostenerlos o realizarlos (*“El fortalecimiento de nuestras democracias, el respeto de nuestros derechos y la dignidad del hombre dependen en parte de la fuerza que le impongamos a nuestra integración regional”*). Tercero, que la integración es reiterada como un proceso sinérgico que si bien se impone en dos niveles, interno-externo, este último debe ser el resultado de un proyecto nacional sustentable definido a-priori y condicionante de cualquier avance en el frente externo. (*“la única manera de volver a construir este gran país es garantizando la sustentabilidad interna para luego integrarnos externamente, nunca más integración externa y que la Argentina explote cuando nos quedamos con un país anarquizado”*). Por último que la integración regional es susceptible de poseer componentes programáticos de interés mutuo entre los países de la región (*“La experiencia nos demuestra que debemos integrarnos externamente para beneficiarnos y para defendernos.Debemos constituir una voz que tenga presencia en el concierto internacional y mostrar que somos capaces de integrar nuestros países en un proyecto que sintetice esquemas absolutamente superadores”*)

III-Sobre el mundo

Este lexema es relevante desde un punto de vista semántico, y en relación a este ámbito, pues su definición y su caracterización marcan la impronta de la relación que el enunciador establece entre lo propio-lo nacional-y el afuera- lo internacional. *Mundo* es el metacolectivo más abarcativo por su propia definición. El mundo se caracteriza como...

COMPONENTES DESCRIPTIVOS

Proteccionista con sus productos pero demandante de mercados libres
No es el mejor escenario para nosotros
Globalizado

Móvil

Exige apertura mental

Unipolar

Vincular

Injusto

Hay brecha entre países ricos y pobres, entre países centrales y periféricos, entre países del norte y países del sur

Dominado por una superpotencia hegemónica

En relación a él países como el nuestro tienen poca capacidad de intervenir en la agenda mundial

pleno de contradicciones

Mundo es presentado como un escenario conflictivo (“no es este mundo que nos toca vivir el mejor escenario para alcanzar nuestros objetivos.....en este mundo el endeudamiento de las naciones con el sistema financiero internacional se convierte en un ancla”) con lo cual irrumpe una nueva configuración discursiva claramente diferenciada de la dominada por el discurso neoliberal, en el que mundo era visualizado como un escenario multipolar ordenado según una filosofía kantiana de armonía natural entre los Estados. Por el contrario, en esta formación discursiva se arrasa con la noción de mundo multipolar y globalización beneficiosa, típico del discurso neoliberal, partiendo de la condición “unipolar del mismo dominado por la potencia superhegemónica”, que no es otra que EEUU (“Hemos visto emerger en el mundo y consolidarse la hegemonía de una superpotencia a nivel mundial”).

Resulta importante analizar cómo representa el discurso la manera en que **debe nuestro país relacionarse con el mundo:**

sin un nacionalismo ultramontano

de manera abierta pero realista

integrarnos con un compromiso hacia la nación

fundamentalmente a través del MERCOSUR

respetando nuestras convicciones, nuestra historia

y prioridades nacionales

diversificando exportaciones hacia bienes con más valor agregado

desde un modelo propio

implementando políticas de crecimiento

siendo respetados como nación digna

pensando en nuestra identidad nacional

sin arrodillarnos ni subordinarnos

de manera clara, racional y responsable

En alguna medida el discurso recoge las nuevas visiones sobre la relación entre países en desarrollo y el nuevo orden internacional luego de la “decepción” de los programas neoliberales para la región. Toklatián (2004) se refiere a la “autonomía relacional”, como la nueva condición en la que los países periféricos deben planear su inserción en el mundo; guiada y condicionada por un modelo productivo nacional con fuerte incidencia en lo social. Este modelo de relacionamiento asume la necesidad de insertarse en el mundo capitalista, en los corredores del comercio internacional y en las reglas formales e informales de los organismos internacionales, pero manteniendo los márgenes de decisión autónoma fijados por las políticas internas (*“Debemos mirar al mundo pero no para importar recetas... Es importante tener un concepto estratégico de país para insertarse al mundo.. Dijimos que íbamos a integrar a Argentina al mundo, pero también que no nos íbamos a arrodillar ni subordinar a nadie”*).

De esta forma el discurso insta un conjunto de representaciones positivas sobre la autonomía del país, colocándose en las antípodas de la inserción subordinada propuesta por la lógica neoliberal globalizante, y más específicamente sobre las llamadas “relaciones carnales con EEUU” que simbolizaron la década de los 90. Esta autonomía relacional implica considerar que todo proyecto debe partir de asumir el escaso poder que América Latina posee para fijar la agenda internacional (*“el mundo unipolar y la globalización de los conflictos tienden a debilitar la participación de países como el nuestro, poniendo límites claros a su relevancia y a su capacidad para intervenir en la agenda mundial”*) y por ello asume estratégica importancia la integración regional (*“la integración regional debe ayudarnos a potenciar nuestras voces en el mundo, a cobrar más peso en las decisiones multilaterales”*).

Están presentes, con importante frecuencia de aparición, componentes didácticos que asumen el carácter de marcas prescriptivas en el discurso.

Debemos mostrarle al mundo que:

podemos levantarnos

reconstruir los valores perdidos

recuperar la equidad, justicia y dignidad

podemos ayudar a construir un mundo mejor

no se puede condenar a nuestros pueblos a la marginación

por el endeudamiento

tenemos posiciones comunes en América Latina

que somos dignos de respeto

que tenemos autoestima

*que nuestro trabajo e industria son los mejores
la potencialidad de la Argentina
que antes que el Fondo están los argentinos
somos capaces de autoreferenciarnos
podemos poner en marcha la dignidad*

Este carácter ejemplificador y hasta casi épico es de suma importancia en términos de impacto discursivo, puesto que insta una serie de representaciones de signo positivo en términos de confiabilidad, capaz de generar dimensiones de legitimidad tanto interna como a nivel externo en un momento en que la necesidad de definición de Argentina en el orden internacional, frente a la reorganización proveniente de la reestructuración de la deuda externa y la relación con los organismos internacionales, planteados por este gobierno eran aspectos claves de la gobernabilidad a nivel interno. A nivel externo no era menor el problema, puesto que coincidente con Russell (2004), la percepción dominante en los países centrales que según los analistas, se tiene sobre América Latina, y que Argentina comparte, es el de haberse convertido en una “periferia turbulenta” debido a, las manifestaciones sociales, la reestructuración cuestionada de la deuda pública, la corrupción, el default y varias cuestiones más que han convertido al país en una amenaza para el equilibrio regional. Frente a ello instalar un conjunto de representaciones positivas sobre Argentina es de vital importancia para su reposicionamiento externo. (“*Debemos mostrarle al mundo que el trabajo y la industria argentina son los mejores del mundo....es necesario que el mundo mire con respeto al sur....le vamos a demostrar al mundo que podemos volver a poner en marcha la dignidad nacional*”).

Para concluir

Es posible pensar que el discurso analizado operó en los años 2002 y 2003 sobre un sedimento constituido por los sentidos negativos que ya tenía el neoliberalismo en la sociedad argentina. Así el conjunto de representaciones descalificadoras de sus ideogramas centrales ya instaladas en el imaginario, como los significados asociados a la globalización, por ejemplo, permitió que ciertos ejes del discurso de Kirchner, funcionaran como ejes catalizadores del nuevo orden pretendido. De esta manera ese lexema oculto, pero presente en su red de representaciones, y reforzado por el conjunto de asociaciones y oposiciones que instala el discurso, es capaz de servir como disparador de una operación a la que necesariamente en ese contexto se ve enfrentada la so-

ciudad, Armony (2000, 13) lo manifiesta de manera muy clara: “*confrontados a la globalización, todas las sociedades son inducidas a interrogarse sobre sí mismas y a revalorizar (o poner en cuestión) las razones que justifican el “ser colectivo”: ¿en qué aspectos somos distintos, por qué vale la pena preservar esta diferencia frente a los “otros”?*”

Esta pregunta que reenvía a la memoria sobre las particularidades identitarias nacionales, se ve colmada por un discurso que reforzando el carácter negativo de componentes del lexema globalización como universalismo, pluralidad, multiplicidad desterritorialización, etc. los sustituye por elementos que hacen retornar ciertos aspectos positivos de la historia colectiva. Por ello y para ello, instala una red de significados que son articulados por componentes que en alguna medida invocan y convocan al modelo nacional popular; capitalismo productivo nacional, recuperación del sentido de la política y la subordinación de economía a ésta, y sobre todo apelando a su matriz significativa, la relación capital- trabajo, articulada por el Estado, que marcó a fuego la historia argentina.



Bibliografía: ARMONY, V. (2000) “*Representer la nation*”. Le editions Balzac, Montreal; BLOMSTROM, M. HETTNE, B. (1990) (1° ed. 1984) “*La teoría del desarrollo en transición*”. Fondo de Cultura económica, México; BOURQUE, G. DUCHASEL, J. (1992) “*Le discours politique néo-liberal et les transformations actuelles de l’État*”, *Discours Social/Social Discourse*, v. 4, Ciadest, Canadá;

DOS SANTOS, T. (2002) *Teoría de la Dependencia. Balances y perspectivas*. Plaza y Janés, México

FURTADO, C. (2003) “*En busca de un nuevo modelo. Reflexiones sobre la crisis contemporánea*”. Fondo de Cultura Económica. Bs. As; LACLAU, E. (1993). “*Nuevas reflexiones sobre la revolución de nuestro tiempo*”. Ed. Nueva Visión, Buenos Aires; LEFORT, C. (1990). “*La Invención Democrática*”. Ed. Nueva Visión. Bs. As; PAKKASVIRTA, J. (1997) “*¿Un continente, una nación?*” Academia Scientiarum Fenica, Helsinki. PRZEWORSKI, A. (1998) “*Antecedentes: Modernización vía Internacionalización*” en: PRZEWORSKI, A. (comp.) “*Democracia Sustentable*”, Paidós, Bs.As; ROJAS MIX, M. (2003) “*Los Cien Nombres de América*”, Edición de la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina; RUSSELL, R. (2004) “*El orden político internacional post-Irak*” en: HIRST, M. PEREZ LLANA y otros (2004). “*Imperio, Estados e Instituciones. La política internacional en los comienzos del siglo XXI*” Altamira ed. Buenos Aires; TOKLATIAN, G. (2004). “*Hacia una nueva estrategia internacional. El desafío de Néstor Kirchner*”. Grupo Ed. Norma, Buenos Aires; VERON, E. (1980) “*La semiosis social*”. En: “*El discurso político*”, UNAM, Nueva Imagen, México.

**PRÁCTICAS SOCIALES Y DEMANDAS COLECTIVAS DE JUSTICIA.
APUNTES PARA UNA REFLEXIÓN SOCIOPOLÍTICA SOBRE
EL DERECHO***

**(SOCIAL PRACTICE AND AND COLLECTIVE DEMANDS ON JUSTICE.
NOTES FOR A SOCIOPOLITICAL THOUGHTS ON LAW)**

*Dra. Patricia Scarponetti ***

RESUMEN: El eje del presente análisis se referencia en un conjunto de prácticas sociales polarizadas alrededor de los conflictos de propiedad y/o posesión de la tierra en el interior de la provincia de Córdoba. Dicha región presenta en la actual coyuntura, problemáticas similares a las acaecidas en diversos países de América Latina, y comporta una muestra de una serie de casos nacionales, en los cuales se combinan las transformaciones del capitalismo con inexistentes políticas de desarrollo, un Estado provincial y local junto a una Administración de Justicia, cuyo accionar siempre colapsa al borde del escándalo mediático.

La lucha por la tierra se ha constituido central en la acción colectiva de grupos rurales, organizaciones y movimientos sociales; puede caracterizarse por el objetivo común de demandas por falta de justicia y de legitimidad democrática. En este marco, se pretende desentrañar las significaciones que los protagonistas le atribuyen a estos conflictos, y examinar, las dimensiones que amerita el tratamiento de un conflicto

* Esta investigación fue posible gracias al apoyo de financiamiento de la Secretaría de Ciencia y Técnica de la Universidad Nacional de Córdoba. En el equipo de investigación intervinieron Mter. Ma. Alejandra Ciuffolini, Zenaida Garay Reyna, Analía Jara y Paula Granada.

** Dra. en Derecho y Ciencias Sociales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales-UNC. Especialista en Sociología Política –CEA, UNC- Profesora Adjunta de la cátedra de Sociología e investigadora del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales en la misma Facultad. Profesora de Metodología de Investigación en seminarios de Postgrado en diversas maestrías y doctorados en el país. En México: Escuela de Abogacía de Nayarit y Facultad de Derecho de Guadalajara.

social como un acontecimiento de “vasos comunicantes” entre democracia y administración de justicia, expectativas sociales y decisiones judiciales en torno a la cultura jurídica.

PALABRAS CLAVES: Conflictos sociales – Penalización – Violencia – Cultura jurídica

1. Introducción

Entre junio de 1999 e igual mes del año en curso, los periódicos nacionales y provinciales han descripto una serie de hechos, utilizando a veces un lenguaje apelativo y otras jurídico, para dar cuenta de la problemática rural sobre la tierra en Argentina. La referencia mediática da conocer durante estos años dos tipos de hechos: por un lado, las noticias sobre “conflictos por tierras”, “denuncias a campesinos”, “resistencia de campesinos a desalojos”. En segundo lugar, mostrando la realidad de las condiciones materiales de vida en algunas comunas, el asentamiento de nuevas producciones y el desplazamiento de las tradicionales de la zona, instalando la disputa más visible en conflictos jurídicos por la propiedad de la tierra. Esta no puede comprenderse sin la contextualización de los diversos niveles en que se han producido los últimos cambios sociales. De dicha confrontación surge además, la interpelación que afecta no sólo a los protagonistas directos sino a la institucionalidad que se autoapela democrática. Resulta más que relevante la expresión de Garzón Valdés (2003:111) cuando se interroga sobre “¿cuánta transformación puede soportar un régimen para seguir siendo democrático?”

Para poder comprender las resonancias socioeconómicas y político-jurídicas de los conflictos por la propiedad de la tierra hace falta además situar estas luchas en el amplio marco de la relación entre capitalismo y democracia (Borón: 2002). En este sentido como ha quedado documentado y analizado, el dominio de recursos naturales como el agua, la tierra y el gas se están constituyendo en las mercancías más preciadas del sistema económico, en vistas que no habrá posibilidad de reproducir las ganancias logradas por el impacto tecnológico si no se cuenta con los recursos naturales básicos¹. Estamos ante un proceso

¹ La expansión de la frontera agropecuaria fruto del precio de la soja y su extensivo cultivo gracias a las semillas transgénicas y la cría de ganado en corral, inauguraron un nuevo mercado inmobiliario en el noreste y oeste cordobés. En los departamentos de Tulumba y Río Seco, la hectárea pasó de costar \$100 a \$3.000. El impacto que estos hechos económicos generaron en un país que pretende regular lo social mediante la

de reordenación económico y sociopolítico del espacio, generador de dinámicas de exclusión socioeconómica y política, que en el caso de la provincia de Córdoba involucra a un conjunto de actores sociales expulsados de la reordenación económica, quienes componen sus estrategias de acción y de organización a partir de repeler dichas dinámicas, objetivadas en políticas públicas inexistente o erráticas, y frente al accionar violento de los procesos judiciales. En este mismo contexto regional, una serie de movimientos sociales se sitúan como proyectos que posibilitan otros horizontes de sentido, en términos de la amplia recepción ciudadana de los derechos humanos y sociales, y de los pactos suscriptos por las mayoría de la Constituciones Latinoamericanas durante los últimos veinte años (Correa Sutil, 2003). En este marco emerge un discurso al que podríamos apelar como *Derecho insurgente*²; surgido de intereses y necesidades sociales que se revela frente a las manifestaciones de lo arbitrario: formas de exclusión ciudadana y jurídica que apelan al monopolio de la violencia estatal no sólo desde el punto de vista material sino también simbólico. Tal vez, porque como lo ha afirmado Robert Castell (2004), para aquellos que no disponen de ningún capital ni económico ni sociocultural, las protecciones son colectivas o no lo son. Como bien lo plantea Palacio (2004:32) “¿qué quiere decir que una sociedad, o una relación es conflictiva?...¿puede darse cuenta del fenómeno sólo desde los archivos judiciales en donde por un lado, todo es conflicto y, por otro, sólo es conflicto *judicial*?”; cuáles son las consecuencias políticas y colectivas de este tipo de conflictos? Pensando sobre todo que la imagen impuesta sobre el conflicto es el modo de concebir la alteridad social y conduce a nuevas interrogaciones sobre como se conforma un régimen democrático con dinámicas excluyentes que “naturalizan” la desigualdad y la anexan como una característica más (Strasser, 2000).

Lo primero que se percibe ante la avalancha de procesos judiciales es que la discusión por la tierra se inscribe en la región más pobre del país, e igual localización tiene en Córdoba, en donde los departa-

oferta y la demanda del mercado, es marcado desde el comienzo de los conflictos por diversos analistas (E N° 2).

² Tal como asevera Wolkmer “...una de las alternativas posibles para trascender la exclusión y las privaciones proviene de la presión y la fuerza movilizadora de los nuevos sujetos sociales que, por voluntad propia y por la conciencia de sus reales intereses, son capaces tanto de crear nuevos derechos como de luchar por el mantenimiento y la efectividad de los derechos ya conquistados”. C. A. Wolkmer (2002) “Sociedad Civil, poder comunitario y acceso democrático a la justicia”. *El otro Derecho* N° 26-27, Bogotá: ILSA.

mentos del norte y del oeste destacan en pobreza contra la riqueza de los del sudeste provincial. A pesar que periódicamente diversos informes habían alertado al Estado provincial y a la opinión pública sobre las serias irregularidades catastrales, los pobladores del noroeste de Córdoba han comenzado a ser procesados por defender la posesión de las tierras que habitan. Las estadísticas del crecimiento de imputaciones por el delito de usurpación demuestran la preferencia por la opción penal como vía más ejecutiva y rápida que las acciones civiles posesorias, pero también más violenta con un costo social que trasciende las clásicas figuras de denunciante y denunciado.

Estos conflictos que se aceleran en una cascada de casos judiciales, se estiman aproximadamente 89 procesos judiciales³ en el noroeste cordobés, originaron la movilización rural creciente que acuden al asesoramiento de jóvenes abogados, a los representantes locales de la Iglesia, y a diversos niveles de gobierno para enfrentar las diversas acciones que supuestos propietarios comienzan a realizar en sus tierras. Estas acciones colectivas organizadas son, sin duda, pensadas como estrategias coyunturales para la defensa de su modo de vida y de sus necesidades vitales, producidas “con el conocimiento de que otros están actuando de forma parecida”⁴. Acertada es la caracterización que Adriana López Monjardín realiza del mundo campesino:

“Los ejes que organizan la cultura campesina son la relación con la tierra del que la trabaja con sus manos. Esta tierra forma parte de la vida cotidiana de varios millones de campesinos; para otros tantos supone una meta todavía no alcanzada, para ambos es todavía un derecho, cumplido o no. ...y esta relación con la tierra

³ Los procesos a veces son penales y civiles, o uno u lo otro, y esta característica impide confirmar con exactitud la cantidad de casos de acuerdo al tipo de procesos (Entrevistas, N° 3, 5 y 9).

⁴ La problemática de la venta indiscriminada de tierra con pobladores viviendo en ella dio lugar a la constitución del Movimiento MOCASE en Santiago del Estero a finales de los años ochenta. Sin embargo, no es casual la emergencia y relaciones que los movimientos locales tienen con otros movimientos sociales como los Sin Tierra en Brasil. Suponemos estratégica la utilización del concepto campesino sobre el que existe bastante bibliográfica, cuyo tratamiento resulta imposible de realizar en esta presentación. Giarraca (2005) quién ha trabajado la temática en profundidad, plantea que “campesino es una palabra portadora de “un sentido de lucha” en toda América Latina. El movimiento MOCASE comienza a recuperar el término campesino no sólo como una resignificación social en el agro argentino sino como instrumento de lucha en el marco de las luchas campesinas generalmente por la tierra”. En Revista *Desafíos Urbanos* N° 50 Año 10 Agosto/ Setiembre del 2005, Córdoba: Centro de Comunicación Popular y Asesoramiento Legal (CECOPAL).

es tanto social como política. Involucra la relación con otros campesinos, con el gobierno y con la sociedad en su conjunto. (...) Atraviesa el antes y el ahora de quienes viven en el campo y la manera en que estos miran....organiza la memoria colectiva, y es uno de los raseros que permiten medir lo justo y lo injusto. (...) por la convicción de que ellos tienen ciertos derechos, y que los gobernantes pueden cumplirlos o traicionarlos. El respeto o la violación de este derecho da a los campesinos un primer parámetro para evaluar la rectitud o arbitrariedad de sus gobernantes. Y el primer derecho que creen tener los campesinos es el derecho a <estar ahí> el derecho a ser campesinos; a vivir del cultivo de sus tierras". (López Monjardín Adriana (1994) "La cultura política de los campesinos").

La problemática cobró visibilidad mediática a comienzos del año 2004, con el caso de Ramona Bustamante al conseguir que el desconocimiento sobre sus derechos trascendiera a nivel nacional⁵. Del caso de Ramona, y de los posteriores sucesos, dos aspectos se conformaron en focos de atención. En primer lugar, el nivel de violencia con la cual se llevaban a cabo los desalojos; el gran despliegue policial y el empleo de topadoras eran demasiado para realizar los desalojos de Ramona y otros habitantes de la zona que luego siguieron igual destino. Estos niveles de violencia ejercida por los operadores de justicia apelando a la autoridad de su cargo y al intento de orden del conflicto, adquirió forma de interrogación acerca de cómo observan sus prácticas los operadores de la Administración de Justicia. En primer lugar, llama profundamente la atención el desmantelamiento de un consenso social dado que durante un prolongado tiempo, la gente de la región que nos ocupa vivió en base a lo que hoy se le pretende negar: la posesión de sus tierras. Había una interpretación jurídica al abrigo de la cual, la gente había organizado su vida (Böhmer, 2006). En este nuevo y sorpresivo contexto, se han perdido las pocas certidumbres y expectativas sobre las que organizaron su mundo de vida, y que les permitía relacionarse entre sí, con el resto de la sociedad y con el Estado.

La compulsión de los desalojos rurales como casi "la única vía", no sólo provoca el desmantelamiento de la vida comunitaria sino que además coloca de nuevo la discusión sobre los derechos en torno a la

⁵ La aparición de doña Ramona en el festival Nacional de Cosquín y las repercusiones nacionales del evento transmitidas por TV y radio a nivel provincial y nacional posibilitaron el conocimiento de su caso. *La Voz del Interior* 29 y 102/04.

propiedad y a la posesión pero en un sintomático cambio de lógica propiedad/ usurpación, y opera como la negación de cualquier consecuencia, además de pretender “naturalizar” el hecho de que los poseedores no son propietarios. Así recolocado el conflicto, hoy se presenta como “aquello de la que una parte está dotada la otra está privada”, y traducido en términos de alteridad, quienes viven en las tierras en disputa no tienen ningún derecho porque son poseedores, atrasados, pobres, y por ello es posible violentarlos legítimamente, procesarlos y “echarlos” de las tierras en aras al nuevo desarrollo descubierto. En esta doxa de “no son propietarios son usurpadores”, subyace la idea de que habría ciertos sujetos que poseen derechos y otros no.

Estos hechos no son nuevos, con diversas especificidades han acaecido en otras provincias del país⁶ y han sido ya motivo de análisis de la trama entre niveles de exclusión y violación de derechos humanos y sociales, tales como los realizados por los estudios de CELS. Existe un abundante trabajo sobre la protesta y la acción colectiva. También existen otros trabajos que en ámbito de comunidades indígenas han desarrollado la problemática de la tierra, analizando su significado, posicionando los sentidos diversos de su uso en términos de comunidad. Sin duda, en los últimos años, se ha realizado un abundante trabajo de investigación sobre la protesta y la acción colectiva urbana y rural⁷.

En vista a estos antecedentes y gracias a ellos, este análisis trata de vincular el conjunto de las relaciones sociales locales para dimensionar qué consecuencias y cómo repercuten dichos conflictos en la cultura jurídica.

2. Sobre el ángulo y el método desde el cuál se observa

Siguiendo un caso pionero de Boaventura de Souza Santos(1991:101)⁸ en estudios de conflictos similares en Recife, había ano-

⁶ Los casos más resonantes se dieron en las provincias de Santiago del Estero, Neuquen, La Pampa, El Chaco. Algunos fueron compilados en Giarracca N y Teubal Miguel, coord. (2005) *La encrucijada en el campo argentino*. Buenos Aires: Alianza Editorial.

⁷ Los informes e investigaciones publicados por CELS, 2000/2006, Isla Alejandro y Paula Colmegna, comp (2005) *Política y poder en los procesos de desarrollo*. Buenos Aires: editorial de las Ciencias y FLACSO. Giarracca y colab. (2002) *La protesta social en la Argentina*, Giarracca y Levy B. (2004) *Ruralidades latinoamericanas*. Guerro Cazar F y Ospina Peralta Pablo (2003) ambas obras editadas por Clacso, Buenos Aires. Jelin Elizabeth comp. (2004) *Más allá de la nación: las escalas múltiples de los movimientos sociales*. Buenos Aires: Zorzal.

⁸ Similar porque explora las lógicas de interacción de un conjunto de actores sobre la problemática de la tierra, más allá de la diferencias entre los casos que aquí se refieren

tado el autor la necesidad de relacionar lo que denomina interfases o canales de intercomunicación, por las que circulan y se retroalimentan las relaciones entre estructuras e intersubjetividades; ¿Cómo se encuentran las prácticas sociales y las estructuras desde las significaciones, que cada una de las partes en el conflicto coloca en ellas? ¿cómo observar el impacto transformador de unas sobre otras?. La interpelación que sobre cada actor va haciendo el conjunto de actores y acontecimientos, puede bien considerarse en este análisis desde la pregunta que realiza Paul Kahn ¿qué hace el derecho de nosotros? Para ello, el autor parte de enmarcar el estudio del Estado de derecho como una práctica social:

“es una forma de ser en el mundo. Vivir bajo el Estado de Derecho es mantener un conjunto de creencias sobre el yo y la comunidad, el tiempo, el espacio, la autoridad y la representación. Es comprender las acciones de otros y las posibles acciones del yo como expresiones de estas creencias. Sin estas creencias, el Estado de Derecho aparece simplemente como otra forma de autoridad gubernamental coercitiva”. (2001:52/15).

Como el formato de esta presentación no permite un relevamiento extensivo, trataré en esta oportunidad de condensar sumariamente ciertas actuaciones y procedimientos judiciales, que más allá de las singularidades de cada caso, se manifiestan como puntos de inflexión para el tratamiento de la cultura jurídica⁹. Es posible preguntarse ¿cuál es el lugar que “lo democrático” tiene en las creencias y prácticas de los operadores jurídicos?

3. Contexto local de los casos

Para comprender la situación de las regiones del norte y el oeste es necesario precisar que el territorio provincial se divide por departamentos y cuenta con 39 ciudades que configura el sistema urbano provincial. La administración de justicia basa su división jurisdiccional

a posesión, y en Brasil eran sobre ocupación de la tierra. En ambos casos el conflicto se da en dos planos: el conflicto por la tierra entre quienes reclaman su propiedad y quienes no la tienen, y la actividad jurídica de organizaciones del Estado y de la Iglesia.

⁹ En esta investigación se han utilizado entrevistas a los diversos actores como noticias de periódicos locales provinciales, nacionales, revistas y programas de televisión, en el marco del supuesto de que la construcción de datos más allá de la reconstrucción de acontecimientos, constituye un intento por rescatar los argumentos de los actores y las narrativas institucionales que se conforman. En otro artículo previo, Scarponetti Patricia (2005) “El retorno de lo inacabado. Demandas rurales de justicia: posesión y propiedad de la tierra”. Revista Astrolabio. CEA- UNC, se detallan los casos de las comunidades estudiadas.

en esta división territorial estableciendo juzgados ordinarios en las ciudades cabeceras departamentales, las que en los casos analizados son Villa Dolores, Cruz del Eje y Deán Funes, concentrando la mayor población de cada departamento.

Sin embargo, los conflictos por tierras suceden en parajes y localidades de los tres departamentos aludidos¹⁰, en donde a veces, se cuenta con justicia de paz, la que actualmente funciona –desde el 2001– por un acuerdo del Senado. Muchos jueces no son abogados y son familiares del jefe comunal o han sido candidatos políticos; su capacitación en cuestiones de derecho fueron elementales para cumplir las funciones más comunes del cargo, tales como notificaciones, certificaciones de firmas, constataciones, embargos y allanamientos; asimismo no cuentan con partidas presupuestarias ni tienen sedes especiales; desempeñan sus funciones en sus propios domicilios o en sede policial (E N° 5 y 6)¹¹.

Describir estas regiones de la provincia implica adjudicar un mayor peso al mundo rural que al urbano, dado que las actividades económicas de ambas regiones gravita en torno a la agricultura intensiva en aquellos lugares con riego, cría de ganado caprino, y en menor proporción vacuno, apicultura, algunos enclaves mineros y el desarrollo de actividades turísticas. La coexistencia de distintos modos de producción en una combinación de economía de subsistencia y micro emprendimientos del rubro agrícola ganadero y comercial, al cual se suman, en los últimos años, empresas de tecnologías sofisticadas, no escapa a la dinámica latinoamericana del crecimiento del sector informal, ya reseñada por Portes y Hoffman (2003) para América Latina¹². En

¹⁰ Así el norte de la provincia se conforma con cinco departamentos: Totoral, Ischilín, Tulumba, Sobremonte y Río Seco con un total poblacional de 75.961 habitantes, presenta el valor más bajo de densidad demográfica de 2 habitantes por km. cuadrado. La región del oeste, conformada por cinco departamentos: Cruz del Eje, Minas, Pocho, San Alberto y San Javier, duplican en términos poblacionales a la región norte con un total poblacional de 143.541 habitantes. En esta región se localizan dos ciudades: Villa Dolores cabecera departamental de San Javier con 27.640 habitantes y Cruz del Eje ciudad homónima del departamento con 28.123 habitantes.

¹¹ El ex juez Federal Rodríguez Villafañe denunció al actual gobernador provincial tras la elección de los jueces de Paz que hiciera el Senado en una corta y secreta sesión, y sostuvo que los jueces fueron elegidos de acuerdos criterios políticos más que en base a condiciones de idoneidad para ejercer el cargo durante cinco años. Cf. *La Voz del Interior*, 12/05, p. A 6 y 27/06 del 2005, p A 10. *La Voz del Interior*, 28/01/06 “Impulsan ley para que los jueces de paz se elijan por concurso”, p.3ª.

¹² En América Latina se observa que “un proporción importante de su población no ha sido incorporada a relaciones de trabajo legalmente reglamentadas y sobrevive en la

un marco de inexistencia institucional, el precario orden jurídico se sostenía por las disposiciones generales del Código Civil sobre el derecho de posesión veinteañal ininterrumpida y pública que mostrara el ánimo de dueño. Impensable en la cultura rural la inscripción de propiedad mediante el juicio de usucapión que superaba las rudimentarias culturas familiares¹³. Existía un conocimiento público sobre lo que el Estado en sus diversos niveles había dejado pasar, dado que a pesar de los informes alertando sobre las serias irregularidades castrales sobre la tierra, el estado de “precariedad jurídica” no activó políticas públicas, hasta que no sucedieron las resistencias rurales frente a los primeros desalojos y se conoció la información mediante la difusión periodística.

Con anterioridad a esta conflictividad, en las comunas de estos departamentos, los conflictos judiciales eran casi nulos según los jueces de paz entrevistados, los pocos que acaecían se terminaban en base a las prácticas de “los arreglos de palabra” de acuerdo a las costumbres¹⁴. *“La figura del juez de Paz es imprescindible en estos lugares aun que creemos que las designaciones tienen que ser por mérito e idoneidad y no como ahora que están nombrados por dedo político”* (E N° 9).

marginalidad desarrollando una gran variedad de actividades económicas de subsistencia cuasi clandestinas (...) que suelen englobarse en el concepto de sector informal”. Portes Alejandro y Hoffman Kelly (2003) “Las estructuras de clase en América Latina: composición y cambios durante la época neoliberal”. CEPAL Serie políticas sociales N° 68.

¹³ Se calcula que el 50% de la tierra en la Provincia de Córdoba no está catastrado y registrado. Marcelo Mundet expresa que: “La provincia de Córdoba como la mayoría de las provincias argentinas padece el grave problema de tener vastas zonas con titulaciones de propiedad insuficientes o deficientes. Tal situación se presenta por múltiples causas: Títulos añejos que nunca entraron al registro. Transferencias de propiedad por boleto de compraventa que nunca se perfeccionaron mediante escritura pública y la correspondiente inscripción en el registro de propiedad, como es el caso de ventas sucesivas por boletos de compraventa por lo cual en el registro figura un titular registral que ya no lo es. Herederos que efectúan una partición de hecho sin realizar el trámite sucesorio y van a su vez transfiriendo las partes a sus descendientes del mismo modo o algunos de sus herederos venden sus partes por simple boleto y otros no. También habría que agregar que quiénes compran por boleto estas partes suelen también demorar la inscripción registral. (Notas de Clase, Facultad de Abogacía, UNC 2004). Marcelo Mundet es coordinador general de la Unidad Ejecutora del Registro de Poseedores creado por la Ley N° 9.150.

¹⁴ Igual centralidad le otorga Palacio a la Justicia de Paz: “Fue clave para que estas pequeñas comunidades pudieran desenvolverse en ese laberinto de reglas no escritas”. Su actuación era instancia de validación institucional generalizada”. (Palacio, op. cit., 272).

4. Desatando nudos reales

La discriminación social que caracteriza el funcionamiento de ciertas jurisdicciones judiciales parece caracterizarse en las polaridades que emergen de su ubicación urbana o rural. Las tácticas de presión, las prácticas jurídicas locales, el uso de la fuerza material y simbólica, de los diversos operadores jurídicos, ponen de manifiesto que la legalidad más que basarse en la legitimidad procedimental apela ya no a la autoridad institucional sino a la arbitrariedad (Souza Santos, 2003-2005).

4.1. Procedimientos: Jueces de Paz y Policías

Dos tipos de hechos desatan el conflicto: comienzan a aparecer propietarios que quieren realizar actividades posesorias en campos ya poseídos, y tratan de validar sus acciones con la compañía de jueces de paz y policías. En diversos momentos, los campesinos cuyo desalojo se pretendía expresaban su indignación ante los jueces de paz que acompañaban a los presuntos dueños:

- *“¿cómo vamos a creer que porque viene con un papel y la policía él es más dueño que nosotros que hace tiempo que estamos acá?” (E N° 1 y 3).*

- *“los empresarios adquieren los inmuebles mediante subasta pública cuya principal irregularidad son las actas de constatación que nada dicen sobre los poseedores que esas tierras tienen, y si lo saben eluden su importancia al disponer con la intervención del interdicto policial y los jueces de paz y fiscalías que no hacen un análisis exhaustivo del tema y proceden a imputar. Otras veces como en el caso de Doña Ramona, quién no sabe leer ni escribir, se aprovechan para hacerles suscribir documentos de cesiones de derechos” (E N° 9).*

Cuando el Padre Julio relata como lo imputaron cuenta que: *“una persona de Buenos Aires empezó a trabajar, alambrar, desmontar y quemar en un campo que tiene tres familias poseedoras, que hicieron la denuncia pero como suele suceder no se la tomaron, y mientras tanto el hombre seguía alambrando. Pasó el tiempo y como si se dejaba que el señor siguiera alambrando se estaba reconociendo que su acción era justa, y por parte de las fuerzas del orden que en realidad son del desorden no había intervención; estas familias decidieron cortar el alambre como un acto posesorio y nos pidieron ayuda a mí y a otros vecinos de la zona” (Entrevista en Revista Desafíos, pp. 50-52).*

[Ramona Bustamante] "... que nació en el campo de 230 hectáreas, y vivió toda su vida criando cabras e hijos, el 30 de diciembre de 2003 vio por primera vez como le topaban el rancho por orden de la policía y del juez de paz (...). El 23 de enero de 2004 con un despliegue mayor de la Guardia de infantería, le tiraron abajo también el toldo que había armado en el camino de tierra y le taparon el pozo de agua, por orden de la fiscal de Cosquín (...) Los dos procedimientos se realizaron a partir de una denuncia de un productor que reclama las tierras como propias (...) De allí la imputación a Ramona Bustamante por supuesta usurpación"¹⁵.

En el caso Loyola, el conflicto judicial comienza porque el título registral de estas tierras fue rematado a finales de los años noventa. El empresario que compró en el remate intenta tomar posesión desde aquellas fechas, pero en el año 2002 la Justicia Civil de Cruz del Eje sentenció en contra de una acción por él presentada que "el título válido no da sino un derecho a la posesión y no la posesión misma" (...) alegando que la posesión siempre estuvo en manos de estas familias. Esta sentencia basada en el artículo 2468 Código Civil es básica para los derechos de posesión". (Fuentes Entrevista N° 9 y Saravia Marcelo, artículo "Posesión de Tierras/ Nuevas imputaciones a campesinos en la zona de Serrezuela. La pelea continúa", p. 17^a, *La Voz del Interior*, 30/01/05).

En el marco de los derechos sociales y las convenciones suscriptas por la reforma Constitucional de 1994, las organizaciones campesinas intentaron alertar recurriendo a la denuncia e información mediante los medios de comunicación de cada remate, desalojo y tratando de configurar una matriz simbólica alternativa que forzara el sentido judicial de las imputaciones penales de usurpación; de la necesidad de que tanto el gobierno, la Secretaría de Justicia como el Poder Judicial, reconocieran el problema social en el contexto de extrema pobreza que inviabilizaba atribuir cualquiera de los dos principios que sustentan la caracterización de un posible hecho delictivo: el dolo y la culpa.

Frente a los primeros conflictos se concreta la Mesa de Tierras en donde los campesinos, organizaciones junto con la participación de la Iglesia y de la Secretaría Justicia devienen, en más, como partes del

¹⁵ Ramona Bustamante firmó un convenio sobre sus tierras sin saber leer y escribir por el que se reconocía como tenedora precaria. Con los años, este hecho ayudó a quien comprara la tierra pudiera movilizar su desalojo. Las repercusiones nacionales del festival en que el caso de Ramona trascendió a nivel provincial y nacional. *La Voz del Interior* 29 y /02/04.

conflicto. Efectivamente la Iglesia mediante la intermediación de obispo, en este caso el de Cruz del Eje, le reclama a los representantes del gobierno la atención de la problemática. Los pobladores expresaron su punto de vista a través de las palabras de uno de ellos, Octavino Gallardo: *“que no quede en el olvido la palabra, ese es el título que tenemos, vale más que cualquier papel. Aquí en el noroeste no hay juicios, hay sentencias”*¹⁶.

Tanto los jueces de Paz como la policía actúa desde un marco que da señales de creencias tanto sobre la autoridad y la legalidad de los procedimientos que no se condicen con las reglas del Estado de Derecho. Así es común que cuando los campesinos poseedores intentan denunciar turbaciones a sus posesión no puede encontrar la atención policial que si utilizan quienes se adjudican los derechos de propiedad: *“...A mí me era muy difícil ir a ver a juez de paz, porque tiene algunos días en los que iba y otros no y cuando fueron algunos integrantes de UCATRAS no lo encontraron, entonces así llegamos hasta fin de año. (E N° 1).*

La negativa a tratar igual a quiénes dicen ser propietarios o los pobladores rurales junto al desproporcionado accionar policial que en los diversos desalojos utiliza una gran cantidad de efectivos y móviles policiales como si fueran a tener un enfrentamiento armado, en vez de un desalojo, supera las descripciones posibles.

- “...A vos no te tomo ninguna denuncia porque sos un usurpador”... “Cuando uno de los campesinos se acerca a hacer una denuncia la policía no se la quieren tomar porque lo estaban sumariando. Fuimos y el policía nos dijo: “Yo nos les puedo recibir la denuncia porque él está usurpando”. Entonces yo le dije: “El es ciudadano y como todos tiene derecho a que se le tome la denuncia”. Ante la negativa del policía a recibirla le dije: “Soy abogada”, y con muy mala gana se puso a redactar la denuncia”. (...) Cuando leímos el acta [redactada por el policía] él había puesto lo que había querido, lo que yo le había dictado no estaba escrito (...) En una oportunidad en 48 hs. emitieron una orden de lanzamiento cuando se deben dar seis días para contestar la demanda. (E N° 1).

¹⁶ “El gobierno prometió encarar soluciones para el saneamiento de títulos”. En la localidad de Serrezuela los pobladores logran realizar la Mesa de Tierras, con representantes de diversos niveles gubernamentales y de la Iglesia con la presencia del Obispo Colomé, la diputada provincial Graciela Ruiz y representantes del Ministerio de Justicia Provincial y representa el compromiso de informar sobre los conflictos y a su vez concertar soluciones. *La Voz del Interior* 2/10/ 2001, regionales A p.16.

- "Las denuncias hechas por los campesinos son a veces son receptadas en la policía pero nunca llegan a las fiscalías y en caso de que lleguen, la Fiscalía no hace la instrucción y quedan como traspapeladas". (E N° 2)

- "En el caso de la familia Loyola, en Cañada Larga departamento Cruz del Eje hubo más de diez policías armados intimidando a las familias y tratándolos como delincuentes, cuando son familias que trabajaron toda la vida y nunca tuvieron un problema legal" (E N° 9).

En una reciente entrevista Bustamante testimonia como fue que mientras realizaban el primer desalojo un policía de la zona que intervino le dijo: "No se meta de nuevo allí porque va a salir de nuevo", yo me voy a meter, le dije (y el policía le respondió) "la vamos a sacar a los tiros"¹⁷.

- "Este accionar se reitera en el desalojo a la familia Calderón: Porque fueron más de cuarenta efectivos. Nosotros hemos pedido informes a todos los organismos que actuaron fiscalía general, Ministerios de Justicia, de porqué se necesitó para desalojar a cinco personas que fueran siete móviles y más de cuarenta policías y más la sacaron de los pelos de la cama a la mujer cuando llegaron a las 8.00 hrs de la mañana. Ella todavía no había planteado su resistencia" (E. N° 8). En coincidencia con la entrevista la noticia publicada sobre este desalojo dice "siete móviles policiales del CAP y más de 40 efectivos participaron del operativo" (*La Voz del Interior*, 07/09/05).

El 31 de marzo de 2006 se desaloja a nueve familias en los parajes Simbolar y Esquina del Alambre, ubicados en los límites entre los departamentos Ischilín y Cruz del Eje. El juicio tramitado ante el Juzgado Federal N° 1 como medida preventiva ordenó desalojar a las familias, demoliendo con topadoras las casas, y se destruyó además las siembras a punto de ser cosechadas –veinte hectáreas de algodón, cebolla y alfalfa–: "Más de una veintena de efectivos de la Policía Federal en automóviles particulares acompañaron al Juez de Paz de la localidad de Chuña en el departamento Ischilín, sorprendiendo a las familias que no fueron notificadas del desalojo. "la violencia verbal y física, intimidaciones y amenazas contra niños y adultos fueron utilizados por estos al momento

¹⁷ En Revista *Desafíos Urbanos* N° 50 Año 10 Agosto/ Setiembre del 2005, Entrevista realizada por Marta Aguirre a Ramona Bustamante. Córdoba: Centro de Comunicación Popular y Asesoramiento Legal (CECOPAL). p. 40.

del operativo". (La mañana de Córdoba, 16/05/06 y programa Nexos, Canal 10 de TV del 21/05/06).

4.2. Imputaciones y procesamientos

En el Departamento Cruz del Eje uno de los tres casos más visibles data de 1999. El primer caso que se conoce por el paraje en que se localiza la tierra en disputa El Duraznal, habitadas por diez familias constituyendo un grupo de 80 personas, es subastado por el Estado Provincial en remate público por deudas fiscales. En dicha subasta el campo de 500 hectáreas conocido como "El cachiyuyo" fue comprado por productor no conocido en la zona. Frente a las presiones del adquirente y su administrador, los poseedores cortaron los alambres y rompieron los candados de las tranqueras, y cerraron los caminos de acceso al campo. Por estos hechos, fueron imputadas ocho personas por el Fiscal de Instrucción Casado por el artículo 181 del Código Penal. El juicio oral y público sustanciado durante mayo del 2004, terminó en la absolución del delito de usurpación de los campesinos procesados, ya que la Cámara consideró que las molestias personales ocasionadas a los compradores no constituyen turbación de la posesión así como tampoco se pudo probar el dolo o las amenazas. Durante el juzgamiento oral, el fiscal de Cámara impulsó con sus alocuciones la absolución unánime sino que expresamente refirió: "*los funcionarios del Gobierno Provincial que dispusieron esta subasta debieron estar hoy en el banquillo de los acusados: actuaron irresponsablemente*" aludiendo a la responsabilidad gubernamental implicada en rematar un campo por deudas fiscales sin verificar previamente si las tierras estaban ocupadas¹⁸. Sin embargo el reconocimiento de la legitimidad de la compra realizada en la subasta provoca el desalojo de las diez familias que durante varias generaciones habían habitado el lugar, el daño social ya estaba hecho.

Finalmente, en el año 2004, en medio de un contexto de amplia difusión del problema de campesinos desposeídos de sus tierras, surgió la ley provincial N° 9150. Dicha normativa extendió las posibilidades de saneamiento de título a los inmuebles urbanos y reglamentó el funcionamiento de una Unidad Ejecutora –Registro de Poseedores– independiente del Registro de la Propiedad, y dentro del ámbito de la Secretaría de Justicia, que es la autoridad de aplicación. Para esa fecha, existían cerca de 14.000 expedientes iniciados por saneamiento de títulos. La participación del presidente y sus colaboradores del registro de

¹⁸ El fallo de Absolución para ocho campesinos es del viernes 14 de mayo de 2004.

Poseedores, comienza a tener contactos con las organizaciones y los jueces de paz. Durante octubre del 2004, la Unidad Ejecutora realizó una jornada de capacitación para jueces de paz sobre las reglamentaciones y trámites para inscripción de poseedores en zonas rurales. Otro encuentro de capacitación se realizó en la ciudad de Cruz del Eje en abril de 2005, en donde el Director exaltó el compromiso del organismo al declarar que “fue la Unidad Ejecutora la que paralizó el remate de los campos El Destino cercanos a Serrezuela”. En igual sentido se expresó el Ministro de Justicia provincial que en declaraciones a los medios de prensa, expresaba: “*Hicimos un encuentro de capacitación de los jueces de paz y firmamos un convenio para que los fiscales sean custodios de esta ley*”. (*La Voz del Interior*, 4/04/05, p. 15 A y del día 30/01/2005, p. A 16).

Así descripto, parecería ser un modo eficaz de abordar la problemática. Pero deja de tener tal significado cuando se somete a prueba el funcionamiento y la repercusión que tiene la Unidad Ejecutora en la realidad social. Las acciones de la Unidad Ejecutora del Registro de Pobladores y la lentitud de los trámites, se traduce en “un parecido de familia” con otras políticas públicas judiciales como es el caso de la reciente ley sobre violencia familiar.

Existe una desconfianza generalizada, por parte de los campesinos y de las organizaciones que los están apoyando, acerca de la viabilidad de la ley. Las interpelaciones de APENOC hacia el titular de la Unidad Ejecutora del Registro se pueden nuclear en tres tipos de reclamos. Por un lado, que la puesta en marcha del Registro no ha frenado los procesamientos judiciales, los desalojos con topadoras y la presión en las poblaciones rurales. En segundo lugar, los trámites que deben realizarse no están tan resueltos como surge de los discursos de presentación del organismo. Según una de las entrevistadas, en el Departamento Pocho, los problemas del registro pasan por permanente cambio de requisito, y un presupuesto institucional que no cuenta con los recursos necesarios para efectivizar los trámites, como lo atestiguan diversas entrevistados. Por último, las organizaciones rurales y sus abogados plantean que la Ley y el trámite de inscripción no va a frenar el proceso expansivo de las agroindustrias, “se necesitan medidas políticas más concretas y profundas para la defensa de la producción familiar” (*E. N° 9*).

La cultura legal rural crece en sensaciones de desprotección legal y descreimiento institucional, y mediante sus organizaciones recrean la resistencia, ante la pobreza legal de aquellos que “sólo conocen el derecho como víctima del mismo”, y solamente enfrentando a

los operadores de justicia, desafían no sólo las tipologías penales con las cuales pretenden subordinarlos sino la versión autoritaria de la cultura jurídica. Estos hechos no son ajenos a un patrón común de agravio sistemático de amplios sectores poblacionales en América Latina, y que se traducen en una cultura jurídica que los ampara y hace posible, como reconoce Gargarella (2005)¹⁹.

El registro efectivamente no paralizó los acontecimientos y los fiscales siguieron imputando a los poseedores rurales: “Recientemente Ramona y Valeria Loyola, madre e hija han sido imputadas por el delito de usurpación por la fiscalía de turno de Deán Funes. Ramona de 50 años nació allí, pero antes vivieron su padre y su abuelo. Se las acusa de haber roto el alambre nuevo que según ellas estaba invadiendo sus tierras. Ya habían realizado los trámites para inscribirse en el registro de posesión”. (Fuentes: E N° 9 y Saravia Marcelo, “Posesión de Tierras/ Nuevas imputaciones a campesinos en la zona de Serrezuela. La pelea continúa”, p. 17A La Voz del Interior 30/01/05). Las imputaciones penales no perdonan ni a los párrocos de la Iglesia, y también recae sobre Carlos Julio Sánchez, sacerdote de Serrezuela, que acompañó a los campesinos en los cortes de alambrados. En el caso del cura Julio como lo reconoce la gente, entrevistado en la semana siguiente al suceso²⁰, expresaba:

- “ ¿ Cómo toma la imputación que acaba de hacerle la Fiscalía de Cruz del Eje?

- *No me sorprendió. La Justicia está actuando de forma irregular porque no atiende las denuncias de los campesinos pero actúa rápidamente cuando las promueven los empresarios.*
- *¿Entiende que la justicia no es imparcial?*
- *Para nada. En cinco años de lucha la Justicia imputó a 46 campesinos y a ningún empresario.*
- *¿De qué se lo acusa?*
- *De daño calificado por cortar alambre. En realidad por ese hecho estamos imputadas 12 personas. Sólo se trató de un acto posesorio ante la agresión de un empresario de afuera que usur-*

¹⁹ GARGARELLA R. (2005) *El derecho a resistir el derecho*. Buenos Aires: Ciepp, Miño y Dávila, p.124.

²⁰ Entrevista con Carlos Julio Sánchez, Párroco de Serrezuela, Departamento Minas, Córdoba. Periódico *La Voz del Interior*, - 26/02/05, p. 17A.

pó un campo que pertenece a cuatro familias –que tienen la posesión desde hace más de un siglo– y lo alambró sin que nadie lo impidiera.

- *¿Los campesinos que reclaman la posesión en Cañada Larga se inscribieron en el Registro de Poseedores que habilitó el Gobierno Provincial?*
- *Si y en algunos casos hasta dos y tres veces. Pero el Registro no sirve para nada. Es absolutamente ineficaz. Se trató de una decisión política con la intención de apagar un incendio, pero sólo logró caldear más los ánimos, arrojando combustible al fuego. A los campesinos lejos de favorecerlos, los perjudicó”.*

Entrevistado el obispo de Cruz del Eje, expresaba que debía acompañar al padre Julio *“aunque no esté de acuerdo con todas sus posiciones. La intervención de la Iglesia en este ámbito no puede faltar, porque son personas muchas de ellas que no tienen modo de hacerse oír. Por otra parte, son gente que se reconocen como católicas y no cabría que la Iglesia no los acompañe en esta situación”.* (Entrevista con Omar Colomé, obispo de Cruz del Eje La Voz del Interior, 1/03/05)

La presión también se traduce en el proceso mediante la lucha por la determinación del sentido de la norma. Así relataban los abogados que representa a los campesinos de Apenoc, la respuesta del fiscal Casado: *“usted trabaje con la mitad de la biblioteca (refiriéndose a la jurisprudencia sobre posesión) que yo trabajaré con la otra mitad refiriéndose a la jurisprudencia sobre la propiedad”* (E. N° 5 y 9).

En contrapartida a la opinión del Fiscal, la Camarista Clara Luna²¹ expresa:

“la posición geográfica de quién escribe, como habitante del nordeste de la provincia de Córdoba, zona donde el tema de la tierra, de la carencia de títulos, de cerramientos, mensuras, no solo es fuente de pobreza y retroceso, como ya se habló de ello en reiteradas oportunidades, sino además porque la ocupación de la tierra, es fuente de denuncias, más denuncias, y por ende de procesos penales, que generalmente terminan en absoluciones, porque existe real confusión, entre el delito y el hecho civil que contiene la posesión, cuestión ésta que se reitera en la totalidad de las provincias argentinas”.

²¹ [Http// www. Actualidad Jurídica](http://www.ActualidadJurídica), julio 2004.

Como reclama Gargarella (2005:172) nadie niega la multiplicidad de concepciones interpretativas que en el derecho compiten entre sí, aunque siempre la doctrina hace a algunas más plausibles que otras. Interpretar el derecho en vinculación con una cierta concepción sobre la justicia y democracia no debería impedir “la identificación de qué es aquello a lo que se suele llamar derecho dentro de una cierta comunidad jurídica”.

5. Actuar conforme a Derecho: procedimientos y posicionamientos dispares

Cuando el reclamo –como en el caso de Ramona Bustamante– adquiere un carácter público que impide su desconocimiento, moviliza recursos que de otro modo tardarían en hacerlo, y que constituyen una muestra de la intervención pública de la Administración de Justicia cuando “los casos sensibles” cuentan con amplia difusión mediática²². También los operadores jurídicos transforman sus procedimientos frente a los escándalos mediáticos; la frase recurrente es “actué conforme a derecho”, dicha fórmula fue usada por la fiscal de Cosquín, actuante en el caso de Ramona Bustamante y por el fiscal de Cruz del Eje, y sabemos que es común a todos los procedimientos. Cabría preguntarse a cuál régimen jurídico se refiere, si al constitucional o a la discrecionalidad de su posición institucional. A través de los ejemplos que presentan estos registros, y tal como sostiene Burgat (1996): “La legalidad invalida de entrada una interrogación sobre la legitimidad”, esta violencia que se pretende “legítima” jamás es pensada como violencia y menos aún en las consecuencias que desata para la sociabilidad. Si las instituciones políticas garantizan el espacio público, lo realizan efectivamente mediante el entramado jurídico-normativo e institucional. En este esquema, la legitimidad conduce al problema de la autoridad porque ésta consiste en una relación de poder-obediencia, que en una convivencia democrática debe diferenciarse del poder-sumisión. Así asociamos autoritarismo al poder ilegítimo y autoridad al poder legítimo.

Lo anterior, amerita al menos dos dimensiones de análisis; en primer lugar recuerda a los clásicos que sobre los comportamientos

²² La Presidenta del Superior Tribunal de la provincia intervino dictando una serie de medidas que paralizaron los procedimientos judiciales, para retrotraer la situación a antes del desalojo. A la vez que tanto la titular del Superior Tribunal como el Ministro de Justicia solicitaron al Fiscal General de la Provincia que investigue tanto de la Justicia como de la Policía. *La Voz del Interior* 29/01/04.p.A 10.

autoritarios, reseñara Bobbio (2000) al considerar que el autoritarismo es una manifestación degenerativa de la autoridad, una pretensión e imposición de la obediencia que prescinde en gran parte del consenso de creencias compartidas. Cuando Bobbio dedica su análisis a los tres contextos posibles en los cuales se manifiesta el autoritarismo, establece como rasgos comunes “la reacción en contra de la ideología liberal y democrática” y la centralidad que ocupa “el principio de autoridad como una relación entre mando apodíctico y obediencia incondicional”. Agrega que la caracterización de una ideología autoritaria, además de basarse en una concepción de desigualdad, se obsesiona con la centralidad del orden por lo que el ordenamiento jerárquico que se desprende de él, abarca toda la técnica de la organización política. Así, tanto las actitudes como comportamientos intolerantes y la ausencia de sensibilidad ante las más elementales libertades civiles, se constituyen en estereotipos tanto en las formas de pensar como de comportarse. En segundo lugar, la idea de neutralidad, de que los códigos como el Civil y los procedimientos penales son algo así como “demiurgos” que se encuentran “fuera del sistema constitucional”, para no discutir la legitimidad de lo actuado. Tal como sostiene Martín Böhmer (2006) “si la autoridad tiene capacidad de ejercicio monopólico de la fuerza, no importa si carece de legitimidad democrática”²³.

6. Imputantes imputados

Luego de las imputaciones a los campesinos y al Padre Julio durante el año 2005, el fiscal actuante en los hechos acaecidos en Cruz del Eje, fue investigado por abuso de autoridad por la misma fiscal que decretó el segundo desalojo de Ramona Bustamante, y se elevó la solicitud a juicio del Fiscal, solicitándose su desafuero²⁴. Sin embargo la rapidez para juzgar a los funcionarios acusados no actúa del mismo modo que la celeridad y la fuerza puesta en los desalojos rurales. Como lo informan los medios periodísticos la tardanza en el juzgamiento de los funcionarios procesados es judicialmente lenta y escandalosamente política²⁵.

²³ BÖHMER MARTÍN De entrevista *Clarín* 23/07/06 “La idea de diálogo está fuera de nuestra cultura jurídica”. p. 40

²⁴ *La Voz del Interior*, 28/12/05 “Pedido de enjuiciamiento contra el fiscal Raúl Casado”. P. A 22

²⁵ El jury encargado de juzgar funcionarios compuesto por dos legisladores de la mayoría, dos de la minoría y un representante del Poder Judicial no ha destituido a ningún funcionario desde el año 2000. A pesar que más de treinta denuncias se han presentado desde aquella fecha, la mayoría de las denuncias fueron desestimadas o resultas

También fueron imputados algunos jueces de paz del Departamento Río Seco y el supuesto propietario que pretendía los campos de Ramona Bustamante²⁶. La existencia de una gran impunidad para los errores de los operadores jurídicos salvo que los hechos cobren una magnitud tal que se mediaten, convierte a las medidas de control constitucional en meras institucionalidades formales carentes de realidad.

Las estrategias de manipulación de algunos abogados también se nutre de tácticas de presión y coerción, usando la “supuesta legitimidad” del saber técnico. Ello es visible en la actuación de los abogados que a veces patrocinan a los poseedores: el caso de los Loyola cuya abogada les hizo firmar un convenio con el pretexto de que perdería todo, y que el Juez negó su homologación (E N° 9). El caso de la defensa abandonada de la familia Calderón en el paraje el Medanito cuyo juicio fue abandonado por el primer abogado y mientras se sustanciaba la derivación del caso, se vencieron los plazos procesales para apelar. (E N° 8). Según los abogados entrevistados, en ambos casos fueron denunciados a los Colegios de Abogados, en las ciudades de Cruz del Eje y Villa Dolores.

En tal sentido, es observable como los operadores jurídicos y políticos constituyen un referente empírico de lo manifestado por diversos analistas acerca de cómo el primer productor de ilegalidad es el Estado, y éste al igual que la Administración de Justicia no reaccionan para restablecer “una cultura de la legalidad”. Por eso la cuestión de la cultura legal de los operadores jurídicos ha devenido central al igual que la resistencia desde las luchas sociales ensancha los niveles de decir o producir lo jurídico²⁷.

a favor del denunciado. En dos casos de notoriedad pública, los funcionarios acusados lograron jubilarse sin mediar la destitución. Legisladoras provinciales quieren modificar la ley que regula el Jury de enjuiciamiento para que no se acepten renunciaciones ni retiros a funcionarios en proceso de jury y para que los destituidos no puedan presentarse a rendir por otros cargos al Consejo de la Magistratura. *La Voz del Interior*, 11/10/05, Título “El jury tiene 12 denuncias demoradas” p. A2.

²⁶ Desde 1999 fueron destituidos tres jueces de paz por mal desempeño y, en uno de los casos además por supuesta comisión de un delito. Hay un cuarto juez de paz con pedido de destitución en trámite. Otros tres jueces, entre ellos el de Sebastián Elcano, están acusados en causas penales. Por año, en promedio, el Tribunal Superior produce entre siete u ocho “reproches disciplinarios” para dichos funcionarios. Véase *La Voz del Interior*, reportes 23/05/05, 31/07/06 p. 2

²⁷ cfr. Las conclusiones del estudio de Alejandro Isla y Daniel Mígués (2003) *Heridas Urbanas*, coincidente con Alberto Binder (2003).

7. Distinguiendo: democracia y violencia, autoridad y autoritarismo

En este contexto, el proceso de legitimación de la violencia recurre siempre al esquema por el cual se mide el daño causado de modo tal que unos producen daño (los campesinos) y otros producen daño legítimo (las fuerzas del orden público, los propietarios que avasallan, etc..) entre las ordenes de utilizar determinados procedimientos, o el libre accionar de quiénes la ejecutan –sean policías, fiscales, jueces de paz– se diluyen las responsabilidades de las prácticas en si mismas. La violencia marca el orden existente y se convierte en un lenguaje de códigos explícitos y en la coerción que se ejerce para reproducir un cierto orden económico.

Los casos revisados muestran el difuso límites entre el procedimiento que acude al monopolio de la fuerza física desmesurado y la recurrencia permanente que conceptualizo como *violencia moral*²⁸, representada en el conjunto de prácticas sedimentadas y legitimadas por la costumbre institucional jurídica que permanecen imperturbables frente a las reglas democráticas. Mediante su refundación permanente con cierto automatismo e invisibilidad sobre aquellos que se consideran “minorizados”, “al ignorar la queja, también se le niega reconocimiento a la existencia del sujeto discursivo de la queja” con lo que doblemente se impide que se establezca como “un contendiente legítimo por recursos y derechos en un mundo en disputa” (Segato, 2003: 120). La utilización de términos de acusación o sospecha, velada o explícita atribuye intención o comportamiento inmoral al otro, o mediante la imposición de restricciones discursivas o atribuciones explícitas de inferioridad se coloca “al otro” fuera de la legalidad. Dos de los tres aspectos que considera que dicha autora, caracterizan estos casos de estudio provinciales: 1-Su diseminación masiva en la sociedad que garantiza su “naturalización” como parte de comportamientos considerados normales cuya implicancia es colocar su denuncia o discusión como “banal”. 2-Su arraigo en valores y creencias que permiten su justificación que en los casos revisados se remiten a la polaridad propietario/ usurpador desplazando la cultura jurídica de propiedad/ posesión, vieja tradición civilista del país organizadora de un modo de vida. Esta natu-

²⁸ “...no basta decir que la estructura jerárquica originaria se reinstala y organiza en cada uno de los escenarios de la vida social: el de género, raza, etnia, clases, el regional, el colonial. Es necesario percibir que todos estos campos se encuentran enhebrados por un hilo único que los atraviesa y vincula (...)de arriba abajo, la lengua franca que mantiene el edificio en pie es el sutil dialecto de la violencia moral”. Segato Rita L. (2003) *Las Estructurales elementales de la violencia*. Buenos Aires: Universidad de Quilmes y Prometeo, p 121.

ralización facilita el procedimiento penal rápido y ejecutivo frente a la “lenta” discusión civil de los derechos posesorios.

8. Barajar y dar de nuevo: Algunas consideraciones finales

Los procesos actuales de cambio dan base a reconfiguraciones de una trama más compleja de pretensiones e intereses que superan la imagen clásica de contendientes en el litigio. La discusión de las nuevas controversias y su impacto político establecen otro marco para los procedimientos y decisiones judiciales ya que estas impactan en el conjunto de las instituciones, y en el orden democrático. El poder de la decisión judicial, en estos casos, se vuelve político porque le toca definir derechos que el Estado acotadamente ha institucionalizado, y no termina de definir mediante una política integral que supere la densa conflictividad social. Así estamos, entre el ideario constitucional de los derechos sociales y la distancia entre las decisiones judiciales nacionales y provinciales sobre dichos derechos. Es compromiso de los juristas colectivizar los precedentes para cercar la brecha existente entre las idealidades y nuestra realidad. ¿Será esta voluntad constitucional parte de la cultura jurídica de la Administración de Justicia?

Partiendo de considerar una noción de derecho que “supone la preexistencia de una comunidad”, es que hemos analizado las prácticas señaladas. Estas consideraciones sólo son posibles de sostener si pensamos que el Estado de Derecho es una práctica social y no una mera fórmula teórica, y que básicamente consiste en mantener un conjunto de creencias sobre la comunidad, la autoridad y la representación y que por tanto los comportamientos, actitudes y acciones son expresión de dichas creencias, dado que sin ellas “El estado de Derecho aparece simplemente como otra forma de autoridad gubernamental coercitiva”, como señalara Paul Kahn (2001). En las actuaciones reseñadas, he presentado como el trato al poseedor rural se enmarca fuera de la Constitución vigente, pero más que eso, la cultura jurídica de los operadores del derecho, pierde el sentido de creencia que sustenta la legitimidad, “al negar al otro como parte de un nosotros”. Recientemente, Böhmer (2006) ha expresado una simple corroboración que se articula con nuestros análisis: “*hay una resistencia a entablar un diálogo con aquellos que no consideramos iguales o cuyas ideas suenan extrañas a las mías... el diálogo está fuera de la cultura jurídica y cívica de la Argentina*”.

Haciendo propias las expresiones de Gargarella (2005:179), “hay muchísimo para pedirle al derecho, y en particular a sus principales agentes”. El funcionario judicial sea juez o fiscal dispone de amplios marcos de discrecionalidad para elegir alternativas de futuro, esto es

siempre y cuando, inserte sus decisiones a partir de una visión democrática de la realidad, lo que nos lleva a la pregunta de cómo perciben la realidad, estos jueces, policías y fiscales. El problema es como cada uno de los estamentos del poder político y del poder judicial en sus diversos niveles jurisdiccionales ha asumido o no esta recolocación de su papel o se ha quedado enrevesado en una cultura institucional que inviabiliza a la democracia. La movilización política de las instituciones jurídicas es incipiente, y no existen todavía elementos que permitan determinar a largo plazo si el corporativismo judicial podrá incorporar como en el caso brasilero, jueces independientes en la lucha por la democracia.



Bibliografía: ABRAMOVICH V. y COURTIS C. (2006) *“El umbral de la ciudadanía. El significado de los derechos sociales en el Estado social constitucional”*. Buenos Aires: ed. DEL PUERTO; AA VV (2005) *Revista Desafíos Urbanos* N°50 Año 10 Agosto/ Setiembre del.Córdoba: Centro de Comunicación Popular y Asesoramiento Legal (CECOPAL); BOBBIO NORBERTO (2003) *“Teoría General de la política”*. España Trotta; BÖHMER MARTÍN *“La idea de diálogo está fuera de nuestra cultura jurídica”*. De entrevista *Clarín* 23/07/06; BURGAT FLORENCE (1996) *“La lógica de la legitimación de la violencia: animalidad vs humanidad”*. Original: *“La logique de la légitimation de la violence: animalité vs humanité”*, in *Séminaire de Françoise Héritier : De la Violence* (F. Héritier comp). Paris : Ed. Odile Jacob. Traducción Christian Gebauer para el Seminario Antropología de la violencia y los conflictos socio-políticos. LUDMILA DA SILVA CATELA-UNC ; COICAUD JEAN-MARC *“Legitimidad y Política”*. Argentina, Rosario: Homo Sapiens; DURKHEIM EMILE *“La División del trabajo social”*, Buenos Aires: Ediciones Libertador, reimpresión 2004; GARGARELLA ROBERTO (2005) *“El derecho a resistir el derecho”*. Buenos Aires: CIEPP, MIÑO y DÁVILA, GARZÓN VALDÉS (2003) *“El futuro de la democracia”*. “Problemas conceptuales y empíricos: algunas propuestas” de NORBERTO BOBBIO. En Córdoba VIANELLO y SALAZAR UGARTE (coord.) *“Repensar a Bobbio”*. México:UNAM/ siglo XXI; KAHN PAUL (2001) *“El análisis cultural del derecho”*. España:Gedisa; LÓPEZ MONJARDÍN ADRIANA (1994) *“La cultura política de los campesinos”* En JORGE ALONSO coord. *“Cultura política y educación cívica”*. México: Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Humanidad. UNAM y M. A. Porrúa México. pp 223-257; LAVAUD JEAN-PIERRE (2003) *“La dictadura minada”*. Bolivia: CESU, IFEA y Plural Editores; PALACIO JUAN MANUEL (2004) *“La paz del trigo”*. Buenos Aires : Edhasa; PORTES ALJANDRO y HOFFMAN KELLY (2003) *“Las estructuras de clase en América Latina: composición y cambios durante la época neoliberal”*. CEPAL Serie políticas sociales N°68; SEGATO RITA L. (2003) *“Las Estructurales elementales de la violencia”*. Buenos Aires: Universidad de Quilmes y Prometeo; SCARPONETTI PATRICIA (2005) *“El retorno de lo inacabado. Demandas rurales de justicia: posesión y propiedad de la tierra”*. Revista *Astrolabio*. CEA-UNC; SOUZA SANTOS BOAVENTURA (1991) *“El Estado, el derecho y las clases sociales en las luchas urbanas de Recife”*. *Estado, Derecho y Luchas Sociales*. Bogotá: ILSA. En pp.97-119; WOLKMER C. A. (2002) *“Sociedad Civil, poder comunitario y acceso democrático a la justicia”*. El otro Derecho N° 26-27. Bogotá: ILSA. Pp 135-147;

ZEMELMAN HUGO (2005) "*Voluntad de Conocer*". España: Anthropos; CASTEL ROBERT (2004) "*La inseguridad social*". Buenos Aires: Manantial; GIARRACCA NORMA y colaboradores "*La protesta social en la Argentina*". Buenos Aires: Alianza Editorial; GIARRACCA N. y LEVY B. (2004) "*Ruralidades latinoamericanas*". Buenos Aires: Clacso; *Portes Alejandro y Hoffman Kelly* (2003) "*Las estructuras de clase en América Latina: composición y cambios durante la época neoliberal*"; CEPAL Serie políticas sociales N°68; STRASSER CARLOS (2000) "*Democracia & Desigualdad*". Buenos Aires: Clacso; SEGATO RITA L. (2003) "*Las Estructurales elementales de la violencia*". Buenos Aires: Universidad de Quilmes y Prometeo; SANTOS BOAVENTURA DE SOUSA (1991) "*El Estado, el derecho y las clases sociales en las luchas urbanas de Recife*". "*Estado, Derecho y Luchas Sociales*". Bogotá: ILSA. En pp. 97-119. (2003) "*Crítica a la razón indolente*". España: Descleé. (2005) "*El milenio huérfano*". España: Trotta.



**SERALGUIEN
LA CULTURA DEL TRABAJO Y LOS VALORES EN
NIÑOS CORDOBESES – 2006***

**(TO BE SOMEONE IN THE LABOR CULTURE AND THE VALUES
OF CHILDREN OF CÓRDOBA- 2006)**

*Leopoldo Schapira***

RESUMEN: La investigación fue desarrollada con el propósito de servir de disparador del II Congreso Internacional sobre la Cultura del Trabajo y los Valores que organizó la Fundación Inclusión Social Sustentable en el Pabellón Argentina de Ciudad Universitaria en Abril de este año.

Uno de los principales interrogantes planteados se refería a la existencia o no de los valores del trabajo en niños que, en razón del desempleo y de los planes de ayuda social, no habían visto trabajar a sus padres.

La respuesta con relación a este grupo social y a los niños en general es que, en relación a una serie de indicadores, la cultura del trabajo está instalada.

La investigación detecta diferencias de percepciones, creencias y actitudes entre los niños con relación al género, establecimiento educacional y nivel socio-económico.

Finalmente, cabe destacar que las expectativas de lograr el ascenso social a través de la educación formal plantean un desafío sobre el Sistema Educativo argentino.

PALABRAS CLAVE: Valores, Trabajo, Niñez, Educación

* En el diseño de la investigación, desarrollo del campo y análisis de los resultados participaron Josefina Schapira de Perspectivas Sociales, la Lic. Ana María Correa de la Facultad de Psicología de la UNC, el Arq. Leopoldo Schapira del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la UNC, la Dra. Margarita Heredia de la Facultad de Ciencias Económicas de la UNC y la Lic. Patricia Rossi de la Fundación Inclusión Social Sustentable.

** Arquitecto, Master en Planificación Urbana y Regional (UK), Profesor Asociado de Planificación Social del Territorio – Centro Universitario de Política Social – (1983-1989), Investigador del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales (1989-), Socio Gerente de Perspectivas Sociales, Consultora de Mercado, Coordinador de la iniciativa de Periodismo Cívico de La Voz del Interior, Cadena 3 y Canal 12 de Córdoba (2002-2005), Director de Investigaciones de apoyo al Sector Social.

Introducción

“Ser alguien”, lo que los niños/as consideran es la resultante de estudiar, expresión que sirve de título a este informe, significa ser tenido en cuenta. Consultando a informantes calificados que trabajan con niños en condición de pobreza, se clarifica la significación. “Ser alguien” es saber hablar bien para que sus opiniones sean escuchadas y tenidas en cuenta, vestir bien como “un garca”, poder tomar un taxi, es decir que el taxista pare cuando lo reclame y no que lo ignore por desconfianza, ser considerado un consumidor. En definitiva, ser incluido, estar adentro.

Con motivo de la realización del Segundo Congreso Internacional sobre “La Cultura del Trabajo y los Valores” organizado por la Fundación Inclusión Social Sustentable en el Pabellón Argentina de Ciudad Universitaria, Abril de 2006 y que contara con el auspicio de nuestra Universidad, se planteó la necesidad de realizar una investigación sobre la situación de la temática entre los niños de Córdoba, de manera que sirviera de disparador y encuadre del encuentro.

Detectar cuáles son las percepciones, creencias, valores y actitudes de los niños, tiene una trascendencia particular ya que, considerando la estabilidad de los esquemas de valores, se está indagando sobre los enfoques que, con pocos cambios, constituirán nuestro futuro como sociedad.

Por otro lado, y vinculado con lo anterior, se trató de averiguar el impacto en los niños de la crisis del empleo. Muchos de ellos están habituados a que sus padres sean beneficiarios de los planes de ayuda social sin que para ello deba mediar ninguna contraprestación (Esto quiere decir que no han tenido oportunidad de verlos trabajar). Esta presunción fue determinante de la investigación. La pregunta generadora del estudio fue: estos niños que no ven que sus padres trabajen ¿tienen incorporado el valor y la cultura del trabajo?

Síntesis y principales conclusiones

Entre los días 5 y 7 de Diciembre de 2005 se realizaron 405 entrevistas personales a alumnos de cuarto, quinto y sexto grado de establecimientos educativos municipales, provinciales y privados de la Ciudad de Córdoba. Se aplicaron cuestionarios de preguntas semicerradas y abiertas, y categorización ordinal.

De la investigación se desprenden dos grupos de constataciones:

1. Las que permiten afirmar que entre los niños/as de Córdoba, el trabajo está instalado como valor social.

2. Las que revelan que existen ciertas diferencias de percepción, creencias, actitudes hacia el trabajo por género, nivel socioeconómico y jurisdicción del establecimiento educativo donde toman clases a las que debe prestarse atención por sus implicancias.

Más allá de los resultados que responden a los objetivos específicos de la investigación, cabe señalar la detección de un fenómeno social de trascendencia: Las expectativas sobre el sistema educativo formal son muy elevadas como canal de realización y de ascenso social. Este fue el papel tradicional que desempeñó el Sistema Educativo Argentino. Queda por ver si sigue en condiciones de satisfacer esta demanda teniendo en cuenta la situación sectorial y el contexto social actual.

1. El trabajo está instalado como un valor social

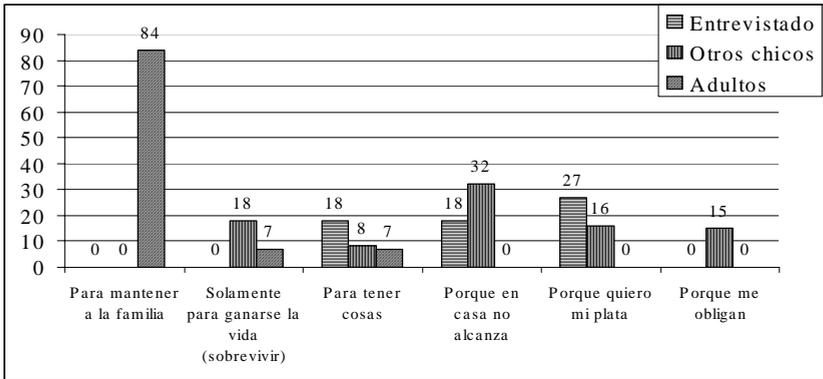
El trabajo está instalado entre los niños consultados como un valor social. Esto se manifiesta, en principio, por su presencia: el trabajo es un gran universo contrapuesto a lo lúdico.

- a) **La idea de trabajo está asociada a la realización de tareas dentro del hogar.** Entre los niños entrevistados, un 14% considera que trabajaba. Se trata de una concepción muy amplia del trabajo. En muchos casos, se refiere a toda actividad que se aleja de lo lúdico.

Se les preguntó en qué consistía su trabajo. La gran mayoría de las tareas (63%) corresponde a colaboraciones en el ámbito del hogar. Un 10% considera que es trabajador porque estudia, lo que dejaría un 27% en el ámbito formal o informal del trabajo.

Tres de cada diez niños consultados conoce a un chico que trabaja. De la descripción de estas actividades se desprende que éstos sí están más integrados a actividades económicas formales o informales. En estos casos hablan del trabajo en una mayor correspondencia a la concepción social del mismo, por lo que va más allá de las actividades no lúdicas.

Consistentemente, cuando los entrevistados responden acerca de las motivaciones que impulsan a trabajar, se mencionan factores distintos según se trate de ellos mismos, de otros chicos o de los adultos.



b) Razones por las que se trabaja

Mientras que entre los chicos que perciben que alguna de las tareas que ellos realizan es un trabajo, casi la mitad de las razones tienen que ver con obtener dinero para ellos mismos, para comprarse cosas. Un 27% dice que realiza tareas domésticas para colaborar en el hogar. Y finalmente, un 18% dice que trabaja porque en sus casas no alcanza el dinero.

En cambio, cuando se les preguntó por qué trabajan otros chicos, el 32% cree que lo hacen por que en sus hogares no alcanza el dinero, el 18% para ganarse la vida y un 15% cree que esos chicos son obligados a trabajar. En este caso, desaparecen prácticamente las respuestas vinculadas a la obtención de dinero para ellos mismos.

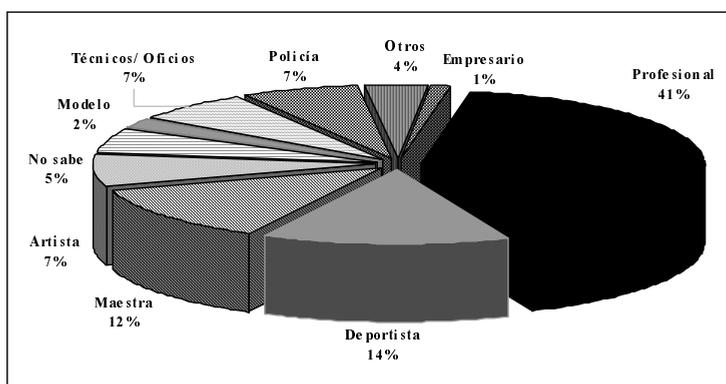
Finalmente, en el caso de las motivaciones que creen que mueven a los adultos a trabajar, las respuestas se concentraron (84%) en que los adultos trabajan para mantener a sus familias. Es muy probable que esta respuesta sea el resultado del mensaje que reciben de los adultos que no parecerían transmitir ninguna imagen placentera o gratificante de su trabajo.

c) El mapa mental de los niños contiene muchas actividades y de entre ellas, son capaces de discernir las que consideran “un trabajo” de las que no. En la consideración de una actividad como trabajo, los niños le dan poca importancia al hecho de que se perciba remuneración o no, a la formalidad, a la estabilidad, al subsidio. Todas las actividades no placenteras fueron consideradas trabajo por lo menos por la mitad de los encuestados.

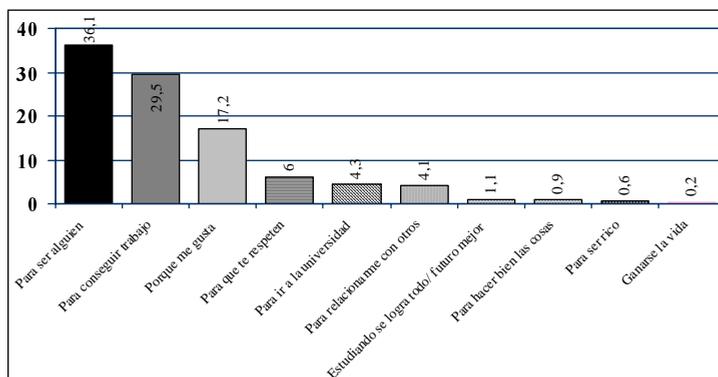
d) **Lo que se quiere ser cuando se sea grande se manifieste en términos ocupacionales.**

La pregunta "¿Qué querés ser cuando seas grande?" remite a la definición del futuro personal ideal del entrevistado. En todas las respuestas, el ser está asociado a actividades laborales. El trabajo, desde niños, tiene una clara importancia en la definición de la identidad personal.

Seis ocupaciones reúnen hasta el 58% de las preferencias: maestra, tres profesiones universitarias, un deportista y miembros de las fuerzas de seguridad.



e) **Que en lo que hace al logro de ese status, haya muy pocas referencias a factores que no dependan del esfuerzo y dedicación personal.** El 77% considera que el camino para lograr ser lo que se quiere ser cuando se sea grande, pasa por los espacios de la enseñanza formal (estudiar o capacitarse).



En la percepción de los chicos, el estudio tiene un sentido instrumental como vehículo para lograr mejores posiciones laborales y, consecuentemente, sociales. Sólo un 17% ve en el estudio una fuente de gratificación en sí misma.

Coherentemente, el 97% considera que vale la pena estudiar. El 36% de los entrevistados afirma que el premio al estudio es “Ser alguien”.

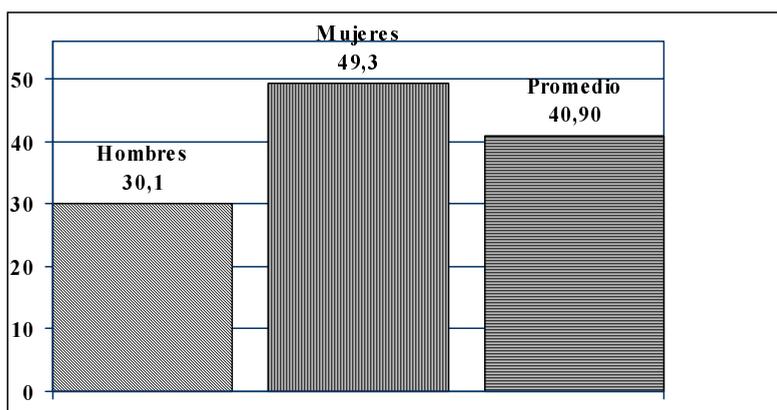
- f) **Que los niños/as tengan una imagen muy nítida de la crisis del empleo:** Un 92% cree que hay mucha gente que no consigue trabajo.
- g) Además, casi 4 de cada diez chicos consideran **que la recesión y la falta de puestos de trabajo son las responsables de que tanta gente no consiga trabajo.** Cifra similar a la que se detectó a comienzos del 2005 entre adultos. Superan los porcentajes registrados en adultos (ya sea en plena crisis en el año 2002 o a inicios del 2005), la visión de los niños de que mucha gente no trabaja “porque son vagos” (28%) o “porque no están capacitados” (25%). La percepción de las causales supra individuales o de contexto de la falta de empleo está equilibrada con las que le achacan el desempleo a actitudes personales.

2. Diferencias de percepciones, creencias y opiniones según el género, nivel socioeconómico y jurisdicción de establecimiento educativo al que asisten

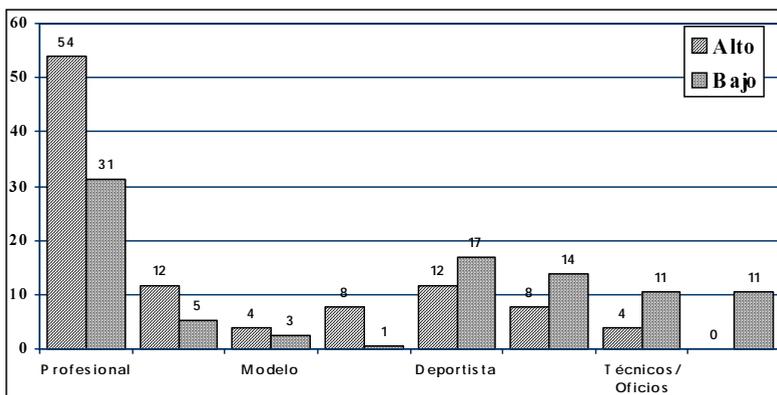
Estas diferencias se manifiestan en que:

- a) **Las mujeres, más que los varones, quieren ser profesionales cuando sean grandes.** Estas expectativas tienen su correlato con la realidad. En la matrícula de la UNC, en el año 2004 el 61% correspondía a mujeres, en tanto que entre los egresados, la proporción sube al 64%.

(Ver cuadro en pág. sgte.)

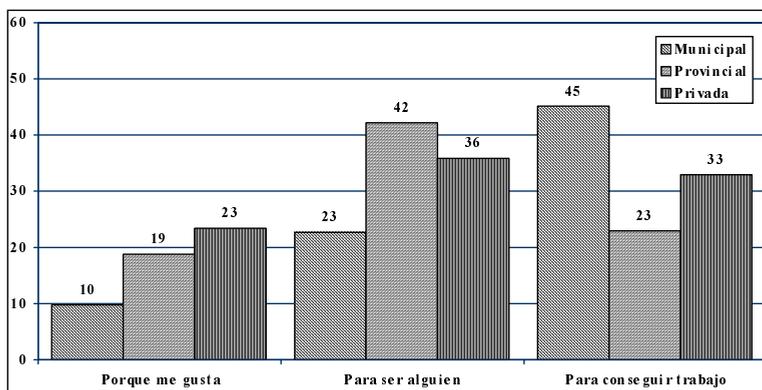


- b) El nivel socioeconómico del hogar de los entrevistados, explica variaciones en las definiciones de lo que quieren ser cuando grandes, su futuro ideal: Los niños/as de hogares de nivel alto, en una mayor proporción que el promedio tienen expectativas de ser profesionales, artistas, modelos y empresarios. En los estratos bajos, la tendencia es hacia ser deportista, maestra, técnico o policía.

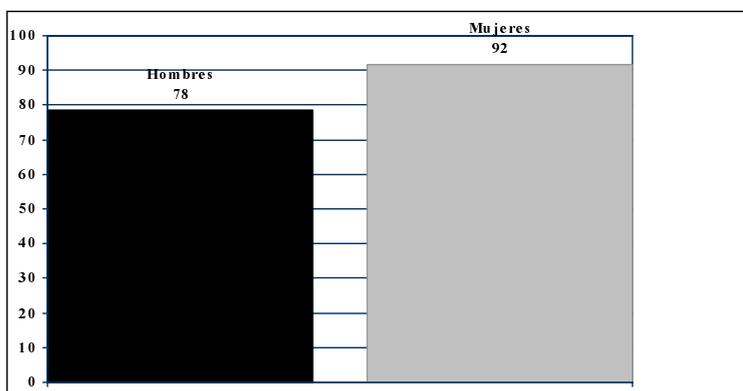


- c) Las respuestas sobre por qué vale la pena estudiar cambian según sea la jurisdicción del establecimiento educativo: Quienes respondieron en mayor proporción que el promedio, que valía la pena estudiar para “conseguir

trabajo” asisten a escuelas municipales. En tanto que, los que dijeron que valía la pena estudiar “para ser alguien”, asisten a instituciones provinciales y los que respondieron que vale la pena el estudio “por el placer del conocimiento” son alumnos de colegios privados.



- d) La proporción de niñas que dice que no trabaja (92%) es superior al promedio de la población (86%). Llama la atención que los varones en mayor proporción que las niñas afirman que hacen tareas domésticas.



e) **El imaginario de los niños sobre las estrategias de supervivencia ante la falta de trabajo varía según el nivel socioeconómico de sus familias**

Los niños/as de hogares de nivel socioeconómico alto tienden a pensar en la mendicidad, el robo, la limpieza de vidrios, los planes sociales y el cirujeo como estrategias de supervivencia ante el desempleo. En mayor proporción que el promedio, perciben al robo como la estrategia de los que pierden el empleo. Por su parte, los niños de clase media están más dispuestos a considerar a las changas, el trabajo infantil, y los planes sociales como forma de vida de los desocupados. En los niveles bajos creen en mayor medida que el promedio que la forma de resolver esta situación crítica es el cartoneo o la venta de sus pertenencias.

La segmentación de estas percepciones enciende una luz de alarma acerca de los procesos sociales que terminan por anquilosar a las personas en situación de desempleo en un estereotipo que termina por traducirse en una especie de presión social para que el individuo cumpla con ese destino determinado de antemano.

Ficha técnica

Encuesta coincidental realizada en establecimientos educativos municipales, provinciales y privados de la ciudad de Córdoba por **Perspectivas Sociales** para el Segundo Congreso de “**La cultura del Trabajo y sus valores**” organizado por **Inclusión Social Sustentable**.

Entre los días 5 y 7 de Diciembre de 2005 se realizaron 405 entrevistas personales a alumnos de cuarto, quinto y sexto grado con cuestionarios de preguntas semicerradas y abiertas, y categorización ordinal.

El error estándar es de $\pm 5,0\%$ para los totales, con un nivel de confianza del 95%.



LA CONSTRUCCIÓN DEL “ESPACIO” Y LA LLAMADA ALTA POLÍTICA

(THE CONSTRUCTION OF THE “SPACE” AND THE KNOWN
AS HIGH POLITICS)

*Enrique E. Shaw **

RESUMEN: El artículo analiza el correlato entre la construcción identitaria y el soporte territorial, es decir, sobre la superficie donde el Estado Nacional se fue asentando y que se llamará “Argentina”. La íntima relación entre ese proceso con el identitario y otro, el de la consolidación de una soberanía sobre un territorio determinado, ejercida por la Política Exterior es lo que tratamos a continuación.

PALABRAS CLAVE: Relaciones Internacionales – Identidad Nacional – Otrredad – Política Exterior

El presente trabajo forma parte de una investigación más extensa, en la cual venimos trabajando desde ya hace unos años. El proyecto ha contado con varios subsidios de la SECyT (UNC) cuyos avances, parciales, hemos publicado en números anteriores de este *Anuario*. El proyecto “madre” se focaliza en la construcción identitaria nacional e internacional de la Argentina durante el periodo de 1898 a 1914¹, utilizado como corpus central de análisis la *Revista de Derecho, Historia y Letras (La Revista)*, fundada y dirigida por uno de los hombres más destacados

* Investigador del CIJS. Profesor Titular de la asignatura “Dinámica Sociocultural Latinoamericana del siglo XX”. Facultad de Lenguas, UNC. Profesor de “Política Internacional” de la Maestría en Relaciones Internacionales, CEA, UNC. Investigador categoría II del Programa Nacional de Incentivos a la Investigación y Docencia.

¹ En el presente artículo tomaremos el período 1898-1906.

en temas sobre Relaciones Internacionales con que contaba nuestra república para entonces, como lo fue Estanislao S. Zeballos².

Uno de los temas nodales de *La Revista* fue la Política Exterior y la construcción de la Identidad Nacional. Obviamente, fue un tema central en la formación profesional de Zeballos, y como tal se dejó traslucir en su publicación. Zeballos fue tres veces Canciller de la Argentina y uno de los rivales de una de las mentes más brillantes que sobre la temática de la Alta Política, produjo la región: José Maria da Silva Paranhos, barón de Río Branco, el fundador de los lineamientos básicos de la política exterior del Brasil por mucho tiempo; Zeballos no se le quedaba a la zaga ni en capacidad ni en formación, pero careció de la apoyatura política que el brillante brasilero contó.

Justamente, uno de esos temas fue el de la política exterior enmarcada, obviamente en el correlato entre la construcción identitaria y su soporte territorial, es decir, sobre la superficie donde este nuevo Estado Nacional se fue va asentando y que se llamó "Argentina". Esa superficie que nosotros llamaremos justamente, "espacio", por ser no solamente físico sino también simbólico. La relación íntima de este proceso con el identitario y otretario con el de la consolidación de una soberanía sobre un territorio determinado con el accionar de la política exterior, es el tema de este artículo.

La política exterior es una política de Estado y por lo tanto una política pública, la cual es diseñada principalmente por el Estado y por lo tanto, por la clase dirigente. Somos conscientes que tal afirmación nos acerca a la teoría Realista de las Relaciones Internacionales, pero sólo tomamos algunos aspectos de esta concepción por ser más útiles para el momento histórico que abarca nuestro trabajo y además, y principalmente, porque Zeballos y *La Revista* adoptaron "la realidad" del Realismo como modalidad de análisis en la mayoría de los casos.

Consideramos que la política exterior es la acción exterior del Estado. Está asociada a la identidad nacional. Así en el interés nacional se localizan las metas y objetivos externos de un Estado que sirven como guía de su política exterior. Está relacionada con la identidad nacional porque tiende a su asociación con los valores y símbolos nacionales, lo que generalmente implica que el alcance de sus resultados tiende a ser percibido como que comprometen a la Nación como un todo³. Justamente ese era el sentido que se le quiso instituir. Es

² Ver: SHAW, ENRIQUE E. "Zeballos y la imaginación de Argentina, 1898-1906". Ed. Advocatus. Córdoba, 2003. pp. 23-28.

³ LASAGNA, MARCELO. "Cambio institucional y política exterior: un modelo explicativo". En: *Afers Internacionais*. n. 32. pp. 45-51.

decir, que los intereses de la clase dirigente fueran percibidos por la nación como propios; aún los que comprometían al Estado nacional como institución soberana frente a otros.

Dentro de nuestro marco temporal, esta categoría adquirió importancia fundamental ya que como dijimos formó parte esencial de la "Realpolitik" y el interés nacional fue el argumento sustentando por los Estados para defender su "avance" territorial, político y simbólico.

No apartamos del Realismo cuando consideramos que la política exterior de un Estado puede verse modificada por cambios en su estructura político-institucional. Así, las características del régimen político pueden conducir a diferencias importantes en las políticas exteriores:

El régimen político, en consecuencia, como variable explicativa, da cuenta de interacciones entre el juego diplomático en el campo internacional y el juego político interno, en torno a cuestiones que son simultáneamente internas e internacionales⁴.

Coincidimos con Lasagna en su afirmación que:
...La política exterior estará condicionada directamente por los principios basamentales del régimen y, acaso, por el grado de ideologización de éste. Este atributo del régimen dependerá de la ideología que abrace el grupo o partido y de la coalición de intereses que lo sustente⁵.

El proceso de la formulación de la política exterior posee particularidades propias que la distinguen de las otras políticas gubernamentales. El papel del Congreso es restringido o relativamente limitado. Así el proceso legislativo de la política exterior es reducido, limitándose, por lo general, a ratificar tratados y regulaciones internacionales⁶.

La orientación del régimen refleja las creencias básicas de la clase dirigente en el gobierno, en el poder político, acerca de los asuntos mundiales y cómo ellos se relacionan con los intereses externos e internos del Estado; pero también se reflejan los intereses sociales, eco-

⁴ PUTMANN, ROBERT. "Diplomacy and Domestic Politics: the Logic of Two-Level Games". En: *International Organization*. v. 42, n. 3. pp. 427-460. Citado por Lasagna, Marcelo, op. cit., p. 50.

⁵ LASAGNA, MARCELO. "Cambio institucional...", op. cit., p. 52.

⁶ Idem. p. 49. Además, esta afirmación adquiere mayor certeza a analizar regímenes presidencialistas como el argentino.

nómicos y políticos asociados al sistema dominante. Así la clase dirigente deja su impronta en el estilo diplomático que adopta un régimen⁷.

Las dimensiones de la política exterior podemos conceptualizarlas como lo hace Lasagna en: los intereses, objetivos y estrategias de política exterior, conjunto que también es llamado “la agenda internacional” de un Estado determinado, la cual incluye el conjunto de intereses y objetivos susceptibles de ser identificados y jerarquizados. Los intereses se refieren a los valores, materiales e inmateriales, objetivos o subjetivos, que se trata de promover por medio de los procesos políticos de la política exterior. Las estrategias son el conjunto de objetivos o metas e instrumentos seleccionados entre un rango de posibilidades para promover determinados intereses o hacer frente a determinados problemas o amenazas provenientes del exterior,⁸ el “Otro”.

Por proceso de elaboración de la política exterior nos referimos a la forma, al cómo y quién o quiénes (clase dirigente) hacen la política exterior. Las decisiones son el aspecto más visible y obvio de la política exterior; pero éstas son sólo parte de una totalidad mayor que incluye pautas de comportamiento, objetivos, intereses, estilos, percepciones e incluso no decisiones⁹.

Por el estilo diplomático nos referimos a la forma de la conducción de la política exterior. En ésta tiene un peso destacado la personalidad del jefe de Estado y también la forma en que se elabora la política exterior¹⁰. El modo en que se entrecruzan los siguientes factores: valores y perspectivas ideológicas de encargados de implementar la política exterior; la tradición diplomática del país y los valores y normas no escritas del comportamiento internacional, etc., conforman y constituyen el estilo diplomático de un país. Así los actores políticos en que se basa el modelo interno dominante del régimen juegan un papel trascendental en la configuración del estilo diplomático de un Estado¹¹.

⁷ Idem, pp. 54 y 55.

⁸ Idem, p. 58.

⁹ Ibidem.

¹⁰ Volvemos a reiterar, esta impronta tiene mayor relevancia en aquellos regímenes donde la jefatura de Estado y la jefatura de gobierno residen en la misma cabeza, tal es el caso del sistema argentino.

¹¹ LASAGNA, MARCELO. “Cambio institucional...”, op. cit., p. 58.

La política exterior y el territorio para este periodo estaban estrechamente unidos. El interés nacional se medía, muchas veces, en la posesión de superficie territorial¹² que tenía un Estado; porque el modelo occidental de Estado Nación, en el cual la Argentina fue insertada, se correspondía con la concepción espacial o territorial. Por lo tanto se debería poseer territorios compactos y bien definidos. Así, pueblo y territorio deberían pertenecerse mutuamente¹³. ¿Pero cuál territorio debería ocupar el Estado en nombre de la nación?, Obviamente el histórico y éste no es otro que la patria y "...esta se convertía en la depositaria de recuerdos históricos y asociaciones mentales; en el lugar donde 'nuestros' sabios, santos y héroes vinieron, trabajaron, rezaron y lucharon... Sus ríos, mares, lagos, montañas y ciudades adquieren el carácter de 'sagrados'".¹⁴ Tenemos que resaltar, que un Estado sin territorio no era -ni es- un Estado. Como dice Jellinek "La necesidad de un territorio determinado para que pueda tener existencia un Estado, ha sido reconocida por vez primera en los tiempos modernos"¹⁵.

Recordemos que durante el siglo XIX se constituyeron la mayoría de los Estados nacionales en casi todo el mundo, podría aumentar el número de Estados, lo que era limitado era el espacio, el territorio sobre el cual el Estado nacional debería construirse y se construyó. Este proceso constructivo estuvo acompañado por disputas, muchas de ellas territoriales, que pudieron llegar al conflicto armado o que se disputaron en el campo diplomático real o simbólico. Lo planteado en *La Revista* muchas de las veces se correspondía con una de estas manifestaciones o, con la mezcla o concordancia de la dos.

Como dice Heller:

*"...Los rasgos esenciales de los caracteres del Estado aparecen así condicionados por la peculiaridad de las fronteras geográficas y el carácter individual del territorio delimitado por ellas. (...) Las fronteras políticas... son determinadas por la acción del Estado... todas las fronteras políticas son zonas y lindes 'arbitrarios', 'artificiales', es decir, queridos por los hombres, nacidos de las relaciones de poder y de las manifestaciones de voluntad de los que trazan las fronteras..."*¹⁶.

¹² Entendemos que el mar y el aire conforman parte del territorio.

¹³ SMITH, ANTONY. "La identidad nacional". Trama editorial. Madrid, 1997, p. 8.

¹⁴ Idem, pp. 8 y 9.

¹⁵ JELLINEK, GEORG. "Teoría general del Estado". Ed. Albatros. Buenos Aires, 1978, p. 296.

¹⁶ HELLER, HERMAN. "Teoría del Estado". Ed. Fondo de Cultura Económica. México, 1974, p. 161.

La delimitación del “contorno” de este espacio territorial era la frontera la cual era demarcada mediante hitos y mojones¹⁷. Pero también la frontera estuvo dada por el “Nosotros” y los “Otros”, esa línea divisoria que marcaba la diferencia entre “Unos” y “Otros”. Así la otredad no fue algo dado sino producido.

Ahora bien, la posesión de un territorio significó, también, un mayor despliegue de poder para poder conservarlo como propio, como un espacio donde ejercer la soberanía estatal. Por lo tanto, en ciertos puntos, ciertos “espacios”, del mismo se tornaron estratégicos, que podían o no en ese momento ser posesión de un Estado particular, que se estaba en disputa o, próximo a serlo.

A través de un diseño de la política exterior, la Argentina tuvo que construir, tanto su espacio soberano: el territorio donde se insertaría como Estado nación, como así también los espacios políticos y simbólicos necesarios para consolidar con el tiempo su soberanía. Proceso que se inició a partir de 1853-62 y se aceleró en los '80. Aceleración que coincidió con el periodo más álgido con nuestros vecinos, en especial con Chile que desde un comienzo en *La Revista* (1898) despuntó siendo ese “Otro”¹⁸ y, sobre el cual la Argentina debió avanzar, dado que también Chile entonces estaba diseñando y estableciendo los límites de su jurisdicción soberana espacial principalmente. Pero a partir de 1905-1906 ese “Otro”, fue desplazado por Brasil.

El tema de la política exterior es recurrente, obviamente, en *La Revista*, pero era muy raro ver a otros opinar sobre este tema. En general, siempre era Zeballos el autor de los artículos. Cuando no, era porque quería dejar hablar a la contraparte, para sacar provecho o, para desnudar sus intenciones. También para mostrar realmente adonde apuntaban los intereses del autor.

Durante el período estudiado, el objeto central de sus análisis en política exterior fue Chile (el Otro) “Su expansión a costa de territorio argentino” fue una afirmación muy utilizada en las argumentaciones “zeballistas”. En un primer momento el tema central fue la Puna para luego desplazarse hacia la divisoria de aguas o la línea de más altas cumbres, en el centro y sur del país.

¹⁷ “La delimitación del territorio del Estado y la cuestión aneja de las fronteras resulta un problema relativamente nuevo en el mundo occidental. Antes del siglo XVII, las fronteras van a cumplir una función delimitadora de las zonas de influencia, no adquiriendo definitivamente su sentido actual hasta las guerras napoleónicas.”. Ver GARCÍA COTARELO, RAMÓN, comp. “Introducción a la teoría del Estado”. Ed. Teide. Barcelona, 1981, p. 87 y ss.

¹⁸ El “Otro”, en esta conceptualización, siempre es un enemigo real o potencial.

Detengámonos en el tema de la Puna ya que *La Revista* le dedicó varios artículos, pero también Zeballos platicó en más de una oportunidad, como en la conferencia en el Centro Jurídico de Buenos Aires el 19 de octubre de 1900 y que fuera publicada como separata de la Revista Jurídica y de Ciencias Sociales¹⁹.

Este asunto fue uno de los primeros sobre esta temática en tratarse en *La Revista*, dando lugar a la visualización y conformación del "Otro": Chile. Justamente la disputa entre los distintos actores estatales internacionales, fue sobre la posesión de territorios y la delimitación de los mismos para la conformación de las fronteras de la "Patria". En este sentido hemos rescatado los ejemplos más relevantes, tanto sobre disputas territoriales como cuestiones estratégicas no territoriales como, por ejemplo la cuestión armamentos y de transporte.

Hagamos un poco de historia. Para ello, tendremos que remontarnos a nuestras relaciones con Bolivia para entender el "enfrentamiento" con Chile y su institución como el "Otro". Ningún resultado concreto se logró en materia de límites con José Uruburu, el plenipotenciario que se acreditó en 1874 cerca de las autoridades de Bolivia. Se reabrió el debate sobre la cuestión de límites en 1883, cuando el ministro de la República Argentina, Victorino de la Plaza, reclamaba por adelantos bolivianos sobre territorio de exclusivo dominio nacional y recusaba las pretensiones de Bolivia sobre Tarija y el Chaco. Recién el 11 de junio de 1888 se firmó el protocolo Quirno Costa-Vaca Guzmán que fijaba los límites del Chaco firmándose el 10 de mayo de 1889 el acuerdo final sobre esta cuestión.

Al año siguiente la República boliviana acreditó en la ciudad de Buenos Aires a su más importante diplomático, como ministro plenipotenciario: Mariano Baptista, que encontró serias dificultades a causa de la revolución del '90. Recién en 1891 el Congreso Argentino analizó el tratado de límites pero cambió el artículo primero, el gobierno boliviano aceptó la modificación argentina que tendía a la armonización del límite en la Puna, con la frontera instituida entre Chile y Argentina en el tratado de 1881.

La nueva redacción dada por el Congreso Argentino, consignaba que la frontera pasaba por las cumbres más elevadas de la cordillera

¹⁹ ZEBALLOS, ESTANISLAO. "Chile y Bolivia". Publicación de la *Revista Jurídica y Ciencias Sociales*. Buenos Aires, 1900. También publicado en el t. 8 del año 1900 de *La Revista de Derecho, Historia y Letras*. Como en los números siguientes de *La Revista*, los artículos sobre esta temática fueron muy abundantes, tocando distintos aspectos de la situación como lo jurídico, lo político y lo diplomático.

de los Andes, desde el extremo norte del límite argentino-chileno a la vez que mantenía el principio opuesto por nuestro país a la tesis del *divortium aquarum* continental, eliminando la discontinuidad entre las fronteras argentinas en aquellos extremos del territorio nacional²⁰. En 1893 se produjo el intercambio de las ratificaciones del convenio, de acuerdo a lo firmado se constituía un sistema de frontera que otorgaba a Bolivia la provincia de Tarija; este país a su vez, desistía de sus pretensiones a una parte del Chaco y cedía la Puna de Atacama. El problema se planteó cuando Bolivia cedió, por el Tratado de Tregua como consecuencia de la guerra de 1879, dicho territorio a Chile y cuando éste tomó posesión militarmente del territorio convirtiéndola en provincia propia. Cuando la Argentina intentó tomar posesión de la Puna se produjo un grave desacuerdo con Chile. La Argentina había negociado con Bolivia la entrega de la Puna de Atacama, cediendo Tarija, el triángulo de las Juntas de San Antonio que formaban parte del departamento argentino de Orán. Resultado: no pudo hacer suyo lo dispuesto en el Tratado con Bolivia por ser Chile el que tenía en ese momento el dominio efectivo sobre dicho territorio.

Esta situación se complicó cuando la acción encarada por el gobierno chileno a raíz de la epidemia del cólera en las provincias del noroeste argentino, llevó a aquellos a avanzar sobre territorio salteño. El gobernador de dicha provincia notificó al gobierno nacional de la penetración chilena en la Puna argentina. El gobierno argentino exigió explicaciones al chileno sobre el alcance del Tratado de Tregua y dejó en claro que la región de Antofagasta le correspondía a la Argentina; pero por consejo de la Legación argentina en Santiago de Chile a cargo de Evaristo Uriburu, quien notificó a Buenos Aires que no era conveniente pedir explicaciones a Santiago, por tal accionar. Según Uriburu la incursión chilena no se había producido porque se había “confundido” el nombre de Antofagasta por Cobija²¹. Ante esta situación el gobierno de Buenos Aires, de modo secreto entabló conversaciones con La Paz para establecer un equilibrio de poder para contrarrestar el avance chileno en la región. Intentando conformar un “Nosotros” con los bolivianos, es decir una “alianza” limitada a determinados intereses comunes. Es importante recordar que en ese momento la Argentina mantenía una

²⁰ SANS, LUIS SANTIAGO. “La historia diplomática desde la presidencia de Mitre, 1862, hasta 1930”. Academia Nacional de la Historia. “Historia Argentina Contemporánea, 1862-1930”. Ed. Ateneo. Buenos Aires 1964, pp. 310 y ss.

²¹ CISNEROS, ANDRÉS y ESCUDE, CARLOS. “Historia general de las relaciones exteriores de la República Argentina”. Grupo Editor Latinoamericano. Buenos Aires, 1999, t. 7, pp. 33-34.

relación tensa con Río de Janeiro, por lo tanto no era conveniente abrir otro frente de conflicto y debilitar la "estrategia argentina", por ello se prefirió "olvidar" el asunto, a la par que establecer conversaciones "íntimas" con Bolivia.

Estanislao Zeballos sostenía que Chile no tenía buenos propósitos con el protocolo Billinghurst-Latorre y solicitaba a Bolivia y Perú su unión en contra de Chile.²² Es importante ver como ahora el "Nosotros" no sólo abarcaba a "Nosotros" los argentinos, sino que Zeballos ampliaba el nosotros colectivo, en el sentido estratégico de lograr poner a Bolivia y Perú en la construcción de ese "Nosotros" en contra del "Otro". Dicha construcción tiene sentido si recordamos que para estos dos países el "Otro", también en un momento muy próximo de sus historias, fue Chile.

Este tema de la Puna repercutió ampliamente en la Argentina, donde gran parte de la población consideró que realmente había sido invadida por Chile. A nivel "masivo" se podía seguir las disputas en los periódicos *La Nación* y en *La Prensa*. Como sostiene José Paradiso: "...la más grave de todas las controversias y la que más cerca estuvo de desembocar en una conflagración fue la que sostuvo con Chile y se prolongó, combinando ciclos de hostilidad con otros de relativa distensión, a lo largo de tres décadas"²³.

Obviamente en *La Revista* –los artículos adquirieron una sagacidad y un cinismo muy particular– fueron numerosos los publicados en este sentido y aprovechando la situación de descontento que se había generado por la poca habilidosa diplomacia argentina. Zeballos continuamente denunciaba la finalidad de la diplomacia chilena sobre estos asuntos. Uno por medio del artículo sobre "Chile y Bolivia", donde estructuró toda una argumentación para sostener los derechos argentinos y bolivianos sobre esos territorios de la Puna; en otros directamente acusaba a la legación argentina de dejarse conducir por la cancillería trasandina²⁴ o de falta de una política lógica en nuestra relación con Chile²⁵ y sobre todo la falta de una agenda internacional coherente en el gobierno. Siempre resaltaba que nuestros diplomáticos caían en las trampas de los

²² CÁCERES, ANDRÉS A. "Protocolo Billinghurst-Latorre". En: *Revista Derecho...*, op. cit., t. 1, 1898, p. 99.

²³ PARADISO, JOSÉ. "Debates y trayectoria de la política exterior argentina". Grupo Editor Latinoamericano. Buenos Aires, 1993, p. 29.

²⁴ Ver ZEBALLOS, ESTANISLAO. "La Crisis internacional". En: *Revista de Derecho...*, op. cit., t. 1, 1898, p. 458.

²⁵ ZEBALLOS, ESTANISLAO. "Reunión de peritos". En: *Revista de Derecho...*, op. cit., t. 1, 1898, p. 264.

diplomáticos chilenos, en especial la de solucionar los conflictos por medio de los arbitrajes. El problema de la Puna de Atacama quedó solucionado con la firma del convenio del 2 de mayo de 1904.

Zeballos consideraba un error estratégico llegar a las instancias arbitrales, porque muchos de los territorios disputados no tenían basamento jurídico ni histórico en el cual Chile podría apoyarse para sostener un arbitraje a su favor, pero lograba por este medio obtenerlo, al consensuar con la Argentina el arbitraje que de otro modo no habría podido hacer: esto es sostener jurídicamente la posesión de un determinado territorio, y que en realidad trasuntar en dar una configuración espacial, es decir territorial, al "Otro".

Detrás de estos comentarios en realidad se estaba presenciado una lucha entre dos formas de estructurar la política exterior de la República en el seno de la clase dirigente. Los idealistas más cercanos al pacifismo para posibilitar el comercio y por lo tanto muy alejados de implementar políticas de enfrentamiento, impulsaban una solución negociada de los conflictos y una moderación en los gastos militares, adhiriéndose a los procedimientos arbitrales. Mientras los más cercanos al Realismo estaban influenciados por la política bismarkiana, las doctrinas sobre el poder naval, como las del Almirante Mahan, el respaldo de la experiencia histórica y las prácticas imperiales, lógica del poder y la funcionalidad del poder militar²⁶. A esta postura estaba adherido, obviamente Zeballos, pero esta división se dio en el centro de la clase dirigente, como dijimos pero también dentro del mismo grupo roquista al que pertenecían Amancio Alcorta como Estanislao Zeballos aunque mucho más cercano a lo que quedaba del "Juarismo".

Si bien Zeballos estaba consciente de la importancia del comercio para el desarrollo del país, no aceptó la subordinación de los intereses geopolíticos de la República a los económicos. Así, acusaba como causantes de la decadencia argentina y de su sistema institucional al "afán de riqueza y utilitarismo que ya no somos una nación sino una factoría"²⁷. A su vez en el mismo artículo criticaba el descuido del gobierno en materia de defensa y armamento²⁸, en un todo de acuerdo con la necesidad de implementar una política de "paz armada" cuya finalidad era lograr un permanente equilibrio, pero significaba un costo muy alto para la economía del país y se enmarcaba dentro de los postulados del Realismo.

²⁶ PARADISO, JOSÉ. "Debates y trayectoria de la política...", pp. cit., p. 3.

²⁷ ZEBALLOS, ESTANISLAO. "Reunión de peritos". En: *Revista de Derecho...*, op. cit., t. 1, 1898, p. 256.

²⁸ Idem, p. 264.

Zeballos tenía una clara visualización del papel que debería jugar su publicación ante el manejo de la política exterior de la Argentina "...y esta Revista, poniéndose al frente de la resistencia política y científica, cumplía un deber solemne de contribuir á la ilustración de los poderes públicos y del país"²⁹.

Hubo excepciones a la crítica, cuando por una hábil maniobra chilena, más diplomática que militar, el gobierno de Santiago reclamó derechos sobre San Martín de los Andes. Obviamente la respuesta argentina no se hizo esperar y la de Zeballos tampoco, advirtiendo por medio de *La Revista* sobre esta "insolencia" chilena³⁰. San Martín de los Andes estaba demasiado cercana de puntos que Buenos Aires consideraba estratégicos y por lo tanto no podía permitir semejante avance, más que real, simbólico.

A modo de conclusión podemos decir que la relación entre espacio, territorio, identidad y otredad se manifestó justamente en la presencia del Otro, de una forma marcada por diferentes medios, ya sea por la política exterior de cada uno de los actores que repercutía invariablemente en estos temas y reformulaba muchas de las veces las políticas del Otro para contrarrestarla. Este accionar delimitaba las fronteras de la construcción del Estado nacional y por lo tanto su extensión territorial; pero también esta limitación marcó, no solamente la frontera real (territorial) sino otra muy importante como ser la frontera simbólica entre un Estado y otro. Esta "limitación" es justamente una línea fronteriza entre lo real y lo simbólico, pero esa línea marcaba también la separación entre una nación y otra; es decir entre una Comunidad Cultural y otra Comunidad Cultural. Así adquirió suma importancia la creación de mecanismos que posibilitaran justamente la defensa "patriótica" de estos "espacios" ahora "reales".

Las disputas por la frontera de la Patria, en todos sus "espacios", fue lo que marcó fuertemente, la nueva década del nuevo siglo.

²⁹ ZEBALLOS, ESTANISLAO. "Política exterior de Chile y la Repúblicas Argentina, del Perú y Bolivia". En: *Revista de Derecho...*, op. cit., t. 6, 1900, p. 305.

³⁰ ZEBALLOS, ESTANISLAO. "Incidente diplomático sobre San Martín de los Andes". En: *Revista de Derecho...*, op. cit., t. 1, 1898, pp. 105 y ss.

Bibliografía: ANDERSON, BENEDICT. "Comunidades imaginadas. Reflexiones sobre el origen y la difusión del nacionalismo". Ed. Fondo de Cultura Económica. México, 1997. ANSALDI, WALDO Y MORENO, JOSÉ LUIS. "Estado y sociedad en el pensamiento nacional". Ed. Cántaro. Buenos Aires, 1989; ARENAL, CELESTINO DEL. "Introducción a las relaciones internacionales". Ed. Rei. México, 1995, BARBÉ, ESTHER. "Las relaciones internacionales". Ed. Tecnos, Madrid, 1998; CAMPOS DE ALMEIDA, TÂNIA MARA. "A invenção do Estado-Nação e o

caso brasileiro. En: *Revista Multipla*. v.3(4) n. 71-83. Brasilia, 1998; CASTORIADIS, CORNELIUS. "La institución imaginaria de la sociedad". t. 1 y t. 2. Tusquets Editores. Buenos Aires, 1993; CISNEROS, ANDRÉS Y ESCUDÉ, CARLOS. "Historia General de la Relaciones Exteriores de la República Argentina". Parte I, t. I. Parte II. Ed. Nuevo Hacer. Buenos Aires, 1998; "Historia General...", op. cit., Parte II, ts. VII y VIII. Ed. Nuevo Hacer. Buenos Aires, 1999; CORNBLITT, OSCAR E.; GALLO, EZEQUIEL Y O'CONNELL, ALFREDO A. "La Generación del '80 y su proyecto: antecedentes y consecuencias". En: Torcuato Di Tella Comp. Argentina Sociedad de masas. Ed. Eudeba. Buenos Aires, 1965; Zeballos y la Política Exterior Argentina. Ed. Pleamar. Buenos Aires, 1982; ETCHEPAREBORDA, ROBERTO. "Historia de las relaciones internacionales argentinas 2. Ed. Pleamar. Buenos Aires, 1978; FERRARI, GUSTAVO. "Conflicto y paz con Chile". Ed. Eudeba. Buenos Aires, 1968; y GALLO, EZEQUIEL. comp. "La Argentina del ochenta al Centenario". Ed. Sudamericana. Buenos Aires, 1980; GARCÍA COTARELLO, RAMÓN. (comp). "Introducción a la teoría del Estado". Ed. Taide, Barcelona, 1981; HALPERIN DONGHI, TULLIO. "Historia Contemporánea de América Latina". Alianza Editorial. Buenos Aires, 1986; HOBBSAWM, ERIC J. "La era del imperio, 1875-1914". Ed. Crítica. Buenos Aires, 1998; and RANGER, TERENCE. "The Invention of Tradition". Ed. Canto. Cambridge, 1999; JELLINEK, GEORG. "Teoría General del Estado". Ed. Albatros. Buenos Aires, 1978, LASAGNA, MARCELO. "Cambio institucional y política exterior: un modelo explicativo". En: *Afers Internationals*. n. 32. Barcelona, s/f; LANÚS, JUAN ARCHIVALDO. "La causa argentina". Ed. Emecé. Buenos Aires, 2002; MABRAGAÑA, H. "Los mensajes". Buenos Aires, 1910; OSZLAK, OSCAR. "Formación histórica del Estado en América Latina. Elementos teóricos metodológicos para su estudio". Ed. CEDES. Buenos Aires, 1986; "La formación del Estado Argentino". Ed. Belgrano. Buenos Aires, 1990; PARADISO, JOSÉ. "Debates y trayectoria de la Política Exterior Argentina". Grupo Editor Latinoamericano. Buenos Aires, 1993; PINERO, NORBERTO. "La Política Internacional Argentina". Ed. Jesús Méndez. Buenos Aires, 1924; POMER, LEÓN. "La construcción de los héroes. Imaginario y nación". Ed. Leviatán. Buenos Aires, 2005; RUIZ MORENO, ISIDORO. "Historia de las relaciones exteriores argentinas (1810-1955)". Ed. Perrot. Buenos Aires, 1964; RUIZ MORENO, ISIDORO. "Historia de las relaciones exteriores argentinas (1810-1955)". Ed. Perrot. Buenos Aires, 1961; SANZ, SANTIAGO. "Historia Argentina contemporánea, 1862-1930: la historia diplomática, desde la presidencia de Mitre, 1862, hasta 1930". En: Academia Nacional de la Historia. t. V. Ed. El Ateneo. Buenos Aires, 1964; SATAS, HUGO R. "Una política exterior argentina". Ed. Hypamérica. Buenos Aires, 1987; SHAW, ENRIQUE E. "Zeballos y la imaginación de Argentina, 1898-1906". Ed. *Advocatus*. Córdoba, 2003; y JUÁREZ CENTENO, CARLOS. "La relación entre la Argentina y los Estados Unidos en época de la Conferencia Panamericana de Río de Janeiro de 1906. Una lectura desde: *La Revista de Derecho, Historia y Letras*. En Escenarios y nuevas construcciones identitarias en América Latina. UNC. UNVM. Córdoba, 2004; "Inmigración y ciudadanía: un problema del '900: estudio comparado entre *La Revista de Derecho, Historia y Letras* y las tesis doctorales presentadas a la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba". En: Anuario. n. VII. CIJS. UNC. 2004; "A(r)mandonos: Alta Política en le escenario internacional, 1898-1914". En: *Anuario*. n. VIII, CIJS. UNC, 2005; SOLVEIRA, BEATRIZ. "La evolución del Servio Exterior Argentino entre 1852 y 1930". Ed. Centro de Estudios Históricos. Córdoba, 1997; "La política internacional: relaciones exteriores y cuestiones limítrofes (1862-1914)". Apartado de la "Nueva Historia de la Nación Argentina". t. V. Ed. Planeta, Buenos Aires, 2000; SMITH, ANTHONY. "La identidad nacional". Trama editorial. Madrid, 1997.

FUENTES y REPOSITARIOS: *Revista de Derecho, Historia y Letras. Años 1898 a 1914.* (Hemeroteca de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba y Hemeroteca del ex Instituto de Estudios Americanistas, biblioteca de la Facultad de Filosofía y Humanidades de la Universidad Nacional de Córdoba); Memorias del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto. Años 1898 a 1914. (Archivo General de La Nación. Biblioteca del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de La Nación. Biblioteca del Congreso de La Nación); Compendio de Legislación Argentina 1898/1914. (Biblioteca de la Legislatura de la Provincia de Córdoba y Hemeroteca de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba).



CONSTRUCCIONES JURÍDICAS PROGRESISTAS EN RELACIÓN AL ABORTO*

(PROGRESSIVE JURIDICAL CONSTRUCTIONS IN RELATION
TO ABORTION)

*Juan Marco Vaggione** y Silvia Juliá****

RESUMEN: A partir de considerar la existencia de un cambio socio-político en las formas de regular la sexualidad, el artículo analiza algunos avances doctrinarios y jurisprudenciales que buscan disminuir la fuerte postura anti-aborto del pensamiento jurídico argentino.

PALABRAS CLAVES: Aborto- Doctrina- Política Sexual.

1. Sexualidad y pluralismo

Las formas de regular la sexualidad han ido cambiando, con particular dinamismo, en los últimos años en Latinoamérica. De manera incipiente un nuevo paradigma va generando construcciones culturales, políticas y legales que amplían el pluralismo; un paradigma que

* Queremos agradecer la asistencia invaluable de Angélica Peñas Defagó en la búsqueda de información para este artículo.

** Doctor en Derecho y Cs. Sociales y Doctor en Sociología. Investigador de CONICET. Profesor Adjunto de Sociología de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la U.N.C. Ha escrito diversos artículos sobre el tema de derechos sexuales y reproductivos, habiendo recibido por dos de ellos premios internacionales.

*** Abogada, Asesora Legal e integrante de Católicas por el Derecho a Decidir, Córdoba. Especialista en derechos humanos de las mujeres, activista en campañas por los derechos de las mujeres, con quince años de trabajo en derechos sexuales y reproductivos. Cofundadora y presidenta durante diez años de la Comisión de la Mujer del Colegio de Abogados de Córdoba.

distingue sexualidad y reproducción, donde no sólo la sexualidad debe ser entendida con prescindencia de sus aspectos reproductivos y centrada en cuestiones como el placer y la libertad, sino también la reproducción debe regularse más allá de sus aspectos sexuales (reproducción sin sexualidad)¹. La pluralidad de arreglos afectivos, sexuales y/o reproductivos es un componente central de estos cambios que requieren del derecho como garantizador de marcos de libertad ampliados y diversos.

Este nuevo paradigma no refiere únicamente a un cambio en la forma en que la población ejerce su sexualidad sino, fundamentalmente, un cambio en la legalidad y legitimidad de estas formas. El uso de medidas anticonceptivas o abortivas y la existencia de un amplio abanico de arreglos sexuales alternativos no son novedosos, lo que es relevante es que estas cuestiones no sólo tienen más aceptación por parte de la población, mayor legitimidad social, sino también que buscan ser incluidos como parte de un sistema de derechos que se aglutinan bajo el rótulo de los derechos sexuales y reproductivos. Estos derechos incluyen, entre otros, el derecho a recibir educación sexual, el derecho a decidir si se quiere tener hijos y cuántos, el derecho a construir el tipo de familia que se desee, el derecho a ejercer libremente la sexualidad con el único límite de la libertad de los demás. Los derechos sexuales y reproductivos empezaron a ser parte de las agendas políticas de diversos países generando una presión para cambiar las formas tradicionales en que se regula la sexualidad.

Diversos factores han generado las condiciones necesarias para que este paradigma se extendiera por Latinoamérica. Uno de ellos ha sido el proceso de secularización que, aunque parcial, caracteriza las sociedades contemporáneas. La separación de esferas que implica la modernidad se manifiesta, entre otras cuestiones, en la necesidad de distinguir entre derecho / delito, por un lado, y religión / pecado por el otro. En una región como la Latinoamericana donde la Iglesia Católica ha sido por siglos una voz hegemónica, el secularismo garantiza (aunque sea de manera insipiente) un pluralismo que se manifiesta no sólo en la coexistencia de diversas creencias religiosas sino también en el derecho a la no creencia. La separación Estado-iglesia es una condición básica para posibilitar un sistema legal que permita legitimar el plura-

¹ Ni la sexualidad se agota con la reproducción ni la reproducción requiere de la sexualidad. Para un análisis sociológico de este fenómeno ver el concepto de sexualidad plástica propuesto por Anthony Giddens en *La transformación de la intimidad*. Madrid: Cátedra, 1995.

lismo que caracteriza a las sociedades contemporáneas, particularmente en temas de moral sexual². Para que cambien las regulaciones sobre sexualidad, ampliando las nociones tradicionales fuertemente influidas por la religión, es necesaria la existencia de un Estado con autonomía de los sectores religiosos.

Otro factor importante para entender la presencia de este paradigma en Latinoamérica es la existencia de un número importante de actores sociales que, desde hace décadas, vienen movilizándose para influir no sólo al sistema legal sino también las construcciones culturales en relación a la sexualidad. Dentro de estos actores se destacan, sin dudas, los movimientos feministas y de minorías sexuales que han logrado fisurar las construcciones únicas. Evidenciando las múltiples conexiones entre sexualidad y poder o batallando para separar la sexualidad de la reproducción estos movimientos han logrado mapear de manera diferente las construcciones culturales y legales sobre la sexualidad ampliando los márgenes de libertad. Las discusiones contemporáneas sobre los derechos sexuales y reproductivos no serían posible sin el trabajo, muchas veces desde los márgenes, que han realizado hombres y mujeres identificados con estos movimientos.

2. El aborto: la frontera

Dentro de los cambios aparejados por la extensión de este paradigma está la cuestión de la interrupción voluntaria del embarazo que se ha constituido en uno de los temas más polémicos en distintas sociedades contemporáneas. En aquellos países donde el aborto ha sido despenalizado y legalizado, su legitimidad aún continúa siendo debatida por sectores de la población y de los juristas. Los Estados Unidos es un ejemplo en este sentido. En aquellos países donde el aborto está fuertemente penalizado se ha comenzado a rediscutir el mismo y a partir de argumentos tan diversos como la salud pública, los derechos individuales o el derecho al propio cuerpo, va tomando fuerza la necesidad de modificar los marcos legales vigentes.

El sistema imperante sobre el aborto en Latinoamérica ha sido el de un paradójico doble juego de discursos y acciones. A nivel públi-

² Mientras mayor sea dicha separación mayor son las posibilidades que se reformen los sistemas jurídicos que regulan temas como el aborto en Latinoamérica. Para un análisis comparativo entre Argentina, Brasil y Chile sobre la forma en que la relación Iglesia/ Estado afecta los derechos de las mujeres ver Mala Htun *Sex and the State: Abortion, Divorce, and the Family under Latin American Dictatorships and Democracies*. New York: Cambridge University, 2003.

co, el aborto ha sido construido como un comportamiento desviado tanto para el Código Penal (un crimen) y para las principales religiones (un pecado). Esta construcción crimen/pecado inscripta como hegemónica, ha ido acompañada, sin embargo, por un alto número de abortos entre la población. La interrupción del embarazo no ha dejado de existir porque sea un delito o un pecado; al contrario en un contexto donde la educación sexual y el acceso a anticonceptivos son deficitarios, el número de abortos ilegales son comparativamente más elevados³.

Esta ilegalidad no afecta a todo el mundo por igual sino que trae graves consecuencias a los sectores más pobres de la población, mayoritarios en Latinoamérica, ya que no pueden acceder a prácticas abortivas con niveles de seguridad e higiene aceptables. En América del Sur se estima que el número de muertes maternas por abortos inseguros asciende a 3,000 casos anuales (el 20% de todas las causas de muertes maternas)⁴. En particular, el fenómeno del aborto desnuda un espacio social donde la exclusión económica y la discriminación por género se entrecruzan y potencian⁵. Si, en términos generales, la criminalización del aborto institucionaliza el régimen patriarcal donde la mujer es construida a partir de sus capacidades reproductivas, esta situación es aun más injusta en el caso de mujeres pobres a quienes se les agrega el carecer de fondos económicos para acceder a prácticas seguras.

En los últimos años, sin embargo, Latinoamérica ha entrado en una nueva etapa en lo que refiere a las formas de regular la interrupción voluntaria del embarazo. Diversas campañas tanto a nivel regional como nacional se han iniciado para modificar los marcos legales en relación a los derechos sexuales y reproductivos en general y al aborto en particular. En general desde la sociedad civil se ha logrado que el aborto entre a las discusiones contemporáneas y se rediscutan las maneras de regularlo. En Argentina, en particular, una serie de eventos pueden indicarse como manifestaciones de que se está ingresando en un momento políticamente diferente en relación a las regulaciones sobre interrupción embarazo. Desde la sociedad civil se ha lanzado en el año 2005 una Campaña Nacional por la despenalización y legalización del

³ El número de abortos ilegales en Latinoamérica y el Caribe se calcula en 3.700.000 de los cuales casi 3.000.000 tienen lugar en América del Sur. Ver *Global and regional estimates of the incidence of unsafe abortion and associated mortality in 2000* (4th edition). World Health Organization (WHO), Geneva 2004.

⁴ *Global and regional estimates of the incidence of unsafe abortion and associated mortality in 2000* (op.cit.).

⁵ Ver Nancy Fraser, *Justice Interruptus. Critical Reflections on the "Postsocialist" Condition*, Routledge, 1996.

aborto; desde el Poder Ejecutivo el Ministro de Salud de la Nación ha manifestado la necesidad de reformar la actual situación de penalización del aborto; desde la Corte Suprema de Justicia dos de sus miembros han declarado recientemente su posición favorable a un cambio en la legislación⁶.

Esta politización del aborto, que lo ha visibilizado como problemático, provoca discusiones en diversos niveles en búsqueda de soluciones legales, sociales y culturales. Uno de esos niveles es el jurídico, para lo cual es necesario considerar la existencia de un pensamiento legal que, aunque minoritario, legitima la interrupción voluntaria del embarazo en algunas casos. Han existido por años elaboraciones doctrinales y decisiones jurisprudenciales que, a partir de distintos razonamientos, han ido empujando los límites formales sentados por los sectores mayoritarios. El visibilizar estas construcciones disidentes constituye el principal objetivo de este artículo.

3. Pensamiento legal disidente

Gran parte de la doctrina y jurisprudencia Argentina coincide con la postura oficial de la Iglesia Católica sosteniendo que el aborto es un crimen que debiera tener mínimas excepciones o ninguna. Esta preponderancia no ha impedido la existencia de juristas disidentes que a partir de distintos razonamientos y centrados en diferentes temáticas han ido generando una cultura legal que ha abierto espacios progresistas en relación a la situación del aborto. En un momento político de movilización a favor de cambiar la legislación sobre el aborto es importante analizar los discursos que la doctrina y jurisprudencia disidente han ido elaborando contribuyendo a una construcción plural sobre el tema.

Aunque no son necesariamente homogéneos, estos sectores disidentes han ido abriendo importante líneas de acción que deben ser recuperadas para entender la forma en que el pensamiento jurídico va evolucionando en Argentina. La población y los juristas difieren no sólo sobre que constituye un aborto (a partir de que momento comienza la vida) sino también sobre cuales son las circunstancias que hacen del aborto una situación moral y legalmente aceptable. A pesar de que el debate sobre la penalización o no del aborto generalmente se plantea como un debate entre absolutos (la vida contra la libertad)⁷, una gran

⁶ Eugenio Zaffaroni y Carmen Argibay.

⁷ Ver Mala Htun op. cit.

mayoría de la población y de los juristas se posiciona de manera intermedia aceptando la interrupción del embarazo en algunas circunstancias y no en otras⁸.

4. Temáticas donde ha habido alguna elaboración progresista sobre el aborto

Este artículo no pretende agotar la doctrina o la jurisprudencia sino presentar algunas de las construcciones jurídicas desde las cuales se han planteado una posición más amplia respecto al tema del aborto. En particular, se plantean cuatro maneras en que ciertas elaboraciones doctrinales y jurisprudenciales han logrado inscribir sus disidencias en relación a un sistema de alta penalización del aborto: a. ampliar la despenalización del aborto a partir de una reinterpretación de las disposiciones del Código Penal; b. reforzar una concepción del inicio de la vida mas allá del momento de la concepción; c. mejorar la situación concreta de mujeres que decidan interrumpir sus embarazos y d. defender la constitucionalidad de la despenalización del aborto.

a) Ampliar las excepciones a la penalización del aborto

Una estrategia de la doctrina progresista es interpretar de manera amplia las excepciones contenidas en el Código Penal. El sistema penal Argentino presenta dos causales de no punibilidad⁹ que tienen consecuencias importantes al momento de interpretar la situación legal imperante en relación a la interrupción voluntaria de un embarazo. Esta despenalización parcial implica que el derecho a la vida no es un derecho absoluto ya que existen circunstancias específicas que hacen no punible al delito. O sea, el sistema penal vigente considera al aborto como una posibilidad legítima bajo ciertas circunstancias. En el sistema jurídico actual la vida no está defendida de manera absoluta sino que, bajo ciertas circunstancias, se admite que su interrupción no constituye un delito punible. Dentro de esta interpretación, el eje del debate es ampliar las circunstancias que constituyen al aborto en una decisión legal y legítima.

⁸ Ver las investigaciones publicadas por Carlos Lista sobre actitudes hacia la despenalización del aborto publicadas en números previos de este Anuario (por ejemplo "Los estilos del razonamiento moral y el debate sobre el aborto" en *Anuario II*).

⁹ Andrés Gil Domínguez sostiene que el ordenamiento penal argentino es un sistema puro de indicaciones en *Aborto Voluntario, Vida Humanay constitución*, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2000.

Una posibilidad propuesta desde la doctrina progresista es interpretar de manera amplia las excepciones expresamente reconocidas por el Código Penal. Cuando el artículo 86 del Código considera como no punible el aborto cuando corre peligro la vida o salud de la mujer, la definición de salud que se tenga será crucial para comprender el alcance de esta excepción. Una interpretación amplia propone seguir la definición de la Organización Mundial de la Salud (OMS) que sostiene que la salud es un estado de completo bienestar psíquico, físico y social. Desde esta postura se interpreta que el derecho positivo admitiría múltiples situaciones de no punibilidad ya que una concepción integral de salud permite la interrupción del embarazo no sólo por riesgos físicos sino también psicológicos¹⁰.

A nivel jurisprudencial existen decisiones que han ampliado la interpretación restrictiva de esta causal de no punibilidad. Por ejemplo, se ha decidido que al ser la mujer portadora de severa enfermedad coronaria, además de presentar otros factores de riesgo como obesidad e hipertensión, se configura una situación de “riesgo y urgencia para la madre que torna procedente la interrupción del embarazo en los términos del art. 86 inc. 1 del Código Penal”¹¹. Existe también un interesante fallo del juez Hoofstede que hace lugar al pedido de inducción de parto en el caso de una mujer insulina dependiente con un embarazo con malformaciones que agrava aun más el riesgo de vida de la madre (como sería el caso de un coma diabético)¹².

La otra causal de no punibilidad del Código Penal ha sido también motivo de diversas modificaciones e interpretaciones. La punibilidad o no del aborto producido para interrumpir un embarazo fruto de una violación es una cuestión controvertida a nivel de la doctrina en la Argentina. Desde la sanción del Código Penal en 1922 la confusa redacción del artículo que despenaliza el aborto ‘sentimental’ ha sido fuente de interpretaciones contradictorias. Para algunos, la no punibilidad de este tipo de aborto es sólo para los casos de violación de “mujer idiota o demente”. Para otros, en cambio, esta excepción debe extenderse también a la violación en general. Debido a la ambigüedad de la disposi-

¹⁰ De acuerdo con Gil Domínguez esta interpretación prácticamente roza el tema de legalización de aborto por causas socio-económicas (op .cit.)

¹¹ Peligro para la Vida o Salud de la madre - Características que deben revestir - Solicitud de autorización judicial - Decisión propia - Ambito de Facultades de los médicos, en *La Ley*.

¹² Acción de amparo: Garantías Constitucionales –derecho a la vida Interrupción Quirúrgica –Aborto-Aborto Terapéutico–, *La Ley* Bs. As. 1998.

ción legal, la misma ha sido reformada en diversas oportunidades. En 1966 se modificó el artículo 86 instituyendo la no punibilidad del aborto cuando el embarazo sea resultado de una violación a cualquier mujer y exista un juicio criminal iniciado. Esta disposición se revocó en el año 1973. En 1976 se volvieron a instaurar las reformas de 1966, que nuevamente fueron derogadas en 1984. Desde este momento hasta la actualidad se ha vuelto a la formulación original del artículo reabriendo, entonces, las discusiones doctrinarias sobre el alcance de la no punibilidad del aborto cuando el embarazo es resultado de una violación.

Estos sectores doctrinarios y jurisprudenciales han estado empujando los límites interpretativos para ampliar, dentro del corsé jurídico vigente, las causales de no punibilidad del aborto. Esta estrategia, aunque limitada en sus potencialidades, evidencia como el sector judicial puede constituirse en un importante agente del cambio social respecto a las formas de regular al aborto en la Argentina.

b) Comienzo de la vida y de la persona

Al politizar el aborto se politiza también la discusión sobre el inicio de la vida humana y de la persona. A partir de qué momento el feto pasa a ser persona es una pregunta que entremezcla, sin dudas, dimensiones éticas, religiosas, científicas y legales. La doctrina y jurisprudencia mayoritaria coincide en afirmar que la vida humana comienza en la concepción. Este término es en si mismo complejo ya que los sectores más conservadores indican que la concepción se produce al momento mismo de la fecundación mientras que para otros el momento es desde la anidación¹³. Existen elaboraciones doctrinales que van más allá y consideran, por ejemplo, que hasta el tercer mes no hay persona sino feto ya que deben reconocerse sus diferentes status¹⁴. Nancy Cardineaux afirma que “el aborto debiera estar despenalizado durante los primeros tres meses de embarazo, ya que es hasta aquí que no puede hablarse de persona sino de un feto” justificando su posición a partir de considerar que desde un punto de vista científico hasta este momento no se ha desarrollado la corteza cerebral¹⁵.

¹³ Ver Soto Lamadrid, M.A en Biogenética, Filiación y Delito “La destrucción de embriones creados en Laboratorio y el Delito de aborto” (capítulo 7), Editorial Astrea, 1990.

¹⁴ A nivel de jurisprudencia el Dr. O'Neill sostiene en un voto disidente que es evidente que el embrión o feto no es un niño por lo que “los debates que hasta el momento se han desarrollado sobre el tema imposibilitan llegar a conclusiones medianamente armónicas”. Aborto-Seguido de Muerte-Constitucionalidad en Jurisprudencia Argentina, 1994, Tomo IV.

¹⁵ Ver “Aborto: Ley vs. Jurisprudencia” en *Revista Jurisprudencia Argentina*, Tomo IV 1995.

Existen dos temáticas concretas donde la discusión fertilización versus anidación se vuelve particularmente significativa: la anticoncepción de emergencia y los embriones congelados. La anticoncepción de emergencia tiene como uno de sus posibles efectos el de impedir que el óvulo fecundado se implante en el útero, razón por la cual los sectores más conservadores en Latinoamérica han iniciado una campaña regional denunciando el uso de estas técnicas como abortivas. La otra temática de debate es la del manejo de los embriones congelados. El avance tecnológico ha posibilitado un manejo de embriones con diversos objetivos científicos lo que ha generado un impacto en las discusiones éticas y jurídicas. Algunos sectores más conservadores tienden a considerar el tema de los embriones como un caso de aborto. La lógica es que, si hay vida desde la concepción de los embriones ya fecundados, son persona y, por ende, deben ser defendidos por el Estado.

Otro tema donde ha habido discusiones doctrinarias y jurisprudenciales importantes es el de los embarazos anencefálicos. La anencefalia es una malformación congénita que se desarrolla en el feto durante los primeros meses de gestación. La criatura no tiene cerebro ni calota craneana y, desde el punto de vista médico, no tienen viabilidad. Este tipo de embarazos, cuya interrupción no está contemplado como excepción en el Código Penal, genera una situación de injusticia para muchas mujeres ya que las mismas se ven obligadas a continuar un embarazo que no tiene ninguna posibilidad de culminar con un hijo vivo. Diversos argumentos han sido elaborados desde la doctrina progresista justificando que en casos de fetos anencefálicos debe autorizarse a la mujer que lo desee a interrumpir su embarazo. Entre ellos se afirma que estaríamos ante un caso de adelantamiento de parto y no de aborto ya que el feto no tendría viabilidad de ningún modo y que “el concepto de persona se complementa con el de viabilidad”¹⁶. Otro argumento sostiene que los embarazos de este tipo no son proceso de vida sino de muerte ya que el feto no tiene viabilidad posible razón por lo cual no tiene sentido el argumento de defensa de la vida¹⁷. Finalmente, también se sostiene que en estos casos no hay conflicto de intereses entre la mujer y el feto ya que la misma al querer anticipar el parto no persigue la muerte del feto sino, dado el fatal diagnóstico, prevenir mayores daños para ella

¹⁶ Ver PABLO A. BACIGALUPO y MARÍA VALERIA MASSAGLIA, “Parto Inducido: Alarmantes discrepancias sobre una misma cuestión”. CSJN vs. CSJ de Buenos Aires, en *Doctrina Penal*, Tomo III, 2001.

¹⁷ Ver “Consideraciones Éticas acerca del embarazo anencefálico” en OBLA – Obstetricia Latinoamericana Vol. 4, 1998.

y su familia¹⁸. A nivel jurisprudencial, este tema recibió un fuerte avance con la decisión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que autorizó la interrupción del embarazo en caso de anencefalia¹⁹.

Estas temáticas ponen de manifiesto que una línea de debate interesante es a partir de que momento se puede decir que hay un aborto. Desde los sectores más conservadores, el aborto se comete en cualquier momento que se interrumpe la vida que existe en el óvulo fecundado. De este modo, impedir la implantación en el útero, descartar embriones fecundados o interrumpir un embarazo anencefálico sólo pueden entenderse como abortos. Desde sectores más progresistas, en cambio, se distingue el status del feto del status de persona permitiendo distintas discusiones sobre cual es el momento en que existe la persona.

c) Mejorar la situación de la Mujer en situaciones concretas

Como se mencionara el aborto en Argentina se produce en situaciones de extrema precariedad debido, en gran parte, a la ilegalidad de la práctica. Ni las mujeres dejan de abortar porque sea considerado delito, ni la legislación ha cambiado a pesar de que un gran número de personas abortan. Dentro de este marco, existen dos situaciones donde ha habido ciertos avances en el pensamiento jurídico buscando mejorar la situación de mujeres en condición de riesgo.

Una de las áreas donde parte de la doctrina y jurisprudencia argentina han mejorado la situación de las mujeres que interrumpen voluntariamente su embarazo es a través de reforzar el secreto profesional de los médicos. La construcción legal del aborto como delito genera la obligación de denuncia por parte de los médicos que por ejercicio de sus funciones tomen conocimiento de la práctica del aborto. El transformar a los médicos en agentes de denuncia conlleva que mujeres en necesidad de ser atendidas por profesionales para evitar lesiones graves, inclusive la muerte, no lo hagan por el temor a ser judicializadas lo que incrementa el ya elevado número de muertes por abortos ilegales. Un hito importante en relación a este tema fue el Fallo Plenario de Natividad Frías del año 1966 el cual defendió el secreto profesional de los médicos para evitar que la mujer que se sometió a la práctica de un aborto sea denunciada.

De todos modos, desde sectores conservadores se sigue insistiendo en que el delito del aborto debe ser denunciado. A pesar de la

¹⁸ Ver MARCELA BASTERRA, "Autorización de Inducción al parto, una reafirmación del principio de autonomía personal" en *La Ley*, Tomo E (2001).

¹⁹ Caso Tanus del año 2001.

creciente opinión favorable a la despenalización del aborto, o tal vez debido a esto, algunos fallos vuelvan a sentar la obligatoriedad por parte de los médicos de denunciar a la mujer que interrumpe un embarazo. Este es el caso de la Corte de Santa Fe que en el año 1998 señaló que la obligación de denunciar un delito, en este caso un aborto, tiene prioridad sobre la cuestión del secreto profesional. La Corte de Santa Fe por unanimidad consideró que “es a todas luces injusto que alguien pretenda ampararse en el deber del secreto profesional, para de ese modo hacer cómplice al profesional de un comportamiento cuyo objeto es privarle la vida a un inocente”.

Frente a este fallo, sectores doctrinarios progresistas reaccionaron y sostuvieron que obligar al médico a denunciar las mujeres que recurren a ellos luego de una práctica abortiva es no sólo injusto sino ilegal. De este modo, se considera que el fallo de la Corte de Santa Fe está “cargado de implicancias ideológicas y axiológicas”²⁰ que implican una involución. Se señala que revocar el plenario de Natividad Frías lesionaría el principio de igualdad real de oportunidades y trato que esta constitucionalmente protegido²¹. También se afirmó la ilegalidad de la *notitia criminis* lo cual traería aparejado la nulidad de los procesos en cuestión²². Así se ha sostenido que “todo proceso seguido contra los autores, instigadores, cómplices y encubridores, resulta nulo de nulidad absoluta, si el mismo fue estructurado sobre la base de la violación de secreto profesional difundido sin justa causa para hacerlo, ni mediando en su caso dispensa por la occisa. Los efectos negativos que a consecuencia de la revelación del secreto sufrió la víctima que concurrió en búsqueda de salud y recibió a cambio un proceso penal, no parecen justificables”²³.

Otra área donde los sectores progresistas buscan avanzar para mejorar la situación de ciertas mujeres es a través de hacer exigible la interrupción del embarazo en aquellos casos que están contemplados por el Código Penal. Una de las formas en que sectores opuestos al aborto se movilizan es a partir de forzar la judicialización de los casos de abortos no punibles. Esta situación vuelve a estas excepciones como no existentes ya que el trámite de autorización judicial lleva general-

²⁰ Ver JORGE VAZQUEZ ROSSI, “Un nuevo paso atrás en la larga marcha hacia el debido proceso”, en: *Suplemento Jurisprudencia Penal La Ley*, 1998.

²¹ Ver BIDART CAMPOS, Germán, “Deber de denuncia penal y secreto profesional médico”, en: *La Ley*, Tomo F, 1998.

²² Ver RELDA, OSKAR, “Secreto aborto y exclusión de la regla de exclusión”, en: *La Ley*, Tomo B (1994).

²³ Ver *La Ley Córdoba* (1989) p. 799.

mente un tiempo suficiente como para hacer imposible la práctica del aborto, produciendo que aún en aquellos casos donde la interrupción de un embarazo es legalmente posible se vuelva inexistente.

Desde la doctrina progresista, y de alguna jurisprudencia en concordancia, se sostiene que judicializar los casos de aborto no punible es innecesario y que el “pedir autorización judicial para cometer el hecho es invertir el orden lógico de las cosas, ya que parece que se incurre en una clara asignación de facultades legislativas al órgano judicial, dado el origen tradicionalmente parlamentario de las causales de exclusión de las penas”²⁴. A nivel jurisprudencial puede mencionarse como ejemplo la resolución del Magistrado Seisdedos que en el caso de solicitud de autorización judicial para interrumpir la gestación de una embarazada con trastornos psicológicos afirmó que no era necesaria la intervención judicial basándose en principios de la Constitución Nacional y del Código Penal²⁵.

d) Constitucionalidad de la despenalización del aborto

Una estrategia de los sectores que están a favor de penalizar a las mujeres que abortan es sostener que lo contrario sería una medida inconstitucional. Para ello, interpretan que tanto normas nacionales como internacionales permiten sostener que la despenalización del aborto (inclusive las dos excepciones contenidas en el Código Penal) es violatoria al principio constitucional de defender la vida desde la concepción²⁶. Diversos argumentos se han elaborado desde sectores progresistas para defender la constitucionalidad de la despenalización del aborto. El juez Eugenio Zaffaroni, por ejemplo, no ve ninguna incompatibilidad entre el artículo 86 de Código Penal y la Constitución Nacional²⁷. Zaffaroni es un actor importante ya que, actualmente, es miembro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y viene sosteniendo hace mucho tiempo la necesidad de despenalizar el aborto e incluye a las

²⁴ Ver GABRIEL D. JARQUE, “Autorizaciones judiciales para prácticas abortivas y eutanásicas”, en *Jurisprudencia Argentina*, Tomo IV, 1994.

²⁵ Ver *El Derecho*, Tomo 114, p. 183.

²⁶ Se incluyen para justificar esta interpretación algunos tratados y convenciones Internacionales de Derechos Humanos incorporados tras la reforma Constitucional de 1994, como por ejemplo el art. 6º, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el art. 1º, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; el art. 3º de la Declaración Universal de Derechos Humanos; el art. 4º de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos y el art. 6º de la Convención sobre los Derechos del Niño.

²⁷ Ver entrevista con Zaffaroni en ps. 266 y 270, en *Aborto Voluntario, Vida Humana y constitución* (op. cit.).

muerres provocadas por los abortos entre la violencia generada por el sistema penal²⁸.

Otros autores sostienen que para defender la despenalización del aborto se puede aplicar la Convención Sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer que le otorga el derecho a decidir el número de hijos. De este modo, el Dr. Eduardo Pablo Jiménez se pregunta: ¿qué sucedería si una mujer decidiera limitar el número máximo de hijos abortando todos los embarazos que excedan ese número? a lo que responde que esa norma también tiene jerarquía constitucional y “pareciera concederle a la madre tales prerrogativas”²⁹. Germán Bidart Campos presenta una postura un tanto diferente ya que considera que la redacción actual del Código Penal al autorizar la realización del aborto, tanto terapéutico como ético o sentimental, está infringiendo el mandato constitucional de protección de la vida desde la concepción, pero a su vez sostiene que la Constitución Nacional no obliga a nuestro país a penalizar el aborto y que el legislador puede optar por proteger la vida regulando la prohibición mediante leyes no penales³⁰.

Existe también jurisprudencia sosteniendo que la Constitución es compatible con un régimen legal que despenalice el aborto. Por ejemplo, el voto del juez Roncoroni de la Corte Suprema de la Provincia de Buenos Aires al autorizar un aborto terapéutico realizó además un control de oficio de la constitucionalidad de la norma sosteniendo que “en la inmensa mayoría de las legislaciones del mundo, no es punible el aborto realizado para evitar un grave peligro a la vida o salud de la mujer. De manera que, si acaso declaramos que el aborto en tales condiciones es incompatible con la Constitución, la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (ley 24.849), o con la Convención Americana sobre Derechos Humanos (ley 23.054), entonces habremos encontrado una contradicción normativa de la que nadie se había percatado”³¹.

Conclusiones

Las discusiones sobre el aborto han cambiado en los últimos años en Argentina. Se ha pasado de construcciones hegemónicas en las cuales el disenso era invisibilizado a un momento en el cual desde

²⁸ Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico-penal*, editorial Ediar, Buenos Aires, 1989.

²⁹ Ver entrevista con Jiménez en páginas 268 en *Aborto Voluntario, Vida Humana y constitución* (op. cit.).

³⁰ BIDART CAMPOS, GERMÁN J., “El aborto y el derecho a la vida”, *El Derecho*, Tomo 114, p. 184

³¹ SCBA, 27 de junio 2005, causa nº 95.464.

sectores de la sociedad civil, los partidos políticos e, inclusive, del estado, se plantea la necesidad de revisar y reformar la criminalización del aborto. Para algunos esta necesidad se justifica en cuestiones de salud pública y en las graves consecuencias que el aborto ilegal tiene sobre las mujeres. Para otros, en cambio, estamos frente a la necesaria ampliación de derechos sexuales y reproductivos que son, aún, una deuda pendiente en la mayoría de las democracias latinoamericanas. Más allá de los argumentos, el tema del aborto ha ingresado en las agendas públicas y, aunque de manera gradual, comienza a ser una dimensión de la política contemporánea.

Algunos doctrinarios y jueces han ido construyendo un pensamiento jurídico disidente en relación a la forma en que debe regularse el aborto. Como se señaló en este artículo, estas construcciones articulan una postura alternativa a la mayoritaria en, al menos, cuatro áreas diferentes. En primer lugar, reinterpretan al derecho positivo vigente e incorporan una mirada más amplia sobre las causales de no punibilidad del aborto. De este modo, afirman que dentro del marco legal vigente se podrían dar importantes cambios jurisprudenciales que permitan una mayor legalidad en las interrupciones voluntarias de un embarazo. En segundo lugar, flexibilizan la discusión sobre el momento en que se inicia la persona humana mostrando la existencia de diversas teorías jurídicas al respecto. En tercer lugar, esta doctrina y jurisprudencia ha logrado mejorar la situación de las mujeres a partir de evitar que los médicos denuncien a las pacientes que han abortado o movilizándose para que los casos de aborto no punible sean accesibles para las mujeres que así lo deseen. Finalmente, esta doctrina interpreta que la legalización del aborto no es incompatible con la constitución vigente.

Estamos en un contexto de dinamismo donde las certezas ceden frente al crecimiento de un pluralismo en las formas en que las personas y las sociedades construyen el aborto. Las posturas únicas que colapsaban delito y pecado van cediendo frente a una creciente complejidad en las sociedades contemporáneas donde para algunos sectores el aborto debe ser legitimado como una alternativa para las mujeres embarazadas que no desean ser madres. Argentina, al igual que varios países de Latinoamérica, han ingresado en un momento de creciente politización respecto a la manera de regular legalmente al aborto. Poder discutir y criticar la forma en que por años se reguló al aborto es una consecuencia, un poco tardía, del proceso de democratización iniciado más de dos décadas atrás.



MUJERES DELINCUENTES EN LA CÓRDOBA COLONIAL

(DELINQUENTS WOMEN IN THE COLONIAL CORDOBA)

*Jaqueline Vassallo **

RESUMEN: Durante la segunda mitad del siglo XVIII, junto a los cambios estructurales generados por la empresa reformadora de los Borbones, aparecieron nuevos mecanismos de control social, que pretendían sujetar a los individuos con miras a asignarles un lugar dentro de un anillo de instituciones civiles de carácter persuasivo, preventivo y/o coercitivo: cárcel, familia, hospital, talleres de gremios de artesanos, barrio, establecimientos particulares, colegio de huérfanas, conventos y poblaciones de frontera.

La jurisdicción de Córdoba del Tucumán, no fue ajena a la imposición de estos mecanismos, implementados por su primer Gobernador Intendente, Rafael de Sobremonte a partir de 1785. En esta investigación se indagará en torno a las características que los mismos asumieron con respecto a la mujer, tomando como fuente 95 causas judiciales albergadas en la Sección Crimen y Escribanías de Cámara del Archivo Histórico de la Provincia de Córdoba; como asimismo, más de 500 actas correspondientes a Libros de Visita de Cárcel albergados en la Oficialía Mayor del Palacio "6 de julio" de la ciudad de Córdoba (República Argentina).

PALABRAS CLAVE: mujeres, delincuencia, pecado, córdoba, época colonial, control social.

* Doctora en Derecho y Ciencias Sociales (UNC). Investigadora del CONICET. Docente de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (UNC). Profesora Titular por concurso de Instituciones Hispanoamericanas (Escuela de Archivología, Facultad de Filosofía y Humanidades- UNC). Investigadora del Centro de Investigaciones de la mencionada Facultad, Area de Historia.

1. A manera de presentación

Durante la segunda mitad del siglo XVIII, junto a los cambios estructurales generados por la empresa reformadora de los Borbones, aparecieron nuevos mecanismos de control social, que pretendían sujetar a los individuos con miras a asignarles un lugar dentro de un anillo de instituciones civiles de carácter persuasivo, preventivo y/o coercitivo: cárcel, familia, hospital, talleres de gremios de artesanos, barrio, establecimientos particulares, colegio de huérfanas, conventos y poblaciones de frontera.

La jurisdicción de Córdoba del Tucumán, no fue ajena a la imposición de estos mecanismos, implementados por su primer Gobernador Intendente, Rafael de Sobremonte a partir de 1785. En esta investigación se indagará en torno a las características que los mismos asumieron con respecto a la mujer, tomando como fuente 95 causas judiciales albergadas en la Sección Crimen y Escribanías de Cámara del Archivo Histórico de la Provincia de Córdoba; como asimismo, más de 500 actas correspondientes a Libros de Visita de Cárcel albergados en la Oficialía Mayor del Palacio "6 de julio" de la ciudad de Córdoba (República Argentina).

2. Débiles, malas y lascivas en América colonial

Los españoles difundieron en América el discurso jurídico y las representaciones culturales de género vigentes en España, concibiendo prácticas sociales excluyentes y discriminatorias que llevaban a fortalecer la noción de la mujer como persona dependiente¹. En este sentido, aparecieron como destinatarias de un discurso de la domesticidad (basado en el en el ideario de lo doméstico y el culto a la maternidad como máximo horizonte de realización) reforzado por normas jurídicas y escritos doctrinarios que acompañaron su exclusión de diversas prácticas sociales y muy especialmente del espacio público².

¹ NASH, MARY, "Los nuevos sujetos históricos: perspectivas de fin de siglo: Género, identidades y nuevos sujetos históricos". *V Congreso de la Asociación de Historia Contemporánea: "El siglo XX: balance y perspectivas"*. Universidad de Valencia. España. 2000.

² NASH, MARY, "Identidad de género, discurso de la domesticidad y la definición de las mujeres en la España del siglo XIX" *Historia de las Mujeres en Occidente*. Dir. Georges Duby y Michelle Perrot. Tomo IV. Madrid, Taurus. 1993, pp. 612-639; ARNAUD-DUC, NICOLE. "Las contradicciones del Derecho". *Historia de las Mujeres*. Tomo IV. Siglo XIX. Dirigido por Georges Duby y Michelle Perrot. Madrid, Taurus. 1993, pp. 109-148. ARCHENTI, NÉLIDA, "La mujeres, la política y el poder. De la lógica del príncipe a la lógica de la acción colectiva". *Capacitación política para mujeres: género y cambio social en la Argentina Actual*. Diana Maffía y Clara Kuschnir (comps). Buenos Aires. Feminaria Editora. 1994. p.18.

Ejemplo de ello resulta la definición de una mujer “ideal” realizada por Pedro Remolac en su difundida obra “Desengaños de un casado y extremos de la mujer”: *“Las mujeres recogidas en sus casas, ocupadas en sus oficios, templadas en sus palabras, fieles a sus maridos, recatadas en sus personas, pacífica entre sus vecinas, honestas entre los suyos, y vergonzosas entre los extraños, alcanzarán gran fama en su vida*³.

El hecho que legisladores y juristas las percibieran como seres “naturalmente” inferiores y por ende, dependientes, marcaba una postura patriarcalista al asignarles por un lado, un código ideal de comportamiento (la obediencia sumisa a la autoridad familiar, “castidad”, fidelidad y el autoencierro discreto); y por el otro, una suerte de “tutela” omnipresente de la ley que les otorgaba un tratamiento diferenciado por suponerlas “débiles de cuerpo y volubles de carácter”⁴.

Ciertamente no se trataba de un fenómeno restringido al ámbito jurídico hispano, sino que respondía al “modelo” de construcción de la naturaleza femenina concebido por la tradición cultural europea, a través de textos fundadores de autoridad religiosa, literarios y de la cultura letrada, de autoría masculina. Textos que las constituyeron en objeto de reflexión, fantasía, alabanza y/o condena, y trataron de definir las y dictarles cómo debían ser en el marco del orden social por entonces vigente⁵.

Como un mero ejemplo de las calificaciones merecidas podemos citar las palabras del literato Pedro Antonio de Alarcón, que describen los estereotipos concebidos por los hombres que ejercían el poder por entonces: *“Es un hermoso animal’, solía decir el virtuosísimo prelado.... ‘Es una estatua de la antigüedad helénica’ observaba un abogado muy erudito, académico correspondiente de la Historia. ‘Es la pro-*

³ REMOLAC, PEDRO, *Desengaños de un casado y extremos en la mujer*. Madrid, FX García. 1773.

⁴ VASSALLO, JAQUELINE, “El sexo como circunstancia modificatoria de la responsabilidad penal en la “setena” Partida de Alfonso X ‘El Sabio’”. *Anuario del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales*. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad Nacional de Córdoba. Nº V, 1999-2000 pp. 489-490; MENDELSON, JOHANNA, “La prensa femenina: la opinión de las mujeres en los periódicos de la colonia en la América Española: 1790-1810”. *Las Mujeres Latinoamericanas. Perspectivas Históricas*. Asunción Lavrin compiladora. México. Fondo de Cultura Económica. 1985, p. 229.

⁵ HESPANHA, ANTONIO, “El Estatuto Jurídico de la Mujer en el Derecho Común Clásico”. *Revista Jurídica*. Nº4. Universidad Autónoma de Madrid. 2001, pp. 71-87; VIGIL, MARILO, *La Vida de las Mujeres en los siglos XVI y XVII*. Madrid. Siglo XXI Editores. 1994. pp. 5-15; SOCOLOW, SUSAN. *The Women of Colonial Latin America*. Cambridge. University Press. 2000, pp. 5 y sgts.

*pia estampa de Eva', prorrumpía el prior de los franciscanos. 'Es una real moza' exclamaba el Coronel de milicias. 'Es una sierpe, una sirena, ¡un demonio!' añadía el corregidor"*⁶.

Partiendo del presupuesto que ideas y usos antiguos sedimentan y operan como fuente de legitimación, no es casual que el derecho (como norma y como doctrina) recogiera de estos textos la idea de que las mujeres encarnaban indignidad, flaqueza, debilidad intelectual, lascivia, y hasta maldad, lo que conllevó a situarlas como más propensas a la comisión de delitos que de alguna manera pusieran en jaque la integridad física o el honor de los hombres, como la hechicería, la brujería o el adulterio⁷.

De esta manera, se legisló buscando controlar la esfera de la sexualidad de la mujer al definir como delitos el adulterio, aborto, estupro, seducción o infanticidio (figuras que aluden específicamente al control de la sexualidad y la maternidad). Y paralelamente se colocó un límite al castigo penal de las mujeres por su "menor racionalidad" (presumiendo que no siempre actuaban dolosamente), en conjunción con la idea de que el cuerpo naturalmente "débil" no resistiría el castigo, además de ser reproductor de vida⁸.

Sobre esto último se expresaba fray Diego Lainez: "*a las mujeres hay que castigarlas más blandamente que los hombres pues por la flaqueza de su sexo no pueden resistir a los efectos como los varones*"⁹. Idea que continuaba compartiendo en pleno siglo XVIII, Lardizábal y Uribe (el "Marqués de Beccaria" de la ilustración española): "*Débase también tener consideración en la imposición de las penas al sexo, porque... influye en el conocimiento....La debilidad corporal de las mujeres, efecto de su delicada constitución, se comunica también al ánimo, cuyas operaciones tienen tanta dependencia de la organización del cuer-*

⁶ DE ALARCÓN, PEDRO. *El sombrero de tres picos*. Madrid. Editorial Euro.1977, p. 54.

⁷ CANTARELLA, EVA. *Pasado Próximo. Mujeres romanas de Tácita a Sulpicia*. Madrid. Ediciones Cátedra Universidad de Valencia. 1996, p. 102; HESPANHA, ANTONIO, Seminario de Post Grado: "Personas jurídicamente disminuidas: indígenas, rústicos, mujeres, menores y locos". Organizado por la Universidad Nacional de Quilmes y la Universidad de San Andrés. Buenos Aires. 2001.

⁸ GRAZIOSI, MARINA. "La mujer en el imaginario penal". *Identidad femenina y discurso jurídico*. Editorial Buenos Aires. Biblos. 2000 pp.138-139; POYATO CLAVO, CARMEN. "La exclusión de las mujeres del ámbito público: La Contribución del Derecho". *Del Patio a la Plaza. Las mujeres en las sociedades mediterráneas*. Granada. Anónimas y Colectivas. 1995. pp. 267-277.

⁹ AVILA MARTEL, ALAMIRO. *Aspectos del Derecho Penal indiano*. Buenos Aires. 1946. p. 27.

*po, y por tanto las leyes deben mirar con más benignidad en el establecimiento de las penas á las mujeres, que á los hombres*¹⁰.

3. Delincuentes y “pecadoras” de Córdoba del Tucumán.

Las mujeres de la jurisdicción de Córdoba no escaparon a la asignación del lugar que debían ocupar en el esquema del orden social impuesto (tradicional, estamental, jerarquizado y patriarcal)¹¹, como tampoco del modelo de comportamiento a seguir, además de los mecanismos de control social implementados por Sobremonte que hizo del encierro una de las medidas de coerción más importantes a la hora de reprimir la peligrosidad vista desde el Estado, en los sectores populares urbanos y rurales (por entonces, en franco aumento)¹². Peligrosidad que se traducía, según el discurso oficial, en la posibilidad latente de que cometieran delitos relacionados con la “ociosidad”: homicidio, heridas, robo de ropa y ganado, amancebamiento, adulterio, juegos de azar, vagancia y portación de armas prohibidas¹³.

Como resultado de ello, a lo largo de treinta y cuatro años trescientas cincuenta y siete mujeres pasaron por la celda de la Real Cárcel de Córdoba en calidad de procesadas, sentenciadas o detenidas temporalmente. Celda, decimos, porque la ciudad de Córdoba no contó con una cárcel de mujeres con edificio propio, sino que se encontraba injertada en el espacio de la Cárcel del Cabildo, frente a la Plaza Mayor (hoy, San Martín).

Su estructura, compuesta por un calabozo común, cocina y corral; estaba separada de las instalaciones destinadas a los hombres por una puerta enrejada, situada en el acceso principal. Compartían, empe-

¹⁰ LARDIZÁBAL Y URIBE, MANUEL, *Discurso sobre las penas*. Madrid. Impresor de la Cámara de su Magestad. 1782. pp. 117-118.

¹¹ STERN, STEVE, *La Historia Secreta del Género. Mujeres, hombres y poder en México en las postrimerías del período colonial*. México. Fondo de Cultura Económica. 1999, p. 36; PRESTA, ANA MARÍA, “La sociedad colonial: raza, etnicidad, clase y género. Siglos XVI y XVII”. *Nueva Historia Argentina*. Tomo II. Buenos Aires. Sudamericana. 2000, p. 69

¹² BARRENECHE, OSVALDO, “A solo quitarte la vida vengo. Homicidio y Administración de Justicia en Buenos Aires. 1784-1810”. *Estudios de Historia Colonial Rioplatense*. Carlos Mayo (coord). Publicación de la Universidad Nacional de la Plata. 1999, p. 19.

¹³ Los efectos de la política de control social establecida por Sobremonte podemos evidenciarla en el inicio de gran cantidad de causas y la frecuencia de las detenciones que se ampliaron con el dictado de los bandos, como asimismo, el nombramiento de cuantioso personal, que llevó a la existencia de un considerable aumento de la población carcelaria, mayoritariamente perteneciente a los sectores más bajos de la sociedad. VASSALLO, JAQUELINE, “En torno a la moral sexual en la Córdoba del último cuarto del siglo XVIII”. *A Estudios* N° 9. Centro de Estudios Avanzados. Universidad Nacional de Córdoba. 1997-1998, pp. 93-101.

ro, la capilla, y la escalera por la que eran conducidos hacia la sala común, donde tenía lugar una vez al mes las “visitas” que les hacían las autoridades judiciales¹⁴.

Ahora bien, ¿quiénes componían la población femenina detenida? En primer lugar, las acusadas de la comisión de algún delito por la justicia, que debían esperar encerradas entre sus muros, mientras se substanciaba el proceso penal¹⁵. Sin embargo, la práctica mezcló considerablemente los sentidos de la cárcel (que legalmente sólo debía albergar a procesados). También hallamos a quienes resultaban sospechosas por la comisión de alguna herejía, por el Comisario del Santo Oficio, mientras se labraba la sumaria que luego sería remitida al tribunal de Lima. Asimismo, estaban encerradas quienes se consideraban “locas” (sin que necesariamente hubieran cometido delito alguno), las sentenciadas a penas reclusión que no querían enviarlas a otro destino (por ej., la Casa de Residencia de Buenos Aires) por lo costoso del traslado y/o el temor a que fugaran en el camino¹⁶; o esposas, hijas, hijos o esclavos, por mandato de los maridos, padres o amos, cuando según su parecer no se habían ajustado al cumplimiento del “rol” exigido¹⁷.

Definidas por la racionalidad del poder como delincuentes y pecadoras, y sus comportamientos calificados como crímenes y pecados¹⁸, ciento seis mujeres fueron procesadas por la justicia ordinaria de Córdoba: cincuenta y seis por amancebamiento, catorce por robo, once por homicidio, otras tantas por injurias, ocho por adulterio, cinco por

¹⁴ ASPELL, MARCELA, *¿Qué mandas hacer de mí? Mujeres del siglo XVIII en Córdoba del Tucumán*. Córdoba. Figueroa Editora. 1996.

¹⁵ Recordemos que por entonces, se juzgaba a la gente con reglas del procedimiento inquisitivo, que no reconocía el principio inicial de inocencia, sino de culpabilidad, lo que conllevaba al encierro “preventivo”. Proceso cuyo todo el sistema probatorio estaba encaminado a condenar, porque estaba concebido para valorar sólo la culpabilidad y que reconocía a la tortura como una posibilidad “legal” para obtener la inculpación del acusado. VASALLO, JAQUELINE, “Represión y Castigo en la Córdoba Borbónica”. *Anuario*. N° VI. Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad Nacional de Córdoba. 2001-2002, pp. 549-558.

¹⁶ A partir de la segunda mitad del siglo XVIII, en España y en otros países, la cárcel cumplía además de una función de depósito cautelar, una función penal. GERARDO-SUÁREZ, SANTIAGO, *Los Fiscales Indianos. Origen y Evolución del Ministerio Público*. Caracas. Biblioteca de la Academia Nacional de la Historia. 1995, p. 252.

¹⁷ Archivo de la Oficialía Mayor de la Municipalidad de Córdoba. Libros de Visita de Cárcel años 1764-1789; 1789-1795; 1796-1802 y 1808-1810.

¹⁸ TOMÁS Y VALIENTE, FRANCISCO, “Delincuentes y pecadores”. *Sexo barroco y otras transgresiones premodernas*. Madrid. Alianza Editorial. 1990, pp. 11-31; CLAVERO, BARTOLOMÉ, “Delito y pecado. Noción y escala de transgresiones”. *Sexo barroco ...*, op. cit., pp. 57-89.

lesiones y en igual número por incesto, dos por escándalos, una por bigamia y otra por falsificación de moneda¹⁹.

Las causas de los delitos cometidos por estas mujeres se encuentran en la articulación de determinaciones de su condición genérica, con su situación específica de grupos social de pertenencia, edad, condiciones de vida, su relación con los hombres, etc. Pensamos junto a Lagarde y de los Ríos que las relaciones sociales, las funciones, las actividades, las formas de comportamiento, las creencias y las normas que regían la vida de las mujeres, son las que explican los delitos que cometieron; ya que muchos de ellos son explicables por su situación vital²⁰.

Se trata mayoritariamente de mujeres que pertenecían a los grupos considerados como inferiores, de condición libre, residentes en la ciudad y en la campaña. No contaban con antecedentes penales, ni habían sido detenidas, procesadas y/o castigadas por delito alguno; aunque algunas habían resultado “reconvenidas” verbalmente por alguna autoridad secular o religiosa. Tenían una edad promedio entre 25 y 30 años (se era mayor de edad a los 25) y casi ninguna pudo firmar sus confesiones, por “no saber hacerlo”. Un alto porcentaje tenía hijos, amén de las que llegaron embarazadas a la Real Cárcel o al lugar de detención previsto por los jueces de campaña y los parieron en medio del proceso.

Prácticamente todas trabajaban y mantenían a los hijos y otros familiares con los que convivían, salvo las “doñas” acusadas por sus maridos de cometer adulterio. Con lo cual la gran mayoría solicitó la defensa del defensor de pobres del Cabildo.

En casi la totalidad de los casos, el espacio de criminalidad femenino no fue más allá de los alrededores de la casa, razón por la que este espacio fue definitorio tanto por los instrumentos y armas utilizados en la consumación de algunos delitos (cuchillos, piedras, palos, cavadores o la palabra misma), como por los fines perseguidos y la identidad de sus víctimas.

Estas mujeres robaron ganado para comer, para abrigarse, para iluminar el rancho de noche; se apropiaron de ropa y utensilios de uso doméstico; hirieron a las amantes de sus maridos para continuar su

¹⁹ VASALLO, JAQUELINE, *Mujeres Delinquentes. Una mirada de Género en la Córdoba del siglo XVIII*. Centro de Estudios Avanzados. UNC. 2006.

²⁰ LAGARDE Y DE LOS RÍOS, MARGARITA, *Los cautiverios de las mujeres: madresposas, monjas, putas, presas y locas*. México. Universidad Autónoma de México. 2003. p.652.

vida en común; injuriaron a quien atacó su honra, su privacidad o el patrimonio familiar; mataron para defender el honor, la vida de los hijos o sus amores; participaron en la organización de “juegos prohibidos” (naipes) para mantenerse y desafiaron las reglas de la moral sexual, para tener una pareja o vivir un amor.

Sus víctimas, como correlato de lo expuesto, pertenecieron mayoritariamente al ámbito privado: maridos, hijos, amantes y amos (homicidios, adulterios, heridas, bigamia y robo); mientras que otras surgieron de relaciones sociales y vecindad (homicidios, injurias, escándalos, robos y heridas). Una suerte de excepción podríamos hallar entre quienes resultaron pertenecer al ámbito público (autoridades judiciales y religiosas) que las acusaron por injurias y “escándalos”. En este punto cabe precisar que las mujeres atacaron cuando aquéllos ingresaron a su espacio privado, causándoles perjuicios de índole patrimonial o afectivos.

En cuanto al género de las víctimas, diremos que prevalecieron los hombres en los casos de homicidios, adulterio, bigamia, robos y falsificación de moneda; en tanto que las mujeres resultaron más atacadas con la comisión de heridas, escándalos e injurias. Los únicos que, a posteriori apelaron a la justicia para obligar a sus mujeres a abandonar a los amantes, fueron los maridos “ofendidos” por el adulterio de las esposas; al igual que los maridos de las mujeres cuya “honra” (en sentido sexual) había sido cuestionada por las “palabras injuriosas” de las acusadas pronunciadas públicamente. Y esto no es casual, ya que pretendían la reparación del honor personal y familiar (que por entonces descansaba en el comportamiento sexual “casto” de las mujeres²¹).

En este sentido, evidenciamos no sólo la existencia de tensiones entre personas de distinto género que mantenían relaciones afectivas, o que pertenecían a posiciones socio-económicas diferentes; sino también entre las mujeres, que frecuentemente tenían su origen en celos y/o sospechas de engaños.

Ahora bien, más allá de lo expuesto, diremos que existieron diferencias genéricas en torno al delito, consistente en que las mujeres delinquieron significativamente menos que los hombres. Así lo demuestran las cifras del siguiente cuadro:

²¹ PITT-RIVERS, J., “La enfermedad del honor”. *Anuario IEHS*. Nº 14. Facultad de Ciencias Humanas. Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires. Tandil. 1999, pp. 235-245.

DELITO	HOMBRES	MUJERES
Homicidio	160	11
Lesiones	158	5
Injurias	139	11
Amancebamiento	80	56
Adulterio	26	8
Incesto.	6	5
Bigamia	7	1
Escándalos	4	2
Falsificación de Moneda	2	1
Robo	651	14

Número de procesos iniciados a hombre y mujeres por la Justicia ordinaria de Córdoba entre 1776-1810²².

Pensamos que la vida doméstica, sus funciones y sus relaciones vitales como dadoras y nutricias, más el conjunto de prescripciones que las obligaban a ser “buenas” y obedientes –amén del control que pudieron tener de los hombres de su familia– hicieron poco frecuente la delincuencia²³.

Sin lugar a dudas operó un fuerte control social informal (la familia, por ej.) que persuadió y reprimió, fundamentalmente porque el lugar de comisión de los delitos imputados a estas mujeres fue el privado (“el lugar” asignado por el orden social). Así, el control institucionalizado (la justicia) operó con mujeres que a su parecer, no tenían una sólida “guía” familiar y actuó cuando el doméstico y el religioso, resultaron defectuosos o fallaron.

Cabe agregar que, aún cuando hombres y mujeres compartieron la comisión de delitos, éstas se destacan en algunos de ellos, como el robo o el filicidio.

El robo femenino está asociado al trabajo: sirvientas y esclavas roban de las casas donde trabajan o de sus vecinos. Generalmente sustraen ropas u objetos que carecen o les hace falta para sentirse “femeninas”²⁴. También se asocia a las necesidades básicas de la familia (cuando sustraen animales para comer o para hacer cebo e iluminar sus ranchos).

²² VASSALLO, J. *Mujeres...*, op. cit.

²³ LAGARDE. Op. cit., pp. 644-645.

²⁴ Idem, p. 657

En tanto que el filicidio (el homicidio del hijo recién nacido), es un delito típicamente identificado con la mujer-madre, que el discurso jurídico supone, demente. Tanto entonces, como hoy, la ideología dominante no reconoce la agresividad materna. Así lo vemos en el dictamen redactado por el asesor José Antonio Cabrera, por el que le aconsejaba al juez conmutar la pena de muerte a María Victoria Ramírez por haber degollado a su beba de cinco meses, aduciendo que la misma padecía “locura”: *“aquella depravacion y ferocidad de corazón que condena la ley enteramente ajena a su sexo, de su edad, y mucho mas ajena de los sentimientos de Madre que la próvida natura a impuesto a favor de una especie, que a su edad solo puede exitar nuestra ternura y los cuidados de conservación”*²⁵.

La desigualdad social y genérica también se traduce en la imposibilidad de acceder a un buen defensor, por ser pobres. Ejemplo de ello lo encontramos en Martina Luján, acusada de herir a su amante, quien cuestionó al defensor asignado por la justicia del Cabildo, Antonio Mosa, por su resistencia a defenderla, por tener prejuicios en torno a la causa que había tomado estado público: *“quando aquella se me hizo notoria... no tubo otro arbitrio una persona miserable como la mía, que ocurra al amparo y proteccion del Regidor Defensor de Pobres para su defensa, y aunque es verdad que la tomo á su cargo con mucha repugnancia en agravio de su ministerio como consta de autos”*²⁶.

Pero también se evidencia en el discurso legal, porque no siempre sus palabras fueron escuchadas, ni sus razones consideradas válidas, y menos aún les aceptaron pruebas de descargo a su favor. Recordemos que por entonces, regía el concepto romano de la *“imbecilitas sexus”*, que excluía de valor al testimonio de la mujer en juicio, le prohibía denunciar la comisión de un delito, ejercer la abogacía o ser magistrado²⁷. Clemencia Martínez en un escrito dirigido al Teniente de Gobernador Intendente, en mayo de 1790 manifestaba: *“se me ha corrido de la solicitud de estas relativa á que se haga publicación de provanzas, digo que mi extrema pobreza, no me ha permitido, ni aun encontrar director que me defienda: valiendome, ya de uno, ya de otro, sin que ninguno se hiciese cargo de seguir la defensa, y por lo mismo ignoro si combendrá a un derecho que se haga la referida publicacion...”*²⁸.

²⁵ AHPC, 1807-106-2. El destacado es nuestro.

²⁶ AHPC, 1807-11-4.

²⁷ GRAZIOSI. Op. cit. p.143.

²⁸ AHPC, 1790-50-17.

4. La convivencia forzada, y las penas

Partiendo de la idea que todas las cárceles del Antiguo Régimen fueron lugares malsanos, en los que reinaba la violencia, la promiscuidad y la vejación, la cárcel oficial de Córdoba no escapó a estas consideraciones. Se trataba de un ámbito creado para recluir a quienes habían transgredido el orden; y en el caso de las mujeres, un espacio para recluir a las “malas”. Pero más allá de lo aludido, era un espacio de vida ocupado por mujeres sujetas a potestades punitivas muy diversas (eclesiásticas, inquisitoriales, estatales, patronales y/o familiares), y por los más variados motivos. En palabras de Howard, “un amontonamiento caótico de confinados”²⁹.

En el régimen de convivencia forzada las presas recreaban la casa. Contaban con algunos enseres y muebles: unos pocos catres, mesa, taburetes, algunas ollas, cuencos y jarros con los que cocinaban a diario y generalmente carne³⁰.

Recibían, asimismo, visitas de sus familiares que se acercaban a la reja y algunas hasta hicieron labores por encargo, como Rosa Moyano y María Ferreyra, detenidas en 1801³¹.

Cuando tenían alguna urgencia, por ejemplo, una enfermedad., golpeaban la puerta para que el alcaide acudiera. También recibieron atención médica, que por largos años prestó José Mármol a enfermas y embarazadas.

También recrearon relaciones familiares, amistades, enemistades, obediencias y transgresiones al poder. Una de las presas líder del grupo, fue María Ochoa (acusada de matar a su marido), porque enfrentó a fines de 1791, en varias oportunidades al alcaide carcelero Vicente Crespillo, con el objeto de defender a sus compañeras de los reiterados ataques sexuales que cometió contra algunas de ellas. A tal punto que, en una ocasión, llegó a herirlo en una mano con unas tijeras.³²

Sin embargo, la violencia también provino de las relaciones entre ellas, obligadas a la convivencia permanente: Teresa Amarante confesó que María Victoria Ramírez en una oportunidad, la amenazó de muerte... “agarrandole el pescuezo diciendole mira que te mato, y se le escapó y se fue a dar con otras presas”³³.

²⁹ LEVAGGI, ABELARDO, *Historia Del Derecho Penal Argentino*. Bs As. Perrot. 1978.

³⁰ ASPELL. Op. cit.

³¹ AOMMCC. Libro de Visita de Cárcel:1796-1802.(citado por Aspell, op. cit).

³² AHPC,1792-56-25. (Citado por ASPELL, op. cit.).

³³ AHPC, 1807-106-2.

El encierro, asimismo, conllevaba desarraigo de las condiciones vitales, y generaba malestares. Algunas solicitaron a las autoridades volver a su casa o a la de algún familiar (especialmente quienes se habían definido como “españolas” y que habían sido procesadas por adulterio, injurias o amancebamiento). Doña Bárbara Lencinas (una española acostumbrada a comodidades materiales y al servicio de criadas), se sentía deprimida y enferma en la cárcel, al extremo de no contestar las “vistas” procesales: *“por no tener animo de pleitear ó seguir instancia contra su marido”*. Es por ello que solicitó al juez su liberación, en vísperas de Navidad: *“que hallandome sumamente achacosa a causa de los muchos calores y ninguna saludable ventilacion y por otra parte anoticiada del miramiento compasivo y cristiano que hace mi marido Don Nicolas Rios de mis enfermedades y vergonsosos padecimientos suplico rendidamente a la bondad de Vms. Se sirva ponerme en libertad bajo fianza que ofresco con la persona de mi madre Doña María Ignacia Alderete”*³⁴ ..

En este espacio en el que tuvieron que convivir, también la violencia se desarrolló por parte de quien tenía el poder de custodiarlas: el alcaide carcelero (hombre, por entonces, y que tenía residencia en el mismo edificio). El carcelero, dotado del poder represivo institucionalizado, muchas veces descargó su agresión o abusó de su poder insultando, golpeando y hasta violando. Va de ejemplo el caso en el que se vio involucrado Crespillo, quien resultó en definitiva, separado de su cargo.

En cuanto a las penas establecidas por la justicia, evidenciamos que en su determinación se mantuvo una suerte de continuidad del encierro padecido en la Real Cárcel; aun cuando también advertimos que las autoridades habían comenzado a entenderlo, como pena, puesto que doscientas sesenta y seis mujeres tanto procesadas como detenidas sin proceso, resultaron liberadas por haber entendido los jueces que se había logrado la “satisfacción de la vindicta”.

En este sentido, no es casual que un alto porcentaje haya sido destinado a volver a vivir bajo la guarda de algún familiar, puesto que se entendía al hogar como el “lugar” de la mujer, y a la familia se le atribuía una dimensión disciplinaria. Dimensión que también se extendió a las familias “principales” que las recibían en depósito y/o conchabo, a la vida de frontera bajo la atenta mirada de las autoridades y a las distintas instituciones como el hospital, el Colegio de San Alberto o la Casa de Residencia de Buenos Aires.

³⁴ AHPC. 1800-86-7.

Cabe acotar, asimismo, que estas penas y destinos fueron asignados en un contexto de cambio de las modalidades de castigo, surgidas por la consolidación del nuevo sistema capitalista, que a partir de principios del siglo XIX, comenzó a entender a la cárcel como una única forma de penalización.

A manera de conclusión, diremos que a través de la documentación analizada podemos afirmar que el sistema penal fue y será selectivo, ya que generalmente escoge su clientela entre los individuos pertenecientes a sectores especialmente vulnerables y que, además, posee un altísimo componente androcéntrico. El sistema vigente en la gobernación más austral del Imperio, durante el período tardo colonial no escapó a esta afirmación. Entre los visitantes asiduos de la cárcel, encontramos gran cantidad de personas que pertenecían al sector perseguido. Y entre ellas, claro está, había mujeres.

En la relación mujer- justicia se expresa y recrea la relación de la mujer con el poder patriarcal, basada en la dependencia vital, la sujeción, la servidumbre voluntaria y la ignorancia. En estas condiciones, la mujer siempre pierde como delincuentes, ya que es considerada culpable.

Sin lugar a dudas las causas por las que fueron llevadas ante la justicia, traducen con claridad los temores de la sociedad patriarcal cordobesa de entonces: el incumplimiento de los roles asignados de las mujeres, con lo cual se ponía en peligro a la “familia” misma, entendida por entonces como fundamento del orden social.



**DOS GRADUADOS ILUSTRES EN LA FACULTAD DE DERECHO Y
CIENCIAS SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD DE CÓRDOBA.
LOS DOCTORES DALMACIO VÉLEZ SÁRSFIELD Y JUAN BAUTISTA
ALBERDI Y LA ENSEÑANZA DEL DERECHO EN LA UNIVERSIDAD
MAYOR DE SAN CARLOS**

**(TWO DISTINGUISHED GRADUATES OF THE “FACULTAD DE DERECHO
Y CIENCIAS SOCIALES” OF THE UNIVERSITY OF CÓRDOBA.
THE PHD DALMACIO VÉLEZ SÁRSFIELD AND JUAN BAUTISTA ALBERDI
AND THE JUDICIAL LEARNING IN THE “UNIVERSIDAD MAYOR
DE SAN CARLOS”)**

*Ramón Pedro Yanzi Ferreira **

RESUMEN: En este trabajo se analiza la formación universitaria de dos ilustres juristas argentinos del siglo XIX, los doctores Dalmacio Vélez Sársfield y Juan Bautista Alberdi egresados de nuestra Casa y los planes de estudio vigente en la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Mayor de San Carlos.

PALABRAS CLAVE: Dalmacio Vélez Sársfield. Juan Bautista Alberdi. Universidad Mayor de San Carlos. Facultad de Jurisprudencia. Enseñanza del Derecho.

*Abogado, Doctor en Derecho y Ciencias Sociales, Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, Profesor por Concurso de Historia del Derecho Argentino. Miembro de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Miembro del Instituto de investigaciones de Historia del Derecho; del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano, Miembro Fundador y Director del Instituto de Historia del Derecho y de las Ideas Políticas, Roberto I. Peña, de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Miembro Correspondiente de la Sociedad Chilena de Historia y Geografía en la República Argentina. Miembro Correspondiente de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Política en la Provincia de Córdoba. Presidente de la Asociación Argentina de Profesores e Investigadores de Historia del Derecho.

1. Introducción

El trabajo analiza los planes de estudio de la Facultad de Derecho de la Universidad de Córdoba, vigentes en el momento en que llevaron a cabo su formación universitaria los más distinguidos juristas que caracterizan el siglo XIX argentino los Doctores Dalmacio Vélez Sársfield y Juan Bautista Alberdi.

El doctor Dalmacio Vélez Sársfield estudio en la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Mayor de San Carlos, con las reformas al plan de estudio introducidas por Manuel Antonio de Castro en 1818, a la sazón, visitador del Colegio Montserrat y de la Universidad de Córdoba.

Por su parte, el doctor Juan Bautista Alberdi obtuvo el grado de bachiller en Derecho Civil en la misma Casa el 24 de mayo de 1834, luego de aprobar el examen de previa. Este fue el único grado académico que recibió de una universidad argentina¹.

2. La Universidad Mayor de San Carlos (1808-1834)²

En 1807, la Universidad sufre una profunda transformación, concluyendo la etapa franciscana, al entrar en vigencia siete años después de su emisión, la Real Cédula que dictara Carlos IV convirtiendo a la Universidad Real, en la Universidad Mayor de San Carlos, con los mismos privilegios y prerrogativas de la Universidad Mayor de Salamanca y de San Marcos de Lima. Esta Real Cédula, es fundamental, para el estudio de la Universidad en esta etapa, por las grandes reformas que en ella se introducen, las que podemos sintetizar, a saber: La asimilación de la Universidad Mayor de San Carlos a las Universidades citadas, es decir, con los mismos privilegios y prerrogativas, como así también en relación a los planes de estudio. La provisión de cátedras por concurso de oposición, y la elección de autoridades para el gobierno universitario, a cargo del mismo claustro.

El *cúmplase* que el Virrey Don Santiago de Liniers estampó el 29 de noviembre de 1807, al pie de la citada Real Cédula abrió las puertas de una nueva etapa de la Universidad de Córdoba: su período secular. En 1808 fue nombrado rector el deán Don Gregorio Funes, quien diseñó un nuevo plan de estudios. Es el plan provisorio que con el

¹ Toda la información ha sido obtenida de los fondos documentales existentes en el Archivo Histórico de la Universidad Nacional de Córdoba y en el Archivo de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba.

² El tema ha sido tratado por Aspell, Marcela y Yanzi Ferreira, Ramón Pedro en *Breve Historia de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba 1791-1991*. Ed. Advocatus, Córdoba 1993.

tácito consentimiento del claustro, pero sin aprobación formal, entra en vigencia en 1808 y se extiende hasta 1815, fecha en que se pone en ejecución el plan definitivo, que fuera aprobado en 1813.

La Facultad de Jurisprudencia se organizó en torno a las Cátedras de Instituta, a cargo del doctor Juan Antonio Saráchaga, tras el alejamiento del Doctor Victorino Rodríguez en 1807; Derecho Real con el doctor Pedro Ignacio Acuña, y Derecho Canónico por Fray Juan Esteban Soto desde los últimos años de la regencia franciscana, sufrió el cambio de su titular en la persona del doctor José Norberto Allende, quien presentó su renuncia pocos meses después y fue reemplazado por Pedro Ignacio Acuña, hasta las oposiciones que se llevaron a cabo al concluir el año 1808 y conceden la titularidad al Doctor Santiago González de Rivadavia, quien por su parte renunció a la cátedra en 1810 y fue reemplazado interinamente por José Roque Funes.

Por su parte, Saráchaga, que había obtenido luego la cátedra por concurso, solicitó autorización y se ausentó a Chuquisaca a principios de 1809; el claustro designó entonces, interinamente a Francisco Antonio González.

Desaparecen la antigua distinción entre cátedras de prima y vísperas de leyes para dotarlas a ambas en forma igualitaria, en esta época el grado de bachiller en leyes se obtenía después de rendir el examen llamado previa, preceptuado por la Real Cédula del 24 de enero de 1770.

Para obtener el grado de licenciado era necesario rendir un quinto curso con su examen respectivo sobre las Leyes de Toro, a la luz del texto de los comentarios de Antonio Gómez. Este curso estaba a cargo del catedrático de Derecho Real. Por último el grado de doctor se alcanzaba aprobando un examen sobre los concilios, después de rendir la Ignaciana.

El plan provisorio acataba cumplidamente la Real Cédula de 1800, que mandaba que no se dictara la materia por los profesores y mantenía el texto de Vinnius, a pesar del reconocimiento de que gozaba la Paráfrasis de Teófilo -tomado nota los estudiantes-, renovada por Galtier, por quien se inclinaban Mayans y Siscar y el propio Finestres. Sin embargo, en la realidad del mundo universitario cordobés, la flaca alimentación de su biblioteca, impedía el cabal cumplimiento del mandato real, como lo confesaba el propio deán, en carta al Obispo Orellana el 18 de julio de 1816: "*La falta de libros en todas las universidades atrasa mucho el progreso de estas reformas, sin esperanzas por ahora de poderlos conseguir en Europa*".

Para el estudio del Derecho Canónico se utilizaban las obras de Carlos Sebastián Berardi. Meses más tarde, el texto de Berardi *Institu-*

ciones iuris ecclesiastici fue reemplazado por el de Julio Lorenzo Salvagio, *Institutionum Canoniarum Libri III*.

Posteriormente el Deán Funes estructuró un nuevo plan de estudios que remitió al claustro el 1ro. de julio de 1813, el cual mereció la aprobación de la Universidad en 1814. En marzo de 1815, lo autorizó el Director Supremo. El plan comprendía cuatro años y por períodos anuales se estudiaba la Instituta, el Derecho Canónico, las leyes del Estado – lo cual significaba una importante innovación al incorporarse los estudios de Derecho Patrio– y el Derecho Natural y el de Gentes, que era el Derecho Internacional.

Las novedades bibliográficas importan la consulta de la Paráfrasis de Teofilo, renovada por Daniel Galtier, para las instituciones de Justiniano, las *Institutionem Canoniarum* del Obispo Juan Devoti para el Derecho Canónico, en tanto Grocio y Puffendorf, comprendidos por Heineccio eran utilizados en el Derecho Natural y de Gentes y el curso de Bellas Letras del canónigo Carlos Betteux, para el estudio de la retórica. Este plan de estudio, que fue una adaptación del que regía en la Universidad de Alcalá de Henares, continuo vigente hasta 1856, con las modificaciones que en 1818 introdujo Manuel Antonio de Castro, en oportunidad de la célebre visita que efectuara a la Universidad de San Carlos y al Colegio Nacional de Monserrat, por indicación del Gobierno con el propósito de dotar a la Universidad de un mayor grado de capacitación, y las efectuadas en 1822, 1834 y 1841.

Manuel Antonio de Castro, respetó los lineamientos generales del plan definitivo del Deán Funes, pero aún así sostuvo que cualquiera que haya estudiado la jurisprudencia civil y canónica, sabría por experiencia que en un sólo año, es imposible estudiar los cuatro libros de la Instituta y en otro, abarcar todo el Derecho Canónico. Por ello, con las modificaciones que introdujo el plan de estudios suprimió algunas enseñanzas que se impartían mal, aumentando las cátedras sin aumentar los catedráticos y procedió a la distribución de las materias de la siguiente manera: Durante los dos primeros años debía leerse los dos primeros tomos de la Instituta en el comentario de Vinnius y el primer tomo de la obra de Derecho Canónico de Devoti; en el tercer año se enseñaba la Instituta de Castilla y las Leyes de Toro con las obras de Antonio Gómez y el compendio de Llano; por último en el cuarto año se enseñaba Derecho Público y de Gentes los Concilios, especial atención merecían en los dos últimos años el tratado *De Regulis iuris*, las antigüedades de Salvagio y los ejercicios judiciales de los profesores que tratarían alternadamente.

Luego de tres años de curso y la aprobación de dos previas se podían optar al grado de bachiller en derecho Civil en Cánones, otor-

gados separadamente, el cursado del cuarto año y la aprobación de un nuevo examen concedía al aspirante la licenciatura en uno u otro derecho.

El grado de Doctor requería la asistencia obligatoria en un quinto año a las funciones literarias de la Universidad y a las previas donde el doctorando argüía al graduado, y a la aprobación de dos Ignacianas, una dedicada a la lección de una hora y otra a la defensa de las conclusiones que le presentaban el rector en un número no inferior a doce ni superior a dieciséis.

3. Dalmacio Vélez Sarsfield y sus estudios en la Universidad Mayor de San Carlos³

Nació el 18 de febrero de 1800 en la localidad de Amboy, Departamento de Calamuchita, Provincia de Córdoba, hijo de Don Dalmacio Vélez Baigorri y de Doña Rosa Sársfield Palacios. Con éste plan estudio nuestro codificador Dalmacio Vélez Sársfield en la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Mayor de San Carlos.

Cabe recordar que Vélez, pasó su infancia en la ciudad de Córdoba. Curso sus estudios primarios en el Convento Franciscano y posteriormente en el Colegio Montserrat.

En 1812, inicio los estudios preparatorios obligatorios de Latín y Gramática que se dictaban en la Universidad Local, para luego comenzar la Facultad de Artes –facultad menor–, donde se iniciaría al estudio de la Filosofía, como una etapa previa para el ingreso a la Facultad de Jurisprudencia.

En 1814, ingresó a la Facultad de Artes de la Universidad Mayor de San Carlos, que siguió durante cuatro años, proporcionándole el conocimiento del latín que lo habilitó para estudiar de sus fuentes y de los autores clásicos, el Derecho Romano. El 11 de junio de 1818, egresó con el grado académico de bachiller y maestro en Filosofía. El título lo recibió de las manos del entonces, Vicerrector Doctor Joaquín Pérez.

Ese mismo año, había iniciado su primer curso de leyes en la Facultad de Jurisprudencia. Vélez estudio con el nuevo plan de estudios reformado por el doctor Manuel Antonio de Castro, es decir, con las modificaciones introducidas al plan elaborado por el deán Gregorio Funes en 1814.

³ El tema ha sido tratado por Yanzi Ferreira, Ramón Pedro en: *El Desarrollo de los estudios de Derecho Romano en la Universidad de Córdoba en la primera mitad del siglo XIX* en Libro Homenaje a Dalmacio Vélez Sarsfield. Ver Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Ed. "El Copista". 2000.

En esta Casa de estudios, cursó los dos primeros años de Derecho Canónico y los dos años de las Institutas de Justiniano. Juan Antonio Saráchaga fue su profesor de Instituta, reemplazante del doctor Victorino Rodríguez, primer catedrático de Instituta.

El Rector doctor José Gregorio Baigorri confirió a Dalmacio Vélez Sarsfield el grado de bachiller en ambos Derechos, Civil y Canónico, luego de aprobar el examen de previa.

En 1822, luego de realizar la práctica forense en el estudio del Doctor José Dámaso Gigena –desde el 12 de mayo de 1820 hasta fines de diciembre de 1821–, rindió el examen final de capacitación ante el Tribunal Superior de Justicia, presidido por el Gobernador Juan Bautista Bustos. El gobierno provincial le otorgó el título de abogado. Vélez Sarsfield, entretanto, se había desempeñado como Defensor de Pobres en el Cabildo de Córdoba.

En 1826 se desempeñó como profesor de economía política en la universidad de Buenos Aires hasta 1829, donde alcanzó, finalmente el grado de doctor conforme con lo establecido por el entonces Presidente Bernardino Rivadavia en junio de 1827 que reconoció tal título a los profesores de la Universidad “*sin estar graduados*”.

4. Juan Bautista Alberdi y sus estudios en la Facultad de Derecho de la Universidad de Córdoba

El 28 de febrero de 1834 se creó la Cátedra de Derecho Público por decreto del entonces Gobernador de la provincia de Córdoba, José Antonio Reynafe. La nueva distribución de materias que plantea el gobernador Reynafe. Disminuía el estudio de los Derechos Civil y Canónico, incorporando en el cuarto año el Derecho Público que contó entre sus primeros catedráticos a los Doctores Santiago Derqui, Agustín Pastor de la Vega, Enrique Rodríguez y Ramón Ferreira.

El estudio de la materia se hacía de la siguiente manera: primer año, elementos de Derecho Público, Político y de Gentes con el texto Espíritu del Derecho de Alberto Fritot; segundo año, Derecho Constitucional de Benjamín Constant y en el tercer año Economía Política, donde se utilizaría el texto que oportunamente fijara el catedrático.

La cátedra perduró hasta el 3 de marzo de 1841, donde a pedido del claustro universitario fue suprimida por decreto del gobernador delegado Claudio Antonio Arredondo.

Cabe recordar, que los estudios de Alberdi, en el colegio fueron realizados de forma irregular debido a los trastornos típicos de una crisis de pubertad, las estrictas exigencias disciplinarias del Colegio, la irreparable falta de madre quien falleció unos meses después de su

nacimiento y la de su padre cuando contaba solamente 10 años, agravada por el alejamiento de su familia. Su hermano, Rafael, solicita por ello al Rector Miguel de Belgrano, autorización para retirar a Juan Bautista del establecimiento. El 8 de noviembre, la máxima autoridad universitaria y previo informe al gobernador, Juan Gregorio de Las Heras hizo lugar a dicha petición, así al día siguiente Alberdi se retiraba, aunque no para siempre del Colegio de Ciencias Morales. Ante tal situación y con el consentimiento de su hermano mayor y por deseo de Juan Bautista pasó a ser dependiente de una casa comercio cuyo propietario era amigo de la familia Alberdi –Don José B. Baldes–. La tienda funcionaba en frente del colegio Morales. A raíz de la proximidad y el contacto diario con sus ex compañeros, su fe en la elección de la nueva profesión comercial, se hizo entonces vacilante. Durante esa etapa de su vida estuvo entregado, además, a pasatiempos y diversiones del mundo propio de su juventud, la figura de Juan Bautista Alberdi nunca pasaba desapercibida. Alberdi descubre en la lectura una vocación, como proyecto de vida, comenzando esta etapa de lectura con la obra publicada en 1791, “Las Ruinas de Palmiras, del Conde de Volney”.

Encontramos un joven singular, estudiante desaplicado en el aula, pero dotado del más vigoroso temperamento intelectual.

Juan Bautista no tardó en arrepentirse de haber abandonado sus estudios. Así, su primo hermano Don José María Aráoz, sorprendido de verlo siempre consagrado a la lectura, le preguntó a Juan Bautista, que si tanto interés tenía por ella, por qué abandonó el colegio; a lo que, Juan Bautista, contestó sin vacilar: “bien arrepentido de ello estoy” y regresaría con gusto al colegio. Ante tal respuesta, Aráoz se comunicó con el coronel Heredia, diputado por Tucumán ante el Congreso Nacional con la finalidad de que efectuara las gestiones pertinentes para la reincorporación de Juan Bautista y el restablecimiento de la beca.

Mientras sucedían los trámites de rutina Heredia lo inició al estudio del latín y de la música. De este modo Alberdi retorna a las aulas el 4 de julio de 1827, retomando los libros con entusiasmo y a partir de allí se consagró a los estudios; y allí conoce a Vicente López, Francisco Villanueva, Facundo Corvalán, y otros. El azar le dio por compañero de banco a Miguel Cané, naciendo entre ellos una fraternal amistad. Al cerrarse el Colegio de Ciencias Morales, por decreto de Tomás Manuel Anchorena, el 31 de diciembre de 1830, no le faltó a Juan Bautista afecto, habida cuenta de que la familia de Cané lo llevó a vivir a su casa como un hijo.

En 1830, inició sus estudios de Derecho, fue alumno de las Universidades de Córdoba, Buenos Aires, Montevideo y Chile. Estudió, además en los Estados Unidos de América.

El 24 de mayo de 1834, la Universidad de Córdoba le otorgó el grado de Bachiller en Derecho Civil, luego de rendir el examen de tercer año –sin haberlo cursado– y aprobar el examen de Previa. Este fue el único grado académico que recibió en una Universidad Argentina. En esta época, la Universidad dependía del gobierno provincial.

En 1838 abandonó sus estudios –debía completar la práctica forense– por negarse a jurar la fórmula impuesta por Rosas.

Dos años después se graduó como abogado en Montevideo.

Perteneció a la generación romántica y liberal de 1837 que integraron además Echeverría, Sarmiento, Mitre, Juan María Gutiérrez, Florencio Varela, Vicente Fidel López, Félix Frías, José Vicente Rivera Indarte, y los uruguayos Juan Carlos Gómez y Andrés Lamas.

En 1834, luego de un corto viaje por Europa, se radicó en Valparaíso, donde ejerció activamente su profesión de abogado.

Alberdi sobresalió como gran jurista, escritor de periódicos políticos y literarios, en las ciencias, como literato, y dejó huellas en todas partes por su brillante talento y profundo saber.

Entre sus obras se destacan: *Memoria descriptiva de Tucumán; El Espíritu de la Música, Fragmento preliminar al estudio del Derecho; Ejecuciones y quiebras en Chile; La magistratura y sus atribuciones; Elementos del Derecho público provincial para la República Argentina; Sistema Económico y Rentístico de la Confederación Argentina; De la Integridad nacional de la República Argentina bajo todos sus gobiernos*, etcétera.

El 1 de mayo de 1852 publicó el más notable de sus trabajos *Bases y Puntos de Partida para la Organización política de la República Argentina*, obra que es un verdadero tratado de Derecho Público americano y constituye una de las fuentes inmediatas de la Constitución Nacional de 1853.

Alberdi publicó su primera edición en Valparaíso y en Septiembre de ese mismo año, se publica la segunda edición que contiene el proyecto de la Constitución Nacional.

Juan Bautista Alberdi falleció el 19 de junio de 1884, a los 73 años de edad en París.

5. Conclusiones

El Doctor Victorino Rodríguez fue designado el 12 de marzo de 1791, primer catedrático de Instituta en la Universidad de Córdoba.

Aunque la primera cátedra de la Facultad de Jurisprudencia de la Real Universidad de San Carlos y nuestra Señora de Montserrat fue creada para estudiar la Instituta de Justiniano, del propio texto del auto ereccional del Virrey Arredondo del 26 de febrero de 1791, surge que

fué incorporada al plan de estudios como un curso de Derecho Romano comparado con el Derecho Español (Derecho Civil se llamaba por ese entonces al Derecho Romano, y Derecho Real, al Español de las Siete Partidas, de las Leyes de Toro de 1505 y de la Nueva Recopilación de 1567). El mandato virreinal dispuso: “de que el catedrático que se nombrase estará obligado a explicar el texto de las Instituciones de Justiniano, con el comentario de Arnaldo Vinnio advirtiendo de paso las concordancias o discordancias que tenga con nuestro Derecho Real”.

La creación de la Cátedra de la Instituta significó el nacimiento de la Facultad de Jurisprudencia, en la Universidad Real de Córdoba.

En 1791, los estudios Universitarios en la Universidad Real de Córdoba, se integraron de la siguiente manera: una Facultad menor llamada de Artes, especie de Bachillerato clásico y obligatorio para ingresar a las otras Facultades y dos Facultades mayores, la de Teología y la de Jurisprudencia.

Los estudiantes del día 22 de agosto de 1791 en horas de la tarde escucharon la primera lección de la Cátedra de Instituta, quienes fueron: Francisco Enrique Peña, Pedro Arias, José Manuel Igarzábal, Prudencio Lascano, Tomás Danda, Manuel Antonio del Castillo, Juan Tomás Gómez, Jerónimo Salguero de Cabrera, Manuel de las Casas, Gabriel Ocampo y Manuel Bernabé de Orihuela.

Sólo nueve se presentaron a rendir el examen al fin del curso, el 17 de noviembre de 1791, logrando obtener las clasificaciones de rigor.

El auto virreinal de creación de la Cátedra dispuso el texto que debía utilizarse: “*El Comentarium Academicum et forenses in quatuor libros institutorum imperialium*” del reconocido romanista holandés Arnold Vinnius (1588-1657)

En 1807, la Universidad sufrió una profunda transformación, concluyendo la etapa Franciscana, al entrar en vigencia, siete años después de su emisión, la Real Cédula del 1º de diciembre de 1800 que dictó Carlos IV convirtiendo la Universidad Mayor de San Carlos, con los mismos privilegios y prerrogativas de la Universidad Mayor de Salamanca y de San Marcos de Lima.

El 11 de enero de 1808, el claustro nombró Rector de la Universidad Mayor de San Carlos, al deán José Gregorio Funes.

En 1808, entró en vigencia el primer plan provisorio elaborado por Deán Funes, su vigencia se extendió hasta 1815 –fecha en que se pone en ejecución el plan definitivo– en dicho plan se incorporó la enseñanza obligatoria del Derecho Canónico como asignatura específica de la Facultad de Leyes y mantuvo como texto de estudio para el libro del Holandés Arnaldo Vinnio con las notas de Heineccio, a su vez, en ese año se inició en Buenos Aires la Academia de jurisprudencia,

creada y organizada por Manuel Antonio de castro, graduado en Córdoba y Chuquisaca.

El plan definitivo de 1815, estructurado por el Deán Funes, fue aprobado por la Universidad Mayor de San Carlos en 1814, y continuó vigente hasta 1856, con las modificaciones que en 1818 introdujo Manuel Antonio Castro, en oportunidad de la célebre visita que efectuara a la Universidad de Córdoba por indicación del Gobierno con el propósito de dotar a la Universidad de mayor grado de capacitación y las efectuadas en 1822, 1834 y 1841.

El doctor Juan Antonio Saráchaga, catedrático de Instituta, fue profesor del doctor Dalmacio Vélez Sarsfield durante los años 1818 y 1819.

El doctor Dalmacio Vélez estudió en la Facultad de jurisprudencia de la Universidad Mayor de San Carlos, con las reformas al plan de estudios introducidas por el doctor Manuel Antonio de Castro, visitador del Colegio de Monserrat y de la Universidad de Córdoba.

Durante el período investigado se desempeñaron como profesores en la enseñanza del Derecho Romano los doctores: José Tristán y Moscoso, Juan Antonio Saráchaga, Pedro Ignacio Acuña, José Felipe Funes, José Antonio Ortiz del Valle, Pedro Nolasco Caballero, José Roque Funes, Atanasio Vélez, José Dámaso Gigena, José Severo de Olmos, Clemente Villada y Rafael García.

Con el plan de 1857, se reorganizaron los estudios de Derecho del siguiente modo: en el primer año se estudiaba el Derecho Romano, el Derecho Canónico y el Derecho Natural mientras que el segundo año comprendía los estudios del Derecho Romano, Derecho Canónico y Derecho Internacional. El Derecho Patrio, el Derecho Canónico y la Economía Política, abarcan el tercer año y los estudios de Procedimiento y de Derecho Constitucional Argentino integraban el cuarto año.

El doctor Juan Bautista Alberdi obtuvo el grado de Bachiller en Derecho Civil, luego de rendir el examen de tercer año de Derecho Civil –sin haberlo cursado– y aprobar el examen de previa. Este fue el único grado académico que recibió de una universidad argentina. El claustro universitario por mayoría de votos, resolvió que el plan de estudio que debía tenerse en cuenta para su examen de tercer año de Derecho Civil, fuera el vigente en Buenos Aires⁴.

⁴ TORRES, FÉLIX A. *Cuando Alberdi rindió examen en Córdoba*. En: *La Voz del Interior*. Ejemplar del 3 de octubre de 1996.

SECCIÓN IV
SÍNTESIS DE TRABAJOS APROBADOS DE
BECARIOS DE PREGRADO DEL CIJSS

PAGINA 652
BLANCA

REGULACIÓN JURÍDICA DE LOS SUBSIDIOS POR DESEMPLEO EN ÉPOCAS DE CRISIS ECONÓMICAS

Por Gisela María Cafure ***

El *desempleo* configura una contingencia de tipo económica y características patológicas, que se produce cuando trabajadores capacitados se encuentran involuntariamente sin trabajo.

Actualmente, Argentina se enfrenta a un desempleo estructural, generalizado y de larga duración, ya que no existe concordancia entre la oferta y demanda de trabajo, un elevado porcentaje de la población está desocupada y esta situación se ha prolongado en el tiempo durante varios años.

Los nefastos efectos de este fenómeno son múltiples y recaen no sólo sobre los individuos que lo padecen y su familia (consecuencias físicas, psicológicas y presupuestarias), sino también sobre la sociedad de la cual éstos forman parte (problemas económicos, fragmentación social y creciente individualismo).

Sus causas pueden ser muy variadas y difieren de acuerdo al grado de desarrollo de los Estados¹. En el caso de nuestro país, se puede citar la inexistencia de políticas serias relativas a la formación y capacitación de los trabajadores, el creciente endeudamiento externo y la reestructuración generada por la privatización de empresas estatales durante la década de 1990, entre otras.

* Abogada, Ex becaria del CIJS, Premio Universidad 2004, Premio Henocho Aguiar 2004,

** La autora agradece la valiosa colaboración del Director del proyecto, Dr. Sergio Gustavo Guestrin.

¹ VAZQUEZ VIALARD, Antonio. *Curso de la Seguridad Social*- Universidad Nacional de Córdoba, 1978, Córdoba, Argentina, p. 236.

Ante el panorama precedente, existe una amplia gama de soluciones. Sin embargo, Argentina se ha caracterizado por el empleo de técnicas correctivas que enfrentan la desocupación una vez producida, esgrimiendo como política más visible de su lucha, el otorgamiento masivo de *subsidios por desempleo*. Estos instrumentos constituyen transferencias² que deben ser utilizadas de manera **excepcional, transitoria y sumamente prudente**, habida cuenta que **son sólo paliativos, remedios superficiales que atenúan los síntomas pero no atacan el fondo del problema y que mal empleados, pueden incluso agravarlo**. Así, muchos autores coinciden en los efectos negativos que puede provocar su implementación a largo plazo³ e incluso paradójicamente, algunos los erigen como **causa del desempleo y una “subvención a la holgazanería”⁴**.

El objetivo propuesto al iniciar la presente investigación consistió en analizar **la evolución legislativa que los subsidios por desempleo detentaron en nuestro país durante el lapso comprendido entre los años 1983 y 2003**. Pero, luego de tal estudio, surge el interrogante de si en verdad existió “evolución”. Esta se puede definir como “desarrollo de las cosas por medio de la cual pasan gradualmente de un estado a otro” y en el tema que nos concierne, no parece haberse producido tal proceso. Así, basta leer la nota de elevación del proyecto de ley 22.752 (1983), donde se estableciera un subsidio por desempleo advirtiendo que tal medida sólo sería de carácter *temporario y excepcional*, ya que **la solución al problema de la desocupación requería la reactivación del aparato productivo y la readaptación profesional de los trabajadores**. De manera que veinte años atrás ya se reconocía la necesidad de tomar medidas más profundas, así como la importancia de la formación de los empleados. Sin embargo, dicha normativa no contempló medida alguna en el aspecto educativo y debieron pasar tres años para que el Decreto 2533/86 incorporara la capacitación como herramienta contra el desempleo. En la nota de elevación ya mencionada, también se hacía referencia a la conveniencia de instaurar un seguro por desem-

² Las transferencias son pagos que el Estado efectúa sin recibir contraprestaciones a cambio. SAMUELSON PAUL - NORDHAUS, WILLIAM D. “Economía”. Ed. Mc. Graw Hill. Edición 1993. Madrid, España, p. 1161.

³ CHARTZMAN BIREMBAUM, ALBERTO D. G. “Frente a la contingencia del desempleo”. Revista Trabajo y Seguridad Social. 1991, p. 245. CARCAVALLO, HUGO R. “La protección del trabajador desempleado”. Trabajo y Seguridad Social. Tomo VII. 1990. Universalitas S.R.L. p.868.

⁴ BLOCK, WALTER. “Manual básico del Empleo y Desempleo”. Ludwig Von Mises Institute”, 09/03/2004.

pleo, pero éste sólo tuvo concreción con la sanción de la Ley 24.013 (Ley Nacional de Empleo), en el año 1991. Una década después se creó el “Programa Jefes de Hogar” (Decreto 565/02) –que hasta el año 2003 contara con dos millones de beneficiarios– aludiendo nuevamente a la necesidad de *paliar* la difícil situación que atravesaba gran parte de la población.

Del estudio realizado se desprende que, lejos de adoptarse soluciones que apuntaran al fondo de la problemática del desempleo, sólo se ha intentado morigerar sus efectos (sobre todo el económico), una vez extendida aquélla. Resulta alarmante el hecho de que **los plazos de percepción de los beneficios sean cada vez más prolongados y difusos, sobre todo cuando se trata de sistemas no contributivos, donde la fuente de financiamiento es el presupuesto nacional.**

A los fines de dar respuestas efectivas al problema del desempleo resulta ineludible la generación de nuevas fuentes de trabajo, desarrollando estrategias dirigidas a reactivar la economía –puesto que la disminución de la producción genera un incremento proporcional en la tasa de desempleo, conforme lo enuncia la “Ley de Okun”– y reconocer el valor de la **educación y formación profesional**, en cuanto herramientas indispensables para asegurar la inserción de los trabajadores en el mercado laboral de un mundo globalizado.

A modo de conclusión, es dable afirmar que **si bien los subsidios por desempleo son necesarios para contrarrestar parte de los efectos de la desocupación, sólo deben ser transitorios y complementarios de políticas activas destinadas a la creación de empleo**, porque tal como lo sostuvo Juan Pablo II, en “Carta sobre el trabajo N° 27”, *“el primer fundamento del valor del trabajo es el hombre mismo.”*



LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN COMO GARANTES DEL SISTEMA DEMOCRÁTICO. ANÁLISIS DEL FACTOR DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD CIVIL

Por Juan Martín Carballo*

1. La interrelación de derechos: La libertad de expresión y el derecho a la reparación

La convivencia social lleva necesariamente a las limitaciones recíprocas del accionar individual de cada uno de los miembros de la sociedad. Es una postura compartida por muchos doctrinarios la idea de que el carácter absoluto de los derechos individuales los convertiría en instrumentos antisociales. Esta idea ha tenido recepción jurisprudencial, pudiendo citarse a la Corte Suprema de Justicia que afirma que *“la reglamentación o limitación del ejercicio de los derechos individuales es una necesidad derivada de la convivencia social. Reglamentar un derecho es limitarlo, es hacerlo compatible con el derecho de los demás dentro de la comunidad y con los intereses superiores de esta última”*¹.

Un claro ejemplo de tensión entre dos derechos lo presentan el derecho a la libertad de expresión y el derecho a la reparación, ambos con recepción constitucional², destacándose el primero por su íntima vinculación con el fortalecimiento del sistema democrático³. En este

* Becario de pre-grado durante el período 2004-2005, bajo la dirección del Dr. Ramón Pizarro.

¹ CSJN, Ercolano c/ Lanteri Renshaw s/ consignación, 1992.

² En el caso de la libertad de expresión con una recepción explícita y en el del derecho a la reparación, derivándose del artículo 19, según la interpretación de la Corte en los casos “Santa Coloma” y “Gunther”.

³ Hay numerosísimas afirmaciones en este sentido en los diversos Sistemas Internacionales de Protección de los Derechos Humanos, que pueden servir de base para esta afirmación.

sentido, Faúndez Ledesma plantea en relación con el derecho al honor que “precisamente por su cercanía con el núcleo de la personalidad, el derecho al honor está entre aquellos que plantean conflictos más frecuentes con la libertad de expresión”⁴. También se sostiene que “la protección dispensada a la libertad de prensa por las consecuencias que genere la emisión del pensamiento, cesa cuando ella afecta arbitrariamente el orden y la moral públicos, o los derechos legítimos de los individuos, en ámbitos que no tienen carácter institucional o estratégico”⁵.

2. Factor de atribución en la responsabilidad civil de los medios de comunicación

La tensión antes marcada entre estos dos derechos, se pone de manifiesto en las discusiones en torno al factor de atribución de responsabilidad aplicable a la actividad de los medios de comunicación, en ejercicio de la libertad de expresión.

Estas posturas partes de una premisa que no es compartida⁶ unánimemente en la doctrina: hay algunos casos en los cuales los medios de comunicación deben responder civilmente por los daños que ocasionen su accionar.

Dentro de quienes consideran que hay casos en los que sí se debe responder hay básicamente dos posturas: una subjetivista que afirma que los medios de comunicación deben responder cuando medio culpa y dolo. Dentro de esta posición hay un planteamiento específico: la Doctrina de la Real Malicia, que supone una subjetivismo agravado ya que sólo se responde si se demuestra “*el conocimiento por parte del medio de la falsedad de lo informado –noción similar a la de nuestro dolo– o con indiferente desconsideración de si era o no falso*”

⁴ FAÚNDEZ LEDESMA, “La libertad de expresión y la protección del honor y la reputación de las personas en una sociedad democrática” en *Memoria del Seminario: El sistema interamericano de protección de los Derechos Humanos en el umbral del siglo XXI*, T I, 2ª edición, San José de Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2003, p. 566.

⁵ BADENI, GREGORIO, *Libertad de prensa*, Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot, 1991, p. 108.

⁶ CRISTIÁN RIEGO RAMÍREZ afirma que nunca se debe llevar al ámbito judicial el derecho de libertad de expresión, ya que por la misma naturaleza de este derecho, todo conflicto en relación al mismo, debe resolverse en el ámbito del debate público, es decir, a través de diferentes medios de comunicación. (Conferencia Regional “Políticas Públicas de Derechos Humanos en el Mercosur”, realizada los días 29 y 30 de Julio de 2004, Córdoba, Panel Sobre “Libertad de Expresión. Acceso a la Información”).

–with knowledge that it was false or with reckless disregard whether it was false or not–⁷.

En la vereda opuesta, se comienza a configurar una posición objetivista que destaca el muy diferente modo de desarrollar la actividad de los medios en la actualidad, en comparación con tiempos pretéritos. Así se habla de una “prensa comercial” en la que inciden factores muy diferentes que no se tenían en cuenta anteriormente⁸. Mercado Luna entiende que “*las empresas periodísticas, aun vestidas con su ropaje de ‘medios de comunicación’, continúan revistando en la categoría de comerciantes*”⁹ y por ello debe aplicársele un factor objetivo de atribución de la responsabilidad.

A nivel jurisprudencial, un análisis¹⁰ de los fallos de la Corte Suprema de Justicia en este problema permite llegar a las siguientes conclusiones respecto de los mismos:

- Falta de fuerza argumentativa de los fallos debido a presencia de distintas argumentaciones en cada caso, con mayorías y disidencias muy heterogéneas.
- Adopción de criterios subjetivos de atribución de responsabilidad
- Falta de precisión en los elementos configurativos de la doctrina de la real malicia

3. Conclusiones

Intentando aportar a este análisis se presentan algunas reflexiones en torno a dos premisas concretas: la importante vinculación de la libertad de expresión con el sistema democrático y el hecho de que en muchos casos los medios de comunicación desarrollan su actividad rigiéndose por las leyes de mercado.

⁷ PIZARRO, RAMÓN, *Responsabilidad civil de los medios masivos de comunicación. Daños por noticias inexactas o agraviantes*, 2ª edición, Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 1999, p. 424.

⁸ PIZARRO presenta los siguientes factores: el incremento del número de consumidores de la información, la industrialización de la prensa, el rol de la publicidad, el impacto tecnológico en la comunicación social y la concentración de las empresas.

⁹ MECADO LUNA, RICARDO, *Los medios no son sujetos activos de la libertad de prensa*, Doctrina, SJA 7/1/2004 JA 2004-I-810, Lexis Nº 0003/010302.

¹⁰ El análisis detallado de los fallos del máximo tribunal se presenta en el Informe Final de la investigación de pregrado que fundamenta este artículo.

Desde esas bases se presentan los siguientes aportes:

- La doctrina de la Real Malicia puede ser un instrumento para la tutela de la libertad de expresión como garantía de la democracia, pero debe receptarse a nivel legislativo y contar con el “discovery period”, período durante el cual el medio tiene un deber de colaboración con el demandante para que la prueba del elemento subjetivo no se convierta en un imposible. Asimismo, se debe aplicar para funcionarios públicos de relevancia y sobre asuntos de índole estrictamente público.
- El Estado, como garante de la democracia, debe intervenir en la actividad de los medios para asegurar que ésta promoverá un debate público vigoroso, abierto y pluralista, en base a parámetros establecidos en el espacio institucional de debate público: el parlamento.
- Por otra parte, en relación con noticias que no tengan interés público y atento a su actual modo de actuación, los medios de comunicación deberán estar sujetos a una responsabilidad objetiva basada en la idea de riesgo creado.



BIBLIOGRAFIA: BADENI, GREGORIO, *Libertad de prensa*, Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot, 1991; BORGARELLO, ESTHER y CARLOS JUÁREZ CENTENO, “Evolución de la regulación constitucional de la libertad de expresión. Análisis comparativo entre la Nación y la Provincia de Córdoba”, en *Anuario V*, Córdoba, Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Ed. El Copista, 2001, pp. 309–324, ; FAÚNDEZ LEDESMA, “La libertad de expresión y la protección del honor y la reputación de las personas en una sociedad democrática” en *Memoria del Seminario: El sistema interamericano de protección de los Derechos Humanos en el umbral del siglo XXI*, Tomo I, 2ª edición, San José de Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2003, p. 559-586; FISS, OWEN, *La ironía de la libertad de expresión*, Madrid, Gedisa, 1999; MECADO LUNA, RICARDO, *Los medios no son sujetos activos de la libertad de prensa*, Doctrina, SJA 7/1/2004 JA, 2004-I-810, Lexis N° 0003/010302, 2004; PIZARRO, RAMÓN, *Responsabilidad civil de los medios masivos de comunicación. Daños por noticias inexactas o agraviantes*, 2ª edición, Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 1999.

INCONSTITUCIONALIDAD DE LAS MEDIDAS AUTOSATISFACTIVAS

*Por Juan Pablo Díaz **

1. La Medida Autosatisfactiva

Existen hoy nuevos conflictos intersubjetivos de intereses que por sus especiales características requieren una particular y diferente solución; y, se afirma, ocupan todos los campos de la ciencia jurídica. Quienes intentan la adopción de este instrumento sostienen una posición crítica de la ciencia procesal actual. Determinan que el proceso, tal y como está concebido, es un mecanismo pesado e inútil, que no da solución a problemas que requieren una respuesta inmediata. Opinan que el proceso necesita un cambio de mentalidad, dejando atrás un tradicional perfil garantista¹. Este nuevo enfoque ensalza valores hasta hoy secundarios (eficacia, celeridad, flexibilización de principios, etc.), reestructura las escalas clásicas de valores² y eleva la figura del juez, potenciando sus poderes.

En este marco nacen las medidas autosatisfactivas. Las definimos como un acto de parte por el cual una persona requiere, dada la excepcionalidad de la situación, la declaración y protección definitiva, por el juez, del derecho que cree tener en relación a un conflicto. Como vemos, esta medida es un proceso que soluciona definitivamente el litigio. Entre sus caracteres apuntamos: la fuerte verosimilitud de los

* Becario del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales (2004-2005).

¹ BARACAT, EDGAR, "Vicisitudes del procedimiento impreso a un pedido de resolución autosatisfactiva", en ED, 169-1345, p. 1349.

² MOLINA SANDOVAL, CARLOS A., *Medidas Autosatisfactivas*, Córdoba, Advocatus, 2001, p. 12.

hechos alegados por el actor, su dictado sin sustanciación o con una limitada y sus vías de impugnación con posterioridad a su despacho, entre otros.

Hay autores que critican su constitucionalidad por vulnerar el derecho de defensa en juicio. Ante esta situación la doctrina que la apoya responde diciendo que su dictado inaudita parte se justifica dada la urgencia de la situación, aplazando para una etapa posterior el ejercicio de este derecho (en la etapa de impugnación de la sentencia)³.

2. El proceso de la Constitución Nacional

La convivencia humana está marcada por la idea de conflicto; los que, como enseña el Prof. Fernando Martínez Paz, son complejos y multidimensionales⁴. Y si el proceso es uno de sus mecanismos de solución, no puede desvincularse de estas notas para una solución válida.

El proceso comienza con la demanda, a la que entendemos como la simple afirmación, subjetiva e interesada de la existencia de un conflicto complejo y multidimensional, que tiene como finalidad convencer a quien decide de la razón de sus dichos; por esto, el punto de vista acerca de los hechos será parcial y emotivo. Como consecuencia, al tribunal le llega un saber disperso y fragmentado. De allí que debemos preguntarnos cómo logra el juez un conocimiento acabado que le permita solucionar válida y legítimamente la cuestión.

Explica el Prof. Fernando Martínez Paz que entre las formas de pensamiento que legitiman un conocimiento válido podemos apuntar: la interpretación de los hechos en su realidad histórica, cultural, social, ética, jurídica; el conocimiento sólo es tal cuando organiza, relaciona y contextualiza la información y la científicidad pertenece a la tarea pluralista de confrontar, refutar, corregir, verificar, etc.⁵

La sola versión del actor es insuficiente ya que el tribunal no puede cumplir con los requisitos apuntados. La pluralización de puntos de vista es la que permite al magistrado llevar a cabo estas actividades y de esta forma lograr un conocimiento científico y válido, legítimamente de su decisión. La actividad de ambas partes es esencial y es así

³ CECCHINI, FRANCISCO, "La Constitución emplaza a la creación de nuevos instrumentos procesales. Tutelas urgentes", en *Medidas Autosatisfactivas*, PEYRANO, JORGE (DIRECTOR), Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1999, p. 203.

⁴ MARTINEZ PAZ, FERNANDO, *La construcción del mundo jurídico multidimensional*, Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2003, p. 15.

⁵ MARTINEZ PAZ, FERNANDO, ob. cit., pp. 36 a 41.

que la Constitución Nacional protege el derecho de defensa y la participación del demandado en el proceso (Art. 18).

3. La inconstitucionalidad de la Medida Autosatisfactiva

El derecho de defensa y su inviolabilidad tienen una doble función. Por un lado, son resguardos que actúan como un bastión de dignidad y respeto en el aseguramiento de la defensa de los derechos de las personas. Y, por otro, son necesarios para el juez como garantía de conocimiento que operan como legitimantes de su decisión. Opinamos que la Medida Autosatisfactiva es inconstitucional por no respetar la doble función que tienen los principios apuntados. El juez, con la sola versión del actor, no puede formar un conocimiento válido, de un conflicto complejo y multidimensional, para decidirlo de manera definitiva. Por eso es que quienes las pregonan hablan de una fuerte verosimilitud inferior a la certeza para fallar. Creemos, por el contrario, que la Constitución sólo acepta la convicción de certeza, pues nadie se convence con probabilidades. Así, toda condena autosatisfactiva en este estado de conocimiento no es un juicio sino un pre-juicio.

Somos conscientes de la lentitud y morosidad de la práctica judicial; pero creemos que los principios apuntados son pilares éticos, sociales, culturales y epistemológicos que constituyen un núcleo de valores no negociables que no pueden ser modificados. Son un esfuerzo gigantesco del hombre de occidente en la construcción de su mundo jurídico.



“DESIGUALDAD Y JUSTICIA: El problema de los incentivos”

*Por Andrea Fasoli **

1. ¿Qué es lo que justifica la desigualdad?

Jonh Rawls utiliza para dar respuesta a este interrogante al llamado **principio de la diferencia**: se justifica la desigualdad en el ingreso, en la riqueza, en la autoridad, si los que peor están se encontrarían aún en una situación peor que en la actual. Esto significa que la desigualdad sólo puede permitirse si y solo si al reducirla se empeora aún más las posibilidades del que menos tiene. Una consecuencia de esto es que se debe estimular a los más capaces, incentivarlos para que produzcan más, porque esto también es en beneficio de los que menos tienen, ya que si la distribución fuera de 50 y 50, el más talentoso no tendría ningún incentivo para producir más.

La gente con talento, con capacidad producirá más sólo si se les paga más, y éstos muestran fraternidad ya que no quieren tener grandes ventajas salvo que sea en beneficio para los que peor están quienes a su vez, pueden llevar con dignidad su posición porque saben que no es posible una mejora.

Los principios de justicia (dentro de los cuales se encuentra el principio de la diferencia) se aplican solo a las instituciones sociales y no a las personas individualmente. La primera virtud de estas instituciones sociales es la justicia. No es suficiente que éstas sean ordenadas o eficientes, ya que si son injustas deben ser abolidas o reformadas¹.

* Abogada UNC; becaria del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, período 2004/2005; adscripta a la Cátedra de Filosofía del Derecho UNC.

¹ RAWLS, J. A *Theory of Justice*, Cambridge, Harvard University Press, 1971, pp. 75.

Dado que la justicia es una virtud de las instituciones sociales, el tema de la desigualdad está planteado como si no fuera un problema a nivel de conductas individuales, sino de la estructura básica², es por esto que el problema estructural no se soluciona dando dinero a las personas, sino que la única forma de cambiar las injusticias es modificar la estructura básica, es decir, las instituciones sociales a través de la acción política: por ejemplo participando en partidos políticos, promoviendo la reforma de la Constitución, etc. Entonces frente a la pregunta de si debo ayudar a una persona que no tiene recursos, la respuesta de Rawls sería que se la puede ayudar por caridad, o por solidaridad pero no por justicia.

Una consecuencia beneficiosa de que la justicia sea un problema de la estructura básica es que deja el espacio suficiente para poder llevar adelante nuestro propio plan de vida.

Entonces, para Rawls, lo justo sería que haya una estructura básica organizada de acuerdo al principio de la diferencia, dejando lugar para que los individuos lleven adelante sus propios planes de vida.

2. Críticas a Rawls

Rawls ha recibido críticas de distintos autores entre los que encontramos al marxista analítico Gerald Cohen, quien centra sus críticas en el principio de diferencia y en la estructura básica.

Crítica al principio de la diferencia: el argumento se centra en la posición de los que tienen un salario alto en una economía de mercado, y pueden elegir trabajar más o menos. A esta gente se la llama “dotada de talento” en el sentido de que tienen capacidad para lograr ganancias significativas en el mercado. Las recompensas a éstos se justifican en que producen más.

Cohen se pregunta ¿por qué son necesarios los incentivos para los dotados de talento si estos aceptan el principio de diferencia y obran en su vida diaria de acuerdo a éste?

Es decir, Cohen se plantea si los incentivos son necesarios ¿porque la eliminación de la desigualdad empeorará la situación de todo el mundo? o ¿por qué los dotados de más talento decidirían producir menos si la desigualdad desapareciera?³

² Ibid, pp. 19.

³ COHEN, G. *If you are egalitarian, how come you're so rich?* Cambridge, London, Harvard University Press, 2000, pp. 172.

Cohen considera que son los dotados de talento los que hacen necesarias las recompensas, al no querer trabajar si no se les da una retribución extra. La justificación de los incentivos para los ricos funcionan si se los ve como extraños en la sociedad, puede justificarse cuando hablan en tercera persona y no en primera. Los más talentosos extorsionarían a los menos talentosos ya que prestan sus servicios sólo si se les da más dinero.

Críticas a la estructura básica: Rawls considera que las instituciones pertenecen a la estructura básica si son coercitivas legalmente. La estructura legal coercitiva de una sociedad está formada por las elecciones que establecen la ley del lugar. Sin embargo, otras veces pertenecen a la estructura básica instituciones que dependen de las convenciones de los usos y costumbres, como por ejemplo la familia. Esto es a lo que se llama estructura legal no coercitiva, en ésta no existe demasiada prevención, sino que se manifiesta en sanciones como la crítica, la desaprobación, la furia, el maltrato, etc.

Rawls se fija en el efecto redistributivo el cual es atribuido por este solo a las instituciones legales coercitivas, pero Cohen plantea que no sólo la estructura coercitiva tiene efectos redistributivos sino que las conductas individuales también tienen ese efecto (por ej: el mercado, la familia)⁴.

3. Conclusión

A modo de conclusión podríamos decir que tenemos intuiciones contradictorias: por un lado lo que nos resulta atractivo de Rawls es deja espacio para desarrollar nuestros planes de vida individuales, estipulando que las exigencias de justicia se aplican a las instituciones y no a las conductas individuales. Sin embargo, aparece como una coartada para desentenderme de los demás. En cambio, la postura de Cohen pone tanto énfasis en los otros, que parece no dejar lugar para la libertad individual.



⁴ COHEN, G., op cit., pp. 2.

ACCIÓN COLECTIVA CONTENCIOSA: EL CASO CLÍNICA JUNÍN: LA REPRESENTACION DEL CONFLICTO Y LA JUSTICIA EN EL DISCURSO DE LOS ACTORES *

Por Leticia Gavernet **

1. En el trabajo realizado se concibe que los motivos que han originado y sostienen la protesta social en nuestro país están relacionados con problemas estructurales no resueltos y que se agudizan en el actual contexto económico social. Se observa que el impulso a la acción se halla vinculado a la vulnerabilidad estructural y a los efectos objetivos de las relaciones de poder existentes, pero sólo alcanza el nivel de movilización cuando interactúan con procesos enmarcadores capaces de desarrollar la construcción de una identidad y representación por parte de un colectivo.

2. Asimismo se entiende que la crisis orgánica que afectó a nuestro país en diciembre de 2001 no es la crisis de *un tipo de capitalismo* o modelo de acumulación rentístico-financiero ni de *un tipo de democracia*, sino que implicó una crisis mucho más profunda que llevó a cuestionar a la democracia desde sus fundamentos más básicos: el de representación (involucrando crisis de legitimación y gobernabilidad), y el cuestionamiento al sistema capitalista en su derecho fundamental, la propiedad privada (a través del movimiento de desocupados más

* Correspondiente a la investigación homónima –Beca de Pregrado período 2004-2005- bajo la dirección de la Dra. Patricia Scarponetti.

** Abogada. Becaria del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales. Alumna de la Maestría en Sociología, Centro de Estudios Avanzados y Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UNC.

grande del mundo y el incipiente fenómeno de recuperación de empresas), haciendo visible la opinión de la sociedad civil que había estado ausente por años.

En este contexto se produce el conflicto de la Clínica Junín (empresa recuperada de salud en la ciudad de Córdoba) como nueva expresión de una *acción colectiva contenciosa* que supone la presencia de redes o estructuras de interacción que, en torno a los intereses compartidos, son las que cumplen las funciones de sociabilidad, generación de conciencia colectiva e identidad. La acción colectiva es utilizada por personas que no tienen acceso regular a las instituciones, que actúan en nombre de viejas o nuevas reivindicaciones y que se conducen de un modo que constituye una amenaza para otros, descubriendo en los últimos años el uso estratégico de lo legal y lo judicial como espacio de acción política de los ciudadanos¹.

3. En relación con las entrevistas realizadas a los trabajadores de la Clínica Junín se pueden observar significativos desplazamientos en su discurso en relación a la subjetividad de los mismos, asumiendo su potencialidad a raíz de una identidad colectiva. Se articula la defensa de la cultura del trabajo con la concepción de cambiar el sistema de salud vigente, asumiendo trascendencia social y política bajo nuevas formas de organización que implican el ejercicio de la democracia directa. La politización de los trabajadores se concibe como un avance positivo, entendiendo que las reivindicaciones sólo se obtienen mediante la presión política en el reclamo activo de sus derechos, pero se resalta la necesidad de que el Estado intervenga y las leyes se modifiquen para contener –y regularizar– su situación, institucionalizando el conflicto.

4. Los operadores jurídicos establecen una controversia en relación al alcance de los derechos sociales involucrados en el caso. En este sentido, los abogados de los trabajadores de la Clínica Junín y el Fiscal de Instrucción introducen en el análisis del conflicto las dimensiones de los derechos sociales como derechos fundamentales incorporados

¹ Para el concepto de acción colectiva véase: FARINETTI, MARINA. Violencia y risa contra la política en el Santiagueño. En: Revista del CECYP: Apuntes de Investigación N° 6. Buenos Aires, noviembre del 2000. SCARPONETTI, PATRICIA, El poder del Derecho. Documento presentado a la reunión del CLACSO: Justicia y Sociedad, Córdoba, 9 al 12 de agosto, 2004. TARROW, SYDNEY, *El poder en movimiento. Los movimientos sociales, la acción colectiva y la política*. Ed. Alianza. Madrid, 1997.

por la reforma constitucional del año 1994, y ligados al contexto socio-económico actual. Los trabajadores son considerados como sujetos de derecho colectivo que, ante las desigualdades materiales, políticas y económicas, requieren principios de interpretación favorables, protección excepcional de los valores involucrados (como el trabajo, la salud y la dignidad), requiriendo la desmercantilización del conflicto y la intervención positiva del Estado, el apartamiento de la concepción formalista del derecho clásico y la incorporación de la dimensión sociológica al conflicto.

Por otro lado, los operadores jurídicos representados por el Juez de Instrucción y la Cámara de Apelaciones, continúan aplicando la concepción tradicional del derecho privado, ligado a concebir el conflicto como afectación individual de derechos (aislado del contexto social en el que se produjo), indicando una responsabilidad e intervención mínima del Estado, y con una férrea defensa de principios procesales que obstaculizan el tratamiento del caso en profundidad y no se corresponden con esta nueva interpretación de lo social.

Resulta significativo analizar que los derechos reconocidos resultan insuficientes a la hora de contemplar las crisis actuales y la emergencia de los movimientos sociales, por lo que el uso discursivo estratégico de las nociones de derechos sociales, democracia y ciudadanía, implica un debate semántico que define posiciones políticas a la hora de establecer la protección jurídica de los nuevos actores sociales y la legitimidad de su reclamo.



INCIDENCIA DE LAS CLÁUSULAS DE PRÓRROGA DE JURISDICCIÓN EN EL DERECHO DE DEFENSA EN JUICIO

*Martín Juárez Ferrer **

El tema de esta investigación es las cláusulas de prórroga de jurisdicción, y su posible consideración (en ciertos y determinados contextos) como inconstitucionales y también (mediante el uso de otros conceptos y herramientas del derecho, pero en parecidas situaciones) como cláusulas abusivas (art. 37, Ley 24.240).

El punto de partida para desentrañar esta cuestión es el análisis del derecho a la jurisdicción. Este debe entenderse como un poder-deber, siendo ambas facetas inseparables, con profundas raíces en nuestra Constitución.

La importancia del análisis de los conceptos de jurisdicción reside en su vinculación, con ya se dijo, con el derecho constitucional de todos los habitantes a una tutela judicial efectiva. Este derecho a la tutela judicial efectiva implica que los justiciables, no solo tienen derecho a la inviolabilidad de la defensa en juicio, sino también a la igualdad en el marco del proceso, y que esta igualdad debe ser efectiva, y no meramente nominal. Ya decía Carlos S. Nino¹ que las garantías proce-

* Egresado del Colegio Nacional de Monserrat. Abogado (UNC). Egresado Sobresaliente de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Actualmente cursando la Maestría en Derecho y Argumentación (UNC). Becario de Pregrado 2004-2005. Becario Fundación Universitaria Río de la Plata en el XX Seminario País Federal, 2005. Ponente en las VIII Jornadas Argentinas de Derecho Procesal Constitucional (Buenos Aires, 2004) y en el I Congreso Internacional de Derecho Comercial y de los Negocios (Buenos Aires, 2005). Adscripto a las cátedras de Derecho Constitucional y Derecho Privado VII – Daños.

¹ NINO, CARLOS SANTIAGO, *Fundamentos de Derecho Constitucional*. Astrea. Buenos Aires. 1992, pág. 446.

sales del debido proceso consisten “en la posibilidad de acceso activo, por propia iniciativa (como actor), o pasivo, por iniciativa de otro (como imputado o demandado), a un proceso debido en protección de un derecho individual amenazado”.

Es de fundamental importancia en este momento dar una definición de competencia. Por mi parte, me parece adecuada la que da Adolfo Alvarado Velloso, quien dice que es *la aptitud que tiene una autoridad (juez o autoridad) para procesar, juzgar y en su caso, ejecutar la decisión que resuelva un litigio*².

Entre los caracteres de la competencia, ella es de orden público, ya que se encuentra establecida en provecho de toda la sociedad. Mediante la introducción de reglas y criterios de competencia se procura alcanzar un adecuado servicio de justicia. Por otra parte, también se procura facilitar la defensa de los derechos sustantivos de los justiciables, vale decir, la competencia se relaciona fuertemente con el acceso a la justicia. La competencia es indelegable puesto que en el ejercicio de su función, el juez tiene en sus manos un poder-deber del Estado. Un carácter de fundamental importancia es la improrrogabilidad y significa que las partes no pueden disponer a su antojo de la competencia fijada por las normas. La improrrogabilidad tiene una clara relación con el orden público, respecto de la competencia territorial, la doctrina clásica se ha pronunciado favorablemente respecto de su prorrogabilidad.

El fundamento de la distribución de competencia territorial no es otro que facilitar las comunicaciones entre el juez y las partes y el acceso a la justicia. La cercanía del tribunal permite a las partes hacer más sencilla la producción de prueba, y también que las partes se muevan en un medio que no les es desconocido, accediendo a un abogado de su confianza, y concurriendo al tribunal a informarse. Como ha dicho Aída Kemelmajer de Carlucci, en un voto como vocal de la Suprema Corte de Mendoza, *la competencia territorial tiene fundamento en que con la vecindad crece el rendimiento y decrece el costo del proceso*³.

La prórroga de jurisdicción o de competencia es la modificación de la competencia establecida por el legislador de acuerdo a los criterios antes expuestos, a favor de un tribunal de determinada compe-

² ALVARADO VELLOSO, *Introducción al Estudio del Derecho Procesal*. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1995. Tomo 1, p. 147.

³ SCMza, Sala I, 1/12/1997, en “Agüero, Pedro J. c. Aseguradores de Cauciones S.A.”, en ED, 181, 296.

tencia territorial. En el ámbito de los contratos llamados de consumo, muchas y valederas son las razones que puede tener un proveedor profesional de bienes y servicios para incluir esta cláusula en los contratos.

Entre ellas, que la centralización de los litigios con los usuarios en una determinada circunscripción judicial favorece la reducción de costos, y esto favorece a la larga a los propios consumidores, que se ven beneficiados por menores precios finales.

Sin embargo, el conflicto con los intereses de los consumidores o usuarios aparece cuando éstos se pueden ver obligados, tanto para hacer valer sus derechos como para ejercitar su derecho de defensa, a concurrir ante un tribunal al que, por razones no solo de distancia (con lo que ello implica en gastos de transporte y de producción de la prueba), sino también por desconocimiento del lugar donde se asienta el tribunal, con las consiguientes dificultades de acceder a un abogado de confianza, etc.

Analizando las causales de ineficacia de las cláusulas, la prórroga de jurisdicción puede ser encuadrada en el tipo legal del inc. b) del art. 37, ya que puede traducirse en el caso concreto en una restricción abusiva e injusta de los derechos procesales de raigambre constitucional, en particular el derecho a la tutela judicial efectiva.



RESPONSABILIDAD CIVIL DE LAS ENTIDADES FINANCIERAS Y/O BANCARIAS POR EL DAÑO OCASIONADO A CLIENTES EN EL TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES DE CARÁCTER PATRIMONIAL

*Por María Jimena López Achával **

Nuestro actual art. 43 de la Carta Magna, consagra el derecho de los ciudadanos de conocer, controlar y exigir rectificaciones, actualizaciones, supresiones, etc... de aquellos datos que se refieran a sus personas y que se hallen registrados en archivos públicos o privados destinados a proveer informes. Lamentablemente ni la Ley 25.326 de Protección de Datos Personales ni su Decreto-Ley 1558/01, han establecido un régimen de responsabilidad civil aplicable a quienes ocasionen daños –materiales y/o morales– a los titulares de los datos involucrados. En efecto, tomando la hipótesis de trabajo, advertimos que las entidades bancarias y financieras manejan y procesan conforme un deber legal, diariamente miles de datos personales de carácter patrimonial tanto de clientes como de terceros. Podemos fácilmente si estos datos personales fueran tratados y/o divulgados al sistema financiero nacional de manera errónea, desactualizada o incompleta, dicho accionar puede acarrear graves perjuicios a los titulares de aquellos. La ausencia de reglamentación de un régimen de responsabilidad civil aplicable, adquiere suma importancia, ya que de no precisarse un sistema específico, quien pretenda resarcimiento por el acaecimiento de este tipo de daños, deberá probar *todos y cada uno* de los presupuestos generales de la responsabilidad civil. Desafortunadamente, en la mayoría de los casos de tratamiento de datos personales, es muy difícil para el damnificado poder determinar –y luego probar– quién es el verdadero res-

* Estudiante de Derecho y Ciencias Sociales de la UNC. Ex becaria del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales (2004-2005).

ponsable del daño cometido; puesto que generalmente suele haber una cadena de presuntos responsables en el hecho: quién recogió el dato, quién lo procesó, quién le imprimió un tratamiento especial, quién lo almacenó, quién lo transmitió a un tercero, etc.¹.

Tipos de Responsabilidad - Factores de atribución - Conclusiones

Primeramente, es menester aclarar que los bancos y demás entidades financieras pueden ser responsables tanto contractual como extracontractualmente. En la hipótesis de daños a clientes de estas entidades, entendemos que se trata en la gran mayoría de los casos, de supuestos de **responsabilidad contractual**, fundada en las disposiciones de los artículos 506, 507, 511, 512, 522 y concordantes del Código Civil. (El cliente, mutuario o cuentacorrentista, en el marco de la ejecución de las prestaciones, sufre un daño injusto derivado del mal tratamiento de sus datos personales, pero evidentemente *vinculado a la prestación principal*: mora en el cumplimiento de la obligación de restituir sumas de dinero y consecuente obligación legal de informar por parte de la entidad crediticia). Aun en los casos de aquellos contratos financieros que *no guardan estricta conexión* con el origen del daño causado por el mal tratamiento de datos de carácter patrimonial, consideramos que corresponde aplicar el régimen contractual de responsabilidad. Entendemos que la entidad debe procurar a sus clientes, en el transcurso de toda la relación contractual y aun en la finalización de la misma, el cumplimiento de una *obligación de seguridad*. Esta obligación se traduce para la entidad, en un deber de velar por la indemnidad de los datos proporcionados por las personas registradas. La adopción, pues, de este régimen **contractual** de responsabilidad mejorará, en líneas generales, la situación del titular de los datos, quien contará con un plazo mayor de prescripción de la acción (10 años), en relación al plazo dispuesto para el régimen extracontractual (2 años). Las únicas limitaciones podrían estar dadas en la extensión del resarcimiento del daño causado –sólo abarcará consecuencias inmediatas y necesarias del perjuicio producido– y en la procedencia facultativa del resarcimiento por daño moral.

El mayor problema consiste en dilucidar si, ante un caso de daños en el tratamiento de datos personales, corresponde aplicar a las entidades financieras un reproche subjetivo u objetivo de atribución. No se trata de un tema menor puesto que, la opción por uno u otro

¹ GILS CARBO, ALEJANDRA M. (2001) Régimen Legal de las Bases de Datos y Habeas Data. Ed. La Ley. Buenos Aires, p. 8.

factor determinará distintas exigencias en la carga de la prueba, en los eximentes de responsabilidad y, por este modo, variarán los efectos que factores subjetivos u objetivos traen aparejados.

Para una *tesis subjetivista* el dolo o la culpa del agente que ocasione un daño, hará incurrir al autor del mismo, en responsabilidad en los términos del art. 1109 y conc. del Cód. Civil. Conforme esta tesis, la regla en el código de Vélez es la aplicación de los factores subjetivos de atribución y, por ende, **quien reclame el resarcimiento por el incorrecto tratamiento de sus datos personales debe probar la culpa o el dolo del autor del hecho**. La *tesis de la culpa presunta* se ubica a mitad de camino entre los factores subjetivos y los objetivos de atribución. Los sostenedores de esta postura, exponen que la responsabilidad se genera *por el hecho del hombre pero "con las cosas"* que le sirven de instrumento. Esta tesis tiene la virtud de atenuar la exigencia de la tesis anterior que imponía a la víctima la prueba de la culpabilidad de la entidad en el erróneo tratamiento de sus datos personales. Conforme esta posición, la carga de la prueba se invierte disponiendo que sea *la entidad* (en virtud de su alta especialización y superioridad técnica y jurídica respecto del afectado) la *que pruebe la ausencia de culpa en el resultado arribado*.

La *tesis objetiva* entiende, esencialmente, que existe un deber del titular de la base de datos por los daños ocasionados en la registración y/o difusión de información defectuosa, y que este deber encuentra su fundamento *en el riesgo creado* en el tratamiento automatizado de datos personales ajenos (art. 1113, párrafo 2, parte 2ª de nuestro Código Civil).

Al respecto, adherimos a lo expuesto por la tesis de la culpa presunta. Consideramos en primer término que (en contra de lo sostenido por la tesis objetiva) la actividad bancaria no es *una cosa* ni menos, aún, una cosa normalmente *riesgosa o peligrosa*. Asimismo, negamos que esta actividad sea una *actividad riesgosa*; y aun si así se la considerase, nuestro art. 1113 del Cód. Civil no incluye estas actividades al tratar el factor de riesgo creado, motivo por el cual igualmente debería descartarse la aplicación de este factor objetivo de atribución. En segundo lugar, recordamos que los supuestos de responsabilidad objetiva deben estar previamente estipulados por la ley, siendo excepcionales y de interpretación restrictiva; fundamentalmente en virtud del gravoso régimen de prueba que imponen para el demandado. A nuestro entender, el art. 1109 del Cód. Civil sigue imponiendo su aplicación a modo de regla y refuerza –a pesar de algunas concesiones producidas por la actualidad de ciertos daños– el sistema subjetivo de la culpabilidad en nuestro ordenamiento.

Estaremos discutiendo aquí, básicamente dos posibilidades: priorizar el derecho personalísimo a la intimidad, y en consecuencia establecer un régimen severo para quienes ejercitan su derecho (y deber, incluso) de informar, estipulando para estas actividades un factor objetivo de atribución de responsabilidad, del que sólo puedan verse eximidos sus agentes a través de la prueba de la no culpa. Otra opción en cambio, será jerarquizar al derecho a informar, y por tanto mantenerse en el régimen subjetivo de atribución, poniendo en cabeza del titular afectado la carga de la prueba del daño producido. Creemos que en consideración a la garantía constitucional consagrada y a los bienes jurídicos susceptibles de afectación, la interpretación de la ley desde la tesis de la culpa presunta, propicia la coexistencia armónica, sin otorgar consecuencias gravosas en ninguno de los dos extremos, entre los derechos fundamentales a dar información y el derecho a la intimidad. Planteado el interrogante, resulta necesario esclarecer estas lagunas de la ley, teniendo en cuenta que el desarrollo de la información crediticia, reviste suma trascendencia para la economía y prosperidad de nuestra nación. Es hora, pues, de buscar una definición legislativa al respecto.



LA INSTITUCIONALIZACIÓN DE SISTEMAS DE COOPERACION INTERMUNICIPAL:

Los Entes Regionales de Recaudación Fiscal y Gestión

Por Alejandro Gabriel Manzo*

Se pretende en este breve ensayo exponer algunas de las conclusiones obtenidas a lo largo de la investigación realizada –en el marco de las becas otorgadas por el CIJS– en torno a los procesos de Cooperación Intermunicipal en la provincia de Córdoba, en general, y a los Entes Regionales de Recaudación Fiscal y Gestión, en particular.

El estudio efectuado puede ser enmarcado dentro del ámbito de la *Sociología Jurídica*. Esto ha permitido realizar un juego armónico entre un análisis, por un lado, interpretativo, integrador y sistematizador de las normas jurídicas relativas a la temática abordada –*análisis dogmático jurídico*– y, por otro, de la efectividad y eficacia de dichas normas a partir de la observación del grado de institucionalización alcanzado por los Entes de Recaudación –*análisis sociológico*–.

En este sentido, se juzga conveniente comenzar por destacar la importancia de la implementación de esta clase de políticas públicas –*procesos de regionalización*– habida cuenta de que las mismas aparecen como las vías más adecuadas para contribuir a un *desarrollo económico social sustentable* de los gobiernos municipales y comunales

*Abogado, ex becario de pre-grado del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales (CIJS) de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (FDCCS) de la Universidad Nacional de Córdoba (UNC), becario del “Sistema de Becas de Postgrado Cofinanciadas CONICET-Agencia Córdoba Ciencia”.

teniendo en cuenta las peculiares características –*micro municipalismo y descentralización*– del actual diseño político territorial de la provincia. Sin embargo, debe señalarse que *ninguno* de los múltiples procesos de regionalización iniciados en los últimos años *ha logrado institucionalizarse y ser viable en la práctica*; de allí la relevancia de investigaciones –como la realizada– dirigidas a dar cuenta de las problemáticas de esta clase de políticas públicas.

En nuestra investigación se analizaron, en primer lugar, las distintas *vías normativas* que la Constitución Nacional y Provincial otorgan para la *conformación de Entes Regionales Intraprovinciales*, arribando a las siguientes conclusiones: los *Entes Regionales* de carácter *autárquicos* pueden ser creados tanto por las vías normativas ordinarias o legales como por la extraordinaria –reforma constitucional–, mientras que los de carácter *autónomo* sólo encuentran su posibilidad a través del segundo de estos canales normativos. Se destacó, además, el amplio abanico de oportunidades que se abren para la constitución del primer tipo de Entes señalados, que permiten tanto a la provincia (*por vía legislativa*) como a los municipios (*por convenios intermunicipales*) conformarlos en forma unilateral o conjunta (*por convenios provincia–municipios*).

Posteriormente, se dio cuenta de la fuerte crisis económica en la que estaban insertos los municipios y comunas de la provincia a finales de la década del '90; crisis que motivó la suscripción del *Pacto de Saneamiento Fiscal* fuente del proceso de regionalización analizado. De la totalidad de los Entes Regionales constituidos, se seleccionaron tres de ellos –5, 6 y 21– cuyos *procesos de constitución y funcionamiento* fueron descritos a través del estudio y observación de distintas variables.

De dicho análisis se advirtió –entre otras cuestiones– como la *homogeneidad y cohesión* –vgr. Ente 5– o la *heterogeneidad y fragmentación* –vgr. Ente 21– de la estructura de implementación de una Entidad Regional *condicionan* la capacidad de la misma para coordinar modalidades comunes de *gestión*; siendo dicha homogeneidad o heterogeneidad, a su vez, condicionada en buena medida por la adopción de *criterios de agrupación* correctamente seleccionados.

Se observaron, además, una serie de *contradicciones referenciales e institucionales* que afectaron el normal desenvolvimiento del proceso descrito. A título ejemplificativo, una *contradicción referencial* apareció entre los jefes del ejecutivo local en torno a la *afinidad política partidaria* como criterio de agrupación. Esto fue así, en la medida en que: por un lado, desde un *rol discursivo* los entrevistados señalaron que la afinidad política no se tuvo en cuenta y no debería tenerse en

cuenta como pauta de agrupación en un proceso de regionalización y, por otra parte, en clara oposición a ello, su obrar –*rol efectivo*– demostró que la similitud política partidaria fue valorada como criterio fundamental al momento de decidir la composición de los Entes; dicotomía referencial que puso al descubierto que *la política del doble discurso* es una práctica aceptada, aceptada y utilizada por los políticos locales.

En cumplimiento del *objetivo general* planteado y de conformidad a la *hipótesis orientativa* de la investigación, el informe final presentado dio razón del *nulo grado de institucionalización alcanzado* por los Entes de Recaudación, en cuanto se mostró el fracaso de la política de regionalización analizada.

Se resaltaron, en esta dirección, como *posibles motivos* de ese desenlace, los siguientes: por un lado, un fuerte *resguardo de los intereses locales –y personales–* económicos, políticos y sociales de los representantes de los gobiernos municipales y comunales; resguardo que pudo ser concretado por medio de la *defensa del régimen de la autonomía municipal* frente a un proceso de implementación por parte del gobierno provincial que en varios aspectos lo vulneraba y, por otro, un *rechazo generalizado a la tercerización de la recaudación tributaria* atento a las dificultades generales que entraña la institucionalización de una reforma fiscal –como la pretendida– en razón de que afectaba intereses muy sensibles a la opinión pública, generando, en consecuencia, un *costo político-social* muy alto que no todos los gobernantes estaban dispuestos a afrontar; costos éstos que se multiplican en pequeñas poblaciones como las analizadas en las cuales no existe una *burocracia* significativa *capaz de despersonalizar las relaciones* que surgen en torno a las obligaciones *tributarias*.

No puede, además, dejar de destacarse que las no menores dificultades, que debe afrontar todo proyecto político a largo plazo, se multiplican en ambientes en los cuales los *intereses políticos partidarios* son sumamente importantes y en *contextos recesivos* prolongados y de aguda inestabilidad económica-financiera como es el caso de la provincia de Córdoba y la República Argentina. Basta sólo mencionar, en este sentido, que el Pacto Fiscal –en lo atinente al proceso de regionalización– tuvo su origen y defunción en sendas crisis institucionales –1999 y 2001, respectivamente–.



NOTAS SOBRE EL ESTUDIO DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS LÍMITES AL PODER CONSTITUYENTE*

*Por Patricio Nazareno***

Varias son las cuestiones a considerar cuando se emprende un estudio sobre las problemáticas conexas del poder constituyente y la reforma constitucional; tema en que confluyen los intereses de la ciencia del derecho constitucional, la filosofía política y la teoría general del derecho, aportando perspectivas complementarias. Con las limitaciones propias de una exposición acotada como la presente, haré un intento por plantear muy someramente las diversas temáticas que he debido abordar durante la investigación aquí parcialmente difundida. Ello, en el entendimiento de que quizás la mejor manera en que el trabajo desarrollado podría –con las limitaciones del caso– contribuir al estudio del tema anunciado, sea mediante una identificación de los múltiples problemas implicados en su consideración, otra que divulgando sintéticamente ciertos resultados (seguramente no definitivos); máxime cuando gran parte de las referidas cuestiones ha sido equivocadamente soslayada por la práctica totalidad de los estudios emprendidos sobre el tópico.

En primer lugar, un análisis de la reforma constitucional no puede sino comenzar por identificar con precisión el trasfondo que lo enmarca: planteos de teoría política normativa que subyacen y determinan el norte de toda la discusión comentada. Si bien cada autor tiene

* El presente es un breve artículo de difusión de la extensa investigación que desarrollara como becario del CIJS durante el período 2004-2005.

** Licenciado en Ciencia Política (UCC) y Abogado (UNC).

indefectiblemente asumidas posiciones al respecto, la no exteriorización de tales cimientos suele ser la regla, y la poca claridad en los planteos puede eventualmente provocar incoherencias. A este respecto, la problemática de la reforma parecería debatirse entre la necesaria rigidez constitucional (el planteo de los dos niveles de normas y el papel de toda constitución), por un lado, y un reconocido derecho de cada generación a la autodeterminación, por el otro.

En un segundo orden preliminar, es imprescindible enfrentarse con cuestiones conceptuales cuya dilucidación ineludiblemente requerirá del auxilio de la teoría general del derecho. En lo puntual, la totalidad de los autores tiene incorporadas rígidas preconcepciones sobre categorías profundamente arraigadas, como poder constituyente *originario* y *derivado*, que trasuntan temáticas tan fundamentales como la normatividad del derecho, la continuidad de un orden normativo, su efectividad, etc., sobre las que rara vez se teoriza y en las que se suelen cometer errores. Diferencias no explicitadas en este aspecto se traducen fatalmente en posteriores disputas entre planteos muy difíciles de ponderar con los mismos parámetros¹. La posición respectiva sobre la que se trabaja en la presente investigación es relativamente novedosa: considero que la clasificación clásica en *originario* y *derivado* no lo es tal, es decir, no se trata de una clasificación sino de una distinción conceptual entre dos maneras muy diferentes de utilizar el mismo término (“poder constituyente”)².

Un aspecto final de la delimitación del problema introduce una nueva perspectiva de análisis que, si bien es fuente de nuevas dificultades, entiendo no puede dejar de ser considerada: ya frente al poder constituyente derivado, la doctrina suele clasificar entre reforma y revolución, aunque no pacíficamente. La categoría “revolución” depara considerable utilidad al reintroducir problemas relativos a la normatividad de reformas constitucionales irregulares, que demuestran no haber sido descartados por completo mediante la suposición subyacente al poder constituyente originario, y nos obliga a tener en cuenta el com-

¹ Acompañando estas cuestiones conceptuales, suelen detectarse comúnmente dificultades terminológicas importantes, también extensamente difundidas, que complican todavía más el análisis (i.e. los distintos usos que se hacen del vocablo “constituyente”). De más está decir que resulta fundamental delimitar adecuadamente el alcance de los términos que se emplean.

² Desde esta perspectiva, lo que explicaría que la ciencia jurídica no tenga por objeto de estudio al poder constituyente (en sentido) *originario*, es que mediante tal denominación a lo que se hace referencia es a un supuesto fundamental de la ciencia del derecho.

plejo fenómeno de la estabilidad de los sistemas políticos.

Ya introduciéndonos en el problema de la reforma, tres son las variables que deberían ser detectadas para la identificación de los posibles casos: (a) el respeto o no por las limitaciones válidamente impuestas a las posibilidades de reforma; (b) el despliegue o no de fenómenos de control institucional regular de las reformas; y (c) la existencia o no de elementos de hecho generadores de una normatividad independiente de la originariamente supuesta (fenómenos revolucionarios). Sin embargo, el hecho de que solamente nos interese la evaluación de una variable posterior ante determinados valores asumidos por la antecedente –en una suerte de esquema escalonado– determina que sólo se alcancen a calificar cuatro casos posibles.

Salvo en lo que respecta a la última de las variables mencionadas (que se determinaría mediante un nuevo supuesto), las dos primeras importan discusiones profundas e intrincadas en las que no podemos dejar de adentrarnos si lo que pretendemos es lograr una perspectiva completa de los temas presentados. En efecto, la trascendental cuestión de los límites al poder reformador (cuáles son, cuál es su fuente, etc.) subyace a la primera variable referida; la de las posibilidades de control institucional de las reformas, a la segunda de ellas.

El abordaje de la compleja cuestión de los límites al poder de reforma requiere nuevamente de precisiones iniciales. Puntualmente, es muy común encontrarse con problemas en la definición de lo que debe ser considerado un límite: no son pocos los autores que confunden meros condicionamientos de hecho con las limitaciones en sentido estricto (de naturaleza propiamente prescriptiva), ya sean jurídicas o meta-jurídicas, e incluso que no distinguen correctamente estas dos subespecies entre sí³. Son estas precisiones las que delimitarán un estudio de corte estrictamente normativo sobre el problema, descartando enfoques históricos o politológicos.

Finalmente, a partir de los múltiples criterios de clasificación de los límites que se han propuesto (considerando a los verdaderamente útiles), y teniendo en cuenta la diversidad de cuestiones que cada género plantea, propongo la siguiente nómina para su tratamien-

³ Ambos problemas mencionados pueden encontrarse, por ejemplo, en la conocida clasificación de los límites que postula VANOSI, JORGE R. *Teoría constitucional I: Teoría constituyente*, Buenos Aires: Depalma, 2000, pp. 176-182. También presentan dificultades al respecto DE VEGA, PEDRO. *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid: Técnos, 2000, p. 241; y BIDART CAMPOS, GERMÁN J. *Tratado elemental de Derecho Constitucional (I-A)*, Buenos Aires: Ediar, 2000, pp. 479 y 484.

to separado: (i) las cláusulas de intangibilidad; (ii) los límites sustanciales implícitos; (iii) la coherencia interna como límite sustancial; (iv) los límites formales en cuanto al procedimiento de reforma; (v) el problema de los límites formales implícitos; y (vi) límites al poder constituyente respecto de otras cuestiones (no estrictamente reformas constitucionales)⁴.



⁴ El género mencionado en (iii) fue planteado en el caso “*Fayt Carlos S. c/ Estado Nacional*”, fallado por la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN el 19 de agosto de 1999; y el referido en (vi) en el particular de la reforma de la Constitución Provincial de Córdoba de 2001 (Cláusula Transitoria primera).

PROPIEDAD HORIZONTAL. OBLIGACIÓN CONCURRENTE DEL CONSORCIO Y LOS COPROPIETARIOS

Por Marcos Uicich*

1. Introducción

La ley 13.512, que estatuye el régimen de la propiedad horizontal, generó una profusa discusión. La más importante, lo es en torno al reconocimiento de la personalidad jurídica del consorcio de propietarios distinta a la de sus miembros¹; postura que no pareciera contar hoy con mayores detractores. Pero se advierte con atención el interés que ha suscitado el aspecto patrimonial de dicho ente consorcial en torno a la responsabilidad civil extracontractual. Ello se pone de manifiesto cuando un acreedor del consorcio, con sentencia firme a su favor, pretende cobrar su acreencia y se enfrenta con una figura con escaso respaldo patrimonial².

* Integrante del Instituto de Derecho Comparado de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. –Proyecto con Aval Académico del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UNC–.

¹ RACCIATTI, HERNÁN, “Aspectos del Régimen de Propiedad Horizontal vigente y su perfectibilidad”, *Anales De La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*, T. XL, Año Académico 2001, Córdoba Argentina. RACCIATTI, HERNÁN, *Propiedad por pisos o por departamentos*, 2ª ed., Ed. Roque Depalma, Bs. As. 1958. Véanse los fallos de la CNComercial, sala A, en el año 1962, *ED*, T. 5, p. 230 y “Nogueira Seoane, José c. Consorcio de Propietarios Tucumán 1639”. *La Ley*, T. 121 p. 335. BENDERSKY, MARIO J., *Propiedad Horizontal*; Ed. Omeba; Bs. As. 1967. HUMPHREYS, ETHEL - GOLDENBERG, ALICIA E.; *Régimen de La Propiedad Horizontal*, Lexis-Nexis N° 8000/001926, 2004. ALTERINI JORGE HORACIO, “Responsabilidad de los consorcistas por deudas del consorcio, publicado”, *ED*, T, 56 p. 733. CURUTCHEF, JULIO ERNESTO, “Naturaleza Jurídica del Consorcio de Propietarios en la Propiedad Horizontal”, *JA*, Año 1961-III-528.

² KEMELMAJER DE CARLUCCI, AIDA; “Embargos ordenados contra uno de los consorcistas en razón de la responsabilidad subsidiaria por los daños y perjuicios causados por cosas comunes en el régimen de la propiedad horizontal”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*

2. Marco teórico

Son bienes propios de los copropietarios los espacios privados y los que poseen en condominio de indivisión forzosa (espacios comunes); diferenciándose éstos de los bienes que integran el acervo patrimonial del consorcio.

El consorcio, según surge del artículo 9º de la ley 13.512 tiene una única función y objeto: la gestión de los bienes comunes a través de su órgano de administración; limitándose a la custodia, vigilancia y regencia de las cosas de aprovechamiento común, razón por la cual su patrimonio será limitado a ello. El acreedor Consorcial no podrá satisfacer su interés frente a un patrimonio insuficiente³. Aceptando la personalidad jurídica del consorcio, éste responderá con su patrimonio, y sólo en caso de resultar insuficiente cabrá analizar la responsabilidad subalterna que les cabe a los copropietarios, previa excusión, de los bienes sociales; en tanto que los opositores de la personalidad del ente consideran a los consorcistas como únicos responsables⁴. Como sea que se lo considere, es el copropietario quien, en definitiva, responderá siempre; sea a través del pago de las expensas o a través de la propia ejecución que deba soportar el consorte⁵; lo que tira por la borda todo el razonamiento de un ente independiente de los miembros que lo integran y responsable patrimonialmente, siendo la misma relativa⁶.

3. Conclusión

Debe reinterpretarse la atribución de responsabilidad civil extracontractual del caso en estudio. La alternativa se justifica en la praxis diaria, sin por ello dejar de reconocer las posturas expuestas.

2002-2, *Propiedad Horizontal*; 1ª ed., Santa Fe, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2002; p. 304. FLAHERTY LILY R. y SMAYEVSKY, "Propiedad Horizontal: Problemas que se suscitan", *LA LEY*, 1991-A, 1038. ROSEMBROCK LAMBOIS, JAVIER - MENDELEWICZ, JOSÉ D., "Las deudas del consorcio ¿quién las paga? La responsabilidad subsidiaria de los copropietarios", *JA*, IV-817. MARIANI DE VIDAL, MARINA, Las deudas del consorcio de copropietarios ¿sobre qué bienes pueden hacerse efectivas? *ED*, T. 45, p. 867.

³ DI FILIPPO, MARÍA ISABEL, "La Personalidad jurídica del consorcio en el sistema de propiedad horizontal. del axioma a la realidad. replanteo de la cuestión", *LA LEY*, 1990-E, 953.

⁴ GURFINKEL DE WENDY, LILIAN, "Propiedad horizontal. Responsabilidad del consorcio". *Revista de Derecho Privado y Comunitario 2002-2, Propiedad Horizontal*; 1ª ed., Santa Fe, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2002, p. 296.

⁵ ITURBIDE, GABRIELA A., "Enajenación de cosas comunes en el régimen de Propiedad Horizontal", *JA*, 1998-III-938. GABÁS, ALBERTO ANÍBAL, *Derecho Práctico de Propiedad Horizontal*; Tomo II; Hammurabi, Bs. As. 1994; p. 207.

⁶ MORELLO AUGUSTO M., "El consorcio de propietarios y la responsabilidad personal de sus miembros, carácter instrumental y relativo del concepto de la personalidad jurídica", *JA*, V-649.

En caso de daños producidos por bienes o espacios comunes, se debe considerar al consorcio y a los copropietarios como sujetos pasivos de una obligación concurrente frente al tercero damnificado; pues frente a hechos dañosos donde hayan intervenido en su producción cosas o espacios comunes, es su propietario quien asume su responsabilidad. Tal surge del artículo 1113 segundo párrafo del Código Civil, atribuyéndose la responsabilidad objetiva al consorcio de propiedad horizontal, en calidad de guardián de los bienes comunes, puesto que no asume la propiedad de los bienes consorciales –los que permanecen en propiedad en el conjunto de copropietarios– sino la potestad de administrarlos (mediante delegación reglamentaria de naturaleza contractual), por tanto su objeto y capacidad es limitada a ser considerado guardián de la cosa. En cuanto a los copropietarios, se justifica su responsabilidad, pues ellos son condóminos de los espacios y cosas comunes, los que resultan inseparables de la unidad privativa de la que, a su vez, son propietarios; es por ello que la administración no desplaza a los copropietarios, pudiendo actuar estos mismos en caso de ser necesario, artículo 8º, párrafo tercero, ley 13.512.

Los copropietarios no asumen una obligación subsidiaria, sino una obligación concurrente y deberán cumplir con la prestación, con la totalidad de su patrimonio individual, de acuerdo a la parte ideal o proporcional de la unidad de propiedad horizontal de la que resultan propietarios.

Tal interpretación parece ser la que mejor se concilia con el artículo 8º de la ley 13.512 y con la realidad; pues se posibilita una más ágil y eficaz defensa de los derechos de los copropietarios, a la vez que otorga al acreedor consorcial mayor certeza y seguridad.

El acreedor tendrá a su opción demandar a uno u otro, según convenga a su interés; y los consortes en caso de ser demandados, podrán unificar representación en el administrador.



ABSTRACTS

1 - ERNESTO ABRIL

I insist to determine the relation between the enforcement of the law in the individual case and the inside independence of the judge. Especially after analyzing the two rules that works in the rule of law: 1) Judge must be independent; 2) They must be amenable to the law. In this article I tried to classified the sense of both rules. Then I analyzed the problem of the hierarchy inspection in the activities of the magistrate. In my country this is an obligation of the Court of Law. I want to show (demonstrate) that court of law interfere in the inside independence of the judge. Finally, I conclude with some consideration that help to develop a Judicial Political. This judicial political is able to correct the desviation that we can see in the actuality.

2 - JORGE EDMUNDO BARBARÁ

The communication tries to evaluate until where it has been fulfilled the mandate contained in art. 42nd of the Argentine National Constitution. This norm recognizes in the control units of public services, the “*necessary participation of the associations of consumers and users*”. The universe of such officially recognized associations reveals that the amount of users and consumers that participates in the same ones is reduced. It does not exist, also, sufficient institutionalization of representative mechanisms, in the sense of elections similar to those of the political representation, there has been, instead, some kind of fragile and intuitive sociological type representation. In addition, its noticeable disimilitudes and structural and dynamic asymmetries; its deficiency of rationality and coordination in the dissemination of branches; the real participation in the process of decision making in the regulation and sectorial control, among other aspects, puts in doubt if, for the user or individual consumer, his participation, that gives sense to those associations of that constitutional norm, it is not but a fiction. It is affected, of such way, the democratic quality, the transparency and the roll of the structurally weak in the relation of services and consumption. Such evaluation must not be avoided in the reformulation of new public policies.

3 - RICARDO S. BIANCIOTTI

This paper analyzes the objective of the reform to the Law of Aids and Bankruptcies in its greater protection of the laborers' credits, extending the credits to be protected by the benefit, reviewing the tendency about the labor credits protection that emerges from the new judicial doctrine of the Court. It discusses the options that have the labor creditors to cash their credits; the limits to the attraction law; the increase of the "Trustee's" functions; the possibility of affecting monthly 1% of the gross entrance of the competed one, deduced the expenses of conservation of the company, to satisfy the fast payment of the credits; the change of the prescription course; the appropriate derogation of the Provisory Committee of Creditors and the exclusion of labor causes from the law of attraction in the Extrajudicial Preventive Agreement.

4 - ANA MARÍA CORTÉS DE ARABIA

This essay refers to the situation in which the author who has began an action permitted by law, surpasses the limits established in the respective cause, that is to say, the excess on the basis of justification. In the aim of determining the types of criminal mistake that don't allow to appreciate the real circumstances of the case, the nature and consequences of the exonerating circumstance have been studied not only by the doctrine but also by the court decisions.

5 - LUIS ALBERTO DÍAZ

We deal with the case of therapeutic, active and direct euthanasia and the application of the penal type of homicide from a certain interpretation of the criminal law.

First, there is a description of the social context. Second, the typical and unavoidable objective and subjective conditions of the euthanasia practice, with normative importance in the compared criminal law, are identified. It pointed out that homicide (PC section 79 and 1st subsection of section 80) does not provide for (i) terminal disease and/or severe suffering, (ii) serious and repeated request, and (iii) the autor's motive for carrying the action out. Third, some reason that would justify the prevailing interpretation of the criminal law are presented; showing that, according to this law, human dignity is realized, in the different cases of euthanasia, through the protection of the right to life, which has as constitutional primacy over the right of privacy and the principle of free will. Finally, some objections in relation to the possible affectation of the penal principles of legality and the proportion of the legal punishment are made.

6 - CARLOS A. JUÁREZ CENTENO Y FERNANDO N. PIZZICARI

This paper approaches the constitutional acknowledgement of the so called Decrees of Emergency and Need according to the Reform of 1994 in Article 99, clause 3. The above mentioned norm is also here analyzed as well as its constitutionality in the presence of the omission of the regulations required by the Reform of 1994. After being neglected for 12 years by the Congress and the Argentine political body, the recent Law N° 26.122 has fulfilled the mandate of 1994.

7 - MARÍA INÉS LAJE, LÓPEZ ARIZA, CECILIA INÉS LUPIAÑEZ, ANDREA, PINQUE, MARIANA

The present article has the aim to show the different alternatives of the, which are applied to young people has transgressed the penalty law, which is called "Attended freedom. It is about a social program, which is carry out by the Executive Authority of the State that is in charge of designing and implementing the directed actions to the integration of the children, by judicial decisions. The material used in the analysis came from the information taken from the involved people, which are the following: the authorities and personnel that belong to the Executive authority, and the young people addressees of the state actions who were interviewed.

8 - DRA. NORA LLOVERAS, AB. OLGA ORLANDI, AB. FABIAN FARAONI, AB. MARCELO SALOMÓN, AB. SUSANA N. VERPLAETSE, LIC. VALERIA DURÁN.

This research treats the different ways of attended procreation in the framework of the argentine law system, and it is complemented with an investigation in specialized centers of attended reproduction.

With respect to the family bonds, argentine law system is in favor of the biological relationships, so only a few of the several hypothesis about attended procreation are regulated.

Legal regulations about these procreation techniques necessarily have to be set on the social conscience, because of the breaking between the biological conception and sexuality, in order to favor the principle of the biological truth and to guarantee the identity of the newborn.

Because of the importance given by the argentine law system to the genetic relationship between parents and children, it is necessary a complete legal regulation that contemplates: the different aspects of human reproduction from a legal view, and the configuration of the leading principles of the medical practice.

9 - MARTA SUSANA JULIÁ

The public management of the environmental acquires a singular development from the impact of the environmental problems in the agenda of the governmental authorities. All it imposes to study the public management of the environmental, its definition, its elements: the policy, the right and the environmental administration, the institutional spaces assigned thematic environmental and to the necessity to deepen in some basic requirements of the environmental management that contribute to an environmental legal analysis

10 - MARÍA CRISTINA MERCADO DE SALA – MARÍA VALERIA SALA MERCADO

Continuing previously published report (VIII Annuary). It refers about public services provided by foreign owned and managed corporations, supposedly under the protection of International Bilateral Treaties. The Argentinean case under the CIADI consideration. Refers about different cases. Preliminary conclusions.

11 - MYRIAM CONSUELO PARMIGIANI DE BARBARÁ

In the present article it is supported that the regionalization is an emergent paradigm in the politics of reclassification of the inter-governmental local relations in the Province of Córdoba. From it, it describes and compares the institutional designs represented by the provincial laws of regionalization 8864/00 and 9206/04, analyzing its typical notes and its framing in the constitutional regulation actually in force.

12 - IRMA PASTOR DE PEIROTTI

The lapsing term regulated by The National Administrative Procedure Law N° 19.549 (art. 25) is connected to a state prerogative which is the opening of the jurisdictional instance. Due to the lack of a National Code of Administrative Proceeding, it is necessary to analyze how the rules of the National Administrative Procedure Law, Title IV are applied, according to the terms, in case of express rejection or administrative silence –implied rejection–.

13 - MARÍA CRISTINA PLOVANICH

We can consider that personal rights are part of human rights, which are characterized for having a double tutelage, established in the private system and National Constitution of Argentine. Some of them are recognized in an explicit way and others in an implicit mode (art. 31 and 33 of de N.C.); it would be useless to separate them. Before creating new rights, it is more important to protect them. This is the tendency of the latest sentences of different national tribunals in this matter.

14 - EFRAÍN HUGO RICHARD

The meetings of creditors of business corporations that have long been operating while insolvent and which in order to preserve the company expect to be unjustifiably released from debt as well as to be waited for, impose questions which are to be answered by following a certain unity as well as principles (business ethics). The answers should be found in the corporate legislation.

15 - ANDRÉS ROSSETTI

The article discusses, through the analysis of a particular right (the right to “social claim”, very invoked in Argentina in these years) the topic of constitutional rights, their conflicts and flexibility in five points. In the first one it presents some conceptual clarifications as introduction to the rest of the work. The second point presents the different legal norms related to the so called “right to social claim” in Argentina and other norms that can interfere with it. The third point presents a theoretical analysis regarding the alternatives in front of conflicts between rights, with a practical vision for the solutions, particularly for the right in analysis. The point 4 is the main part of the article in which the author held the thesis of the flexibility of the rights according with the social context in which they have been established and have to be applied. The last point, 5, presents some personal conclusions of the author.

16 - CARLA SAAD DE BIANCIOTTI

"We analyze the "conciliation" as an adequate method to apply in the conflicts between worker–employer during the labor relation and at the anticipated end of it. We analyze deeply the proceeding regulations taking into consideration the last reform of the Law of Labor Contract"

17 - ROSA ANGÉLICA AVILA PAZ DE ROBLEDO

The PO regulates the dispute resolution mechanism of MERCOSUR, keeping a transitory system with alternative dispute resolution: negotiation and arbitration. The PO has the regulations: CMC/DEC. N°37/03. The proceedings to solve excepcional urgency cases: CMC/Dec.N°23/2004 and the Procedural Model Rules for Ad Hoc Arbitral Court of MERCOSUR: CMC/Dec.30/04.

We relate these mechanism of MERCOSUR with the methods to dispute resolutions. We propose the incorporation of mediation and others effective ways. We give the Bases and Proposals for the elaboration of a *"protocol about methods to dispute resolutions in MERCOSUR"* and an *"Ethic Code for the mediators and arbitrator of MERCOSUR"*, and the institution to a *"Ethic Court for mediators and arbitrator"*

For *"particular claims"*, we support as a pilot experience, the institution of a "MEDIATORS CENTER AND ARBITROS of MERCOSUR, along with the TRP. For the *"organ conflicts of MERCOSUR"*, we support as a pilot experience, to attribute ordinary competence to participate the TPR.

In the Education Deceny, 2005–2014, (declared by ONU) we support the capacitation and titulations through convenies with Universities, that must create *"Expert guides in MERCOSUR"*.

18 - ZLATA DRNAS DE CLÉMENT

The general principles of the environmental international Law (Vg: prevention, precaution, sustainability, cooperation, subsidiary action, common patrimony, multiactoral participation) constitute customary norms of the international law, that can be expressed in conventional norms and to be connected in their root to general principles of law. In this work, we took care of the precaution principle, being the one that has given rise to greater discussions on its nature and significance and being one of most critical to the light of the global changes of our time; point of flexion of highest sensitivity at the time of defining the limits of the scientific and technological developments and the relation between commerce and atmosphere; axis of the sustainable development.

19 - LUIS CRUZ PEREYRA – AMALIA URIONDO DE MARTINOLI

The Convention on the Rights of the Child, reiterates the promotion and protection of the human rights that already were included, of a general form, in other international instruments. The novel thing is the introduction of the concept "superior interest of the child", like governing principle. This principle, that is characterized by its flexibility, generates interpretations unlike, some of which became to desnaturalize the own recognition and the quality of the subject or titular current of rights that acquired the child from the approval of the mentioned agreement. The concept "is equipped with a great inexactness and vagueness susceptible to be translated in opposed results according to the reach and the subjective appraisal that the inter-

prefer it give in the concrete case ". If we consider that the habitual residence of the minor behave as much to connect judge as to connect rights, a difficulty to solve is its definition. What is " habitual residence of the minor"?; is a synonymous term to life center ? Will be possible to use flexible clauses in the determination of the international judicial competence such as the forum non conveniens and such as the forum conveniens, to take aims at to modernize in the concret case the "superior interest of the child".

20 - ERNESTO J. REY CARO

After something more than two years of the first integration of the Permanent Court of Revision of the MERCOSUR, in exercise of its contentious competition, the Court been pronounced on two occasions.

The first, was an appellation (revision) presented by the Republic of Uruguay against an arbitral sentence of the Tribunal Ad hoc. The other, has had not relation with a sentence of the Arbitral Court Ad hoc, but with questions related to the constitution of the Court in the controversy promoted by the Republic of Uruguay against the Argentine Republic ("Impediments to the free circulation"). In this case, the Court indicated that only it can send itself in resources of revision against the definitive lauds of the by arbitration courts ad hoc, circumstance that did not occur in this cause.

21 - GRACIELA R. SALAS

In order to advance towards a common market, MERCOSUL as we know it today needs to be integrally reformed.

As there have been no transferences of the State attributions, the organs of MERCOSUL can not move forward without violating an essential principle of modern International Law, such as the non intervention , in this case, of the organization in the internal affairs of the States.

We find in the present system, rigid limits which are today hard to beat.

Nevertheless, the characteristics imposed by the TA have been a great advance in the subject and slowly they lead up to a permanent modification of the original system.

We can find some examples of this in the creation of the Permanent Revision Court (PPC) and the High Level Group which was followed by the creation of the Parliament due to the approval of the Constitutive Protocol of Mercosul's Parliament.

Nevertheless these modifications are not enough to constitute a communitarian organization.

We urgently need the adoption of fundamental modifications that allow MECOSUL to move in this direction.

22 - MARÍA ALEJANDRA STICCA

In this article we analyze the Advisory Opinion of the International Court of Justice delivered about "*The legal consequences arising from de construction of the wall in the Occupied Palestinian Territory*". Our commentary specially focuses on the state of necessity as a circumstances precluding of wrongfulness.

23 - VERÓNICA ZAMZEM

The transport constitutes an essential factor in the consolidation of the processes of regional integration, since it makes possible not only the commer-

cial interchange but the social cohesion when allowing to establish bonds of cooperation between the members of the communities implied in these processes. In that sense, South America appears like a geographically fragmented territory, with natural obstacles difficult to surpass, that at the same time represent natural resources of increasing importance at the present time, due to their potentialities of use. The remarkable deficiencies of their network of transport are being analyzed and hierarchized, based on the constitution of networks and multimodal axes, aiming for a better insertion of the region in the world-wide context and for a greater regional interchange, within the framework of the denominated Initiative for the South American Regional Integration, in which all the countries of the subcontinent participate.

In this work some projects about the development of transport implemented in South America in the last decades, and the present integrated projects that conform the IIRSA agenda are analyzed.

24 - MARCELA ASPELL

This Works studies the labor of the commissioners and family of the Tribunal of the Santo Oficio of the Inquisition while they have jurisdiction in Córdoba of Tucumán during the XVII and XVIII centuries.

25 - MARÍA DEL CARMEN AVENDAÑO

This paper considers the role of representation from an hermeneutic point of view concerned with the presence of an interpretative act, in the historiography and judicial field. According to this position, it is necessary to overcome theories on representation associated to the picture theory, and to foray into ontological matters where they overlap with epistemological ones. The approach to both problematics is made based on two axes: the narrative role in law and also in historiography and the exam of representation limits. These referred dimensions intersect with existential features belonging to ontological hermeneutics.

26 - MARÍA INÉS BERGOGLIO

The legal profession is experiencing intense transformations in Latin America. In most Latin American countries, the expansion of higher education has contributed to increase the number of lawyers and has diversified the social composition of the professional group in terms of gender, and social origin. Changes in the social organization of the profession include growing inequalities in styles of work and income.

This paper presents some results of a research project oriented to review consequences of these changes on the way lawyers conceive their role in society. Following Weber's suggestions, it was assumed that the transformations in social organization of legal work are associated to the emergence of new types of professional discourse. Reviewing the web pages of 43 firms with more than 50 lawyers, located in Argentina, Brazil or Mexico, the project described these changes. Analysis of the discourse of these firms shows new ways of understanding the role of lawyers in relation to their clients or to the State. The strength of these transformations signals the increasing importance of Common Law cultural models.

27 - MARÍA SUSANA BONETTO

In the present paper we ask ourselves about the existing tension in the liberal democracy between A) the legal limitations imposed by the State of Law to the popular sovereignty and B) the democratic autodetermination. We have analyzed two main focuses within it (the democracy) that have given more relevancy to the State of Law or the Democracy respectively, concluding in a critical analysis on both proposals.

28 - MARÍA DE LOS A. BONZANO. MARÍA GABRIELA LUGONES. GABRIEL EUGENIO TAVIP. ANA BELÉN KALAYAN. MARÍA GARZÓN LASCANO.

This article examines the effectiveness of the right of children to be heard in preventive proceedings conducted before the Youth Court of the City of Cordoba, after the Constitutional Amendment of 1994. The study is based on the results of exploratory and descriptive research on the subject. The research consisted in the analysis of documents archived between 2000 and 2004, and on observation as a participant in the Prevention Forum for Youth. In general terms one can affirm that the right of children to be heard in proceedings is respected on the great majority of preventive proceedings conducted before the Youth Court of the City of Cordoba.

The research showed, however, that the respect of the subject right is a complex problem that is not solved by giving the child or minor the "opportunity to speak", but rather that it is necessary to pay more attention to the "listening conditions." The analysis and observations clearly show that certain management practices must be re-created, and new administrative and judicial methods must be tested.

29 - BORGARELLO, ESTHER SUSANA – GARCÍA LUCERO, DAFNE – PEÑA, SEBASTIÁN – CIPOLLA, FRANCISCO – KOCI, DANIEL – ROLDÁN ALEJANDRO – TORRES, VALERIA – ALTIERI, MAGDALENA – MARE, IVANA

In Argentine, to realize the journalistic activity there is not requisite of degree or matriculation in a professional association or a college. This fact motivate our reflection about media worker's professional area, from the análisis of the activity's legal frame. This discussion exist since institution of the journalism teaching.

Considering profession is a social occupation in which the individual can eran his life. Some ones says journalism is a relatively new profesión and for that reason, didn't reach the same level of recognition the others professions. Besides the particular of a professional is a high quality and efficacy of knowledge he has.

For that, one of ours questions is about the way reaching qualification to professionally develop itself: through making of journalistic practices independently of received formation or universitay training.

30 - MARÍA ALEJANDRA CIUFFOLINI

Although it is quite clear that the empirical and theoretical researches after the crisis in 2001 cause the germination of the social movements study field in our country, a multiplication of struggles was already verified. These struggles operated from collectives defending the human rights to the urban

social movements (including in this category both the neighbors movements linked to rates and taxes increases in the new one privatized-services context, and movements which claim for land and the housing). Anchoring in the local space, the structure of these struggles is based on the defense and management of living conditions, in a context of hardly dissolution of the social weaving.

With our view in the present, see to these struggles is an intent of understanding the way as these groups became subjects of their own history. This aim can be reached by analyzing three substantive dimensions: work, fights and law. Regarding this approach in methodological terms, we privilege the speech analysis technique, and more specifically, the enunciation theory, in order to report the historicalness of these struggles.

31 - MARTHA DIAZ DE LANDA

The rol of the small towns in the local and regional development constitutes an important topic of debate. This question acquires special relevance in the case of Argentina. It has 70% of their local governments with a population ± 5000 inhabitants. The strategy of the regional development as supportive of the local developments seems to be indispensable in the case of small towns and it places to these units in front of the challenge of undertaking territorial innovations and changes. The article exposes the results of an analysis on the participation of the citizenship in innovations that point to the institution of regional instances of coordination in Córdoba. On a total population of 59.248 individuals, a sample of 350 cases was selected, with an error of ± 5.2 . Parallely, interviews to municipal officials were taken on the participation they attribute to the citizenship for the constitution of regional instances for local development.

32 - LILIANA IANNACCONE – CELIA ABRIL

The point of view of the conceptual analysis referred to as classic aims to determinate, on one hand, a simple set of necessary and sufficient conditions of the discussed concepts. On the other hand, the conceptual analysis appeals to the common intuitions in order to support and settle theoretical alternatives. This analysis rest on cognitive assumptions that are being in doubt by recent empirical researches. The conceptual prototypes theory (Rosh, Ramsey) explains the way in which individuals execute classificatory judgments establishing sets of features according to certain similarities that ring to mind "family resemblances". Its results question the satisfaction possibility of the rigid and accurate conditions that this analysis require for the identification of cases. The ethno-epistemology (Stich) points out the variability of intuitions facing different situations which exemplificate a concept and establishes the factors that intervene in such phenomenon. It attempts to undermine the uniformity and universality of the intuitions that are supposed by the analysis in its arguments. The moderate versions of the philosophical analysis (Jackson) does not seem, in our view, to answer the challenges of empirical researches.

33 - ESTEBAN F. LLAMOSAS

At University of Cordoba, before the creation of the chair of Instituta in 1791, juridical teaching was carried out at the College of Theology. There, professors

taught the origins of power, law and justice classifications, and other subject matters as contracts, testaments and matrimony. During the franciscan period, the main referent in Moral Theology studies was an Italian, Daniel Concina. The present paper analyzes his thought, and his academic influence.

34 - CARLOS ALBERTO LISTA

This paper focuses on the tension between formal law thinking and substantial or material thought expressed in values (Weber) as it appears in the instructional pedagogical discourse in law careers. The scant development of value-orientations and the scarce presence of ethical and moral knowledge in law careers are here described as well as the little attention paid to the development of critical and reflexive approaches.

We reflect upon the possible consequences of the hegemony of legal formalism and the asymmetry observed in the syllabus contents between instrumental orientation and rational orientation led by values. Analysis is made on the grounds of qualitative and quantitative data which are the result of various techniques used in this research.

35 - SILVANA BEGALA

This paper focuses on some new elements that construct professional identity during the socialization process of lawyers in the law career at the National University of Córdoba, Argentina. Some socializing contexts and their relation with the regulative discourse are here described; the impact said discourse has on individuals in an action-oriented aspect is also analyzed; tension between instrumental-oriented actions and rational actions oriented/led by values is shown as well. Research is based on the frame of both Basil Bernstein and Max Weber's theories. Analysis is made on the grounds of qualitative data which are the result of various techniques

36 - MARÍA TERESA PIÑERO

President Kirchner's speech has been, since its beginning, part of the anti hegemonic speeches that begin to appear strongly in Argentina, due to the 2001 economical crisis. In this essay, which is part of a much wider investigation, the meaning and structure of the speeches given between 2002 and 2003, are analyzed, as they construct ways to oppose the predominant neoliberal speech that predominated in the 90's.

Thus the words. "national" (which by own definition refers to the memory of the identity of the particularism). "integration" (appearing as the opposite for globalization) and "world" (where it becomes evident the most embracing aspect of the connection between the outside (the international aspect) and the inside (the national aspect). They became some of the basic settings under which Kirchner's discourse operates to galvanize the neoliberal argentinian speech that worked as a catalytic for the national particularism tension, and the globalization and produced consensus for a some time in Argentina.

37 - DRA. PATRICIA SCARPONETTI

This analysis axis is referred to the set of social practices polarized around of conflicts related to the property and/or possession of land in the province of Córdoba Hinterland. Actually the region shows a similar problematic than

those in several countries in Latin America, and constitutes a sample of a series of national cases, where capitalism transformation stages with non-existent development policies, a local and Provincial State together with a Justice Administration whose performance always collapse into media scandal are combined.

Struggle for land has become a central collective action for rural groups, organizations, and social movements, and it can be characterized by the common aim demanding for absence of Justice and democratic legitimacy. In this frame, we expect to get to the bottom of the meanings of these conflicts as they are given by actors, and to examine dimensions which deserve the treatment of a social conflict as linked glasses events between democracy and administration of justice, social expectations and judicial decisions around the judicial culture.

38 - LEOPOLDO SCHAPIRA

The purpose of this social research was to trigger the II International Congress on The Culture and Values of Work which was organized by Fundación Inclusión Social Sustentable in the Pabellón Argentina of our University in April, this year.

One of the main questions placed was concerned with the existence of these values among children who have never seen their parents work due to unemployment and social security help.

Our answer is that the culture and values of work are present in this particular social group and children in general.

Differences in perception, beliefs and attitudes have been detected related to gender, socioeconomic level and school of attendance.

Finally, It must be stressed that expectations on formal education as a way of social progress, pose a challenge on Education System in Argentina.

39 - ENRIQUE E. SHAW

The article focuses on the relation between the building of identity and territorial support, namely the surface on which the National State (referred to as "Argentina") has been settled. The close link between that process and the one of identity and otherness, the process of consolidation of sovereignty exercised by Foreign Policy on a certain territory is to be dealt in this paper.

40 - JUAN MARCO VAGGIONE – SILVIA JULIÁ

By considering the existence of a socio-political change in the ways in which sexuality is regulated, the article analyzes some important doctrine and jurisprudence debates oriented to diminish the strong anti-abortion position of legal thinking in Argentina.

41 - JAQUELINE VASSALLO

During the second half of the XVIII Century, close to the structural changes generated by the Borbons' reforming institution, there appeared new social control mechanisms that tried to hold individuals so as to assign them a role within a circle of civil institutions with persuasive, preventive and and/or coercive character: prison, family, hospital, craftsmen's trade union workshops, neighbourhoods, particular establishments, orphan school, convents and frontier communities.

Córdoba del Tucumán jurisdiction, the southernmost of the Empire at that time, was also subjected to the impositions of these mechanisms, implemented by its first Governor, Mayor Rafael de Sobremonte since 1785. This investigation will enquire into the characteristics these mechanisms acquired as regards women, using as source 95 lawsuits found in the Crime Section and Escribanías de Cámara del Archivo Histórico de la Provincia de Córdoba (Chambers of the Historical File of Cordoba Province); as well as more than 500 written records from the Diaries of Prison Visits found in the Oficialía Mayor of the "6 de julio" Palace of the city of Córdoba (Argentina).

42 - RAMÓN PEDRO YANZI FERREIRA

This work analyzes the formal education of two distinguished Argentinean jurists that received their education in our University and the academic programs of the Law School of the Universidad Mayor de San Carlos



INDICE GENERAL

Premio a la mejor investigación en derecho y ciencias sociales	VII
Reglamento del Anuario-Normas Editoriales	IX
<i>In Memoriam</i>	XIII
PALABRAS PRELIMINARES	XV
CRÓNICA DEL CENTRO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS Y SOCIALES ...	XVII

SECCIÓN I

DERECHO NACIONAL PÚBLICO Y PRIVADO

APLICACIÓN DEL DERECHO E INDEPENDENCIA INTERNA DE LOS JUECES <i>por Ernesto Abril</i>	3
LA PARTICIPACIÓN Y EL CONTROL DEL USUARIO EN LOS ENTES REGULADORES Y DE CONTROL <i>por Jorge Edmundo Barbará</i>	19
REFORMA A LA LEY DE CONCURSOS Y QUIEBRAS – LEY 26.086 – IM- PACTO SOBRE LOS CRÉDITOS LABORALES <i>por Ricardo S. Bianciotti</i>	39
EXCESO Y ERROR EN LA RESPUESTA PENAL. UN RETORNO A LOS ORÍ- GENES <i>por Ana María Cortés de Arabia</i>	59
ANÁLISIS ENTORNO A LA PROHIBICIÓN PENAL DE LA EUTANASIA <i>por Luis Alberto Díaz</i>	73
DECRETOS DE NECESIDAD Y URGENCIA: De la recepción constitucional a la ley 26.122 <i>por Carlos A. Juárez Centeno, Fernando N. Pizzicari</i>	87
LIBERTAD ASISTIDA: LOS ACTORES EN ESCENA <i>por María Inés Laje, Cecilia Inés López Ariza, Andrea Lupiañez, Mariana Pinque</i>	97

LA REGULACIÓN LEGAL DE LAS PRÁCTICAS DE PROCREACIÓN ASISTIDA FRENTE AL DERECHO VIGENTE <i>por Nora B. Lloveras, Olga Orlandi, Fabian Faraoni, Marcelo Salomón, Susana N. Verplaetse, Valeria Durán</i>	115
ALGUNOS ELEMENTOS DE LA GESTIÓN PÚBLICA DEL AMBIENTE <i>por Marta Susana Juliá</i>	129
TRATADOS BILATERALES DE INVERSIONES EXTRANJERAS: su posible violación en oportunidad de la crisis argentina de 2001 (INFORME DE AVANCE) <i>por María Cristina Mercado de Sala, María Valeria Sala Mercado</i>	141
MODELOS DE REGIONALIZACIÓN SUBNACIONAL EN LA PROVINCIA DE CÓRDOBA <i>por Myriam Consuelo Parmigiani de Barbará</i>	157
EL PLAZO PARA DEMANDAR AL ESTADO <i>Por Irma Pastor de Peirotti</i>	171
ENFOQUE CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD <i>por María Cristina Plovovich</i>	179
PRIVATIZACIÓN DE LA CRISIS ECONÓMICO FINANCIERA DE LAS SOCIEDADES <i>por Efraín Hugo Richard</i>	193
EL DERECHO FRENTE A LA PROTESTA SOCIAL (O SOBRE LA "FLEXIBILIDAD" DE LOS DERECHOS) <i>por Andrés Rossetti</i>	199
PROCEDIMIENTO LABORAL. LA CONCILIACIÓN EN LOS CONFLICTOS INTRA Y POST RELACIÓN DE TRABAJO <i>por Carla Saad de Bianciotti</i>	217

SECCIÓN II

DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO Y PRIVADO Y DERECHO DE LA INTEGRACIÓN

EL FUTURO INSTITUCIONAL DEL MERCOSUR CON ESPECIAL ATENCIÓN A LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL: El Sistema de Solución de Controversias del Protocolo de Olivos bajo la óptica de los Métodos de Resolución de Conflictos - Algunos aspectos procesales <i>por Rosa Angélica Avila Paz de Robledo</i>	227
--	-----

PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO INTERNACIONAL AMBIENTAL COMO FUENTE NORMATIVA. EL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN <i>por Zlata Drnas de Clément</i>	245
RESIDENCIA HABITUAL DEL NIÑO O SU CENTRO DE VIDA ¿FORUM CONVENIENS O NON CONVENIENS? <i>por Luis Cruz Pereyra, Amalia Uriondo de Martinoli</i>	267
EL TRIBUNAL PERMANENTE DE REVISIÓN DEL MERCOSUR DELIMITA SU COMPETENCIA <i>por Ernesto J. Rey Caro</i>	285
RECIENTES AVANCES EN EL MERCOSUR Y LA NECESIDAD DE UNA RE- FORMA INTEGRAL <i>por Graciela R. Salas</i>	291
LA OPINIÓN CONSULTIVA DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA SOBRE LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA CONSTRUCCIÓN DEL MURO EN EL TERRITORIO PALESTINO OCUPADO <i>por María Alejandra Sticca</i>	305
EL TRANSPORTE COMO FACTOR DE INTEGRACIÓN <i>por Verónica Zamzem</i>	319

SECCIÓN III

HISTORIA, FILOSOFÍA, SOCIOLOGÍA Y POLÍTICA

LOS COMISARIOS Y FAMILIARES DEL TRIBUNAL DEL SANTO OFICIO DE LA INQUISICIÓN EN CÓRDOBA DEL TUCUMÁN <i>por Marcela Aspell</i>	335
REPRESENTACIÓN, HISTORIOGRAFÍA Y PRÁCTICA JURÍDICA <i>por María del Carmen Avendaño</i>	365
NUEVOS DISCURSOS PROFESIONALES ENTRE LOS ABOGADOS LATINO- AMERICANOS <i>por María Inés Bergoglio</i>	379
EL DISCRETO ENCANTO DE LA DEMOCRACIA LIBERAL <i>por María Susana Bonetto</i>	401
EL DERECHO DEL NIÑO A SER OÍDO EN LOS PROCESOS PREVENCIÓN- ALES DE MENORES <i>por María de los A. Bonzano, María Gabriela Lugones, Gabriel Eugenio Tavip, Ana Belén Kalayan, María Garzón Lascano</i>	415

EL SUJETO PROFESIONAL DEL DERECHO A LA INFORMACIÓN: ENTRE LA COLEGIACIÓN Y LA TITULACIÓN <i>por Esther Susana Borgarello, Dafne García Lucero, Sebastián Peña, Francisco Cipolla, Daniel Koci, Alejandro Roldán, Valeria Torres, Magdalena Altieri, Ivana Mare</i>	431
LUCHAS URBANAS POR LA TIERRA <i>por María Alejandra Ciuffolini</i>	443
CIUDADANÍA Y REGIONALIZACIÓN: LEGITIMACIÓN SOCIAL DE UN NUEVO ORDENAMIENTO POLÍTICO SOCIO-TERRITORIAL EN LA PRO- VINCIA DE CÓRDOBA <i>por Martha Díaz de Landa</i>	461
ANÁLISIS CONCEPTUAL, CIENCIAS COGNITIVAS Y TEORÍA LEGAL: PROTOTIPOS E INTUICIONES <i>por Liliana Iannaccone, Celia Abril</i>	479
UNIVERSIDAD DE CÓRDOBA: LA ENSEÑANZA DEL DERECHO EN SEDE TEOLÓGICA DURANTE LA REGENCIA FRANCISCANA (1767-1807) <i>por Esteban Llamosas</i>	495
TENSIONES ENTRE LA RACIONALIDAD INSTRUMENTAL Y LA ORIENTA- DA POR VALORES EN EL DISCURSO INSTRUCCIONAL DE LA ENSE- ÑANZA JURÍDICA <i>por Carlos Alberto Lista</i>	507
TENSIONES ENTRE LA RACIONALIDAD INSTRUMENTAL Y LA ORIEN- TADA POR VALORES EN EL DISCURSO REGULATIVO DE LA ENSE- ÑANZA JURÍDICA <i>Por Silvana Begala</i>	527
LOS DISCURSOS DE KIRCHNER EN EL 2002/2003: HACIA LA DECONS- TRUCCION DEL IMAGINARIO NEOLIBERAL <i>por María Teresa Piñero</i>	549
PRÁCTICAS SOCIALES Y DEMANDAS COLECTIVAS DE JUSTICIA. APUN- TES PARA UNA REFLEXIÓN SOCIOPOLÍTICA SOBRE EL DERECHO <i>por Patricia Scarponetti</i>	565
SER ALGUIEN. LA CULTURA DEL TRABAJO Y LOS VALORES EN NIÑOS CORDOBESES – 2006 <i>por Leopoldo Schapira</i>	589
LA CONSTRUCCIÓN DEL “ESPACIO” Y LA LLAMADA ALTA POLÍTICA <i>por Enrique E. Shaw</i>	599

CONSTRUCCIONES JURÍDICAS PROGRESISTAS EN RELACIÓN AL ABORTO <i>por Juan Marco Vaggione y Silvia Juliá</i>	613
MUJERES DELINCUENTES EN LA CÓRDOBA COLONIAL <i>por Jaqueline Vassallo</i>	627
DOS GRADUADOS ILUSTRES EN LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD DE CÓRDOBA. LOS DOCTORES DAL- MACIO VÉLEZ SÁRSFIELD Y JUAN BAUTISTA ALBERDI Y LA ENSE- ÑANZA DEL DERECHO EN LA UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN CARLOS <i>por Ramón Pedro Yanzi Ferreira</i>	641

SECCIÓN IV

SÍNTESIS DE TRABAJOS APROBADOS DE BECARIOS DE PREGRADO DEL CIJS

REGULACIÓN JURÍDICA DE LOS SUBSIDIOS POR DESEMPLEO EN ÉPOCAS DE CRISIS ECONÓMICAS <i>por Gisela María Cafure</i>	653
LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN COMO GARANTES DEL SISTEMA DEMOCRÁTICO. ANÁLISIS DEL FACTOR DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD CIVIL <i>por Juan Martín Carballo</i>	657
INCONSTITUCIONALIDAD DE LAS MEDIDAS AUTOSATISFACTIVAS <i>por Juan Pablo Díaz</i>	661
DESIGUALDAD Y JUSTICIA: El problema de los incentivos <i>por Andrea Fasoli</i>	665
ACCIÓN COLECTIVA CONTENCIOSA: EL CASO CLÍNICA JUNÍN: LA RE- PRESENTACION DEL CONFLICTO Y LA JUSTICIA EN EL DISCURSO DE LOS ACTORES <i>por Leticia Gavernet</i>	669
INCIDENCIA DE LAS CLÁUSULAS DE PRÓRROGA DE JURISDICCIÓN EN EL DERECHO DE DEFENSA EN JUICIO <i>por Martín Juárez Ferrer</i>	673
RESPONSABILIDAD CIVIL DE LAS ENTIDADES FINANCIERAS Y/O BANCARIAS POR EL DAÑO OCASIONADO A CLIENTES EN EL TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES DE CARÁCTER PATRI- MONIAL <i>por María Jimena López Achával</i>	677

LA INSTITUCIONALIZACIÓN DE SISTEMAS DE COOPERACIÓN INTER-MUNICIPAL: Los Entes Regionales de Recaudación Fiscal y Gestión <i>por Alejandro Gabriel Manzo</i>	681
NOTAS SOBRE EL ESTUDIO DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS LÍMITES AL PODER CONSTITUYENTE <i>por Patricio Nazareno</i>	685
PROPIEDAD HORIZONTAL. OBLIGACIÓN CONCURRENTES DEL CONSORCIO Y LOS COPROPIETARIOS <i>por Marcos Uicich</i>	689
ABSTRACTS	693



página 711
APLICAR COLOFON

página 712
blanca