

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CÓRDOBA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

CENTRO DE INVESTIGACIONES
JURÍDICAS Y SOCIALES

ANUARIO VIII

(2004-2005)

ABRIL, Celia; ABRIL, Ernesto; ÁLVAREZ, Raúl; ASPELL, Marcela; AVENDAÑO, María del Carmen; ÁVILA PAZ DE ROBLEDO, Rosa Angélica; BARBARÁ, Jorge Edmundo; BERGOGLIO, María Inés; BERTOSSI, Roberto; BIANCIOTTI, Ricardo; BONETTO, María Susana; BORGARELLO, Susana; CIPOLLA, Francisco; BRIGIDO, Ana María; CORTÉS DE ARABIA, Ana María; DEPONTI, Fernando; DORADO, Claudia Roxana; DRNAS DE CLÉMENT, Zlata; DURAN, Valeria; FARAONI, Fabián; GARCÍA CIMA DE ESTEVE, Elena; JUÁREZ CENTENO, Carlos A.; JULIÁ, Marta; LAJE, María Inés; LISTA, Carlos; LOPEZ ARIZA, Cecilia; LLAMOSAS, Esteban F.; LLOVERAS, Nora; LUPIAÑEZ, Andrea; MERCADO DE SALA, María Cristina; ORLANDI, Olga; PARMIGIANI DE BARBARÁ, Myriam Consuelo; PEREYRA, Luis Cruz; PINQUE, Mariana; PLOVANICH, María Cristina; REY CARO, Ernesto; RICHARD, Efraín Hugo; RODRÍGUEZ BRIZUELA, Martín; RODRÍGUEZ, María Cristina; SAAD DE BIANCIOTTI, Carla; SALA MERCADO, María Valeria; SALAS, Graciela Rosa; SALVADORES, Ana; SÁNCHEZ, Mariana; SCHAPIRA, Leopoldo; SEGOVIA, Marysel; SHAW, Enrique; SOTA, Eduardo; TAVIP, Gabriel; TERMINIELLO, Mariana; TORRES, Felix; VAGGIONE, Juan Marco; VALLE, María Eugenia; VASSALLO, Jaqueline; VERPLAEPSE, Susana N.; VILANOVA, Lucas; YANZI FERREIRA, Ramón Pedro; ZAMZEM, Verónica.

ANUARIO 8 - 1A ED. - CÓRDOBA : M.E.L. EDITOR, 2005.
V. 8, 600 P. ; 21X15 CM.

ISBN 987-1261-11-X

1. DERECHO GENERAL
CDD 341

FECHA DE CATALOGACIÓN: 18/11/2005

*Los trabajos publicados expresan las opiniones personales
de sus autores. La Dirección al igual que el CIJS, no se identifica con ellas.*

**© Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Universidad Nacional de Córdoba**
Caseros 311 1º piso - Córdoba - 5000
Tel.: 4332059 Fax: 4332036
e-mail: cinvest@derecho.unc.edu.ar

Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723
Impreso en Argentina - Printed in Argentina

AUTORIDADES
UNIVERSIDAD NACIONAL DE CÓRDOBA

Rector
Jorge Horacio GONZALEZ

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 DE NORDIO

COORDINADORA ACADÉMICA POR ABOGACÍA
María Cristina MERCADO DE SALA

COORDINADORA DE EXTENSIÓN POR ABOGACÍA
Carla SAAD DE BIANCIOTTI

COORDINADORA DE EXTENSIÓN POR ESCUELAS DE
CIENCIAS DE LA INFORMACIÓN Y TRABAJO SOCIAL
Olga PAEZ

MIEMBROS DEL COMITÉ EVALUADOR DE
PUBLICACIONES DE ESTE ANUARIO

Raúl ALTAMIRA GIGENA
Marcela ASPELL
Rosa Angélica ÁVILA PAZ DE ROBLEDO
Guillermo BARRERA BUTELER
María Inés BERGOGLIO
Zlata DRNAS DE CLÉMENT
Sergio DUBROWSKY
Arturo ECHENIQUE
Gonzalo FERNÁNDEZ
María Eugenia GÓMEZ DEL RÍO
Liliana IANNACCONE
Carlos JUÁREZ CENTENO
Carlos LISTA
María Cristina MERCADO DE SALA
Alicia MORALES LAMBERTI
José Luis PALAZZO
María Cristina PLOVANICH
Ernesto REY CARO
Efraín Hugo RICHARD
Carla SAAD DE BIANCIOTTI
Félix TORRES
Ramón Pedro YANZI FERREIRA

AGRADECIMIENTOS:

- Comité de Asignaciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la U.N.C.
- Secretaría de Ciencia y Técnica de la U.N.C.
- Colegio de Escribanos de la Provincia de Córdoba.
- Agencia Córdoba Ciencia

IN MEMORIAM

*Ezio Masoni
Luis Marcó del Pont
María Emilia Lloveras*

AL EX-BECARIO

Lucas Vilanova

PALABRAS PRELIMINARES

Una de las principales características de la sociedad contemporánea es el papel central dado al conocimiento, constituyendo un nuevo paradigma (*sociedad del conocimiento*), cuyo principal factor ya no se halla en la disponibilidad de capital, mano de obra, materias primas o energía, sino el uso intensivo del conocimiento y la información, verdadero “activo” económico de una sociedad.

En nuestro tiempo ha crecido aceleradamente la cantidad de conocimientos disciplinarios y, al mismo tiempo, han surgido nuevas disciplinas y subdisciplinas, buena parte de ellas transdisciplinarias, tratando de responder a la mayor complejidad en la estructura del conocimiento contemporáneo.

El conocimiento fragmentado en especialidades cada vez se va manifestando como más incapaz para consolidar el vínculo racional de las partes con el todo.

Este *Anuario* pretende reflejar tanto la explosión disciplinaria como la transdisciplinaria de la nueva sociedad del conocimiento.

Hacemos presente que no equiparamos la transdisciplina con la pérdida de los logros disciplinarios o el retroceso de los avances de los conocimientos de la humanidad en aras de una popularización o democratización de la cultura científica, diluyente de los significados y logros científicos alcanzados por la humanidad. La transdisciplina y la interdisciplina son un esfuerzo intelectual más para la recomposición de las partes del análisis científico en el todo de lo real, para su mayor comprensión desde la propia disciplina.

En otro orden de percepciones, la “*Declaración Mundial sobre la Educación Superior para el Siglo XXI*” de la UNESCO destacó la internacionalización de la educación superior como un componente clave de su pertinencia en la sociedad actual, subrayando que se requiere, a la

PALABRAS PRELIMINARES

vez, más internacionalización y más contextualización. La internacionalización de la educación superior es una contribución a la superación de la crisis epistemológica que vive la educación en la actualidad, requerida por las sociedades nacionales e impuesta por los nuevos desafíos provenientes de la sociedad global.

Como señala Gibbons, “la nueva producción de conocimientos se convierte, cada vez más, en un proceso socialmente distribuido que tiende a multiplicar las “terminaciones nerviosas del conocimiento”, cuya escala es el globo.

Haciéndonos eco de las nuevas tecnologías con sus características de expansión y celeridad, incorporamos este *Anuario VIII* del CIJS impreso (quinto desde que estamos en este Centro de Investigaciones) a la *academia mundial* que aprovecha los beneficios de la comunicación virtual, conformando ciencia sin fronteras, reforzando la sociedad de la comunicación y la información, haciendo públicos en página web sus contenidos, al igual que los de Anuarios anteriores.

Las nuevas formas de conocimiento, como también las actuales modalidades en su producción y diseminación, hacen a la nueva forma de generar y multiplicar conocimiento, caracterizada por la intervención de múltiples actores, y nuevas modalidades de compromiso, responsabilidad que tradicionalmente recaía en unos pocos especialistas reconocidos, y que hoy es más abarcativa, alcanzando distintos ámbitos sociales. Así nuestra Facultad y sus resultados en investigación, por diversas vías, están -tal como lo señaláramos- puestas a disposición de todos.

Zlata Drnas de Clément
Directora

CRONICA DEL CENTRO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS Y SOCIALES

El Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba (CIJS), fue creado en 1985 con el objetivo de promocionar la investigación científica en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba.

Entre las actividades del CIJS se cuentan: el asesoramiento a los miembros de la comunidad académica en materia de presentación de proyectos de investigación en lo relacionado a aspectos epistemológicos y metodológicos; la respuesta a las necesidades de asistencia técnica de los Departamentos, Cátedras y otras áreas de la Facultad en orden a la incentivación de la investigación; la asistencia a doctorandos, maestrandos y cursantes de las carreras de postgrado en la formulación de sus proyectos de investigación; la asistencia y desarrollo de actividades conjuntas con entidades públicas vinculadas al rol del CIJS.

El CIJS cuenta con un plantel permanente de investigadores y es sede de trabajo de numerosos proyectos de docentes-investigadores de la Facultad y de investigadores y becarios subsidiados por otros entes.

El CIJS incentiva la investigación en el sector alumnos de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales a través del **Programa de Tutorías de Investigación para Alumnos de la Facultad de Derecho*; del **Programa de Becas de Pregrado de la Facultad de Derecho*; del **Sistema de Ayudantes-Alumnos en Investigación*; del **Sistema de Investigadores-Asistentes Ad-Honorem*.

Entre las actividades desarrolladas durante los años 2004 y 2005 se cuentan: Seminarios sobre Simulación Internacional de Relaciones Exteriores Vía Internet (Proyecto ICONS del Departamento de Gobierno y Política de la Universidad de Maryland, USA); Seminario Interdisciplinario

de Investigación sobre los Derechos del Niño; Curso de Profundización: Investigación y Etnografía; VI Jornadas sobre Técnicas de Aprendizaje en Derecho y Ciencias Sociales; Seminario Preparatorio de Ponencias para el Congreso de Derecho Societario e Iberoamericano de la Empresa: Anteproyecto de Reforma de la Ley de Sociedades; Curso sobre Elaboración de Monografías (Aspectos Sustanciales y Formales); Conferencia Sobre Medio Ambiente y Comercio Internacional; Exposición sobre Gestión Ambiental del Medio Ambiente y del Comercio; Curso sobre Aplicación del Método del Caso y Análisis de Jurisprudencia en Materia Constitucional; Seminario Taller sobre Redacción de Ponencias para su presentación en Eventos Académicos; Conferencia “La Contribución de Centroamérica a los Tribunales Internacionales”; Quintas Jornadas sobre Experiencias en Investigación; Primera Feria de Información sobre Becas y Subsidios para Investigación. Charla Informativa sobre Visas de Estudio y Trabajo en Estados Unidos; Seminario Sobre Fuentes Normativas y Derecho del Mar.

La *Sexta Jornada sobre Experiencias en Investigación*, se desarrolló el día 11 de octubre de 2005. En el marco de dicha Jornada se realizó la *Segunda Feria sobre Información de Becas y Subsidios para Investigación*.

La Sexta Jornada constituyó un ámbito para intercambio y difusión de las experiencias en materia de investigación desarrolladas en la Facultad por Docentes, Investigadores y Becarios. Asimismo, fue una valiosa oportunidad para contribuir al conocimiento, discusión y análisis de la temática abordada.

Los objetivos de las mismas fueron:

□ Constituir un ámbito para el intercambio y la difusión de las experiencias en materia de investigación desarrolladas en la Facultad y Escuelas (Docentes, Investigadores, Docentes-Investigadores, Becarios, Tutorandos, Doctorandos, Mastrandos).

□ Contribuir, a través de sucesivas “Jornadas” anuales, al fortalecimiento de un nexo permanente entre el CIJS y quienes desarrollan labores de investigación formal o informal en el ámbito de distintas dependencias de la Facultad.

□ Permitir la integración de los frutos de las investigaciones de los Docentes y Docentes-Investigadores de la Facultad con los Investigadores del CIJS.

□ Contribuir a la construcción del perfil del Docente-Investigador.

□ Colaborar con la formación de los estudiantes en materia metodológica con visión plural.

CRÓNICAS

□ Obtener de la *Jornada* material de retroalimentación a los fines de reorientar las labores del CIJS de modo más adecuado a las necesidades de la Facultad y de sus miembros.

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

Cada Coordinador efectuó una breve presentación preliminar haciendo referencia a las labores de investigación desarrolladas, en el área específica a su cargo, en el CIJS y en las distintas Cátedras (investigaciones de docentes con proyectos de investigación radicados en el CIJS, investigaciones de docentes categorizados u otras investigaciones de conformidad a datos brindados por los mismos docentes). Finalizaron con éxito las *sextas Jornadas*, reafirmando el espíritu de su existencia como un ámbito propicio para el intercambio y la difusión de experiencias en investigación, sentando las bases para la realización -en el curso del año 2006- de las *Séptimas Jornadas de experiencia en investigación del CIJS*.

Sección I
DERECHO NACIONAL PÚBLICO Y PRIVADO

EL DERECHO DE ACCESO AL AGUA POTABLE

por Roberto F. Bertossi¹

Resumen: La visualización del agua potable como un derecho humano, como un recurso esencial para la vida a la vez que escaso y en riesgo por crecientes índices de contaminación. Las tendencias demográficas, el aumento de la población mundial y la gravedad en cuanto que, un quinto de la población mundial no tiene acceso al agua potable, dato que al comprobarse su tendencia bastante definida, agrava el escenario y sus perspectivas lo que torna razonable proponer en su conjunto, la declaración de la emergencia hídrica global por parte de las Naciones Unidas. El agua en la Constitución Nacional, un recurso hídrico sujeto claramente a la jurisdicción prominentemente federal. Los procesos de reformas del estado, la gestión privada de los servicios públicos de agua potable con resultados ambiguos y no escasos en incertidumbre. Los derechos, deberes y el derecho comparado respecto al agua potable, su estrecha relación con la economía y los procesos industriales. La necesidad de que las nuevas políticas de estado, bajo dichas premisas, aseguren un aprovechamiento racional y una óptima conservación y recuperación de los recursos hídricos, educando y previniendo, pensando no solo en nosotros sino en las generaciones venideras. En síntesis, una propuesta que se propone servir para garantizar, favorecer y facilitar el pleno ejercicio del derecho de acceso al agua potable, a todas las personas de carne y hueso, dondequiera que estén situados y cualquiera fuera su condición económica, en tanto la supremacía del derecho humano a la vida y en cuanto tal.

Palabras claves: agua potable - derecho humano - escasez - tendencias demográficas - prevención - contaminación - recuperación - desalinización - educación ambiental - Naciones Unidas - Emergencia Hídrica Global -

¹ *Profesor de Derecho Cooperativo*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba. Investigador de la Universidad Nacional de Córdoba. Profesor de Postgrado en las Universidades Nacional de Córdoba y del Litoral.- Premio Adepa-Faca, a la Abogacía, 1990, Premio “Gota en el Mar”, 2005.

ROBERTO F. BERTOSSI

busqueda - interplanetaria - el agua potable en la Constitución Nacional -
Derechos y deberes de solidaridad social - Privatización - El agua y la economía - Derecho comparado -

Introducción:

La centuria que dejamos detrás -poco menos de cinco años-, presenta –acaso como en los “*corsi e ricorsi*” de Vico-, altibajos notorios, que confirman aquella ley de la historia que Maritain calificó como del doble progreso contrario: un progreso hacia el bien y un progreso hacia el mal.

El agua potable como el aire, son elementos y recursos naturales, vitales, esenciales e imprescindibles para que la vida misma sea posible sobre la faz de la tierra..

El agua potable es mucho más que un bien, que un recurso, que una mercancía, el agua potable es concretamente un derecho humano de primer orden y un elemento esencial de la propia soberanía nacional ya que, muy probablemente, quien controle el agua controlará la economía y como corolario, toda la vida en un futuro no tan lejano.

El agua esparcida por todo el universo bajo las formas mas variadas y caprichosas, seductoras y terribles (Vg. **Tsunami, el mayor desastre humano-natural de nuestra historia moderna**), de que puede revestirse, le constituyen en agente principal, después del aire, para la vida universal.

El agua según las Naciones Unidas y los Organismos

Internacionales:

Las Naciones Unidas establecieron como día mundial del agua, el 22 de Marzo de cada año, (**Resolución 47/193, del 22 de diciembre de 1992**).

Ciertamente, a la vez que se reconocía la importancia y trascendencia de este vital elemento, se tomaba debida nota de su escasez como de la imperiosa necesidad de concienciar a la humanidad sobre el asunto.

Es que actualmente, se está incubando una futura crisis global de agua dulce, debido a “problemas de actitud y comportamiento,” de parte de los líderes nacionales, dice un informe hecho público por todas las agencias de las Naciones Unidas que tienen que ver con el agua. “Esta crisis es de manejo del agua, provocada esencialmente por las formas en que es mal gestionada el agua,” informan las agencias.

Las 23 agencias de las Naciones Unidas que contribuyeron al Informe Mundial de Desarrollo del Agua, “Agua para las Personas, Agua para la Vida”, constituyen en conjunto el Programa de Evaluación Mundial del Agua cuya secretaría se encuentra en la UNESCO. Ellas predicen que los

“recursos de agua disminuirán continuamente debido al crecimiento poblacional, la contaminación y el esperado cambio climático.”

En el año 2003, el Comité de las Naciones Unidas declaró formalmente, y por primera vez, que **el acceso a agua potable segura es uno de los derechos humanos**. “El agua debe tratarse como un bien social y cultural, y no principalmente como un bien económico,” dijo el comité, al ponerse del lado de los que se oponen a la privatización del abastecimiento del agua.

En ese sentido, en el Foro Internacional de las Aguas, realizado en octubre del 2003 en Porto Alegre, el Secretario General de las Naciones Unidas –D. Kofi ANNAN– expresó: “Probablemente que el agua se transforme en una fuente cada vez mayor de tensión y competitividad entre las naciones si continuaran las tendencias actuales, aunque también podrá ser un catalizador para viabilizar la cooperación entre los países”.

Es que, Vg. en la II Cumbre sobre Desarrollo Sustentable de Johannesburgo, donde se trató la escasez de agua potable y sus consecuencias, se señalaron cifras alarmantes; un quinto de la población mundial no tiene acceso a dicho recurso (2.400 millones de personas) situación que tiene todos los perfiles de una explosiva bomba de tiempo sobre la que la Humanidad ha comenzado a vivir su tercer milenio y más grave aún cuando todo esto tiende a agravarse, según los datos relacionados, suministrados por la Fundación Ambiente y Recursos Naturales.

Ante este estado de cosas, el sentido de los derechos y libertades fundamentales del hombre se consideran hoy como “*ius cogens*” y como integrando los principios generales del derecho internacional.

De este modo no será difícil coincidir en que *los derechos humanos –y el derecho de acceso al agua potable en cuanto tal–*, presiden el vértice del derecho internacional, así como encabezan la cúspide del derecho interno en todo estado democrático que los arraiga en su constitución. Esta simetría luce con contundente elocuencia.

Ahora bien, cuando este principio se aplica al derecho internacional de los derechos humanos, significa también que los instrumentos internacionales que se incorporan al derecho interno obligan a hacer efectivo esos derechos en la jurisdicción interna de los estados, y que las personas que se domicilian bajo dicha jurisdicción quedan directamente investidos también de la calidad de sujetos activos y titulares de tales derechos.

Así, entonces, el derecho internacional de los derechos humanos que es objeto de incumplimiento o de violación por un Estado-parte (sea por acción o por omisión), genera obligación y responsabilidad internacionales

de ese Estado y, por ende, la cuestión de los derechos humanos ya no se recluye en la jurisdicción reservada y exclusiva del Estado, sino que pertenece concurrentemente a la jurisdicción interna (no reservada ni exclusiva del Estado) y a la jurisdicción internacional”²

Preconclusivamente, la institucionalidad conmemorativa mundial del agua debiera ser una “celebración de *todos los días*”, ello en razón de que sólo, cabe declarar formalmente la **emergencia hídrica global** –no solo por la creciente escasez sino también, por los crecientes y diversos índices de contaminación-, admitiendo una tremenda realidad de hecho, racional y humanamente; y cuya reversión no será tarea menuda ni aislada, sino interdisciplinaria y complementaria, realidad de hecho que ha puesto en orbita “*sondas planetarias*”, precisamente, en busca de agua.

La cuestión en la Constitución Nacional:

El constitucionalismo social, se advierte ahora, en Argentina, en los artículos 41, 42 y cc. de la Constitución Nacional, la que ha previsto este derecho en términos de la utilización racional de los recursos naturales, la protección de la salud, la seguridad, una información adecuada, veraz y condiciones de trato equitativo y dignos para todos sus habitantes, dispositivos ratificados y potenciados por el artículo 75 incs. 22, 23 y 24 de nuestra Carta Magna.

Sobre esto último hemos de decir que, el derecho internacional común o general tiene sentado el principio de su primacía sobre todo el derecho interno de los Estados; al respecto sólo basta recordar el Art. 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados.

Pero asimismo, como los cambios producidos en el eco-sistema, explican y predicen porqué las lluvias ya no son regulares en su régimen y notablemente irregulares en su distribución territorial, en principio, una correcta prospectiva jurídica en materia de agua potable y aspectos sanitarios y su agenda correspondiente, no debería ser superada por la realidad, atento los recursos científicos, tecnológicos, satelitales y económicos de que se disponen.

En consecuencia el constitucionalismo social, además de lo apuntado, deberá tener presente “que el agua se ha convertido desde la más remota Antigüedad en una fuente de poder o en la manzana de la discordia que ha originado grandes conflictos”, (Fernández Jáuregui).

² *Las Transformaciones Constitucionales en la Postmodernidad*, Págs. 288 y sigts. Edit. EDIAR, 1999.

Por ultimo, el constituyente, el legislador, el magistrado, han de ponderar sabiamente el grave conflicto que suscita en términos generales y relativos, la escasez de agua y de conciencia sobre el tema, lo que con relación al “oro azul” provoca en muchas regiones, graves perjuicios, tanto con relación al mantenimiento de su volumen y calidad, tornándose impostergable proveer a una equitativa y segura distribución del agua potable, para evitar, entre otras cosas, una suerte de *estrés hídrico, el desaire del legítimo derecho de acceso a este recurso vital y más postergaciones para la igualdad de trato y de oportunidades.*

Demografía y satisfacción:

La sola consideración del regular crecimiento vegetativo de la población, permite asegurar un crecimiento proporcional relativo en la necesidad física básica del consumo de agua potable.

A ello se agrega el progreso tecnológico que demanda cada vez más agua no sólo para los usos clásicos, bebida y abastecimiento de poblaciones e irrigación, sino para generar energía, hacer funcionar nuevas industrias e incrementar el transporte fluvial, determinando así que el agua ya no es un elemento abundante en zonas húmedas.

Acentuando el problema, el crecimiento demográfico y el avance científico y tecnológico aumentan día a día la demanda de agua cuya oferta permanece constante, habiendo incluso disminuido en términos relativos.

Pero, lo cierto es que aún por estos días, no se ha advertido en toda su magnitud y prospectiva, la importancia del agua potable como las dificultades que promete la obligación común de asegurar su calidad y consumo.

Mas todavía si tenemos en cuenta la necesidad del agua para diferentes usos, Vg., riego, uso pecuario, agrícola, industrial, piscícola, minero, energético, medicinal, termal, recreativo y otros nuevos.

Políticas de Estado y Federalismo:

Así las cosas, la gestión, los criterios, la regulación y el control sobre los usos y el consumo de agua, especialmente de agua potable, cobraran importancia y requerirán calidad y eficiencia, inusitadas, todo lo que, necesariamente, deberá verse plasmado en Políticas de Estado, políticas cuyo objetivo sea³ la implementación operativa de un aparato institucional participativo y una planificación diferida, necesariamente basada en la con-

³ Ley de Aguas de España, 1985 y sus modificatorias.

sideración unitaria del ciclo hidrológico, la garantía del carácter dominial estatal del recurso, y la promoción de una cultura hidrológica acorde a las necesidades físicas básicas y compatibles con el medio ambiente.

Otro tanto será, la conservación, recuperación y aprovechamiento de espejos de agua, de aguas subterráneas, desalación y reutilización de aguas, pero, esto último, sólo para casos de emergencia o situaciones catastróficas, siempre con carácter transitorio y sujeto a los controles y garantías de las autoridades sanitarias y los Entes reguladores respectivos.

Crecerán con ello, simultánea y mancomunadamente responsabilidades individuales y colectivas, responsabilidades institucionales: ejecutivas, legislativas (completando y reformulando los artículos 2340, 2311, 2312, 2319, 2325, 2326, 2338, 2339, 2499, 2643, 2644, 2645, 2646 y cc. del Código Civil en su actual redacción), judiciales y regionales, en donde el municipio y la comunidad regional y entes intermunicipales en su caso, como las microempresas cooperativas y pymes, urbanas y rurales, de provisión de agua potable y servicios sanitarios, están todos llamados a protagonizar un rol esencial, insustituible e indelegable, cooperando y subordinados a las provincias y a la nación, en este último caso, solo en lo atinente a presupuestos mínimos, (leyes 25.675, 25.688, 25.670 y 25.612), pero siempre sobre la premisa de que las provincias tienen una responsabilidad absolutamente fundamental y primigenia en el manejo de los asuntos ambientales.

En efecto, las provincias seguirán siendo autoridad de aplicación tanto en el ámbito administrativo como jurisdiccional de la legislación federal que se dicte sobre recursos hídricos o materia ambiental.

Mas aún, la competencia provincial alcanza todavía dos esferas de actuación: "a) un ámbito legislativo para la aludida complementación de las leyes del Congreso Nacional; b) otro ámbito para proteger el ambiente cuando el problema se circunscribe geográficamente en su jurisdicción local, con la advertencia de que también aquí la protección no podrá ser inferior a la que surja de las leyes correspondientes del Congreso nacional.

Esto fundamenta, sólidamente, porqué el Estado provincial tiene el dominio publico, preeminente, exclusivo, inalienable e imprescriptible sobre los recursos hídricos y, consecuentemente, porqué los usos, las concesiones, los permisos, las servidumbres; no pueden ser más que meros actos de policía y administración, precarios y revocables cuando no subsistan los motivos o razones por los cuales fueron dispuestos o cuando las circunstancias exijan disposiciones diferentes y aun contrarias.

De modo tal, a la Nación en materia medioambiental, lo único que podría delegarle una provincia, es la competencia para dictar los presupuestos mínimos de protección (en términos del Art. 41 CN) y aquella otra imprescindible para establecer una normativa uniforme en todo el ámbito de integración hídrica-natural pertinente.

A todo esto, despeja toda duda el Art. 124 última parte de nuestra Constitución Nacional, al sostener: “El dominio originario sobre los recursos naturales, corresponde a las provincias.

Según García de Entrería, esta atribución exclusiva que la “norma normarum” establece para las provincias no puede ser contradecida por ninguna otra norma del ordenamiento o sistema jurídico ni judicial. La exclusividad, en efecto, significa los dos efectos que ya conocemos: titularidad necesaria e inderogable y exclusión de cualquier otro sujeto en el objeto a que se refiere.

De tal manera, entre las políticas sociales básicas, hace falta una política ambiental que concilie armónicamente la actividad económica – pública y privada- con la defensa concreta del ambiente.

Recapitulando, las nuevas políticas de estado, bajo dichas premisas, deben asegurar el aprovechamiento racional y una óptima conservación y recuperación de los recursos hídricos, educando y previniendo sobre cualquier acto y omisión adversos, desalentando, disuadiendo y sancionando, severamente a los actores o productores de cualquier efecto nocivo o contraproducente en la materia.

Privatización del agua:

Uno de los aspectos conflictivos de los programas de Reforma del Estado implementados por la ley 23696 del 23 de Agosto de 1989 en nuestro país, fue la gestión privada de los servicios públicos de agua potable y saneamiento.

En esa perspectiva, se ha posibilitado un enfoque de los recursos hídricos estrictamente economicista, a pesar de que, como queda dicho, no estamos en presencia de un bien económico o mercancía, sino esencialmente ante un elemento ambiental público que forma parte del patrimonio básico del Estado, y en tanto tal, más apropiado para ser objeto de las previsiones y justificación de la Ley 20.705, particularmente, si estamos a las dificultades argentinas más recientes con las empresas privatizadoras.

Por otra parte cabe señalar que, en principio, cualquier transferencia onerosa de bienes del dominio público sería constitucionalmente inviable, habida cuenta que estos bienes como el agua potable, participan de la cate-

goría de inalienables, todo ello claro está, salvo una ley especial sujeta al principio de supremacía constitucional.

Con esas salvedades, aparece atinado estimar pecuniariamente los usos y consumos de agua potable pero solo en la medida en que los recursos que se obtengan, contribuyan a reafirmar los objetivos hídricos y de humedades nacionales e induzcan conductas racionales de ahorro, partiendo de la premisa innegociable de que se trata de un bien situado, naturalmente, fuera del comercio.

A todo evento, siempre deben quedar a salvo la implementación de tarifas sociales domésticas así como, en casos de cortes, la garantía de doscientos litros diarios por persona humana, todo lo cual es coherente y se corresponde con la envergadura del derecho humano de acceso al agua potable.

Por todo eso, nos preocupa seriamente y cómo ignorar y dejar de evaluar, soberanamente, atropellos diversos de posiciones dominantes que siempre resultan inadmisibles, Vg., Gérard Mestrallet, máximo ejecutivo del Grupo SUEZ cuando se permite con una osadía ilimitable, urgir imperinentemente a gobiernos nacionales a resolver los contratos de agua, esto es, a aumentar tarifas –solamente- sin hacerse cargo de las inversiones correspondientes comprometidas para asegurar la calidad y expansión del servicio público de suministro de agua potable, conforme los nuevos requerimientos, los rediseños urbanos y las tendencias demográficas.

Simultáneamente, resulta alto e innecesariamente riesgoso que algunos modelos privatizadores, permitan también que las empresas concesionarias coticen en bolsa, ya que si dichas empresas son ineficientes, inescrupulosas, puramente especulativas y sin responsabilidad social pueden perder o derrumbarse en la bolsa de valores y así, entonces, quienes deberán pagar y padecer las consecuencias, serán nuevamente los ciudadanos involucrados por administraciones absoluta y definitivamente irresponsables e imprevisibles.

Asimismo, no es un dato menor que la economía de muchas provincias argentinas es ampliamente dependiente de las ventajas comparativas de los recursos renovables y no renovables, y de las ventajas comparativas que produce el conocimiento aplicado en ellos.

Lo cierto es que, los procesos privatizadores han adoptado, en no pocos casos conductas ambientalmente incorrectas de los permisionarios y concesionarios tales como, la sobreexplotación del recurso atento la finalidad lucrativa de los mismos o problemas de especulación sobre el agua al provocar retenciones interesadas de caudal en escenarios de escasez, pro-

vocando alteraciones directa o indirectamente en consumos; precios o calidad y eficiencias inaceptables, (Vg. los casos argentino y chileno).-

Cabe proponer entonces, el análisis y evaluación científico y político correcto para que el Estado recupere su rol esencial sobre los recursos hídricos y la materia medioambiental, particularmente cuando en nuestro caso, la experiencia en el correo argentino actual, es positiva.

Derechos y deberes de solidaridad social:

Seguramente, sobre lo que venimos diciendo, podríamos citar al propio Spinoza, cuando sostiene: “sobre la condición ontológica humana, que somos seres que vivimos permanentemente conectados, unos con otros, alimentándonos en esas relaciones mutuas”.

Ciertamente, esta interdependencia que existe entre los hombres en sociedad, no podrá mantenerse ni justificarse si no es sobre una base sin fisuras, de obligarnos los unos por los otros, esto es, sobre la base de la solidaridad social.

Y en esa perspectiva, hablar de solidaridad social es hablar de derechos y de deberes que participan de una doble naturaleza en el sentido de que son derechos individuales pero, también, graves deberes sociales, (Arts. 625, 632 y cc. del Código Civil).

En cuanto a la denominación singular que adoptamos para esa clase especial de derechos y para ese conjunto de compromisos y deberes, lo es a partir de la idea de la función social del derecho, esto es, la realización de la solidaridad social, como un hecho social y no como un mero postulado.

Este derecho tiene una justificación muy profunda, ya que la solidaridad social debe de ser un hecho permanente, en cuanto elemento esencial para la composición, consolidación o descomposición de todo grupo social.

Es decir, todos los actores sociales nos vemos sujetos y subordinados por igual, al deber de abstenernos de todo acto u omisión que esté determinado por una finalidad incompatible con la realización de la solidaridad social y el bien común, llegando incluso en casos de catástrofes, pandemias u otros tipos de calamidades a sujetar –transitoriamente- las aguas de que hablan los artículos 2349, 2350, 2635, 2637 y cc. del Código Civil, al interés social, (...pues, sobre toda propiedad privada, *late* una hipoteca social!, SS. Juan Paulo II).

Derecho comparado⁴:

Es de la mayor importancia, citar legislaciones comparadas y advertir simultáneamente con ello, la importancia mundial que se le viene atribuyendo, crecientemente, a los recursos hídricos. En esa perspectiva, España -originalmente su ley de aguas, inspiró a todas las leyes latinoamericanas- cuenta con una ley de Aguas de 1985 –citada- modificada por las leyes 13/96 y 46/99; con anterioridad: los Estados Unidos disponen de la Reclamation Act, con algunas enmiendas; las leyes de Costa Rica, Salvador, Panamá, Ecuador, Perú, Canadá; la Water Courses Act” inglesa de 1963; el código de Irán; México tiene la ley general de equilibrio ecológico y la protección del ambiente de 1988 (que reemplazó a la del año 1934 y 1971) que asignó de modo complementario, los temas ambientales entre el Estado central, los Estados miembros y los municipios; los códigos de aguas del Brasil (1934) y Chile, el Texto Único Italiano de 1933; Francia, que mediante Decreto 7194/71 implementó un Ministerio de Protección, de la Naturaleza y del Medio Ambiente, que a su vez preside, centraliza y armoniza la acción que pudiera corresponder a los distintos ministerios en materia de recursos hídricos, en la Comisión de Control de Contaminación de Aguas, atribuyendo la norma competencias a dicho Ministerio para recurrir a los servicios de organismos que estén bajo la autoridad de otros ministerios y disponer las inspecciones que estime necesarias; ⁵; La ley francesa (16/09/64) que formó una agencia financiera en cada cuenca hídrica para cooperar con los usuarios y consumidores por vía de la subvención o con fondos crediticios para programas de descontaminación, acordados y autorizados por la autoridad de aplicación y, más reciente y cercanamente, Brasil con los artículos 20 Inc. III, 21 XIX, 26 I, 225 y cc. de su Constitución Federal así como la ley 6938 para un Plan Nacional del Medio Ambiente; las leyes Nros. 9433 –Políticas Nacionales de Recursos Hídricos-, 9984 y la ley de Agro tóxicos 7802/89.

Conclusión:

A modo conclusivo, advertidos de la importancia y gravedad del derecho de acceso de toda persona al agua potable necesaria, todas las instan-

⁴ BRAÑES, Raúl, “*La incorporación de la Gestión Ambiental en la Función Municipal en América Latina y las relaciones de los municipios con los demás niveles de gobierno*”; 3er. Simposio Iberoamericano sobre Ambiente y Municipio, 1988, Edit. Instituto Nacional de Administración Pública de España y Fundación Ambiente y Recursos Naturales de Argentina, Neuquen-Buenos Aires, Págs. 149 y sigts., 1988.

⁵ BARBERIS, Julio, “*El Régimen de las aguas subterráneas según el derecho internacional*”, Edit. FAO, Págs. 51 y sigts., Roma, 1986.

cias de poder, en franca cooperación y complementariedad, deberán asumir, con la participación de la comunidad, la protección, el racional y solidario aprovechamiento, la preservación y la recuperación de los recursos hídricos.

Esto supone iguales medidas para el medio ambiente, por lo que se debe asegurar un adecuado tratamiento y destino final de residuos sólidos y efluentes de origen doméstico e industrial, patógenos, agroquímicos, funguicidas (Decreto Nacional 647/68, Ley 18.073 y Decr. Regl. 267/69; Leyes 18.796 y Decr. Regl. 1417/70-20418 y Decr. Regl. 543/73; Leyes 22.289, 22.248, 25.688, 25.670 y 25.612); bióxidos derivados,⁶ etc.

Coetáneamente, habrá que asumir con singular denuedo, la obligación de cuidadosos, calificados y rigurosos estudios de impacto ambiental antes de autorizar cualquier emprendimiento así como la verificación del estado regular de emprendimientos anteriormente autorizados, sobretodo, si se trata de la exploración de recursos naturales, esencialmente, la captación, potabilización y distribución de agua potable, siendo severos en la aplicación de los artículos 1071, 1074, 1113 y cc. del Código Civil y la de los Arts. 172, 173, 181, 181 bis, 200, 205, 206, 207, 208, 246 inc. 3º, 248 y cc. del Código Penal.

En su caso, cualquier cuadro tarifario o canon del agua que se autorizara por los Entes Reguladores y de Control, deben contemplar una estructura financiera propia de los cánones de saneamiento, cuyo hecho imponible es simplemente el “uso” del agua, en cualquiera de los tipos de su aprovechamiento no implicando esto, bajo ningún aspecto, ponerle precio al agua ya que esto es incompatible con la in comercialidad del agua de dominio estatal, sino simplemente la conservación, mejoramiento y acrecentamiento de los recursos hídricos nacionales.

Un lugar de relevancia debe ocupar, sin demoras, la promoción de la ecología y la racionalización en el tratamiento, consumo y uso de los recursos hídricos, como ciencia y su divulgación en los medios masivos de comunicación, así como en el sistema o metodología escolar de todos los establecimientos educativos del país, de cualquier nivel y categoría, sin excepciones, a través de la docencia y los más serios medios masivos de comunicación, esclareciendo y concientizando, personalizada y públicamente.

⁶ “Aspectos legales e institucionales de la contaminación hídrica”, Amilcar Moyano, Págs. 1 y sigts., La Ley, 21/06/93.

ROBERTO F. BERTOSSI

Otro tanto, consistirá en la implementación de programas permanentes de racionalización del uso de agua destinadas a abastecimiento público, industrial e irrigación, así como de estrategias ante posibles inundaciones, incendios o la erosión urbana y rural, en tanto pudieren afectar la normal conservación del agua y de los suelos.

Nuestro país, deberá sujetarse autónomamente a la Convención de Ramsar y la Conferencia celebrada en Brisbane en Australia⁷, poco menos de una década pasada, oportunidad en que los gobiernos mundiales quedaron obligados a establecer políticas de protección de los grandes cuerpos de agua dulce –en nuestro caso, los ríos Paraguay, Pilcomayo, Uruguay, de la Plata y el Acuífero Guaraní-, la prevención de la contaminación y la recuperación de los humedales degradados, todo lo cual se propuso como el primer paso positivo en función de mantener esos recursos para las generaciones futuras y simultáneamente, para proteger las valiosas especies y ecosistemas que allí viven.

Recapitulando lo dicho hasta aquí, no hay ya espacios para anodinos, tampoco para vivir sobre espejismos ni, mucho menos, consolados por ignorados oasis.

Finalmente, este trabajo, se propuso desde su concepción, servir para garantizar, favorecer y facilitar el pleno ejercicio del derecho de acceso al agua potable, a todos los habitantes de la nación, dondequiera que estén situados y cualquiera fuera su condición económica, en tanto la supremacía del derecho humano a la vida y en cuanto tal.

Al fin y al cabo, de esto se trata, ni más, ni menos!

⁷ “ *El agua: recurso vital de las civilizaciones*” Bernardo Quagliotti de Bellis Asociación Latinoamericana de Estudios Geopolíticos e Internacionales Revista GEOSUR, Págs. 3 y sigts., Año XXV Nro. 289/290, Mayo / junio – 2004.

ARBITRAJE, ALTERNATIVA VALIDA PARA LA REALIZACION DE LA JUSTICIA

*por Ricardo S. Bianciotti**

Resumen: Se esboza la solución de un canal positivo para la resolución de controversias, conceptualizando el Arbitraje, señalando la carencia de imperium de los laudos que deben integrar los jueces; se analizan los recursos, su disponibilidad por las partes en una cláusula compromisoria, con exhaustividad se detallan las diversas alternativas de los recursos de apelación, de nulidad y el recurso extraordinario ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, para culminar con una prospectiva sobre el futuro del arbitraje.

Palabras Claves: Medios alternativos de resolución de conflictos - Arbitraje- Recursos de aclaratoria, apelación y nulidad ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

I Introducción

La administración de justicia en los países en vía de desarrollo, se desenvuelve bajo serias limitaciones estructurales, financieras e institucionales. Como resultado de estas limitaciones, los Tribunales judiciales confrontan graves problemas para resolver dentro de un término relativamente corto, una compleja cantidad de asuntos que se le someten.

La República Argentina tiene una larga tradición en lo que al arbitraje se refiere. Desde el nacimiento de nuestro país como Estado soberano,

* 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 de la Universidad Nacional de Córdoba, Juez de Concursos y Sociedades N°5 de Córdoba.

existe una inclinación a someter los problemas importantes al arbitraje. Ratificó la convención de someter al Tribunal Arbitral del Banco Mundial, CIADI¹ la mayoría de las controversias relacionadas con las privatizaciones de la década de 1990. Nuestra Constitución que consagra su espíritu liberal en la enumeración de los derechos de sus habitantes y de los extranjeros, ha influido en los Códigos dictados en su consecuencia, reconociendo al individuo la facultad de determinarse en sus negocios cuando no afecte con sus acuerdos el orden público ni las buenas costumbres. Así el Código Civil, consagra en sus artículos 100 y 101 el derecho de los particulares a elegir domicilios especiales para el cumplimiento de sus obligaciones, lo que viene a significar la aceptación de la prórroga de jurisdicción, que permite el sometimiento a jueces o árbitros extranjeros, o que se constituyan fuera del país².

Creemos en el arbitraje como medio alternativo a los mecanismos tradicionales de resolución de conflictos por la vía judicial, abriendo una vía alternativa para descongestionar a los Tribunales judiciales.

Hoy, destacamos la necesidad de contar con organismos de arbitraje que faciliten la organización y desarrollo del arbitraje institucionalizado, como el Tribunal de Arbitraje General de la Bolsa de Comercio de Córdoba fundado en el año 2004³.

Consideramos oportuno difundir el uso del arbitraje mediante la participación activa de las Universidades Nacionales, Cámaras de Comercio locales, de la Comisión Interamericana de Arbitraje y de los Colegios Profesionales. A tal fin se deberán celebrar reuniones periódicas sobre el tema que incluya una evaluación crítica y práctica sobre las ventajas y desventajas del arbitraje dentro del contexto civil y comercial.

Diversas causas han desembocado en cierta visión crítica sobre el servicio de administración de justicia, es por ello que una creciente cantidad de abogados tiende a acoger las alternativas complementarias de acceso efectivo a la jurisdicción. Desplazamientos que canalizan con renovados

¹ Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones. Ley 24.353 del año 1.991.

² MALAMUD, Jaime, "El arbitraje comercial en la República Argentina" en *Revista del Notariado*, Órgano del Colegio de Escribanos, Capital Federal, julio – agosto 1977, pág.879.

³ Bolsa de Comercio de Córdoba, Reglamento del Tribunal de Arbitraje General, Reglamento modificado en reunión del Consejo Directivo del día 20 de julio de 2004. Secretaría a cargo de la Dra. María Cristina Curtino.

entusiasmos en vías de justicia privada, una de las cuales es el arbitraje (las otras serían la mediación y la conciliación).

La Justicia estatal, a veces señalada con razón de formalista y lenta, con soluciones tardías; produce la búsqueda de canales más positivos en la solución de controversias.

En España se ha reprochado a los sectores más reaccionarios de la judicatura - los mismos que durante lustros han contribuido con cierta y no desdeñable cuota de responsabilidad al descrédito y la ineficacia de la administración de justicia - la crítica a la ley española de arbitraje, destacándose que lo que corresponderá hacer es lo que apunta Nils Mangard: “Si los jueces se sienten resentidos o agraviados por el hecho de que en el mundo de los negocios el arbitraje se está convirtiendo en el sistema preferido para resolver los litigios, mi consejo sería que el Poder Judicial debe hacer presión sobre las autoridades competentes para que modifiquen las reglas de procedimiento de los Tribunales, de forma que el proceso judicial resulte más atractivo, más barato y con menos formalismo”.

La cuestión con sus particularidades se inserta en el contexto de la rebelión contra el formalismo, las reglamentaciones paralizantes, burocráticas y las desusadas cargas fiscales. El administrado o el contribuyente puja por escapar de los compartimentos rígidos impuestos, hacia otros horizontes, más operativos, adecuados y flexibles.

II. Concepto

Con Alvarado Velloso, adelantamos el concepto que el arbitraje es un modo de heterocomposición de conflictos que opera como resultado respecto de ellos y al cual se llega exclusivamente si media, al menos, un principio de autocomposición de los propios interesados, mediante la cual aceptan plantear su litigio al árbitro y, eventualmente, acatar su decisión.

Todo arbitraje es un proceso iniciado, desarrollado y resuelto por particulares que ostenta algunas ventajas respecto del proceso jurídico público estatal: Fórmulas breves de trámite en la mecánica procesal, como son la oralidad, la inmediatez, la confidencialidad, celeridad y menor onerosidad.

Compartimos con Caivano⁴ que el arbitraje, como mecanismo de resolución de controversias, consiste en la intervención de un tercero im-

⁴ CAIVANO, Roque J., “Recursos en el arbitraje”, en *Revista de derecho Procesal*, Ed. Rubinzal Culzoni Editores, Sta. Fe, 1999-2, pág.271 a 330, valoraciones que se reseñan a continuación.

parcial, elegido por las partes, que tiene la potestad de dirimir el conflicto emitiendo una sentencia vinculante sobre pretensiones controvertidas. Su origen es usualmente convencional y facultativo, consecuencia de un acuerdo de voluntades a través del cual dos o más partes que mantienen una relación jurídica -contractual o no- deciden someter cuestiones determinadas a resolución de árbitros en lugar de acudir a los jueces.

La Corte⁵ ha conceptualizado: *“El arbitraje, entre otras ventajas, proporciona a los particulares un medio rápido, sencillo y económico de terminar sus contiendas; ya que, al poder las partes elegir libremente, para jueces, a personas que tengan todos los conocimientos, jurídicos o técnicos para la mejor solución del litigio, se evita la consulta a peritos, con economía de tiempo y dinero y, lo que es más importante, se asegura la eficiencia del fallo”*. *“ Los motivos por los que se llega al arbitraje –vgr. afán de que el litigio sea resuelto más rápida y económicamente; deseo de aplicar otro derecho, como el derecho corporativo, fundado en los usos de comercio, o lex mercatoria de carácter internacional; aspiración de que la solución del litigio sea aceptada voluntariamente por las partes; necesidad de resolver un desacuerdo que – por no ser una cuestión jurídica no puede ser llevada a los tribunales- llevan a concluir que el mismo difícilmente es compatible con los procedimientos establecidos en los códigos procesales para los juicios comunes.”*

Cuando las partes convienen que determinadas cuestiones litigiosas, presentes o futuras, serán decididas por jueces privados, al tiempo que adjudican jurisdicción a los particulares que escojan para cumplir esa función, están asimismo desplazando, para esos casos, la jurisdicción de los órganos del Poder Judicial. Una vez pactado el sometimiento a arbitraje, la actuación de los órganos estatales de administración de justicia queda excluida y reemplazada por los árbitros, quienes tienen atribuciones para resolver las divergencias que se encuentren comprendidas en el acuerdo. A partir de esa noción preliminar podemos afirmar que el arbitraje es un instrumento del cual pueden valerse los particulares para instaurar un sistema de administración de justicia privatizada que permita resolver el conflicto prescindiendo del Poder Judicial⁶.

⁵ CSJN, abril 29-1997, “Blanco, Guillermo y Otro c/ Petroquímica Bahía Blanca y Otro s/Recurso Ordinario” Sum.48194 comentado por Anaya, Jaime Luis y Palacio Lino Enrique “Arbitraje, jurisdicción y honorarios en ED 174-1997, pág.286/309. (del voto de los Dres. Petracchi y Bossert)

⁶ “El juicio arbitral es un sustituto de la jurisdicción, en cuya virtud los árbitros tienen la atribución de sustanciar y decidir contiendas no exclusivamente reservadas al Po-

El desplazamiento de la jurisdicción del Poder Judicial es total en cuanto al conocimiento y decisión de las controversias sometidas a arbitraje, desde que no pueden entender dos jueces sobre la misma cuestión. Sobre el fondo de dichas cuestiones, la potestad para dictar la sentencia e imponer la solución a las partes le pertenece a los árbitros y no a los jueces estatales. Esto, sin embargo, no significa que éstos no tengan reservadas algunas funciones relacionadas con el arbitraje. Debido a las particulares características que reviste la jurisdicción arbitral, hay diversas situaciones en las que se hace necesario o conveniente admitir la intervención de los jueces, lo que denota la necesidad de mantener entre ambos sistemas una interacción que permita armonizarlos y hacerlos cooperativos, de manera de brindar a los particulares una vía rápida y eficiente para solucionar sus conflictos.

III. Limitaciones

La jurisdicción arbitral, producto de su origen convencional y de la calidad de particulares que revisten los árbitros, sufre algunas limitaciones que deben, naturalmente, ser integradas por los jueces. El Poder Judicial controla y colabora con los árbitros que carecen de Imperium para hacer cumplir forzosamente sus decisiones, no pueden ejecutarlas con el empleo de la fuerza Pública.

Los árbitros, tienen jurisdicción para sustanciar y decidir las causas que versan sobre cuestiones comprometidas, pero están en principio limitados en cuanto a la utilización de la fuerza coactiva para garantizar el cumplimiento de sus decisiones. El artículo 753 del Código Procesal de la Nación (ídem, art. 791, Cód. Proc. de Buenos Aires), veda a los Árbitros el procedimiento de apremio o de compulsión y señala que “deberán requerirlas al juez y éste deberá prestar el auxilio de su jurisdicción para la más rápida y eficaz sustanciación del proceso arbitral”⁷.

der Judicial, por un procedimiento en el que prevalece la libertad de las formas y que reviste carácter obligatorio cuando las partes lo han convenido” (Cám. Nac. Civ., sala O, 14-8-90, E. D. 141-121; L. L. 1990-E-148, cit. en RUFINO, Marco, *El proceso arbitral*, Ad-Hoc, 1992).

⁷ CAIVANO ha interpretado que esta norma en modo alguno impide a los árbitros la atribución de juzgar y resolver la procedencia de una medida cautelar, y que debe ser entendida no como la prohibición de “resolver sobre la procedencia de una medida cautelar” sino como la imposibilidad de ponerla en ejecución forzada por sí mismos, cuando para ello sea necesario ejercer compulsión. De ese modo, la intervención, judicial en medidas cautelares

III. a. El laudo y la carencia de imperium

Al carecer los árbitros de imperium, se requiere la intervención judicial para obtener, en caso de resistencia, el cumplimiento forzado del laudo. Los ordenamientos legales asimilan los laudos arbitrales a las sentencias judiciales, proporcionando a aquellos el mismo trámite procesal que rige para la ejecución de éstas (art. 499, Cód. Proc. Nac.; ídem, art. 497, Cód. Proc. de Buenos Aires)⁸. Ello es para resolver el conflicto con carácter y efecto de cosa juzgada.

La intervención judicial tendiente a controlar puede ser aún más amplia. En los casos en que se admite contra las resoluciones de los árbitros un recurso de apelación, se habilita con ello una segunda instancia de juzgamiento, que faculta al órgano sobre el que recae esta función a revisar no sólo el cumplimiento de las exigencias legales sino inclusive el acierto o desacierto de la decisión y, en su caso, a modificarla si la juzga equivocada.

IV. Recursos contra el laudo

Al hablar de recursos en el arbitraje, es menester previamente aclarar que, si bien el aspecto más significativo se da a partir de los medios de impugnación y revisión judicial que admiten la intervención de los tribunales ordinarios contra el laudo definitivo, existen también recursos ante los propios árbitros y contra resoluciones distintas del laudo.

IV. a. Disponibilidad

Por regla general, los recursos en el arbitraje son disponibles. Esto significa que, las condiciones de admisibilidad de los recursos pueden ser libremente determinadas por las partes, todo recurso o medio de impugnación habilitado por alguna norma es, salvo indicación en contrario del legislador, renunciable. Igualmente es posible que las partes, decidan a su arbitrio la creación de recursos o formas de revisión de las decisiones surgidas en un arbitraje, haciendo uso del principio de libertad.

Se debe verificar lo que las partes hayan convenido, analizar el examen de las normas reglamentarias, en el caso de la Bolsa de Comercio de

se reduce a ordenar la ejecución forzada de aquellas ~ dispuestas por los árbitros, en los casos en que medie resistencia del destinatario y sea necesario el auxilio de la fuerza pública para ejercer compulsión. Sobre el tema, en extenso, CAIVANO, Roque J., Medidas cautelares en el arbitraje, en *J. A.* del 18-11-98.

⁸ Sobre el tema puede verse CAIVANO, Roque J. “La ejecución de los laudos arbitrales”, en *J. A.* del 1-4-98.

Córdoba su art.63 establece que los árbitros fallarán como amigables componedores y el pronunciamiento deberá contener la imposición de costas y los plazos para su cumplimiento. Estas normas reglamentarias, en la casi totalidad de los casos tendrán rango de pacto expreso entre las partes al haber sido convencionalmente incorporadas al contrato mediante una cláusula que las haga parte de él⁹. Los recursos que surgen de las normas contenidas en las legislaciones sobre arbitraje son supletorios de la voluntad de las partes, la jurisprudencia lo ha ratificado fundado en el principio de la autonomía de la voluntad consagrado en el art.1197 del Código Civil.

Si las partes no hubiesen fijado el procedimiento los árbitros de Derecho observarán el del juicio (ordinario o sumario, según lo establecieron, teniendo en cuenta la naturaleza e importancia económica de la causa (art. 751, Cód. Proc.Nac.; ídem, art. 789, Cód. Proc. de Buenos Aires). Los amigables componedores, por su lado, procederán sin sujeción a formas legales, limitándose a recibir los antecedentes o documentos que las partes les presenten, a pedirles las explicaciones que creyeren convenientes y a dictar el laudo a su leal saber y entender (art. 769, Cód. Proc. Nac.). No se admite recurso sobre el laudo de un amigable componedor (Arts771 CPCN, 807 CPC Bs.As., 774 CPC del Chaco.)

Para las resoluciones interlocutorias sobre el trámite, algunos reglamentos como el de la Bolsa de Comercio de Córdoba establecen que el Secretario podrá resolver todas las incidencias que se promuevan durante todo el trámite del arbitraje y que contra esas resoluciones se admite un recurso de reposición y apelación en subsidio por ante el Tribunal Arbitral (Arts.30 y 31).

IV. b. Control judicial vs. celeridad

El mayor problema, al legislar sobre el arbitraje es hallar la manera de compatibilizar todos los requerimientos que el arbitraje presenta: por un lado, garantizar un control judicial -moderado, limitado a lo indispensable- que ofrezca posibilidad de revisión que prevenga posibles desvíos, para satisfacer elementales exigencias de seguridad; pero, por el otro, evitar que, a causa de ese control, el arbitraje pierda sus principales ventajas de celeridad y simplicidad procedimental, o la autonomía que las partes pretendieron.

⁹ Las cláusulas Modelo sugeridas por todas las instituciones arbitrales hacen expresa referencia a la aplicación de sus normas reglamentarias. En algunos casos, inclusive, no admiten participar en la administración de un arbitraje en el que las partes hubieran excluido la aplicación del reglamento o modificado alguno de sus términos.

Una de las fórmulas que se han utilizado para lograr estos objetivos ha sido la de excluir recursos o intervenciones judiciales durante el arbitraje y concentrar todas las quejas en el recurso de anulación contra el laudo definitivo.

V. Recurso de aclaratoria contra el laudo

El recurso de aclaratoria es, en nuestro sistema procesal, la vía a través de la cual se procura que el propio juez que dictó la sentencia le ponga remedio a errores materiales (aritméticos, nombres, etc.), aclare conceptos oscuros (discordancia entre una idea y las palabras utilizadas), o supla omisiones (de alguna pretensión), siempre que no modifique lo sustancial de la sentencia¹⁰.

Este recurso debe deducirse -fundado- dentro del tercer día de notificada la sentencia, y se resuelve sin sustanciación (art. 166, inc. 2°, C.P.C.N.; ídem, C.P.C. de Bs. As., Córdoba y Chaco). Ello sin perjuicio de la facultad de los jueces de proceder de oficio (arts. 36, inc. 3° y 166, inc. 1°, Cód. Proc. Nac.; ídem, Cód. Proc. de Buenos Aires y CPCC de Córdoba arts. 336 aclaratoria y 338 Interpretatoria).

VI. Recurso de apelación contra el laudo

VI. 1 Generalidades

La apelación persigue como objetivo que un órgano de superior jerarquía revise lo decidido por los árbitros en el laudo, con facultades para confirmarlo, modificarlo o revocarlo. Mediante este recurso se revisa el fondo del laudo respecto de la apreciación de los fundamentos de las partes, de la prueba y, en su caso, de la aplicación e interpretación del Derecho.

Este recurso reabre la jurisdicción ante un nuevo tribunal con amplitud para estudiar y pronunciarse sobre el fondo, y culmina con una sentencia que confirma o modifica total o parcialmente el laudo.

La extensión y las condiciones de la jurisdicción que ejercen los árbitros depende de la voluntad de las partes que se la atribuyen. Las normas legales son supletorias, a excepción de aquellas que son indisponibles por referirse a cuestiones de orden público, cuyo contenido no puede ser dispensado por convenciones particulares (arts. 19 y 21, Cód. Civ.).

¹⁰ PALACIO, Lino E., *Manual de Derecho Procesal Civil*, 11. ed. act., Abeledo-Perrot, 1995, p. 572.

VI. 2. *Reseña Histórica*

Platón recomendaba organizar tribunales arbitrales y estatales, y admitía la posibilidad de recurrir de las decisiones de los árbitros, pero sugería que quien habiendo apelado al tribunal estatal fuera nuevamente condenado debía pagar una multa equivalente a la quinta parte (20%) de lo reclamado, suma que ascendía a la mitad (50%) cuando a su vez quisiera apelar nuevamente¹¹.

En la Grecia antigua, la ley de Solón que admitía el arbitraje obligaba a las partes a sujetarse a lo que el árbitro haya decidido, “sin poder recurrir a otro tribunal, y que sea irrevocable la sentencia del árbitro”.

Las ordenanzas de Bilbao, obligaban a las partes a someterse a juicio de dos o más árbitros “sin otra apelación ni pleito alguno”. La Constitución Española de 1812 sentaba asimismo el principio de la irrecorribilidad, aunque obviamente admitiendo el pacto en contrario

VI. 3. *Disponibilidad*

En nuestros Códigos Procesales este recurso está dentro del campo de la autonomía de la voluntad, al permitir su renuncia, la posibilidad que se atribuya el carácter de órgano de apelación a otro tribunal arbitral. La regla supletoria, que resuelve los casos en que las partes no han pactado sobre el particular, varía según se trate de arbitraje de Derecho o de amigables componedores. Contra el laudo de los árbitros iuris caben los mismos recursos que contra las sentencias judiciales, siempre que no hayan sido renunciados en el compromiso (art. 758, Cód. Proc. Nac.; ídem, art. 796, Cód. Proc. de Buenos Aires). El laudo de los amigables componedores, por el contrario, es irrecorrible por vía de apelación (art. 771, Cód. Proc. Nac.; ídem, art. 809, Cód. Proc. de Buenos Aires).

El Código de Santa Fe no distingue entre laudos de árbitros de Derecho o de amigables componedores. En forma general establece que contra las sentencias arbitrales procederán los mismos recursos que pueden interponerse contra las de los jueces, a menos que hubiesen sido expresamente renunciados.

El Código de Córdoba no contiene una norma que expresamente consagre la irrecorribilidad del laudo de amigables componedores, la norma establece que proceden contra los laudos los mismos recursos que contra las sentencias judiciales (art.640) aclara al inicio que ella está referida a los casos de arbitraje voluntario.

¹¹ PLATÓN, *Las leyes*, Porrúa, México, 1979.

En los ordenamientos nacional y bonaerense, tratándose de laudos de Derecho, por aplicación de la máxima de que “quien puede lo más puede lo menos”, es válido que las partes convengan libremente los requisitos de admisibilidad del recurso y hasta el tribunal competente. Expresamente se admite la posibilidad de que las partes estipulen una multa a cargo de quien pretenda recurrir (art. 741, inc. 4º, Cód. Proc.; ídem, art. 779, inc. 4º, Cód. Proc. de Buenos Aires) y que atribuyan a un nuevo tribunal arbitral la calidad de tribunal de alzada, estableciendo la competencia de otros árbitros para entender en el recurso (art. 763, Cód. Proc. Nac.; ídem, art. 801, Cód. Proc. de Buenos Aires)¹².

En definitiva, se trata de una cuestión disponible, alcanzada en consecuencia por el principio general consagrado por el artículo 1197 del Código Civil.

VI. 4. Irrenunciabilidad de la jurisdicción

Aun en aquellos casos en que el arbitraje sea inapelable, o cuando las partes hayan renunciado a todos los recursos, es igualmente admisible la intervención judicial por nulidad que el legislador ha consagrado como insusceptible de renuncia.

La mayor o menor amplitud del control judicial depende de la misma voluntad que dio origen al arbitraje. Será de la máxima extensión si existe -por no haberlo renunciado o por haberlo establecido expresamente- un recurso de apelación que permita la revisión del fondo.

En caso contrario será limitado a ciertos aspectos eminentemente formales, mediante un medio de impugnación con el que siempre podrán contar. En el CPCN y en los ordenamientos Provinciales de Bs. As. y Córdoba, los laudos arbitrales son siempre recurribles por nulidad y pueden, con arreglo a lo convenido por las partes ser recurribles por vía de apelación.

VI. 5. Trámite procesal

En cuanto a la mecánica procesal, salvo pacto en contrario, el recurso de apelación debe interponerse por escrito fundado, ante el propio tribu-

¹² La legislación peruana, que también admite esta posibilidad de prorrogar la jurisdicción de la Alzada a favor de árbitros, va inclusive más allá, al establecerlo como regla general. A falta de acuerdo expreso o en caso de duda, se entiende que las partes han pactado el recurso de apelación ante una segunda instancia arbitral. En este caso, el recurso tramitará ante árbitros -diferentes de los que dictaron el laudo- que integrarán un tribunal de tres árbitros elegidos de la misma forma que se eligieron los árbitros de primera instancia o, en su defecto, de conformidad con las disposiciones supletorias de la ley (arts. 60 y 62).

nal arbitral, dentro de los cinco días de notificado. Los árbitros son, en primera instancia, quienes deben evaluar y resolver acerca de su admisibilidad. Si fuera denegado, serán de aplicación las reglas generales referidas a los recursos de queja (art. 759, Cód. Proc. Nac.; ídem, art. 797, Cód. Proc. de Buenos Aires.).

Los Códigos de Santa Fe y Córdoba (639), al prever un sistema conforme el cual la notificación del laudo se efectúa con intervención del juez ordinario, disponen que los recursos deben interponerse ante el juez que llevó a cabo la notificación.

El Código de Córdoba se remite, en cuanto al modo de interposición y concesión de los recursos, a las normas que rigen las apelaciones contra las sentencias de los magistrados (arts.640 y 643).

El órgano que tiene competencia para conocer y resolver este recurso es el tribunal jerárquicamente superior a aquel al que le habría correspondido entender si el litigio no se hubiera remitido a juicio de árbitros (arts. 763, Cód. Proc. Nac.; ídem, art. 801, Cód. Proc. de Buenos Aires; art. 439, Cód. Proc. de Santa Fe y art.645 Cód. Proc. de Córdoba). Será la cámara de apelaciones que corresponda por materia y territorio, salvo la prerrogativa de jurisdicción pactada o tácita.

Si el asunto sometido a juicio de árbitros hubiese sido un pleito pendiente en última instancia, el laudo no será apelable y causará ejecutoria (art. 764, Cód. Proc. Nac.; ídem, art. 802, Cód. Proc. de Buenos Aires).

VII. La impugnación por nulidad

VII. a. Objetivo y carácter

Aun cuando el laudo no sea apelable, es siempre susceptible de ser impugnado por nulidad, de acuerdo a las estipulaciones que establecen los respectivos ordenamientos legales. Vía distinta de la apelación en la cual se procura que el superior revise lo decidido por los árbitros en el laudo, lo cual supone concederle facultades para confirmarlo, modificarlo o revocarlo. En el planteo de nulidad, se busca invalidar el pronunciamiento arbitral por carecer de los requisitos que la legislación impone.

Al conocer la apelación, el tribunal de alzada revisa el fondo del laudo, mientras que en la instancia de nulidad solamente controla el cumplimiento de los recaudos legales, sin entrar a valorar el acierto o desacierto de la decisión¹³.

¹³ “Ha de rechazarse la nulidad del laudo arbitral si éste no se apartó de los puntos propuestos, es decir que fueron tratados los temas expresamente fijados por las partes como

La impugnación por nulidad no habilita a las partes a solicitar una revisión del laudo en cuanto al fondo de lo decidido, debiendo el juez limitarse a resolver acerca de la existencia o no de las causales susceptibles de afectar la validez del laudo, que taxativamente establecen los Códigos. Solo procede en las situaciones que establece la ley.

Para resolver el pedido de la nulidad carecen de eficacia los argumentos enderezados a demostrar la injusticia del laudo, por cuanto en esta instancia los jueces ordinarios carecen de la facultad de revisar ese aspecto. Por aplicación de ese principio, se ha resuelto que la nulidad con que se ataca el laudo arbitral resulta inadmisibile si se respetaron las formas esenciales del juicio, no se afectó el derecho de defensa y no se omitió pronunciamiento sobre los puntos comprometidos¹⁴, y que el tribunal judicial debe limitarse a juzgar sobre la validez formal del laudo arbitral sin poder efectuar valoraciones sobre su justicia o injusticia¹⁵.

Al contrario de lo que sucede con el recurso de apelación, las partes no pueden renunciar anticipadamente a la impugnación por nulidad ni tampoco establecer recaudos que agraven sustancialmente la utilización de esta vía o que puedan significar una forma indirecta de renuncia.

Los Códigos (art. 740, inc. 4º, Cód. Proc. Nac.; ídem, art. 779, inc. 4º, Cód. Proc. de Buenos Aires y art. 641 Cód. Proc. de Córdoba) habilitan la incorporación, por vía de un pacto expreso susceptible de incluirse como cláusula facultativa del compromiso arbitral, de una multa que deberá pagar la parte que recurra el laudo para poder ser oída. Si se hubiese estipulado la multa no se admitirá recurso alguno si quien lo interpone no hubiese satisfecho su importe (art. 762, Cód. Proc. Nac.; ídem, art. 800, Cód. Proc. de Buenos Aires).

Para ser aceptable como requisito de admisibilidad del recurso o acción de nulidad, la multa que la ley autoriza deberá reunir dos condiciones: estar expresamente pactada para este supuesto y que su cuantía o importe no represente un obstáculo insalvable o un impedimento para la impugna-

litigiosos, sin que la justicia pueda examinar la ecuanimidad o acierto del laudo, por ser aspecto extraño a dicho recurso de nulidad, perfectamente delimitado” (Cám. Fed. de Resistencia, 16-3-72, J. A. 16-1972-53). Pretender la revisión del fondo que del asunto decidido por los árbitros en el laudo significaría abrir la instancia de alzada para obtener un pronunciamiento oficioso y contrario a todo principio jurídico (Cám. Paz de Capital, sala IV, 22-12-64, L. L. 118-904, sum. 12.070.)

¹⁴ Cám. Com. de Capital, sala B, 24-7-59, J. A. 1959-V-591.

¹⁵ Cám. Com. de Capital, sala A, J. A. 1963-IV-81.

ción del laudo por nulidad. Las causales de nulidad que contemplan las normas positivas no son dispensables, las partes no pueden, mediante un acuerdo de voluntades, suprimir alguna de ellas.

VII. b. Causales. El Derecho Comparado

Como principio, estas causales deben ser interpretadas restrictivamente, no pudiendo extenderse a otras que no han sido previstas¹⁶.

La Ley Modelo de UNCITRAL contempla la petición de nulidad como único recurso contra un laudo arbitral, que procederá cuando (art. 34):

a) La parte que interpone la petición pruebe:

i) que una de las partes en el acuerdo de arbitraje estaba afectada por alguna incapacidad, o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido;

ii) que no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos;

iii) que el laudo se refiere a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o contiene decisiones que exceden los términos del acuerdo de arbitraje; no obstante, si las disposiciones del laudo que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no lo están, solo se podrán anular estas últimas, o

iv) que la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo estuviera en conflicto con una disposición de la ley de la que las partes no pudieran apartarse o, a falta de dicho acuerdo, que no se han ajustado a la ley;

b) el tribunal compruebe:

i) que, según la ley de ese Estado, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje, o ii) que el laudo es contrario al orden público de ese Estado. La mayoría¹⁷ de las legislaciones adoptaron con leves variantes la ley modelo.

VII. c. Nuestra legislación

En nuestro Derecho positivo, los Códigos nacional, bonaerense, cordobés y chaqueño disponen que la nulidad contra los laudos de árbitros

¹⁶ Cám. Civ. y Com. de Córdoba, 18-12-64, Rep. L. L. XXVII-1045, sum. 29. 298

¹⁷ Entre otras la ley alemana, brasileña y peruana.

de Derecho podrá fundarse en la existencia de una falta esencial del procedimiento, en haber fallado los árbitros fuera de plazo o sobre puntos no comprometidos, o en la existencia de decisiones incompatibles entre sí en la parte dispositiva (arts. 760 y 761, Cód. Proc. Nac.; ídem, arts. 798 y 799, Cód. Proc. de Buenos Aires, art.643 Cód. Proc. de Córdoba y art.763 Cód. Proc. C. y C. del Chaco). Para los laudos de amigables componedores las causales son más restringidas: sólo podrán ser anulados por haber sido pronunciados fuera de plazo o sobre puntos no comprometidos (art. 771, Cód. Proc. Nac.; ídem, art. 809, Cód. Proc. de Buenos Aires y art.774 Cód. Proc. C. y C. del Chaco).

Las causales susceptibles de acarrear la nulidad de un laudo en nuestro ordenamiento actual son las siguientes:

VII. d. Haber fallado fuera de plazo

Es un principio reconocido que los árbitros deben dictar el laudo dentro de los plazos que las partes les hayan señalado en el acuerdo arbitral. No obstante, como ésa es una de las cláusulas meramente facultativas para las partes, los Códigos han previsto que en su defecto, respecto de árbitros de Derecho, el plazo para laudar será el que señale el juez, atendiendo a las circunstancias del caso (art. 755, Cód. Proc. Nac.; ídem, art. 793, Cód. Proc. de Buenos Aires y art.758 Cód. Proc. C. y C. del Chaco). A falta de acuerdo, en el caso de los amigables componedores el plazo será de tres meses contados desde la última aceptación (art. 770, Cód. Proc. Nac.; ídem, art. 808, Cód. Proc. de Buenos Aires y art.773 Cód. Proc. C. y C. del Chaco)¹⁸. El plazo podrá ser prorrogado por las mismas partes o bien por el juez a petición fundada de los árbitros, si la demora no les fuera imputable.

El art.630 del Cód. Proc. de Córdoba establece que cuando no hubiere plazo estipulado, la sentencia deberá dictarse dentro de los cinco meses.

VII. e. Fuentes. La Ley vs. Acuerdo Compromisorio

La nulidad por vencimiento del plazo no opera en forma automática, sino que suele exigirse, como condición de admisibilidad del recurso, que la parte que invoque esta causal lo hubiera manifestado por escrito a los árbitros antes de ser notificada del laudo o hubiera efectuado oportuna reserva de plantear la nulidad.

¹⁸ El Código de Santa Fe no dispone supletoriamente plazo alguno, a pesar de remitir -para el caso de falta de estipulación en el compromiso- al "término legal". El de Córdoba dispone supletoriamente un plazo de cinco meses en forma genérica, sin distinguir entre árbitros de Derecho o amigables componedores (art. 630).

El plazo para formular la oposición -cinco días en los Códigos de la Nación, de Buenos Aires, de Córdoba y del Chaco; y tres días en el de Santa Fe- no se inicia a partir del dictado del laudo, sino desde el vencimiento del plazo para laudar. Si las partes dejan transcurrir ese plazo sin formular oposición alguna al dictado del laudo, no podrán impugnarlo luego de emitido, por cuanto su inactividad -conociendo que el plazo se ha vencido- habría producido el efecto de consentir tácitamente en extenderlo, lo que en definitiva subsana la nulidad y conduce a la desestimación del planteo ¹⁹.

VII. f. Haber fallado sobre puntos no comprometidos

Similares razones a las expuestas respecto de la limitación temporal de la jurisdicción arbitral justifican la procedencia de esta causal de nulidad, basada en la limitación en la materia sometida a su decisión. En este aspecto, las facultades de los árbitros alcanzan exclusivamente a aquellos asuntos para los cuales fueron nombrados y deben ceñirse a resolver las cuestiones litigiosas que las partes les sometieron, deben atenerse estrictamente, evitando laudar cuestiones no propuestas. Desde que la jurisdicción arbitral implica una renuncia de las partes a ser juzgadas por los jueces estatales, al fallar extra petita los árbitros estarían asumiendo una jurisdicción de la que carecen, porque no les ha sido delegada para resolver esos puntos sino otros. Si los árbitros deben su jurisdicción a la voluntad de las partes, en la que aquélla encuentra su origen inmediato, resulta lógico que deban atenerse a ello de manera estricta, evitando resolver cuestiones que no les han sido propuestas como litigiosas, pues respecto de ellas los árbitros no poseen jurisdicción.

Debe recordarse, no obstante, que se entenderá que han quedado también comprometidas las cuestiones meramente accesorias y aquellas de cuya sustanciación ante los árbitros hubiese sido consentida (art. 754, e el Cód. Proc. Nac.; ídem, art. 792, Cód. Proc. de Buenos Aires).

VII. g. Falta esencial de procedimiento

Una aplicación concreta derivada de esta causal es la violación al principio de congruencia, que ha sido definido como la necesaria conformidad que debe existir entre el laudo y las peticiones de las partes, en cuanto a las personas, objeto y causa.

¹⁹ CAIVANO, Roque J., Los laudos arbitrales y su impugnación por nulidad, en J. A. 1994-1-845.

La jurisprudencia ha interpretado que ésta es una condición ineludible para el cumplimiento de los principios sustanciales del juicio, relativos a la igualdad, bilateralidad y equilibrio procesal.

Si el objeto de la condena no es congruente con los términos de la demanda, sino el resultado de una alteración de la acción deducida, se produce un quebrantamiento del principio de congruencia -que tiene sus raíces en las garantías constitucionales- ya que si bien lo procesal es instrumental, no puede desconectarse de los derechos que la Constitución reconoce en los artículos 17 y 18²⁰.

VII. h. Contener en la parte dispositiva, decisiones incompatibles entre sí

Un laudo que contuviera -en el mismo acto- decisiones contradictorias es asimismo susceptible de anulación, pues dejaría de cumplir una de las funciones principales de las sentencias, consistente en determinar con certeza el derecho que a cada parte corresponde sobre las peticiones sustanciadas en el juicio, haciendo realidad la máxima de Ulpiano de dar a cada uno lo suyo.

VII. i. Procedimiento

Para los laudos de Derecho se prevé un recurso de nulidad, mientras que los laudos dictados por amigables componedores se impugnan por vía de acción.

VII. i. a. La nulidad de los laudos de Derecho

En el caso de los laudos dictados por árbitros iuris, las normas califican expresamente a este medio de impugnación como un recurso (art. 760, Cód. Proc. Nac.; ídem, art. 798, Cód. Proc. de Buenos Aires, art. 643 Cod. Proc. de Córdoba y art. 763 Cod. Proc. del Chaco). Esto determina la aplicación de las reglas propias previstas para los recursos en el arbitraje. El mismo debe interponerse por escrito fundado, ante el propio tribunal arbitral, dentro de los cinco días de notificado.

Si el recurso fuera denegado, la recurrente podrá presentarse en queja dentro del quinto día directamente ante el tribunal de alzada para que otorgue el recurso y ordene la remisión de las actuaciones.

²⁰ Cám. Nac. Com., sala B, 10-8-93, E. o. 154-373.

Los Códigos prevén que el recurso de nulidad se resolverá “sin sustanciación alguna, con la sola vista del expediente”. Conforme nuestros principios procesales, esto significa que el recurso tramita inaudita parte, limitándose el tribunal a examinar las causales invocadas por el recurrente y su virtualidad para acarrear la nulidad del pronunciamiento arbitral.

Ignoramos las razones por las cuales el legislador ha optado por este temperamento, pero la solución aparece como ilógica. El tema en discusión (la validez de un laudo arbitral) es suficientemente complejo y las consecuencias que se derivan de la declaración de nulidad (perjuicios para las partes, posibles sanciones para el árbitro) son demasiado graves como para hacer necesaria una sustanciación al recurso. Deben tener la mínima garantía de sustanciarse con un traslado a la contraparte, a los fines de salvaguardar el derecho de defensa en juicio (Art.18 C.N.).

VII. i. b. La nulidad de laudos de amigables componedores

Para la nulidad de los laudos de amigables componedores los códigos establecen un régimen diferente. Luego de sentar la regla de la irrecurribilidad, disponen que “si se hubiese pronunciado fuera de plazo o sobre puntos no comprometidos, las partes podrán demandar su nulidad dentro de cinco días de notificado. Presentada la demanda, el juez dará traslado a la otra parte por cinco días. Vencido este plazo, contestado o no el traslado, el juez resolverá acerca de la validez o nulidad del laudo, sin recurso alguno” (art. 771, Cód. Proc. Nac.; ídem, art. 809, Cód. Proc. de Buenos Aires, ídem art. 774 Cod. Proc. del Chaco).

VII. i. c. La pretensión de nulidad se tramita bajo la forma de acción

Quien pretenda la nulidad de un laudo de amigables componedores debe promover una demanda, cuyo receptor natural es el juez de primera instancia que corresponda en función de la materia. Al mencionar que la decisión no es susceptible de recurso alguno, no puede sino querer significar que se están vedando los recursos ordinarios. El juez competente es aquel sobre quien hubiera recaído la competencia para resolver el pleito, de no haber mediado sujeción a arbitraje, sin perjuicio de la proroga de la jurisdicción territorial.

VII. i. d. El trámite procesal

El principio general en la materia es que todas las contiendas judiciales que no tengan señalada una tramitación especial serán ventiladas en

juicio ordinario (art. 319, Cód. Proc. Nac.; ídem, Cód. Proc. de Buenos Aires). Debe señalarse como contradictorio con el espíritu de la amigable composición y con la presumible intención del legislador de resolver el planteo de nulidad de una manera sencilla y rápida, que éste deba tramitar por la vía procesal judicial más engorrosa y lenta como la del juicio ordinario.

El trámite debe adecuarse a la norma específica que lo instaura (art. 771, Cód. Proc. Nac.; ídem, art. 809, Cód. Proc. de Buenos Aires), sustanciándose simplemente con un traslado de la demanda por cinco días a la contraparte y una resolución irrecurrible del juez.

La validez o nulidad del laudo es decidida por el juez en sentencia dictada en instancia única, no admitiéndose contra esa decisión recurso alguno. De forma tal que la sentencia que rechaza la acción de nulidad -al causar ejecutoria en sí misma- hace también pasar al laudo de amigables compondores en autoridad de cosa juzgada, habilitando de esta forma los trámites para su ejecución forzada, si no fuere espontáneamente cumplido.

VII. i. e. Las causales de nulidad

Los supuestos que habilitan la acción de nulidad del laudo de amigables compondores son mucho más restrictivos que en el caso de los árbitros de Derecho. Se limitan a dos causales: haber fallado fuera de plazo o sobre puntos no comprometidos. Ello se justifica por la mayor informalidad procesal.

VII. i. f. La ejecución del laudo pendiente la acción de nulidad

Una de las cuestiones que frecuentemente se plantean, con relación a los efectos de esta acción de nulidad, es su incidencia respecto de la eventual acción que paralelamente pueda estar sustanciándose para ejecutar forzosamente el laudo. En concreto, se discute si la acción de nulidad suspende o no la ejecución del laudo.

La jurisprudencia ha resuelto reiteradamente que el ejercicio de la acción de nulidad contra el laudo no impide su ejecución ni suspende sus efectos, ya que el laudo no recurrible tiene el valor de una sentencia ejecutoriada²¹.

²¹ Cám. Com. de Capital, sala A, 24-10-60, L. L. 102-581; I. A. 1944-IV-112; I. A. 1945-11-517. Más recientemente, Cám. Civ. y Com. de Mar del Plata, sala II, 9-9-97, I. A. 1998-11-30.

La Ley Modelo de UNCITRAL establece que contra un laudo arbitral sólo podrá recurrirse ante un tribunal mediante una petición de nulidad por las causales expresadas en la norma (art. 34). Si se acredita que se ha pedido a un tribunal judicial la nulidad o suspensión del laudo, el tribunal al que se pide el reconocimiento o la ejecución y podrá, si lo considera procedente, aplazar su decisión y, a instancia de la parte que pida el reconocimiento o la ejecución del laudo, podrá también ordenar a la otra parte que dé garantías apropiadas (art. 36).

VIII. La nulidad en los Códigos Procesales de Santa Fe, Córdoba y Chaco.

En los Códigos Procesales de Santa Fe, Córdoba y Chaco el tema está regulado en términos similares en los artículos 437 a 439; 643 a 645; y 763 a 766, respectivamente. No existe en ellos la distinción que marcan los Códigos de la Nación y de Buenos Aires respecto de la forma de atacar por nulidad el laudo según sea de árbitros de Derecho o de amigables compondores. Establecen pautas generales que entendemos son de aplicación a cualquier clase de laudo arbitral.

IX. El recurso extraordinario

IX. 1. Principios generales

La irrecorribilidad de los laudos arbitrales no atenta contra las garantías constitucionales. No es por tanto admisible que, ante un laudo arbitral desfavorable, se intente el recurso extraordinario fundado en la inexistencia de control judicial suficiente.

En ese sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha tenido ocasión de pronunciarse confirmando el criterio expuesto, al manifestar que es inatendible el agravio de que el laudo dictado en sede arbitral -libremente pactada- viola la garantía de la defensa en juicio al ser inapelable ante la justicia, puesto que dicho agravio deriva de la propia conducta discrecional del recurrente²².

Sin perjuicio de lo dicho, la Corte ha interpretado que podría igualmente ser viable la interposición de un recurso judicial contra el laudo en determinados supuestos de excepción. En el año 2004 la Corte en su nueva integración, ha resuelto que: “Es parcialmente nula la sentencia que, al re-

²² Fallos: 237:392,289:158,302:1280.

visar un laudo arbitral, transformó la pretensión de una de las partes introduciéndola como integrante de la litis y variando de este modo el compromiso -en el caso, se dispuso la actualización de los costos de una obra pública desde una fecha más antigua que la señalada por el contratista-, pues el compromiso arbitral delimita en forma definitiva el objeto o “*thema decidendum*” del proceso arbitral -art. 740 inc. 3º, Cód. Procesal-, cumpliendo una función sustancialmente análoga a la de los escritos de demanda, contestación y reconvencción en el proceso judicial de conocimiento.²³

No debe excluirse la posibilidad de impugnar judicialmente la inconstitucionalidad, ilegalidad o irrazonabilidad en que hubiesen incurrido al laudar²⁴. La situación que habilitaría la revisión judicial podría resumirse utilizando, en forma analógica, la elaboración jurisprudencial de la propia Corte del concepto de arbitrariedad, con el que se ha abierto la vía del artículo 14 de la ley 48 aun cuando no medie cuestión constitucional.

IX. 2. Sentencia contra la cual procede

En el caso de los laudos de tribunales arbitrales en los cuales se admite apelación en sede judicial, la sentencia definitiva contra la cual debe interponerse el recurso federal será la que pronuncie el tribunal judicial ante el cual se sustancia el recurso, la que, en virtud de causar ejecutoria, no es susceptible de recursos ordinarios. Por tanto, la apelación ordinaria no puede omitirse, y no cabe el recurso extraordinario directamente contra el laudo arbitral, pues en caso contrario no se habría agotado la vía recursiva correspondiente.

Cuando se trate de laudos de árbitros de Derecho respecto de los cuales se ha renunciado la apelación, y cuando el laudo proviene de amigables componedores, las consideraciones precedentes llevan a concluir que tampoco puede recurrirse directamente del laudo ante la Corte, sino que debe previamente agotarse la vía prevista para la nulidad. Recién en caso de que en esa instancia no se acogiera la pretensión podrá intentar se el recurso del artículo 14 de la ley 48.

²³ Corte Suprema de Justicia de la Nación • 01/06/2004 • José Cartellone Construcciones Civiles S.A. c. Hidroeléctrica Norpatagónica S.A. o Hidronor S.A. • ED 30/06/2004, 11 - LA LEY 06/08/2004, 6 - DJ 11/08/2004, 1115 - RDM 2004-4, 73 - Sup.Const 2004 (agosto), 25, con nota de Germán J. Bidart Campos - Sup.Adm 2004 (agosto), 8, con nota de Germán González Campaña - LA LEY 20/09/2004, 5, con nota de Gualterio Martín Marchesini - Sup.Adm 2004 (octubre), 34, con nota de Roberto D. Mora.

²⁴ Fallos: 292:223.

La vía extraordinaria es admisible contra la sentencia que rechace la nulidad y convalide el laudo, la que en virtud de ello queda revestida del carácter de sentencia definitiva.

X. El futuro del arbitraje

El desarrollo del arbitraje es solo un síntoma que en un país determinado, las relaciones sociales no se agudizan continuamente, de manera que sea siempre preciso acudir al remedio extremo de los tribunales. De allí que, precisamente en los países de más densa cohesión social, sin perjuicio de su refinado espíritu jurídico, el arbitraje alcance dimensiones cada vez mayores en amplitud.

Compartimos con Arbones²⁵ que la administración de justicia por desarrollada que esté dentro de nuestro siempre limitado presupuesto no podrá satisfacer todas las demandas jurisdiccionales del pueblo, con la premura y seguridad que este reclama.

De manera tal que sin falsos pruritos debemos doblegarnos ante la realidad y elaborar los instrumentos que proporcionan las soluciones adecuadas.

Todos los vicios que se le achacan a la administración de justicia tienen su origen en el exceso de formalismo, criterio censurado por la CSJN a través de la doctrina de la arbitrariedad, pero sabemos bien que las formas, por si mismas, constituyen la garantía del adecuado contradictorio y el apartamiento de ellas nos puede llevar al peligrosísimo decisionismo judicial, ya que como dice Radbruch, “*La seguridad del derecho se paga con la rigidez del Derecho*”²⁶.

Nosotros pensamos que existiendo las dos jurisdicciones –judicial y arbitral- acudirán al juez arbitral los que quieran soluciones y al juez jurisdiccional los que aspiren al triunfo.

²⁵ ARBONES, Mariano, “Actualidad del arbitraje”, en *Zeus* t.58, enero/abril 1992, pág.109.

²⁶ RADBRUCH, Gustav, *El espíritu del derecho inglés*, Edic. Rev. de Occidente, Madrid, 1958, pág.67.

LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA DECISIÓN JUDICIAL DE ABRIR LA INSTANCIA DE MEDIACIÓN EN LOS PROCESOS JUDICIALES, EN LA PROVINCIA DE CORDOBA*

por Elena Garcia Cima de Esteve**, Fernando Deponi, Raúl
Alvarez***

Resumen: La apertura del procedimiento de Mediación, será dispuesta por el Tribunal en procesos judiciales, no excluidos por el art. 3 de la Ley 8858, a solicitud de parte; *en forma excepcionalmente* obligatoria, en los supuestos enunciados en el art. 2 inc. a.b.c. Ley 8858.

La instancia abierta de mediación, implica una *suspensión* del proceso judicial, (art. 25 Ley 8858) que se reinicia finalizado del proceso de mediación con la remisión del acuerdo logrado, o la noticia de que no se logró.

El Tribunal comunica al Centro Judicial de Mediación, la apertura de la instancia, para que de comienzo al trámite, pero no remite el expediente, ni se despoja de su potestad deber de administrar justicia. De lo que resulta evidente que la mediación en sede judicial, regulada por la Ley 8858 recepta y alienta la voluntariedad, la autocomposición en materia disponible, la comunicación directa en la solución de los conflictos, concediendo un paréntesis dentro del proceso judicial, a la autonomía de la voluntad de sujetos hábiles.

Palabras claves: Mediación; suspensión de los términos; proceso judicial; autocomposición.

* Trabajo presentado al I FORO REGIONAL DE MEDIACIÓN. Catamarca 15 al 17 de junio de 2005. Eje temático: Mediación judicial.

** Titular Cátedra de Teorías del Conflicto y de la Decisión. Métodos de Resolución de Conflictos de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba.

*** Los autores son miembros de la cátedra Teorías del Conflicto y de la Decisión. Métodos de Resolución de conflictos, Plan 2000 de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba.

Introducción

El legislador cordobés del año 2000, privilegia y declara de interés público provincial la utilización, promoción, difusión y desarrollo de la instancia de mediación, para la resolución de conflictos en el artículo primero de la Ley 8858¹.

La apertura de la instancia de Mediación dentro del proceso judicial, en la provincia de Córdoba, a partir de la sanción de la Ley de Mediación² es un acto de decisión judicial de competencia de los jueces de Primera Instancia Civil y Comercial quienes cuentan con facultades de imponer obligatoriamente la instancia a las partes en procesos judiciales sometidos a su jurisdicción, cuando estimare conveniente intentar la solución del conflicto por vía de la mediación³.

Esta atribución del Tribunal, se torna imposición al magistrado, en contiendas que deban sustanciarse por el trámite del juicio declarativo abreviado y ordinario, cuyo monto no supere el equivalente a cinco mil pesos⁴, y en todas las causas donde se solicite el beneficio de litigar sin gastos⁵.

El objetivo de intentar la resolución de los conflictos por la vía del acuerdo de los interesados, sumado a las metas que se ha propuesto la política de reforma y optimización del sistema de administración de justicia en Argentina, desde casi treinta años a la fecha, en esta oportunidad, hace hincapié en el fortalecimiento de la autoridad del Juez en la toma de deci-

¹“Artículo 1º Ley 8858. Institúyese en todo el ámbito de la Provincia de Córdoba y declárase de interés público provincial la utilización, promoción, difusión y desarrollo de la instancia de mediación con carácter voluntario, como método no adversarial de resolución de conflictos, cuyo objeto sea materia disponible por los particulares, que se regirán por las disposiciones de la presente ley.”

² Ley 8858, fue sancionada el 28 de junio de 2000, promulgada el 10 de Julio y publicada el 14 de julio del mismo año. Anales de la Legislación Argentina, TLX D, 2000, p.4727.

³ “Artículo 2º Ley 8858. (modificado por la Ley 9031)Excepcionalmente será de instancia obligatoria en toda contienda judicial civil o comercial en los siguientes casos: ... c) cuando el Juez por la naturaleza del asunto, su complejidad los intereses en juego, estimare conveniente intentar la solución del conflicto por vía de la mediación. ...”

⁴ “Artículo 2º Ley 8858. (modificado por la Ley 9031)Excepcionalmente será de instancia obligatoria en toda contienda judicial civil o comercial en los siguientes casos: a) en contiendas de competencia de los jueces de primera instancia civil y comercial que deban sustanciarse por el trámite del juicio declarativo abreviado y ordinario cuyo monto no supere el equivalente a cinco mil pesos (204 jus);...”

⁵ “Artículo 2º Ley 8858. (modificado por la Ley 9031)Excepcionalmente será de instancia obligatoria en toda contienda judicial civil o comercial en los siguientes casos: ...b)En todas las causas donde se solicite el beneficio de litigar sin gastos;..”.

sión de reunir a las partes para arribar a la solución de las controversias sometidas a su jurisdicción⁶.

Análisis de la naturaleza jurídica de la decisión del Juez del proceso de abrir la instancia de mediación.

Partiendo del tradicional principio de que una vez instada la vía judicial por los ciudadanos, el Tribunal se halla obligado a la resolución de la causa, y de la acendrada cultura jurídica argentina de la jurisdicción y el proceso judicial⁷, corresponde señalar que la decisión del Juez de abrir una instancia para favorecer la solución del conflicto en forma consensuada por los mismos interesados, está prevista en todos los códigos rituales de la República, que tienen normas que atribuyen al Juez en cualquier estado de la causa, la facultad amplia de decretar audiencia extraordinaria para aclarar puntos dudosos o para procurar avenimientos o transacciones⁸.

Señala Cueto Rúa, que a pesar de ello la cultura jurídica de nuestro país, se mantiene presa de la concepción clásica de jurisdicción y proceso judicial, lo que se advierte en que no son muchas las situaciones de la experiencia tribunalicia, en las que las causas hayan sido resultas por transacción⁹.

Las exigencias de cambio y de eficiencia en la administración de justicia, planteadas como respuesta a la crisis actual de los sistemas judiciales en los países del derecho occidental, propician ampliar el horizonte

⁶ CUETO RÚA, Julio César. "Los factores que perturban los afanes por resolver disputas". En *Justicia para todos*. Ariel Buenos Aires. 1999, p. 35

⁷ CUETO RUA, Julio César. Ob.cit. p. 38.

⁸ A propósito, señala Alsina la innegable utilidad de la facultad de conciliación que el derecho procesal reconoce al Juez haciendo posible una rápida solución en los casos sometidos a juicio. Esta vía tiene también la ventaja de aportar alivio a la tarea del juzgador – hoy también a la congestión de los despachos tribunalicios-. La oportunidad de la convocatoria, está librada dice Alsina, al criterio del Juez y las partes no podrán interponer recurso contra el auto que disponga convocarlas. El resultado de la misma queda en manos de los interesados que lograrán o no construir una respuesta concertada a sus litigios. Resalta Alsina la diferencia entre conciliación y transacción, que establece en que las partes se hagan mutuas concesiones "... porque en ese caso, resultará perjudicado el que tenga razón..." y advierte que el Juez debe abstenerse de provocar una transacción, porque cualquier insinuación, podrá operar en contra de una de las partes. Termina indicando que la atribución del Juez es invitar a los litigantes "para que ellos mismos busquen la solución a sus diferencias y evitar con su consejo que la pasión oscurezca sus razonamientos". ALSINA Hugo, *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*. Parte General I. Compañía Argentina de Editores S.R.L. Buenos Aires 1941, p.452.

⁹ CUETO RUA Julio César. Ob. cit. p.38

de la resolución de los conflictos con métodos no adversariales como la negociación, la concertación, la mediación, el arbitraje, etc., que logren satisfacer las expectativas de los justiciables, de modo que el acceso a la Justicia, sea sólo de aquellas causas que lo justifiquen, teniendo en cuenta que debe ser el último recurso para resolver el conflicto¹⁰.

Lynch recuerda que desde la Fundación FORES¹¹, en los años 70, proponía recuperar la eficiencia del sistema de administración de justicia, creando más juzgados y reclamando más presupuestos. Sin embargo advierte, que aquella solución de coyuntura, no era paliativo para las exigencias del extraordinario incremento en el ingreso de expedientes, siempre mayor a los recursos materiales para atenderlos. Para una reforma judicial más estructural y definitiva, la Fundación propuso, con la finalidad de lograr la descongestión de los juzgados, una estrategia en dos planos, en el plano extrajudicial: la introducción de los métodos de resolución alternativa de conflictos, y en el plano judicial, el mejoramiento de los recursos humanos, la incorporación de la justicia inmediata -de menor cuantía-, la flexibilización de los procedimientos, estudios de sincronización, promoción de la conciliación judicial, etc ..

Potestad- deber.

La facultad de citar a las partes en cualquier etapa del proceso a los fines de lograr su advenimiento¹² o de abrir una instancia para la aplicación de los nuevos métodos no adversariales de resolución de conflictos, incorporados en las normas procesales vigentes, vgr. la instancia de la mediación¹³, se encuentran establecidas como atribuciones de decisión del Juez, en forma imperativa¹⁴ o facultativa¹⁵.

¹⁰ LYNCH, Horacio M. "La eficiencia y celeridad en los procedimientos" en *Justicia para todos*. Ariel Buenos Aires. 1999, p.55.

¹¹ Foro de Estudios para la Administración de Justicia, institución creada en 1979 con el objetivo de mejoramiento de la administración de Justicia y de promover la reforma judicial en Argentina LYNCH, H.M. ob. cit. p 54.

¹² Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba. Ley 8465. Anales de la Legislación Argentina T. LVC 1995, p.3922.

"Artículo 58. Audiencia de oficio. En cualquier estado de la causa los tribunales podrán decretar audiencias para aclarar puntos dudosos o procurar avenimientos o transacciones."

¹³ Ley 7676 Anales de la Legislación Argentina T.XLVIII C, 1988, p. 3816, modificada por la Ley 9032 Anales Legislación Argentina T.LXIII-C, 2003, p. 3277. Art.26. Art. 2 ley 8858.

¹⁴ Art. 2 inc. a y b de la Ley 8858.

¹⁵ art. 2 inc. c. Ley 8858

A propósito de la Mediación en sede judicial, la apertura de la vía es un acto jurisdiccional a pedido de partes o de oficio. Al acto de decisión jurisdiccional, deberán someterse obligatoriamente las partes, que aceptarán sin más la instancia en el proceso judicial que llevan adelante, con la única excepción de acreditar haber intentado infructuosamente la resolución del conflicto por la vía de la mediación con anterioridad, por ante Centro de Mediación o mediador habilitados¹⁶.

La instancia de mediación, podrá ser optativa para las partes en el supuesto de la etapa prejurisdiccional establecida en el Fuero de Familia¹⁷, en donde se reconoce a las partes la opción de cumplir la etapa prejurisdiccional ante el Asesor de Familia o en el Centro Judicial de Mediación¹⁸.

La legislación provincial, por una parte mantiene los principios y la tradición jurídica de la doctrina clásica respecto a la jurisdicción y al proceso judicial, otorgando o imponiendo al Juez la potestad de habilitar la instancia en forma obligatoria -inc. a y b art. 2 Ley 8858- o facultativa -inc c del art.2 Ley 8858-, y por otra parte la Ley de Mediación prioriza el acuerdo de voluntades a la decisión judicial.

De modo que se otorga al Juez como titular de la jurisdicción solo la potestad-deber de habilitar la instancia de mediación, y reserva a las partes la facultad de someter o no a mediación el conflicto que los vincula. Solo se llevará a cabo el procedimiento de mediación, si hay acuerdo de voluntades en tal sentido, manteniéndose para cualquiera de los interesados, el poder de declinar la instancia de mediación en cualquier momento. En otras palabras la potestad-deber de habilitar la instancia la detenta el Juez, no obstante las partes conservan la facultad de declinar, una vez abierta, dicha instancia y en tal caso oponerse a someter la cuestión en litigio al procedimiento de mediación.

¹⁶ “Artículo 2º Ley 8858. (modificado por la Ley 9031)Excepcionalmente será de instancia obligatoria en toda contienda judicial civil o comercial en los siguientes casos: ...El intento de solución del conflicto por vía de mediación, realizada en sede extrajudicial a través de un mediador o Centro de Mediación público o privado, debidamente acreditado, eximirá a las partes del proceso de mediación en sede judicial.”

¹⁷ Ley 7676 de la Provincia de Córdoba, modificada por la Ley 9032 Anales Legislación Argentina T.LXIII-C, 2003, p. 3277.

¹⁸ art. 26 Ley 7676 modif. Ley 9032.

Dialógica entre jurisdicción y acción

De lo que se advierte la dialógica, que opera en nuestro sistema jurídico entre los principios de jurisdicción y acción¹⁹.

Las partes como dueñas de los derechos que la legislación les reconoce y acuerda, pueden en materia disponible, ceder, transar o renunciar a los mismos, pudiendo también someter o no su problema judicializado a mediación, como también, desistir o suspender la instancia procesal.

El Juez, en cambio, no delega ni suspende la jurisdicción²⁰ -deber del Estado de declarar y realizar el derecho a los fines de mantener el orden jurídico-, no obstante las partes dueñas de la acción, que es el derecho de los ciudadanos a requerir esa intervención²¹, pueden suspender la instancia del juicio y, o desistir de la acción y, o del derecho incoado.

Si tal es el contexto, resulta de toda lógica, que la potestad-deber del Juez de abrir una instancia –excepcionalmente obligatoria- en el proceso, para que las partes intenten por sí una solución al conflicto, es constitutiva de la jurisdicción.

Si a ello agregamos que tal instancia es para proponer un procedimiento de mediación ante terceras personas –mediadores- sin delegar la facultad del Tribunal de resolver en definitiva, sin remitir los autos, sin desprenderse de los atributos de la jurisdicción; resulta de toda evidencia que se ha abierto un paréntesis²² en el curso del proceso judicial, en el que las partes son convocadas a reasumir el poder de resolver el conflicto, en forma independiente del mismo, que se suspende con esos fines²³.

Paréntesis en el proceso judicial

El paréntesis que encierra el procedimiento de mediación, hace posible que las partes, sus abogados y los mediadores, desarrollen nuevos roles,

¹⁹ ALSINA, H. Ob.cit. p. 540

²⁰ Alsina enseña que la facultad del Estado, de resolver los litigios y de ejecutar las sentencias, que corresponden a la jurisdicción judicial, se constituye con la aptitud de conocer en la cuestión que viene a juzgamiento, la facultad para obligar a las partes a comparecer a juicio, la de emplear la fuerza para el cumplimiento de las medidas ordenadas en el proceso, la facultad de dictar sentencia para poner fin al litigio con efecto definitivo, y el imperio para la ejecución de la decisión. Ob.cit. p. 541.

²¹ Idem. P. 541

²² Paréntesis: Frase que se intercala en un período con sentido independiente del mismo. 2.cada uno de los signos gráficos () entre los cuales se encierran las palabras de un paréntesis.3 fig. interrupción y suspensión. 4. MAT. signo que aísla una expresión algebraica e indica que una operación se aplica a esta expresión por entero. Larousse. Ilustrado. 1998. Diccionario Enciclopédico. Larousse. B.A. 1998

²³ Así lo establece el art. 8 Ley 8858.

acepten nuevas formas, y otro modelo de interacción que a contrario del debate del proceso judicial, es colaborativo y no es adversarial.

La contienda judicial está fundada en la lógica que circula en el sistema legal y está establecida para restaurar el equilibrio que el conflicto de intereses, ha puesto en riesgo. El Juez tiene en sus manos el discernimiento de la verdad en los reclamos encontrados, la atribución de razón y de culpas, luego de un proceso de conocimiento, donde los contendientes demuestran la razonabilidad de sus respectivas posiciones en relación con un parámetro abstracto de valor fundante, que es la norma justa²⁴.

En cambio el procedimiento de mediación hace posible y asegura a los disputantes un procedimiento de comunicación directa, esencialmente voluntario, de transparencia y acceso a los intereses de las partes, que dará una oportunidad a los interesados a resignificar sus perspectivas, ideas y relatos del conflicto y eventualmente a construir una solución que satisfaga sus intereses, ponga fin a la contienda judicial, en un acuerdo de voluntades. Este procedimiento, conducido por mediadores hábiles en técnicas de la interacción y la comunicación humana, y carentes de poder de decisión sobre el contenido de la cuestión, hace posible que cada uno de los intervinientes pueda esclarecer sus intereses y necesidades, valorar sus alternativas en la situación y en conjunto con la otra parte, diseñar a la medida de sus respectivas expectativas un acuerdo mutuamente satisfactorio²⁵.

De modo que en la mediación, no subsisten ni la modalidad ni los objetivos de la interacción adversarial del proceso judicial.

Alcance de la facultad del Juez de abrir la instancia de mediación.

La potestad del Tribunal de someter a mediación la cuestión traída por las partes a su jurisdicción, no implica como tenemos expresado que ha declinado la potestad-deber asignada, sino que el art. 2 de la Ley 8858 le impone esta obligación o le faculta, según el caso.

Cuando el Juez estima, a su sólo criterio, que es conveniente en el caso concreto, intentar una solución del conflicto por la vía de la mediación, por ejemplo cuando por la naturaleza del asunto, la complejidad que encierra, los intereses que se hallan en juego, lo llevan a evaluar que es posible arribar a una solución concertada, la facultad jurisdiccional de abrir

²⁴ GARCIA CIMA DE ESTEVE, Elena. *Un diseño de Mediación. Modelo del Colegio de Escribanos de Córdoba, Argentina*. Alveroni. Ediciones. Córdoba 2001. p.12

²⁵ GARCIA CIMA de ESTEVE E. Ob. cit. p. 14

la instancia le es reconocida con carácter excepcional, atento que las partes han instado y se han sometido voluntariamente, a la autoridad del Tribunal para resolver el litigio de conformidad con las reglas del proceso judicial.

El inc.c del art. 2 de la Ley 8858 señala “.. *Excepcionalmente será de instancia obligatoria en toda contienda judicial civil o comercial en los siguientes casos:...c) cuando el juez por la naturaleza del asunto, su complejidad, los intereses en juego, estimare conveniente intentar la solución del conflicto por la vía de la mediación...*”.

De esta forma tan amplia, el legislador ha acordado al Tribunal la facultad de remitir a mediación conforme su criterio, cualquiera causa sin distinción alguna. Si bien la apertura de la instancia obligatoria de la mediación, en los procesos judiciales, tiene *carácter excepcional*, según lo establece en su enunciado el artículo segundo de la Ley, aplicable en los supuestos de los dos primeros incisos. Este carácter cede ante el reconocimiento que la Ley 8858 dispensa al criterio del Juez, que puede someter obligatoriamente a mediación, causas que no estén ceñidas a la enumeración acotada de los dos primeros incisos de la norma. El inc. c del art. 2 de la Ley 8858, en consecuencia habilita que todas las causas sometidas a la jurisdicción, puedan ser sometidas a la instancia de mediación. Luego tal instancia no sería excepcional, como expresa en su encabezamiento el art. 2, sino que será prerrogativa regular del Tribunal, que puede habilitarla cuando lo “*estimare conveniente*”.

La obligatoriedad, en el análisis que efectuamos, tiene dos aspectos. Uno está referido a la jurisdicción, el Juez está obligado a remitir a mediación las causas que se encuentran incluidas en los inc. a y b del art. 2 de la Ley 8858, pero no las que se encuentran incluidas en el inc. c. Estas últimas han quedado localizadas en el amplio espacio del arbitrio del Juez, escapando de esta forma a la obligatoriedad de remisión.

Otro aspecto referido a la obligatoriedad, es el que comprende en todos los supuestos a las partes, que deben ceder su derecho a elegir voluntariamente la instancia y someterse obligatoriamente a la instancia de mediación aún en contra de su voluntad. Es decir si bien la legislación ampara dentro del procedimiento de la mediación el principio de la autonomía de la voluntad, sin embargo, cuando se trata de contiendas de competencia de los jueces de primera instancia civil y comercial que deban sustanciarse por el trámite del juicio declarativo abreviado y ordinario y cuyo monto no supere el equivalente a cinco mil pesos y en todas las causas donde se solicite el beneficio de litigar sin gastos, el principio no alcanza a la elección de la instancia y cede por excepción a favor de la obligatoriedad impuesta por el

art. 2 en sus dos primeros incisos de la Ley, tanto para el Tribunal, que debe imponer la vía de mediación, como para las partes que deben aceptarla.

Tan obligatoria es esta instancia para las partes, que solo se puede liberar de la misma si acreditan que ya han cumplido anteriormente con el procedimiento de la mediación²⁶.

La ecuación varía en el último supuesto del artículo segundo de la Ley 8858, en el que como hemos señalado, el Tribunal recupera la facultad de decidir a su arbitrio la apertura de la vía de Mediación, subsistiendo en cambio para las partes la obligación de aceptar la derivación²⁷.

Es claro además que las partes conservan su derecho de desistir de la instancia que el Tribunal tiene la potestad-deber de abrir, lo que no implica obligar a las partes a someter el conflicto al procedimiento de la Mediación que puede ser desistido por los interesados en cualquier momento.

A modo de conclusión

La decisión judicial de abrir la instancia de mediación, en los procesos judiciales civiles y comerciales en contiendas que no estén excluidas de este ámbito por el art. 3 de la Ley 8858 de Mediación de la Provincia de Córdoba, es una potestad- deber jurisdiccional indiscutida, para la mejor solución de los conflictos judicializados.

La atribución del Tribunal, se torna imposición para el magistrado solamente, en contiendas de competencia de los jueces de primera instancia civil y comercial que deban sustanciarse por el trámite del juicio declarativo abreviado y ordinario cuyo monto no supere el equivalente a cinco mil pesos y en todas las causas donde se solicite el beneficio de litigar sin gastos.

La naturaleza jurídica de la decisión de remitir la causa a mediación, es la de potestad-deber que integra la función jurisdiccional, destinada a brindar una oportunidad, fundada en el reconocimiento del valor de la autonomía de la voluntad y en el poder de los sujetos de lograr acuerdos que den solución al conflicto.

La facultad jurisdiccional de alentar la solución concertada por las partes en el litigio, con la amplitud reconocida por el inc. c del artículo

²⁶ art. 2 in fine de la Ley 8858.

²⁷ “Artículo 20. Ley 8858. Si no puede llevarse a cabo la mediación por la incomparecencia injustificada de alguna de las partes, se impondrá a favor del Centro Judicial de Mediación una multa cuyo monto será equivalente al valor de dos (2) audiencias.”

segundo de la Ley 8858, es un recurso inestimable para descongestionar los despachos judiciales, para dar una mejor solución a los conflictos en términos de costos y beneficios, para una mayor satisfacción a los intereses de las partes.

Bibliografía

- ALSINA Hugo, *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*. Parte General I. Compañía Argentina de Editores S.R.L. Buenos Aires 1941.
- CUETO RÚA Julio César. “Los factores que perturban los afanes por resolver disputas”. En *Justicia para todos*. Ariel Buenos Aires. 1999.
- ENTELMAN, Remo. *Teoría de Conflictos*. Gedisa Ed. Barcelona 2002.
- GARCIA CIMA de ESTEVE, Elena. *Un diseño de Mediación. Modelo del Colegio de Escribanos de Córdoba, Argentina*. Alveroni. Ediciones. Córdoba 2001.
- LYNCH, Horacio M. “La eficiencia y celeridad en los procedimientos” en *Justicia para todos*. Ariel Buenos Aires. 1999.

MARCO LEGISLATIVO Y POLÍTICAS SANITARIAS ANTE LA ESTERILIDAD

*por Dra. Nora Lloveras**, *Ab. Olga Orlandi***, *Ab. Fabián Faraoni****,
*Ab. Gabriel Tavip*****, *Ab. Susana N. Verplaetse******, *Lic. Valeria
Durán******.

Resumen: La investigación comprende el marco legislativo y las políticas públicas en torno a la salud reproductiva de las personas ante la esterilidad. Aborda una visión desde la óptica médica, legislativa y su concreción en la praxis médica habitual, bajo la concepción que la misma atañe a un derecho personalísimo, fundamental, de raigambre constitucional. Se culmina con la expresión de propuestas de acciones concretas que devienen necesarias para fortalecer las políticas públicas sanitarias a los fines de otorgar efectividad al “derecho a procrear ante la esterilidad”.

Palabra clave: derecho y esterilidad

* 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.

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

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

****Auxiliar de Derecho Civil V y Derecho Privado I. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Investigador de la SECyT

*****Adscripto de Derecho Privado VI. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Investigadora de la SECyT

***** Lic. En Psicología. Tarea interdisciplinaria de la Cátedra de Derecho Privado VI. UNC.

1. Los derechos humanos y la salud reproductiva. El derecho a procrear.

La doctrina jurídica argentina reconoce el derecho a fundar una familia considerándolo un “derecho humano” que cuenta con reconocimiento constitucional expreso por su integración en el orden jurídico nacional mediante el reconocimiento de tratados y convenciones internacionales. (art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional). En el aspecto que nos ocupa, son aplicables por integrar el sistema legal argentino: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Americana de los Derechos Humanos, la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención de Derechos del Niño.

Los **derechos humanos** son aquellos que tienen todas las personas como hombres a vivir en libertad y dignidad. Crean un profundo compromiso a que se garantice que todos puedan disfrutar de los bienes y libertades para una vida digna.

Entre ellos el “**derecho a la salud reproductiva**”, es comprensivo del “**derecho a procrear**” y se realiza cuando hay mecanismos sociales suficientes para protegerlos. Este derecho presenta componentes positivos y negativos. Abarca la obligación del Estado de adaptar la **legislación** e implementar **políticas públicas** que apunten a su efectiva realización y en la imposibilidad de negar a la población el acceso a los medios terapéuticos.

El “**derecho a procrear**” es antropológicamente una necesidad vital del ser humano. Es un **derecho personalísimo**, inherente a la persona humana, derecho que, por otra parte debe – en su caso - constituirse como confluencia de voluntades de la pareja, y no al determinismo unilateral de uno de los integrantes. Este derecho implica siempre tener en cuenta el derecho del hijo a su identidad, alimentos, educación y pertenencia a una familia.

La **procreación es un acto individual y social**, el más importante y grandioso de la humanidad en donde se conjuga y armoniza el juego de instinto, afecto y racionalidad. Por eso, si bien ejercer el derecho a la procreación implica el ejercicio de un derecho humano y debe encauzarse en un ámbito de libertad, debe ser siempre fundado en una “**voluntad procreacional responsable**”. El derecho a la procreación debe ser ejercido respetando: el derecho del concebido a nacer; los intereses superiores del niño; el derecho de todo niño de tener un padre, una madre, una vida familiar normal y el respeto al patrimonio genético de la humanidad.

Reconocer el derecho a la procreación como un derecho humano ante el problema de la esterilidad de la pareja, implica implementar las acciones concretas para su ejercicio como medio de realización de la persona y de la pareja, constituyendo de este modo una estrategia de desarrollo.

En concreto, analizaremos si el derecho a procrear ante la esterilidad está tutelado legalmente y si en la práctica existen programas de información, prevención o abordaje terapéutico sobre el tema que nos ocupa.

2. La salud reproductiva y el problema de la esterilidad – infertilidad.

La **salud reproductiva es un derecho**; ha sido definida como el estado de completo bienestar físico, psíquico y social y no meramente la ausencia de enfermedad en todo aquello relacionado con el sistema reproductivo, sus funciones y procesos. Tiene como contenido esencial tres elementos distintivos pero complementarios: **información, prevención y planificación**¹.

La salud reproductiva implica que las personas que la ejerzan sean capaces de tener una vida sexual segura y libre, para decidir cuándo están capacitados para ejercerla. En esta última queda implícito, el derecho de los hombres y mujeres de ser informados, tener acceso directo a métodos de planificación familiar de su elección, seguros, efectivos, alcanzables y aceptables, así como otros métodos de control de su fertilidad que sean de su elección y que no estén en contra de las leyes. También comprende el derecho de acceder a servicios de cuidado de salud apropiados, que permitan a la mujer atravesar su gestación y parto de forma segura, dando a las parejas la oportunidad de tener un niño saludable.

Los miembros de la pareja se aceptan recíprocamente para compartir la vida juntos, y en la mayoría de los casos para transmitirla a sus descendientes. Existe en los seres humanos, la fantasía de lograr trascender a través de los hijos, que lleva implícito también, el deseo de servir como instrumento para lograr que el otro miembro de la pareja también trascienda. Es así como el producto de la unión de dos personas, es la suma de las aportaciones genéticas y una ilusión compartida. Pero muchas veces la naturaleza niega el privilegio de tener un hijo. Es allí donde se debe de afrontar el problema con la utilización de los avances científicos en la materia.

¹ GIL DOMÍNGUEZ, Andrés; *Ley Nacional de salud sexual y procreación responsable, Ley 25673, doctrina jurisprudencia y legislación*. Buenos Aires, Ad-Hoc. 2003. p. 23.

Partimos de la base, que toda situación que involucre al ser humano debe ser considerada **multidisciplinariamente**. Es por eso que abordamos el problema de la esterilidad / infertilidad desde el **plano médico- psicológico** con sus implicancias sociales y desde un **enfoque legal**, con el estudio de leyes y políticas públicas necesarias para elaborar pautas dentro de los planes de salud reproductiva.

2.1. Abordaje médico científico.

a) Proceso reproductivo: en el **proceso reproductivo normal**, el nuevo ser es el fruto de la unión de la célula germinal masculina (el **espermatozoide**) con la célula germinal femenina (el **ovocito u óvulo**). Las células germinales - **gametos**- se producen en las **gónadas** (masculinas: testículos y femeninas: ovarios).

La **fertilización**, es la unión del espermatozoide con el óvulo². En cada ciclo ovulatorio una pareja normal tiene un 25% de chance de embarazarse, esto se conoce como **tasa de fertilidad**. Cuando existe un problema reproductivo en uno o en ambos miembros de la pareja, esta tasa de fertilidad disminuye en forma proporcional a la gravedad del problema. La falla de este proceso se denomina **esterilidad/ infertilidad**.

b) La esterilidad y la infertilidad.

La **esterilidad** se define como la ausencia de concepción luego de un año de relaciones sexuales sin protección. La **infertilidad** es sinónimo de aborto habitual o aborto recurrente y está constituida por el antecedente de tres o más abortos de menos de 20 semanas de gestación, espontáneos o consecutivos.

Un tercio de las causas de infertilidad en la pareja son por factores femeninos, un tercio debido a factores masculinos y un tercio a ambos incluyendo la esterilidad sin causa aparente (ESCA)

c) Causas de infertilidad/ esterilidad.

Existen causas **femeninas**: factores psicológicos, factor cervical, factor uterino, factor tubo-peritoneal, factor ovárico, factor

² Después del acto sexual, los espermatozoides depositados en la vagina, ascienden hacia el cuello uterino y se ponen en contacto con las secreciones de la mujer que allí se producen. Se realiza la capacitación espermática y los espermatozoides suben de la cavidad uterina y se distribuyen en las dos trompas uterinas. En la ampolla tubárica cercana al ovario, debe encontrarse el óvulo con el espermatozoide produciéndose la fertilización.

inmunitario. Las **causas masculinas** se originan en trastornos congénitos-genéticos y adquiridos. Entre las denominadas **causas mixtas** resaltamos los factores generales como la obesidad, la anorexia nerviosa, enfermedades infecciosas graves, alteraciones tiroideas, suprarrenales, tumores y alteraciones del eje hipotálamo-hipofisiario-gonadal; y **la (ESCA) esterilidad sin causa aparente**

d) Diagnóstico de la pareja estéril: la breve síntesis del proceso de diagnóstico y tipos de tratamientos que realizamos a continuación tiene como objeto dejar en claro, desde el punto de vista médico – psicológico, cuáles son las prácticas necesarias para superar el problema y así ejercer el derecho a procrear.

La mayoría de las parejas que ejercitan la sexualidad en forma normal logran un embarazo dentro del primer año (**80%**) y otras en el segundo año (**5%**). Por este motivo, suele recomendarse no hacer estudios ni tratamientos específicos al respecto antes del año de relaciones sexuales no protegidas.

El estudio de la esterilidad debe ser enfocado como un problema de pareja, lo que exige una historia clínica de ambos y la evaluación de cada uno de los factores, entendiéndose como tal, la investigación de las diferentes áreas del proceso de reproducción.

e) Tratamiento de la pareja estéril: debe realizarse luego de una evaluación completa de cada uno de los factores, que permita un conocimiento acertado de la etiología y la causa de la esterilidad. El diagnóstico adecuado implica un esfuerzo **multidisciplinario** sustentado por pruebas complementarias y acompañado por **terapia psicológica**³, que genere un ambiente de confianza para la expresión y reflexión de las dificultades

³ Por ello es imprescindible que la pareja que se somete a la fertilización asistida reciba apoyo terapéutico para concientizar el porqué de la aceptación de la maternidad/paternidad en esos términos, único modo de resolver la ambivalencia y el sentimiento de discapacidad que la esterilidad les genera, para poder ubicarse como padres que por elección deciden tener un hijo que determina su felicidad y la del niño, pensando en los derechos de ambos.

Si la esterilidad es compartida ambos cargan con la culpa, y si solo uno es estéril, carga con la culpa por la discapacidad y es depositario de la agresión del cónyuge fértil quien se esteriliza emocionalmente a partir del otro, y a la vez puede sentirse culpable por ser sano, reprimiendo la agresión y la frustración, sosteniendo la pareja y negando el deseo de ser padre o madre. Se genera un deterioro intrapsíquico, deterioro de la identidad a través de una gran disminución de la autoestima y de cambios negativos en la autoimagen. Las alteraciones emocionales más frecuentes son trastornos adaptativos, del estado de ánimo y trastornos por estrés.

emocionales del individuo y la pareja, producto de las dificultades reproductivas.

Realizado el diagnóstico, se aplicará el recurso terapéutico específico para cada factor y en caso de no conseguir resultados, se pueden sugerir las técnicas de reproducción asistida.

f) Técnicas de fertilización asistida: ante el problema de la esterilidad, la ciencia aporta técnicas de fertilización asistida de mediana y alta complejidad que requiere de instituciones sanitarias con infraestructura y personal especializado.

Es de destacar que estos procesos son difíciles para afrontar por la pareja especialmente por razones psicológicas y en nuestro país por el alto costo de las prestaciones que no cubren las obras sociales, ni medicina prepaga, sumado a la falta de infraestructura en el sector público.

La fertilización asistida ha creado conflictos éticos y jurídicos que son objeto de gran preocupación y debate tanto para la bioética como para el derecho y otras disciplinas.

La República Argentina carece de una legislación que regule dichas prácticas y de normas de control sobre los profesionales y entidades en donde se practican. Creemos que aún no se ha llegado a una síntesis que plasme en una regulación legal debido a que en concreto afecta a un número limitado de personas, es decir a aquellas que no están en condiciones económicas, físicas y psíquicas de afrontar los costos que tales formas de generación ocasionan.

2.2. Análisis legislativo: Leyes de salud reproductiva y derecho a procrear.

Su análisis comprende las leyes vigentes en materia de salud reproductiva y obras sociales a nivel nacional.⁴ También corresponde el

⁴ **1) Ley Nacional N° 25.673:** Sanción: 30/10/2002 - Promulgación: 21/11/2002 - Publicación: B.O. 22/11/2002 Objetivos: a) Crear el Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable en el ámbito del Ministerio de Salud . b) Alcanzar para la población un elevado nivel de salud sexual y procreación responsable con el fin de que pueda adoptar decisiones libres de discriminación, coacciones o violencia . c) Disminuir la morbimortalidad materno-infantil. d) Prevenir embarazos no deseados. e) Promover la salud sexual de los adolescentes. f) Contribuir a la prevención y detección precoces de enfermedades de transmisión sexual, de VHI/SIDA y patologías genital y mamarias. g) Garantizar a toda la población el acceso a la información, orientación, métodos y prestaciones de servicios referidos a la salud sexual y procreación responsable. h) Potenciar la participación femenina en la toma de decisiones relativas a la salud sexual y procreación responsable.

análisis de la legislación de la provincia de Córdoba⁵ a efectos en referencia al tema.

2) Decreto nacional N° 1282 Fecha: 23/05/2003 - Publicación: B.O. 26/05/2003. Aprueba la reglamentación de la Ley N° 25.673, facultando al Ministerio de Salud para dictar las normas complementarias interpretativas y aclaratorias que fueran menester para la aplicación de dicha reglamentación.-

3) Ley Nacional N° 25.929 Sancionada: 25/08/2004 - Promulgada: 17/09/2004. Establece que las obras sociales regidas por leyes nacionales y las entidades de medicina prepaga deberán brindar obligatoriamente determinadas prestaciones relacionadas con el embarazo, el trabajo de parto, el parto y el postparto, incorporándose las mismas al Programa Médico obligatorio, y acerca de los derechos de los padres y de la persona recién nacida.

4) Ley Nacional N° 23.660 (Régimen para las Obras Sociales) Publicada: 20/01/1989. Comprende el régimen de funcionamiento de las obras sociales.

5) Ley Nacional N° 23.661 (Sistema Nacional del Seguro de Salud) - Publicada: 20/01/1989 Crea el Sistema Nacional del Seguro de Salud con los alcances de un seguro social y a los efectos de procurar el pleno goce del derecho a la salud para todos los habitantes del país sin discriminación social, económica, cultural o geográfica.

Fija como objetivo del seguro proveer al otorgamiento de prestaciones de salud igualitarias, integrales y humanizadas, tendientes a la promoción, protección, recuperación y rehabilitación de la salud, que respondan al mejor nivel de calidad disponible.

6) Decreto Nacional N° 492/95 - Publicado: 26/09/1995 – Establece el programa “PROGRAMA MEDICO OBLIGATORIO (PMO)”.

7) Resolución General Nacional N° 247-MSAS - Publicada: 29/05/1996. Aprueba el Programa Médico Obligatorio con la siguiente cobertura: a) Atención primaria: debe contemplar los programas generales de promoción y prevención (plan materno-infantil, enfermedades oncológicas, odontología preventiva). b) Atención secundaria: cubre todas las modalidades de recuperación de la salud en el paciente ambulatorio o internado.

⁵ **1) Ley de la Provincia de Córdoba N° 8535 (año 1996)** Crea en el ámbito del Ministerio de Salud y Seguridad Social de la Provincia de Córdoba, el Programa de Salud Reproductiva y Sexualidad, con el propósito de permitir a las personas la libre y responsable decisión acerca del número y espaciamiento de sus hijos (art. 1). Presenta objetivos similares a la legislación nacional supra analizada, y fue vetada en su mayor parte por el Decreto 892/96. Derogada por Ley Provincial N° 9073. **2) Ley de la Provincia de Córdoba N° 9073** Sanción: 18/12/2002 - Promulgación:06/01/2003 - Publicación: B.O. 13/01/2003. Crea en el ámbito del Ministerio de Salud de la Provincia de Córdoba, el Programa de Maternidad y Paternidad Responsables. Sus objetivos fundamentales: contribuir a la prevención y promoción de la salud, disminuir la mortalidad materno infantil y garantizar a las personas la decisión de sus pautas procreativas en forma libre y responsable. Prevé la capacitación de los profesionales de la salud en técnicas relacionadas con procreación y sexualidad, la realización de campañas de difusión sobre temas relacionados con maternidad y paternidad responsables, etc..Reitera iguales conceptos a la Ley N° 25.673 respecto de la prescripción de anticonceptivos. **3) Ley de la Provincia de Córdoba N° 9099.** Sanción: 19/03/2003 - Promulgación: 24/03/2003 - Publicación: B.O. 28/03/2003. Incorpora el art. 12 al texto de la Ley Provincial N° 9073, por el cual la Provincia adhiere a la Ley Nacional N° 25.763 en todo lo no legislado.

Como síntesis del análisis del marco legislativo propuesto, podemos afirmar que los objetivos normativos están dirigidos a la protección integral de la persona en todo lo atinente a la salud sexual, pero el interés primordial subyace en la procreación, prevención y detección precoz de ciertas enfermedades de transmisión sexual, VIH/SIDA y patologías genitales y mamarias, **sin contemplar expresamente la problemática de la esterilidad.**

No obstante ello, y en atención a la finalidad genérica del cuerpo normativo general emergente de la Ley N° 25.673 -al cual la Provincia de Córdoba ha prestado adhesión-, no podemos soslayar en su consideración que el abordaje de dicho problema encuentra adecuado **encuadre en las previsiones del art. 2 inc. g)**, en cuanto el mismo garantiza a toda la población no sólo el acceso a la información sino también a los métodos y prestaciones de servicios referidos a la salud sexual (dentro de los cuales tiene cabida la esterilidad como enfermedad de origen sexual), máxime si se toma en consideración la prohibición de discriminación contenida en su art. 3, por la cual ninguna persona podrá ser privada del pleno goce de su derecho a la salud reproductiva.

Del análisis legal, compartiendo la expresada concepción amplia de la literalidad legisferante, el problema indudablemente radica en **la ausencia de implementación de acciones positivas** en ese sentido, a los fines de ampliar el espectro de la normativa vigente mediante la **reglamentación e incorporación de políticas públicas** tendientes a la contemplación de la temática de la esterilidad de la pareja, como modo de salvaguardar acabadamente el mentado derecho a la reproducción y salud sexual de raigambre constitucional. Tal aseveración, encuentra sustento en que los derechos legislativamente reconocidos en el marco analizado requieren necesariamente contar con la participación activa de los poderes públicos del ámbito nacional, provincial y municipal, en tanto el concepto global de la preservación de la salud genera obligaciones positivas de dar y hacer lo necesario para su protección y no simplemente de abstencionismo estatal.-

2.3. Políticas públicas sanitarias y el derecho a procrear.

Evaluación.

Describiremos el resultado de las observaciones realizadas, tendientes a establecer la efectividad, en concreto, de las políticas públicas en relación al problema de la infertilidad – esterilidad.

a) Aspectos observados en el trabajo de campo: educación médico sanitaria; medidas de acción preventiva; formación de recursos huma-

nos; aplicación de técnicas de reproducción asistida; asignación de recursos que aseguren el tratamiento de la esterilidad y sistemas de información.

b) Las unidades de análisis comprendieron: el sector público, sector privado, y cobertura de obras sociales y medicina prepaga en la ciudad de Córdoba y centros de relevamiento de datos. La metodología utilizada: relevamiento de datos y encuestas.

b.1. Relevamiento de datos:

- **Variaciones de la cobertura de salud según los censos nacionales de población y vivienda 1991 y 2001**⁶. En el Censo Nacional de Población y Vivienda de 1991 se incluyó la pregunta sobre Cobertura de Salud, entendiéndose la misma como si “está asociado a obra social”, “plan médico privado o mutual” o “ambas” alternativas. Se identificó que un 36,9 % de la población no tenía cobertura de ningún tipo. En Córdoba el Censo 1991 señala un 37,8% sin cobertura y el Censo 2001 - el 45,8% sin cobertura de salud.

La falta de cobertura médica en gran parte de la población, unido a la situación económica y los altos costos de los tratamientos de esterilidad marcan la magnitud del problema.

- **Establecimientos de salud.** Se indagó la información secundaria disponible en el Nivel Nacional del **Programa Nacional de Estadísticas de Salud (Dirección de Estadística e Información de Salud)**. Esta entidad no posee estadísticas del tema investigado. La oficina provincial de **Estadísticas de salud** de Córdoba no posee registros de casos en la Provincia de Córdoba. Sólo registra, sin efectuar seguimiento, los casos de esterilidad consultados en los establecimientos públicos provinciales.

La **Sociedad Argentina de Esterilidad e Infertilidad** – (www.saef.org.ar), posee y publica un registro de Centros Acreditados en medicina reproductiva. Esta Asociación publica, además, una nómina de **Títulos de Especialistas en Medicina Reproductiva**

- **En la ciudad de Córdoba:** no existen, a nivel oficial en la ciudad de Córdoba, centros que aborden tratamientos de alta complejidad en el problema de la esterilidad. Hay dos establecimientos privados donde se implementan tratamientos de alta complejidad.

⁶ www.indec.mecon.gov.ar Fuentes: 1991 INDEC, Censo Nacional de Población y Vivienda. 1991. Procesamientos Especiales de la Dirección de Estadísticas Sectoriales. 2001 INDEC, Censo Nacional de Población y Vivienda. 2001 Resultados por provincia. Temas seleccionados

b.2. Encuestas y entrevistas.

Se realizaron encuestas a profesionales médicos y genetistas, de instituciones públicas y privadas que realizan prácticas en materia de salud reproductiva⁷. Se centró el estudio en entidades especializadas en la materia a través de una encuesta de tipo cualitativa dirigida a los principales referentes en la materia acerca del tema en estudio. El universo de estudio abarcó, dentro de los **centros de atención privados**, aquellos especializados en la materia de fertilidad, en los que se concretan prácticas de alta complejidad en la materia e **instituciones públicas** que cuentan con prestaciones en relación a temas de reproducción. La encuesta fue estructurada en cuatro módulos cuya síntesis expresamos:

- **Instituciones – prestaciones:** tanto las instituciones públicas como privadas cuentan con atención especializada en materia de salud reproductiva y esterilidad masculina y femenina. Existen diferencias en relación al tipo de prestaciones, ya que en las instituciones públicas se concretan tareas de diagnóstico y tratamientos básicos de mediana complejidad⁸, mientras que en los centros privados seleccionados, se concretan además prácticas de alta complejidad⁹.

- Problemas detectados en torno al tratamiento

- Existe coincidencia en que la principal **causa** que impide buscar soluciones o realizar tratamientos es la **económica**. Se pone de relieve la **falta de cobertura de las obras sociales** para los problemas que requieren mayor complejidad de prestaciones.

- Se señala los **elevados costos** de los tratamientos, especialmente en las técnicas de reproducción asistida¹⁰ y en que hay una **escasa asignación de recursos** desde las políticas públicas para lograr soluciones al problema y una **insignificante cobertura por parte de las obras sociales**.

- Valoración de la práctica sanitaria

⁷ Se entrevistaron a referentes de las siguientes instituciones privadas especialistas de problemas de fertilidad y reproducción asistida: IMGO, CIGOR, Servicio de Ginecología y Obstetricia del Hospital Allende y del Hospital Privado de Córdoba. Se entrevistaron además a profesionales de la Maternidad Nacional y Provincial.

⁸ Se practican algunas intervenciones quirúrgicas o inducciones de ovulación.

⁹ Entre las prácticas que se desarrollan encontramos la fertilización in vitro (FIV), la transferencia embrionaria, inyección intra-citoplasmática de espermatozoides, transferencia intratubárica de gametos (GIFT), entre otras.

¹⁰ En los centros privados informaron que una práctica de fertilización puede tener un costo de hasta ocho mil pesos, (a mediados de 2004), de acuerdo a la complejidad de la prestación.

- **Medidas preventivas** en relación a los problemas de la esterilidad: desde el sector público se dijo que son escasas y que **no existe una educación médico-sanitaria** en relación a esta temática.

- Los profesionales de los centros privados manifestaron que **no existe en Córdoba centros de formación especializadas en la materia.**

- En relación a las **técnicas de procreación asistida:** existe una coincidencia general en la necesidad de regulación legal que contemple todos los aspectos de la materia.

- Se valoraron en orden de importancia los principales problemas que se presentan en la implementación de las técnicas de reproducción asistida: 1) **“falta de recursos económicos”**; 2) **falta de cobertura de las obras sociales**; 3) **falta de apoyo de las políticas públicas**; 4) **falta de regulación legal.**

- Necesidad de realizar un control de los centros que realizan prácticas de reproducción asistida: se considera necesario, se discrepa en quién debe realizar el contralor.

- Acciones Sanitarias – políticas públicas preventivas - que deberían implementarse en relación al problema de esterilidad: se destaca en especial el desarrollo de acciones preventivas, la asignación de recursos y propiciar una legislación adecuada que contemple los distintos aspectos de la problemática.

d. Resultados: fortalezas y falencias.

- Se observa la ausencia de implementación de acciones positivas a los fines de ampliar el espectro de la normativa vigente mediante la reglamentación e incorporación de **políticas públicas** tendientes a la contemplación de la temática de la esterilidad de la pareja, como modo de salvaguardar acabadamente el mentado derecho a la reproducción y salud sexual de raigambre constitucional.

- Son escasas las entidades oficiales que se especializan en el tratamiento de la esterilidad/ infertilidad y que cuentan con recursos para que su tarea sea realmente efectiva.

- Los seguros de salud y las obras sociales públicas y privadas no cubren los tratamientos específicos de alta complejidad

- Existen Centros de Salud privados que cuentan con avances técnicos para afrontar tratamientos de alta complejidad, pero los mismos resultan discriminatorios en razón a sus costos.

3. CONCLUSIONES

Hemos arribado a las siguientes conclusiones que apuntamos.

a - Enfoque multidisciplinario: el estudio de la esterilidad debe ser enfocado como un problema de pareja, lo que exige una historia clínica de ambos y la evaluación de cada uno de los factores, entendiéndose como tal la investigación de las diferentes áreas del proceso de reproducción mediante las técnicas complementarias necesarias. El diagnóstico y tratamiento adecuado, implica un esfuerzo **multidisciplinario**.

b - Dificultades para ejercer el derecho a procrear.

b.1 - Del análisis del marco legislativo concluimos que los objetivos normativos están dirigidos a la protección integral de la persona en todo lo atinente a la salud sexual, pero el interés primordial subyace en la procreación, prevención y detección precoz de ciertas enfermedades de transmisión sexual, VIH/SIDA y patologías genitales y mamarias, sin contemplar expresamente la problemática de la esterilidad.

b.2 - Se observa falta de implementación de acciones positivas a los fines de ampliar el espectro de la normativa vigente mediante la reglamentación e incorporación por el Estado de **políticas públicas** tendientes a contemplar la temática de la esterilidad de la pareja, como modo de salvaguardar acabadamente el derecho a la reproducción y salud sexual de raigambre constitucional.

b.3 - Las entidades oficiales que se especializan en el tratamiento de la esterilidad/ infertilidad son escasas y no cuentan con recursos suficientes.

b.4 - Los seguros de salud y las obras sociales públicas y privadas no cubren los tratamientos específicos de alta complejidad.

b.5 - Existen Centros de Salud privados que cuentan con avances técnicos para afrontar tratamientos de alta complejidad, pero resultan discriminatorios en razón de sus costos.

c - La reproducción asistida: carencia de regulación legal. Las ciencias médicas han incorporado una serie de prácticas, métodos de reproducción asistida, tendientes a superar el problema de esterilidad/ infertilidad. La fertilización asistida ha creado conflictos éticos y jurídicos que son objeto de gran preocupación y debate tanto para la bioética como para el derecho y otras disciplinas.

Nuestro país carece de una legislación que regule dichas prácticas, de normas de control sobre los profesionales y entidades en donde se practican y no se provee de recursos económicos para afrontar los tratamientos que tampoco la ley determina que sean cubiertos por las obras sociales y medicina prepaga.

4. Acciones a implementar para lograr la efectividad del “derecho a procrear” ante la esterilidad.

4.1. Deben delinarse **estrategias para el ejercicio del derecho a procrear** como parte de los derechos humanos.

4.2. El Estado debe garantizar efectivamente el ejercicio del derecho a la procreación. Para ello debe asegurar la igualdad de oportunidades para acceder a los medios que la posibiliten, mediante la implementación de acciones positivas. Incurriría en una verdadera omisión si así no lo hiciera por existir una franca contradicción con los mandatos derivados de la normativa suprallegal incorporada al orden jurídico por los tratados internacionales, las declaraciones contenidas en la Constitución Nacional, y la legislación vigente.

4.3. En relación a la esterilidad, los planes de “salud reproductiva” o su reglamentación deben contemplarse los siguientes aspectos: **a) Educación médico-sanitaria** (capacitación de los agentes de salud para informar, educar y asesorar en temas de infertilidad y esterilidad); **b) Medidas de acción preventiva** (organizar campañas de publicidad para la prevención y tratamiento de los factores causales de la esterilidad); **c) Formación de recursos humanos** (capacitación profesional en todos los centros de salud, en los diferentes niveles de complejidad que requiera el abordaje interdisciplinario del problema esterilidad); **d) Legislar a cerca de las técnicas de reproducción asistida** (establecer los límites que deben regularse en las prácticas de procreación asistida y asegurar la igualdad de condiciones para el acceso a ellas); **e) Asignación de recursos que aseguren el tratamiento de la esterilidad** (ponderar y asignar recursos para el cumplimiento de los planes de salud reproductiva en especial para el tratamiento de la infertilidad / esterilidad, asegurando la equidad en el acceso a los mismos); **f) Sistemas de información**: seguimiento estadístico de la implementación de los planes de salud que permitan la evaluación y retroalimentación de las medidas de acción concretas.

De lo investigado podemos concluir afirmando que existe la necesidad de proyectar medidas de acciones positivas que permitan ejercer plenamente el derecho humano a procrear.

BIBLIOGRAFÍA

- *ANDORNO, Roberto; ARIAS DE RONCHIETTO, Catalina; CHIESA, Pedro J. M.; *El derecho frente a la procreación artificial*. Ed. Abaco de Rodolfo Desalma. Buenos Aires 1997. -
- * BANCHIO, Enrique C., “Status jurídico del nasciturus en la procreación asistida”. *Revista La Ley*, T. 1991-B, Sección doctrina.

- * BIDART CAMPOS, Germán, “Familia y Derechos Humanos”, en Kemelmajer de Carlucci, Aída (comp.), *El derecho de familia y nuevos paradigmas*, tomo 1, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1998; *El panorama de los derechos humanos a fin de siglo*, Revista Jurisprudencia Argentina, Edición especial por los 80 aniversarios, p. 97, 1998. *Las transformaciones constitucionales en la posmodernidad*, Ediar, Buenos Aires, 1999.
- * BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. *Aspectos éticos-jurídicos de la procreación artificial*. Revista jurídica La Ley, 12-08-97. Buenos Aires, Argentina.
- * CHECA, Susana –compiladora-, *Género, sexualidad y derechos reproductivos en la adolescencia*, Paidós-Trama Social, 2003
- * GIBERTI, Eva; BARROS, Gloria; PACHUK, Carlos. *Los hijos de la fertilización asistida*. Editorial Sudamérica.2001.
- * GIL DOMÍNGUEZ, Andrés; *Ley Nacional de salud sexual y procreación responsable, Ley 25673, doctrina jurisprudencia y legislación*. Buenos Aires, Ad-Hoc. 2003.
- * LEVY, Lea, WAGMAISTER, Adriana e IÑIGO, Delia. *Algunas reflexiones sobre la reproducción humana asistida. Esquema comparativo de tres legislaciones*. Revista jurídica La Ley, T 1991-B, Sección Doctrina, Buenos Aires, Argentina.
- * LOYARTE, Dolores y ROTONDA, Adriana. *Procreación humana artificial: un desafío bioético*. Ed. Depalma. Buenos Aires, 1995.
- * MANILI, Pablo Luis, *El bloque de constitucionalidad – La recepción del Derecho internacional de los derechos humanos en el Derecho Constitucional Argentino*. La ley. Buenos Aires 2003.
- * MACKINSON, Gladis (directora)- FARINATI, Alicia, (coord.), “*alud, derecho y equidad. Principios constitucionales. Políticas de salud. Bioética. Alimentos y desarrollo*”. Bs As. Ad. Hoc.
- * SAMBRIZI, Eduardo A., *La filiación en la procreación asistida*. El Derecho. Bs As. 2004.
- * TINAT, Eduardo Luis, *Antología para una bioética jurídica*. La ley. Buenos Aires 2004.
- * WAINERMAN, Catalina (compiladora), *Familia trabajo y género. Un mundo de nuevas relaciones*. UNICEF. Fondo de Cultura Económica. Bs As. 2003.

REFLEXIONES Y APORTES PARA LA CONSTRUCCIÓN DE TEORIA EN DERECHO AMBIENTAL.

*por Marta S. Juliá**

Sumario: El presente artículo plantea la necesidad de reflexionar y aportar a la construcción de una perspectiva ambiental desde el derecho. Se describe en las distintas ramas del derecho, por una parte, aspectos de la historia en la resolución de los problemas ambientales y por otra parte, en el Estado el rol desempeñado en la formulación y desarrollo de los marcos normativos ambientales actuales. Desde la situación descripta se formulan algunos aportes y la necesidad de ampliar la convocatoria hacia la construcción de un espacio en el derecho para el saber jurídico ambiental.

Palabras claves: derecho ambiental- teoría en derecho ambiental.

1. Introducción

Quiénes trabajan en derecho ambiental se enfrentan a la necesidad de construir teoría ya que esta rama del derecho o esta perspectiva jurídica, de acuerdo a la ubicación que tomemos frente a ella, es nueva, y si bien, existen algunas formulaciones teóricas, no se ha construido una teoría consolidada, discutida e instalada en el ámbito jurídico.

Los distintos autores han ensayado definiciones acerca del alcance y significado del derecho ambiental. Se escribe sobre las manifestaciones del derecho en los distintos sistemas jurídicos y se reconoce su existencia y la novedad de su estudio, investigación y conocimiento.

El derecho observa los problemas ambientales a partir de numerosos supuestos que provienen de otras disciplinas como la biología, la ecología,

* Abogada. Investigadora por Concurso del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la U.N.C. Doctorando, ex Becaria de CONICET. Miembro de equipos de investigación.

la geología, etc. Las distintas disciplinas ven en las normas, en la legislación, en la gestión vías para abordar y dar respuestas a muchos de los conflictos que provienen de las actividades del hombre y que afectan el ambiente.

Las diversas disciplinas demandan la resolución de los problemas ambientales al derecho y en el propio ámbito jurídico se genera un nuevo espacio a determinar. Lo imponen las situaciones jurídicas ambientales.

El derecho a través del tiempo ha brindado respuestas a las distintas situaciones que se le presentaban y que hoy se nominan ambientales. Los problemas ambientales, tal como lo destaca Gutman, existieron siempre, lo que se ha modificado a través del tiempo es la percepción que tenemos de ellos.

Lo destacado en el párrafo anterior se pone de manifiesto cuando definimos al ambiente y sus problemas ya que responden a una conceptualización elaborada de lo que hoy entendemos por ambiente y los elementos que lo conforman desde una percepción actual.

En la búsqueda de precisión conceptual acerca del ambiente y de qué manera establecer su campo específico desde el derecho, franceses e ingleses desarrollaron nomencladores temáticos para identificar y poder relevar la legislación ambiental existente¹. De esta forma, describieron que temas se consideraban ambientales o vinculados al ambiente y cual era la legislación existente incluyendo una diversidad de temáticas (aire, agua, suelo, residuos, ruidos, energía, flora, fauna, etc.).

Así se creó el nomenclador E.L.I.S para el sistema internacional de legislación ambiental y en nuestro país uno de los trabajos de este tipo es el realizado sobre dos décadas de legislación ambiental en Argentina de Zeballos de Sisto que incluye veinte temas ambientales, incorporando el turismo, el urbanismo, el derecho agrario ambiental en dicho nomenclador².

La identificación de los temas ambientales y la organización de la legislación ambiental evitó detenerse en la definición de donde empieza y termina el ambiente para la disciplina jurídica y como hacer un recorte adecuado de la problemática a los objetivos jurídicos.

La precisión conceptual quedó pendiente en muchos casos y los límites de este derecho, área o perspectiva no fue una preocupación de quie-

¹ Cf. MARTÍN MATEO, R. *Tratado de Derecho Ambiental*, Ed. Trivium, Madrid, 1992.

² ZEBALLOS DE SISTO, M. C. *Dos décadas de legislación ambiental en Argentina*. Ed. A-Z, 1994.

nes trabajaron en el tema solo en la medida que permitiera compilar la legislación existente. Se relegó la tarea de construcción conceptual ya que lo importante era dar respuesta a los problemas nuevos con los elementos que se contaban en el derecho vigente.

La historia que existe en la resolución de los problemas ambientales por parte del derecho es muy rica, tuvo que ver con la reacción de las distintas ramas del derecho frente a problemas nuevos y cómo se generó un modalidad de hacerles frente, con los elementos que contaban, de acuerdo al marco normativo vigente y al criterio de los juristas que lo abordaban. En el próximo punto se consignan algunos ejemplos de distintos abordajes, épocas y sectores jurídicos.

Ello nos permitirá establecer algunas reflexiones sobre la consolidación de conceptos, formulaciones políticas, institucionales y jurídicas y los pasos en la construcción de una perspectiva ambiental desde el derecho.

2. La respuesta del derecho a los problemas ambientales

Cada área del derecho elaboró respuestas a los problemas y conflictos vinculados al ambiente. A continuación destacamos algunos ejemplos en el abordaje sectorial de los mencionados problemas.

En el derecho del Trabajo, es uno de los primeros ámbitos de reflexión de las consecuencias de las actividades del hombre que se manifiestan sobre la salud de los trabajadores. Es en el derecho laboral donde se observan los efectos del desarrollo de ciertas actividades industriales que tienen una relación directa con el ambiente laboral y sobre la salud de los trabajadores. La consideración del ambiente laboral y la protección de los trabajadores incidió en el desarrollo de la legislación en materia de higiene y seguridad en el trabajo.

Si bien existe un conjunto de impactos de las actividades en la salud de los trabajadores y se estudian, profundizan y tratan de mitigar a medida que se van haciendo evidentes aparecen consecuencias que exceden el ámbito laboral impactando en amplios sectores y que demandan una respuesta.

Un ejemplo clásico de la percepción de los efectos de las actividades industriales es el caso de la enfermedad de Mina Mata producida en la bahía del mismo nombre en Japón. La enfermedad de Mina Mata es ocasionada por la contaminación de mercurio como consecuencia de las descargas de efluentes industriales con esta sustancia, sin tratamiento, en la bahía de la cual lleva su nombre. La trascendencia de las consecuencias de la contaminación por mercurio, las investigaciones realizadas que fueron

muy complejas y lograron establecer la relación de la muerte y enfermedad de personas de distintas zonas con la actividad productora de dichos efluentes dio origen al nombre de esta enfermedad.

El ejemplo mencionado es aproximadamente de la década del sesenta y permite observar percepciones de problemas ambientales en el ámbito laboral que avanzan en el estudio de enfermedades del trabajo que exceden el ámbito laboral con consecuencias en la población en general.

En el derecho laboral se incorporan numerosas normas de protección de los trabajadores que tienen que ver con la contaminación del aire, ruidos, uso de sustancias peligrosas, entre otras y que van conformando una legislación del ambiente laboral vinculada a la problemática que nos ocupa.

El derecho de los recursos naturales fue una rama que incorporó los conceptos ambientales, sus especialistas se encuentran entre los primeros en hablar de ambiente desde la perspectiva jurídica, tal es el caso de Cano o Pigretti, pioneros en la difusión y discusión de problemas ambientales desde la perspectiva de los recursos naturales en Argentina.

El desarrollo de la protección y preservación de los recursos naturales tanto agua, suelo, aire, como las actividades en materia minera, agricultura, pesca, han sido materia de estudio de los especialistas en recursos naturales avanzando en las respuestas a situaciones ambientales desde esta perspectiva.

En el derecho penal se desarrollaron posturas que indujeron a la tipificación del delito ecológico o ambiental en algunos países como es el caso de España por ejemplo.

El desarrollo realizado por los Criminólogos críticos latinoamericanos, que es para destacar, consideran los delitos ecológicos como delitos de cuello blanco, resaltando que algunas de las conductas a pesar de no estar tipificadas en los códigos penales constituyen verdaderos delitos. Los definen como delitos de cuello blanco realizados por personas de cierto status, grandes empresas y multinacionales, que conocen las consecuencias, gozan de impunidad y aprovechan su situación para cometerlos.

Las investigaciones realizadas por los criminólogos latinoamericanos durante la década del ochenta profundiza en la diferencia de los delitos convencionales con estas nuevas conductas como delitos de cuello blanco y realizan un nuevo aporte al análisis jurídico de los problemas ambientales, en esta línea el Dr. Marcó del Pont es el referente en Argentina³.

³ MARCO DEL PONT, L. *El crimen de la contaminación*. México: Villacaña, 1984.

El derecho internacional es considerado como una de las principales vertientes en la construcción del derecho ambiental por el desarrollo teórico y la creación de nuevos principios rectores en materia ambiental (principios precautorio, preventivo, contaminador pagador, de la cuna a la tumba, entre otros).

Grandes accidentes como Bhopal o Chernobil conmovieron a la comunidad internacional y plantearon a los Estados la necesidad de realizar acuerdos y considerar estos problemas que los afectan y los comprometen sobre los efectos de sus actividades fuera de las fronteras.

El desarrollo conceptual que significaron las cumbres de la tierra en la discusión de los problemas vinculados al ambiente tanto en Estocolmo 1972 sobre ambiente humano, como en Río de Janeiro en 1992 sobre desarrollo sustentable y Johannesburgo 2002 es innegable y ha consolidado principios y conceptos importantes en materia jurídico ambiental.

Los aportes desde el derecho internacional son y han sido numerosos y se han ido formulando un crecimiento sostenido en la temática tanto en la labor teórica de los juristas como en la incidencia de las reuniones, conferencias, convenios, tratados, cumbres, etc.

En el derecho civil podemos observar la necesidad de dar respuesta a estos problemas desde la visión misma del Código Civil con la resolución de conflictos entre vecinos donde el humo, olor, ruidos, eran aspectos ya percibidos como problemas y regulados para resolverlos desde la legislación civil aunque no se denominaban ambientales.

Las respuesta del derecho civil en materia de responsabilidad en materia ambiental con el desarrollo de la responsabilidad objetiva, el daño ambiental que aparece como una especialidad de daño, seleccionando estos temas de numerosos tratados por el derecho civil, y el particular ejemplo del daño ambiental hoy una especialidad⁴.

Lo anteriormente señalada ha sido una muestra ya que no podemos agotar las numerosas vinculaciones que tiene el derecho con los problemas ambientales desde las distintas ramas. No se ha hecho referencia a áreas del derecho como constitucional, administrativo, comercial, entre otras que, como las que forman parte del derecho público, son centrales en el desarrollo actual de la temática jurídico ambiental.

⁴ Ver en este aspecto BESALU PARKINSON, A V.S *Responsabilidad por daño ambiental*, Ed. Hammurabi, buenos Aires, 2005. Tesis doctoral de la autora quien realiza un pormenorizado estudio de la temática.

3. La reacción de los Estados en el contexto del derecho ambiental

La primera gran discusión global sobre medio ambiente humano se produce en 1972 sellando la incorporación del ambiente al escenario internacional y la identificación, análisis y preocupación por los principales problemas por parte de los Estados sobre la temática.

A partir del informe Brudtland ya se asocia la problemática del medio ambiente humano al problema del desarrollo y se construye el concepto de desarrollo sustentable pasando a ser éste el problema a analizar en la siguiente cumbre sobre el tema en río 92.

Con posterioridad a la reunión de Estocolmo y antes de la reunión de Río de Janeiro, nos encontramos con otro escenario político jurídico e institucional ya que los estados comienzan a dictar leyes de contenido ambiental y se institucionaliza la dimensión ambiental, se reconoce su incorporación y el avance en los distintos sectores de la sociedad y particularmente en las áreas gubernamentales.

Algunos Estados incorporan el derecho al ambiente en sus constituciones, crean leyes generales de ambiente, dictan leyes sectoriales con contenido ambiental, crean instituciones que van a tener la responsabilidad de ejecutar las nuevas leyes y quiénes deberán aplicarlas.

Los estados insertan en su estructura jurídica e institucional importantes cambios y todo ello genera un impacto en el sistema jurídico, en el material normativo y en el ámbito de la disciplina jurídica.

La dimensión ambiental aparece como una materia que invade todas las áreas y sectores del derecho problematizando sus campos de estudio y forzando su propio espacio se habla de derecho ambiental, de legislación ambiental, de gestión ambiental y existe un material normativo nuevo que irrumpe en los sistemas jurídicos de los países.

Si consideramos la reunión de Estocolmo y su desarrollo inmediato posterior *“el derecho ambiental comenzó a adquirir identidad y aspiraciones para convertirse en una rama autónoma. A favor de esta última idea, y en base a la enseñanza de Cano, se señaló que la disciplina cuenta con principios propios que justifican aquella categoría:*

- 1.) contenido específico.
- 2.) prevalencia de la filosofía preventiva sobre la represiva
- 3.) primacía de los intereses colectivos sobre los individuales
- 4.) *bien jurídicamente tutelado específico: el derecho a vivir en un ambiente apto o a una determinada calidad de vida*⁵.

5 BOTTASI, C. *Derecho Administrativo Ambiental*, 1997, p.83.

Se considera que se han dado grandes y significativos pasos en la evolución del derecho ambiental en América Latina “pasando por las cumbres de Río en 1992 y Johannesburgo en 2002, lo que nos lleva al reto de esta nueva década, que consiste en impulsar la aplicación de esta rama del derecho ya consolidada y reconocida su trascendencia y transversalidad” .

La manifestación del derecho ambiental la observamos en la propia legislación ambiental que aparece con fuerza después de la reunión de Estocolmo y gana su espacio en los distintos sectores y ramas del derecho en los diversos sistemas jurídicos con formulación propia en las constituciones y en las leyes.

La existencia de leyes con regulación ambiental abre un nuevo panorama ya que se encuentran referencias ambientales en legislación anterior vinculadas a temas o elementos del ambiente y frente a las situaciones objetos de análisis intervienen también leyes que si bien no son ambientales no pueden excluirse.

Aparece la necesidad de establecer cuáles son las leyes ambientales y si es posible clasificarlas de alguna manera, situación que se detalla en los primeros tratados y manuales de derecho ambiental, Martín Mateo por ejemplo plantea una modalidad para ello⁶.

Se pueden clasificar las leyes ambientales estableciendo un contenido amplio de las normas a tener en cuenta cuando se analizan los problemas ambientales, así para Brañes⁷ existen normas propiamente ambientales, normas de relevancia ambiental y normas de relevancia casual y todas deben considerarse al momento de resolver una situación ambiental.

Las leyes ambientales y su clasificación va a estar condicionada por el propio sistema jurídico en el que se incorporaron si bien, en la mayoría de los sistemas, existen las distintas categorías de normas señaladas por Brañes.

Los países incorporan en sus sistemas políticos, jurídicos e institucionales la temática ambiental avanzando en todas las áreas desde la generación de espacios que antes no existían, reforzando sectores existentes que atendieron los problemas ambientales y en la medida que se intensificó la demanda en la resolución o atención de estos temas como en la

⁶ MARTIN MATEO, R. *Tratado de Derecho Ambiental*. Trivium, Madrid, 1992.

⁷ BRAÑES BALLESTEROS, R. “*Aspectos jurídicos e institucionales del medio ambiente, incluida la participación de las organizaciones no gubernamentales*”. Banco Interamericano de Desarrollo, Washington, 1991.

intervención del estado fueron creciendo y consolidándose espacios de distinta jerarquía.

La nueva legislación ambiental en los países latinoamericanos ha crecido y en forma proporcional las normativas complementarias para la implementación de dicha legislación como son los decretos, resoluciones y disposiciones de las áreas ambientales para poner en funcionamiento los mecanismos que permiten aplicar las nuevas normas ambientales.

Las leyes de creación de nuevos organismos, los espacios institucionales, las misiones y funciones, la asignación presupuestaria, la cantidad de recursos humanos y materiales son algunos de los indicadores a observar en cada sistema para tener una aproximación al avance que ha tenido la temática en cada país.

Una vez conformado el espacio ambiental en el sistema, teniendo en cuenta la jerarquía asignada, sea un ministerio, secretaría, dirección y con la dotación de recursos apropiada se producen las tensiones en las zonas grises del sistema, los espacios cercanos, linderos y comunes con otras áreas que manejan recursos, actividades y elementos muy cercanos a la temática ambiental.

El diagnóstico actual puede resumirse en que la dimensión ambiental se ha incorporado en los sectores institucionales de los países latinoamericanos con una invasión en los distintos sectores de la administración pública, en sus distintas funciones (legislativa, ejecutiva y judicial) y en los diversos sectores de gobierno (nacionales, provinciales y municipales).

Se puede afirmar la existencia de una gestión ambiental gubernamental que en distintas instancias de ejecución desarrollan los gobiernos de la región con políticas, legislación y administración ambientales en expansión aunque no pueda diagnosticarse una reducción en las variables que indican el deterioro de los ambientes naturales de la región y de los principales problemas ambientales que se identifican.

Con variadas experiencias institucionales como la creación de Ministerios de gran envergadura, direcciones específicas, refuerzo de organismos preexistentes, innovando con nuevas figuras no hay recetas para hacer frente desde lo institucional a los nuevos problemas ambientales que enfrentaron los países en las últimas décadas.

Los marcos normativos han presentado iguales características desde la creación de leyes marcos y orgánicas del ambiente con una reglamentación minuciosa hasta las modalidades de dispersión normativa con leyes generales y sectoriales para regular los problemas sin variar los resultados

en cuanto a las dificultades y obstáculos que ha tenido que enfrentar la legislación ambiental y los que deben aplicarse o ejecutarse.

Las administraciones han avanzado en los espacios asignados y de acuerdo a los presupuestos, personal y elementos con que cuentan en el abordaje de los principales problemas con una serie de particularidades que vamos a destacar las de mayor generalidad y que involucra a las administraciones en los distintos países.

El organismo ambiental debe coordinar y relacionarse con numerosos organismos que tienen temáticas directamente relacionadas al ambiente o a sus elementos como por ejemplo: los recursos hídricos, la minería, la agricultura, la industria, la energía, entre otros.

Nuevamente aparecen los problemas de límites de la temática cuando un problema agrícola, minero, industrial se convierte en un problema ambiental, es allí donde las políticas confluyen en las políticas de desarrollo que deben delinear el rumbo del país.

Evidentemente, ejecutar políticas significa establecer y aplicar normas las que regulan numerosas temáticas, involucran situaciones jurídicas diversas, donde existen un sinnúmero de conflictos de intereses. Se agudizan los conflictos cuando no existe coordinación en las políticas o no hay criterios uniformes de los rumbos y definiciones que tiene la política nacional de desarrollo.

En algunos casos el área ambiental se convierte en un organismo marginal que participa poco o nada en las principales decisiones de la política del país porque se lo considera que interfiere en el desarrollo, que limita o presiona en las políticas prioritarias.

Las demandas sociales neutralizan la situación descrita anteriormente ya que pasan a ser los protagonistas en el reclamo de la acción del estado en la atención y resolución de problemas ambientales, adquiriendo relevancia los desarrollos técnicos y administrativos de las áreas que van a dar respuestas a los reclamos.

Irrumpen nuevas demandas en materia de acceso a la información, a la justicia en los que las administraciones deben dar respuesta, organizar sus instituciones, actualizar sus políticas para dar transparencia a la gestión y viabilizar las formas para que el ciudadano pueda acceder a la información y a la justicia también en esta materia.

Los sectores ambientales deben ganarse el respeto del conjunto de la administración, de la ciudadanía, de las empresas, de otros sectores que se ven incluidos en los conflictos o problemas que enfrentan e inclusive en las áreas que deben auxiliar a los organismos públicos como son las fuerzas de

seguridad y la justicia ya que se enfrentan a la necesidad de contar con efectivos en controles, ordenes de allanamiento en término, personal de apoyo que esté formado, entre otros.

Es por ello, que quienes no conocen la temática no comprenden cuando se hace referencia a la necesidad de capacitación y especialización del personal en las áreas ambientales, al compromiso y pasión por la problemática, esto diferencia y particulariza los sectores ambientales en la mayoría de los lugares.

La tarea de instalar la temática ambiental en el rango actual institucional, político y administrativo ha sido una tarea compleja y rápida si uno la compara con otras temáticas, en pocas décadas se ha incrementado la percepción de los problemas y la importancia del tema pero es incipiente el abordaje y la resolución de conflictos donde se priorice la visión ambiental .

En la tarea de consolidar la visión ambiental en la resolución de los conflictos tiene un importante labor teórica donde el derecho y un conjunto de disciplinas sociales deben conformar una cultura ambiental lo suficientemente importante para que se otorguen prioridades políticas, jurídicas e institucionales e incidan en las vías de resolución formales como son la administración pública y la administración de justicia.

4. La construcción de la teoría jurídico institucional: un espacio para armar

La situación de la temática ambiental en el ámbito del derecho ha tenido un desarrollo incremental en los últimos años y cada vez es mayor la producción doctrinaria sobre la problemática ambiental.

La incorporación de la cláusula ambiental en la constitución Nacional en la reforma de 1994, el dictado de las nuevas leyes de presupuestos mínimos en materia ambiental (ley 25.612, ley 25.688, ley 25.670, ley 25.675, ley 25.831, ley 25.916) , la regulación ambiental en Constituciones Provinciales, Leyes provinciales y en el ámbito municipal, muestran un amplio desarrollo del material normativo en todos los niveles dentro del sistema jurídico Argentino.

Los compromisos asumidos en el ámbito internacional (convenios, tratados, convenciones, etc.) representan en materia ambiental un conjunto de aspectos a tener en cuenta en tanto son obligaciones a cumplir en el marco de nuestro sistema jurídico.

La discusión doctrinaria y jurisprudencial actual está centrada en distintas temáticas desde la interpretación y alcance de las leyes de presupuestos mínimo, el orden que imparten, la aplicación de los principios, su

recepción a nivel jurisprudencial, por una parte y en el desarrollo de institutos propios de una rama jurídica determinada como por ejemplo la temática del daño ambiental, los aspectos procesales de los derechos de incidencia colectiva, entre otros.

Las situaciones jurídicas derivadas de conflictos ambientales son tan amplias y complejas que demandan un desarrollo conceptual y teórico importante que está en pleno desarrollo y es por esto que se habla de una constante construcción que intenta ser teoría en el ámbito del derecho.

Se plantea la necesidad de construir el espacio del derecho ambiental o de la perspectiva ambiental del derecho, el desarrollo de los principios, los principales instrumentos jurídicos, institucionales y políticos que demanda la gestión ambiental, la implementación de las políticas ambientales, los instrumentos de administración ambiental, los institutos propios de cada una de las temáticas, para citar algunas problemáticas.

La formación y el conocimiento técnico y los desarrollos tecnológicos son básicas para evaluar el impacto de un conjunto de actividades que realiza el hombre y tiene efectos sobre el entorno donde el derecho aporta los marcos normativos y las instancias de evaluación normativa de las actividades.

La dinámica de las demandas de la problemática ambiental hacia los gestores y operadores ambientales es amplia y específica generando producción de conocimientos y normas en su desarrollo. Todos los elementos que forman parte del ambiente, su evolución y el impacto de las actividades del hombre genera restricciones, prohibiciones, controles y acciones puntuales de acuerdo al conocimiento de los efectos que producen, a la necesidad de establecer límites y controles para preservar, proteger o conservar el ambiente o cada uno de sus componentes.

El desarrollo científico y tecnológico produce permanentes conocimientos que llevan a desarrollar gestiones que sean compatibles con el entorno, el avance en la comunicación y la información demanda rápidas respuestas a la difusión de los problemas vinculados al ambiente por parte de los actores sociales que a su vez presionan a los gestores en las medidas de control y acción sobre las actividades de riesgo en la temática.

Estos aspectos que impactan en el derecho y en la legislación vigente demandan estudios e investigaciones jurídico ambientales, interpretaciones doctrinarias y jurisprudenciales, profundizaciones en los distintos sectores del derecho que permitan dar una respuesta jurídico ambiental a los conflictos derivados de las situaciones objeto de estudio.

Existen requerimientos de diversos tipos y niveles de conocimiento desde la definición y precisión de conceptos jurídicos vinculados al am-

biente: trabajar sobre aquello que constituye el objeto de tutela jurídica ambiental, sus elementos, las modalidades de implementación de la tutela en los distintos sectores del ordenamiento jurídico en el marco de nuestro sistema de derecho.

El uso de institutos propios de las distintas ramas del derecho que han evolucionado y se han aplicado a múltiples situaciones y permiten adaptarlas a temáticas ambientales y por lo que requieren el estudio y análisis conformando un ámbito de debate en el área correspondiente.

La aplicación de normas a situaciones ambientales sean pertenecientes al derecho civil, penal, administrativo, comercial ha producido una elaboración doctrinaria, estudios, investigaciones que es necesario conocer y difundir para el crecimiento de la temática.

Las interpretaciones por parte de los jueces en las distintas instancias y la jurisprudencia existente en la materia que tiene un desarrollo relativamente breve con relación a otras temáticas tradicionales también constituye un importante aporte a la construcción teórica del derecho ambiental.

Hemos mencionado solo algunos aspectos desde los cuales crece y se consolida una perspectiva ambiental del derecho y desde las cuales se va perfilando la construcción del derecho ambiental.

En realidad las situaciones jurídicas ambientales constituyen un desafío para los abogados, gestores, jueces, doctrinarios para todos aquellos operadores del derecho ambiental que se encuentran comprometidos en la resolución de conflictos ambientales y, a su vez, estos se convierte en los constructores de esta temática ya que en la suma de sus aportes, de diversa envergadura, se va construyendo inexorablemente el conocimiento en materia jurídica ambiental.

Estas reflexiones en realidad son un llamado a sumarse a la producción en esta temática ya que es necesario que cada vez más abogados, especialistas, investigadores, gestores, jueces, piensen y opinen en la temática de tal manera que se constituya una masa crítica tan importante como en el resto de las disciplinas que hoy se ocupan de la temática ambiental.

El saber ambiental crece y se desarrolla, va generando y ocupando un espacio propio en cada disciplina de estudio y el derecho no es ajeno a esta situación, tampoco puede quedarse ya que se realizan cada vez mas demandas al derecho acerca de su rol como disciplina en el estudio, profundización y respuesta a esta problemática que es interdisciplinaria, holística e invade transversalmente las distintas áreas del derecho.

TRATADOS BILATERALES DE INVERSIONES EXTRANJERAS, SU POSIBLE VIOLACIÓN EN OPORTUNIDAD DE LA CRISIS ARGENTINA DEL 2001

*por María Cristina Mercado de Sala¹
María Valeria Sala Mercado²*

Resumen: El presente constituye un informe preliminar y de avance, sobre un 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. 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 Argentina firma el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, 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. La firma de los TIBs (Tratados Bilaterales de Inversión) se incentiva 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

¹ 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.

² Adscripta Derecho Internacional Privado y Teoría Gral. del Proceso, Fac. Der. UNC.

³ Ley de Inversiones Extranjeras N° 21382, Decreto N° 1853/1993 aprueba texto ordenado.

argentino”, y estimular el ingreso de inversiones en un todo conforme al art. 75 inc 18 de la CN 1994.⁴ La crisis de Diciembre de 2001 y el dictado de las Normas de Emergencia Económica, Social, Sanitaria afectan las relaciones y vinculaciones negociales motorizando reclamos ante la CIADI.

Palabras Clave: CIADI – TIBs- Tratados Bilaterales de Inversiones – Crisis Argentina 2001-2002 – Emergencia – Devaluación

INTRODUCCIÓN

El Estado Nacional, las provincias, los municipios, y sus respectivos entes administrativos, celebraron contratos con empresas provenientes de estados extranjeros firmantes de Tratados Bilaterales, especialmente relativos a servicios públicos privatizados. Asimismo, las licitaciones en general, exigieron a los inversores extranjeros que participaran como socios en sociedades constituidas bajo el imperio de la Ley Argentina.

El marco legal ampliado en consideración, incluye la normativa que reglamenta la existencia y funcionamiento del Organismo Multilateral de Protección de Inversiones⁵ y más de 50 Tratados Bilaterales, las leyes de aprobación⁶, y las de Emergencia dictadas como consecuencia de la Crisis de Diciembre de 2001.

⁴ “...Proveer lo conducente a...la importación de capitales extranjeros...”

⁵ “*Convenio Constitutivo del Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones*: Preámbulo: Los Estados Contratantes. Considerando que es menester fortalecer la cooperación internacional para el desarrollo económico y propiciar la contribución de la inversión extranjera en general y de la inversión extranjera privada en especial a dicho desarrollo; Reconociendo que la mitigación de las preocupaciones relacionadas con riesgos no comerciales facilitaría y alentaría en mayor grado el flujo de la inversión extranjera hacia los países en desarrollo; Deseosos de mejorar el flujo hacia los países en desarrollo de capital y tecnología para fines productivos en condiciones compatibles con sus necesidades, políticas y objetivos en materia de desarrollo, sobre la base de normas equitativas y estables para el tratamiento de la inversión extranjera; Convencidos de que el Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones puede desempeñar una función importante para alentar la inversión extranjera al complementar los programas nacionales y regionales de garantía de inversiones y las actividades de los aseguradores privados de riesgos no comerciales, y Reconociendo que dicho Organismo, en la medida posible, deberá cumplir sus obligaciones sin recurrir a su capital exigible y que el mejoramiento continuado de las condiciones en cuanto a las inversiones contribuiría a tal objetivo...”

⁶ Leyes 24.098 (Alemania); 24.099 (Suiza); 24.100 (Francia); 24.101 (Polonia); 24.117 (Suecia); 24.118 (España); 24.122, 23.591 y 23.594 (Italia); 24.123 (Unión Belgo Luxemburguesa); 24.124 (EEUU); 24.125 (Canadá); 24.184 (Gran Bretaña); 24.248 (Egipto); 24.325 (China); 24.328 (Austria); 24.335 (Hungria); 24.340 (Turquía); 24.342 (Chile); 24.352 (Países Bajos); 24.356 (EEUU); 24.394 (Túnez); 24.395 (Armenia); 24.396 (Senegal); 24.397 (Dinamarca); 24.401 (Bulgaria); 24.456 (Rumania); 24.457 (Venezuela); 24.458

TRATADOS BILATERALES DE INVERSIONES EXTRANJERAS

Argentina ha sido demandada ante el CIADI (Tribunal arbitral del Banco Mundial⁷)⁸ por incumplimiento de los Tratados bajo cuyo marco legal se hicieron las inversiones.

A la fecha se ha realizado una búsqueda y recensión de los TIBs y de las demandas entabladas por ante el CIADI⁹, identificando especialmente las correspondientes al período en estudio.

Conocemos¹⁰ que en el Senado de la Nación habría interés de revisar 57 Tratados Bilaterales de Inversión (TIBs) firmados por el país en la década del 90, que establecen la jurisdicción del CIADI, sin embargo, en esta etapa no se ha accedido a proyecto alguno, y sí existe un ambiente enrarecido respecto a los técnicos que officiarán de testigos y los estudios y abogados argentinos que patrocinan a los accionantes.¹¹

Desde lo político se consideraría que las consecuencias de la crisis del 2001 afectaron a las relaciones y los agentes civiles y comerciales, por

(Bolivia); 24.459 (Ecuador); 24.549 (Jamaica); 24.554 (Protocolo Promoción y Protección Inversiones Provenientes Estados No partes de Mercosur); 24.563 (Croacia); 24.593 (Portugal); 24.613 (Malasia); 24.614 (Finlandia); 24.680 (Perú); 24.681 (Ucrania); 24.682 (Corea); 24.728 (Australia); 24.770 (Cuba); 24.771 (Israel); 24.778 (Vietnam); 24.814 (Indonesia); 24.890 (Marruecos); 24.891 (Protocolo Colonia Promoción y Protección Recíproca Inversiones Mercosur); 24.971 (Panamá); 24.972 (Méjico); 24.983 (República Checa); 24.984 (Lituania); 25.023 (El Salvador); 25.139 (Costa Rica); 25.350 (Guatemala); 25.351 (Nicaragua); 25.352 (Sudáfrica).-

⁷ 155 Estados han firmado el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados. <http://www.worldbank.org/icsid/constate/c-states-sp.htm>

⁸ “El CIADI fue establecido por convención del 14 de Octubre de 1966, es una organización internacional autónoma, con acoplamientos cercanos con el Banco Mundial cuyo presidente lo preside y todos los miembros del CIADI son también miembros del Banco. Tiene un consejo administrativo y una secretaría, las reuniones anuales del consejo se celebran conjuntamente con las reuniones anuales del empalme Bank/Fund. A menos que un gobierno haga una designación contraria, su gobernador para el Banco se sienta ex officio en el consejo administrativo El recurso a la conciliación y al arbitraje del CIADI es enteramente voluntario. Las costas de los procedimientos individuales son a cargo de las partes implicadas. El CIADI proporciona las instalaciones para la conciliación y el arbitraje.” http://216.239.37.104/translate_c?hl=es&u=http://www.worldbank.org/icsid/about/main.ht

⁹ ver página www.worldbank.org/icsid/cases/pending

¹⁰ Diario El Cronista Comercial del viernes 28-01-05.

¹¹ Página 12, suplemento Cash, 15 de mayo de 2005, “ Los testigos argentinos de las privatizadas en los juicios en el CIADI contra Argentina: Piel de Judas”.-

igual. Concluyendo que si no hubo expropiaciones, ni nacionalizaciones y las remesas pudieron liquidarse, los Tratados no han sido violados.¹²

Si la hipótesis anterior fuera correcta, las demandas no deberían prosperar. Sin embargo, la realidad es que existen demandas iniciadas. Asimismo, inversores provenientes de países exportadores de capital, probablemente han recurrido a asegurar riesgos, a los fines de lograr cobertura de las inversiones efectuadas, y seguramente que los mismos intentarán probar que los efectos de las medidas de Emergencia, cuando menos, han sido expropiatorios, a fin de intentar resarcimiento indemnizatorio. En este supuesto, deberá en todo caso tenerse en consideración que la causa de las distorsiones se produce precisamente, por las distorsiones en las tarifas como consecuencia de la medida devaluatoria y la salida de la convertibilidad.

¹² “Convenio Constitutivo Organismo Multilateral...:Capítulo III – Operaciones. Artículo 11 - Riesgos cubiertos: a) Con sujeción a las disposiciones de las Secciones b) y c) que siguen, el Organismo podrá garantizar inversiones admisibles contra una pérdida que resulte de uno o más de los siguientes tipos de riesgos: i) Transferencia de moneda .La introducción atribuible al gobierno receptor de cualesquier restricción sobre la transferencia al exterior del país receptor de su moneda en una moneda de libre uso u otra moneda aceptable para el tenedor de la garantía, incluida la falta de actuación del gobierno receptor, dentro de un lapso razonable, respecto de una solicitud de dicho tenedor para esa transferencia; ii) Expropiación y medidas similares, Cualquier acción legislativa o cualquier acción u omisión administrativa atribuible al gobierno receptor que tenga el efecto de privar al tenedor de una garantía de la propiedad o el control de su inversión o de un beneficio sustancial derivado de la misma, con excepción de las medidas no discriminatorias de aplicación general que los gobiernos toman normalmente con objeto de regular la actividad económica en sus territorios; iii) Incumplimiento de contrato. Cualquier rechazo o incumplimiento por el gobierno receptor de un contrato con el tenedor de una garantía, cuando a) el tenedor de una garantía no tiene recurso ante un foro judicial o arbitral con objeto de resolver la reclamación de rechazo o incumplimiento, o b) dicho foro no dicta una decisión dentro de un lapso razonable al tenor de lo prescrito en los contratos de garantía de conformidad con los reglamentos del Organismo, o c) no puede hacerse cumplir tal decisión; y iv) Guerra y disturbios civiles. Cualquier acción militar o disturbio civil en cualquier territorio del país receptor al que sea aplicable este Convenio de acuerdo a lo estipulado en el Artículo 66. b) 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, y ii) cualquier acción u omisión del gobierno receptor o cualquier otro hecho que se produzca antes de la celebración del contrato de garantía.

De ahí la importancia del análisis del art. 11¹³ del Convenio Constitutivo del Organismo Multilateral.

OBJETIVOS GENERALES Y ESPECIFICOS

Oportunamente nos propusimos como objetivos los siguientes:

1. Revisar 57 Tratados Bilaterales para la Promoción y Protección de Inversiones Extranjeras (TBI) firmados por Argentina en la década del 90 y sus leyes aprobatorias.

2. Analizar los Tratados como medio de fomento de las inversiones extranjeras.

3. Analizar las disposiciones de los Tratados relativas a riesgos políticos, a saber: expropiaciones, nacionalizaciones, tratamiento de las remesas de ganancias.

4. Identificar condiciones exigidas por los seguros de los países exportadores de inversiones para el otorgamiento de cobertura.

5. Identificar posibles demandas de Empresas de servicios públicos iniciadas contra Argentina ante el CIADI.

6. Identificar servicios públicos privatizados a los efectos de la renegociación.

7. Identificar los TBIs bajo cuyo marco legal se efectuaron las privatizaciones de que se trate y considerar las medidas adoptadas tras la crisis y los reclamos concretos.

8. Proponer una conclusión respecto a la posibilidad de que las supuestas demandas entabladas puedan prosperar.

ESTADO DE AVANCE DEL PROYECTO

A la fecha del presente informe (2005), hemos alcanzado los siguientes objetivos:

1. Identificación de los 57 Tratados y leyes de Emergencia .

2. Identificación de algunas demandas ante la CIADI¹⁴ .

¹³ Capítulo III – Operaciones: Artículo 11 - Riesgos cubiertos

a) Con sujeción a las disposiciones de las Secciones b) y c) que siguen, el Organismo podrá garantizar inversiones admisibles contra una pérdida que resulte de uno o más de los siguientes tipos de riesgos:.....

b) 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.

¹⁴www.worldbank.org/icsid/cases/pending.- 30 casos listados desde 2002 : 1)AES CORP.vs Argentine Republic Case N° ARB/02/17; 2) SEMPRA ENERGY INTERNAT. Vs

3. Identificación de algunas demandas del período en estudio, (pendientes y concluidas).

4. Tenemos bajo análisis el caso concluido N° ARB/03/12¹⁵, CASO “**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**”, el TIB y el Convenio Constitutivo del organismo multilateral en lo pertinente.

5. Se ha identificado el caso “**ENRON CORPORATION Y PONDEROSA ASSETS C/ REPUBLICA ARGENTINA**”¹⁶ que será igualmente analizado. Sintéticamente y por la actualidad de la problemática al momento del presente (caso Grupo Suez y Aguas de Barcelona), podemos anticipar que el mismo consiste en: “*Compañías estadounidenses que habían invertido en una empresa transportadora de gas en la República*

Argentine Republic Case N°ARB/02/16; 3)CAMUZZI INTERNAT.S.A. vs Arg. Rep Case N°ARB/03/2; 4) METALPAR S.A. and Buen Aire S.A. vs Arg. Repub. Case N° ARB/03/5; 5) CAMUZZI Case ARB/03/7; 6) Continental Casualty Co. vs AR Case N° ARB/03/9; 7) GAS NATURAL SDG S.A. vs Arg. Rep Case N° ARB/03/10; 8) PAN AMERICAN ENERGY LLC and BP Arg. Exploration Co. vs Arg. Rep Case N° ARB/03/13; 9)El Paso Energy Int. Co. vs Arg.Rep Case N° ARB/03/15; 10)Aguas Provinciales de Santa fe S.A., Suez, Sociedad Gral. De Aguas de Barcelona S.A. and Interagua Servicios Integrales de Ag. S.A. vs Arg. Rep Case ARB/03/17; 11) Aguas Cordobesas S.A., Suez, and Sociedad General de Aguas de Barcelona SA vs Rep Arg. Case N° ARB/03/18; 12) Aguas Argentinas SA, Suez, sociedad general de Aguas de Barcelona SA and Vivendi Universal SA vs Arg. Rep Case N° ARB/03/19; 13) Telefónica SA vs Rep. Arg. Case ARB/03/20; 14) Enersis SA and others vs Rep Arg Case ARB/03/21; 15)Electricidad Arg. SA and EDF International SA vs Rep. Arg Case ARB/03/22; 16)EDF INTERNATIONAL S.A., SAUR INTERNAT. S.A. and León Participaciones Ang. S.A. vs Rep Arg Case ARB/03/23; 17)Unisys Corporation vs Rep Arg Case ARB/03/27; 18) Azurix Corp. vs Rep Arg Case ARB/03/30; 19) Total SA vs Rep Arg. Case ARB/04/1; 20)SAUR Internat. Vs Rep Arg Case ARB/04/4; 21) BP America Producton Co. and others vs ARG. REP Case ARB/04/8; 22) Cit group Inc. vs Arg. Rep case ARB/04/9; 23) Wintershall Aktiengesellschaft vs Arg. Rep case ARB/04/14; 24) Mobil Exploration and development Ins Sec. Argentina and Mobil Argentina SA vs Rep Arg Case N° ARB/04/16; 25) France Telecom S.A. vs Arg. Rep Case/04/18; 26)RGA Reinsurance Co vs Rep Arg Case N° ARB/04/20; 27) Daimler Chrysler Services AG vs Rep Arg Case ARB 05/1; 28)Compañía General de Electricidad SA and CGE Argentina SA vs Rep Arg Case ARB/05/2; 29)TSA Spectrum de Argentina SA, vs Rep Arg. Case ARB/05/5; 30) Asset Recovery trust SA vs Rep Arg. Case ARB/05/11.

¹⁵ www.worldbank.org/icsid/cases/conclude “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”.-

Argentina durante el proceso de privatizaciones presentaron una solicitud ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias, contra dicho Estado, por violación del Tratado de 1991 entre la República Argentina y los Estados Unidos de América sobre Promoción y Protección de Inversiones, agravándose por la prohibición de ajuste de tarifas y la promulgación de la ley 25.561, que invalidó tales incrementos. El Tribunal Arbitral, desestimando las defensas del demandado, se declaró competente para entender en dicha controversia. El Tribunal meritó que los inversionistas estadounidenses invitados a participar del proceso de privatización en la República Argentina -en el caso, constituyeron una sociedad a la que se adjudicó el transporte de gas natural-, canalizando sus inversiones mediante una red de estructuras corporativas, ostentaban “ius standi” para presentar demandas en forma independiente ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, ante el que se cuestionó la prohibición de ajustar las tarifas de servicios públicos, pues se trataba de un punto esencial del Tratado de 1991 entre la República Argentina y los Estados Unidos de América sobre la Promoción y Protección de Inversiones. En tal sentido consideró que las **firmas estadounidenses que ostentan participación societaria en una empresa constituida según las leyes argentinas a la que se adjudicó un servicio público** -en el caso, distribuidora de gas natural- están facultadas para presentar demandas en forma independiente ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones -se cuestionó la prohibición de ajustar las tarifas de los servicios públicos-, pues se trata de inversionistas protegidos con arreglo al Tratado de 1991 entre la República Argentina y los Estados Unidos de América sobre Promoción y Protección de Inversiones, solución que concuerda con el derecho internacional y la práctica del citado organismo de resolución de controversias. Igualmente consideró que el Tratado de 1991 entre la República Argentina y los Estados Unidos de América sobre Promoción y Protección de Inversiones protege a los inversionistas extranjeros que canalizan sus inversiones a través de sociedades constituidas en la República Argentina -en el caso, firmas norteamericanas que poseen participación societaria en una empresa transportadora de gas-, máxime si se tiene en cuenta que ello resulta obligatorio en virtud de las normas que rigen el proceso de privatización en el país, que no sólo requieren la constitución de una sociedad comercial según sus leyes, sino también que los propios inversores se constituyan en el mismo. Se enfatizó que el Tribunal Arbitral del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones -**CIADI**- **no tiene por función estudiar medidas de política económica**

general ni decidir si éstas son correctas o incorrectas, sino examinar oportunamente si las medidas específicas que afectan la inversión del demandante -en el caso, prohibición de ajustar tarifas de servicios públicos y promulgación de la ley 25.561, que invalidó tales incrementos- han sido adoptadas en contravención a los compromisos jurídicamente obligatorios adquiridos con el inversionista mediante los tratados, la legislación o los contratos”¹⁷.

¹⁶ Tribunal del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones de Washington DC, 02/08/2004, Enron Corporation y Ponderosa Assets, L.P. c. República Argentina en LA LEY 29/09/2004, 12 - RDM 2004-V, 68.

¹⁷ **TEXTO COMPLETO:**

Washington, D.C., agosto 2 de 2004.

Historia procesal

1. El 25 de marzo de 2003, Enron Corporation y Ponderosa Assets L.P. (las “Demandantes”) presentaron ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (“CIADI” o “Centro”) una solicitud en contra de la República Argentina (“República Argentina” o “Argentina”) por supuestas violaciones a las disposiciones del Tratado entre la República Argentina y los Estados Unidos de América sobre la Promoción y Protección de Inversiones de 1991 (“Tratado”). La solicitud se refiere a la adopción por parte del Gobierno de Argentina de ciertas medidas que supuestamente afectan la inversión que las Demandantes tienen en una sociedad transportadora de gas.

2. Con anterioridad, las Demandantes habían presentado una solicitud de arbitraje en contra de la República Argentina, también por supuestas violaciones al Tratado, pero en esa ocasión la controversia recayó sobre impuestos de sellos que algunas provincias argentinas aplicaron a la sociedad transportadora de gas en donde las Demandantes tienen su inversión (“primera diferencia”). Dicha solicitud fue registrada por el Centro el 11 de abril de 2001.

3. Después de solicitar observaciones a la República Argentina sobre la solicitud de arbitraje de las Demandantes de fecha 25 de marzo de 2003, el Tribunal resolvió aceptar dicha solicitud como una demanda adicional a la ya anteriormente registrada por el Centro (“demanda adicional”). Lo anterior se decidió de conformidad con el Artículo 46 del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (“Convenio”).

4. En su decisión, el Tribunal propuso tramitar ambas diferencias en forma independiente hasta que el Tribunal resolviera sobre las excepciones de jurisdicción en ambos casos. Asimismo propuso un calendario acelerado para que las partes presentaran sus escritos sobre jurisdicción relativos a la demanda adicional. En base a este calendario, Argentina presentó su memorial sobre jurisdicción con fecha 20 de agosto de 2003, mientras que las Demandantes presentaron su memorial de contestación sobre jurisdicción con fecha 17 de octubre de 2003. Con posterioridad, el 19 de noviembre de 2003, Argentina presentó su escrito de réplica y el 22 de diciembre de 2003, las Demandantes presentaron su escrito de réplica.

5. Las excepciones sobre jurisdicción relativas a la primera controversia fueron resueltas por el Tribunal con fecha 14 de enero de 2004. En su decisión, el Tribunal declaró que tenía competencia sobre esa controversia.

6. El Análisis de los casos incluirá los siguientes aspectos: a. Tratado Bilateral bajo cuyo marco legal fue convenido, Partes, Capital importado.

6. Con posterioridad, se celebró una audiencia sobre competencia relativa a la demanda adicional en París, Francia, los días 1 y 2 de abril de 2004. Las Demandantes estuvieron representadas durante la audiencia por los señores R. Doak Bishop y Craig S. Miles de la oficina de abogados King & Spalding, de Houston, Estados Unidos, así como por los señores Guido Santiago Tawil, Alix M. Martínez y la señora Silvia M. Marchili de la oficina de abogados M. & M. Bomchil, de Buenos Aires, Argentina. Los señores Bishop y Tawil se dirigieron al Tribunal en nombre de las Demandantes. Por su parte, la República Argentina estuvo representada por las señoras Cintia Yaryura y Ana Badillos, así como por el señor Ignacio Pérez Cortés de la Procuración del Tesoro de la Nación Argentina. Todos ellos se dirigieron al Tribunal en nombre de la República Argentina.

7. Durante la audiencia, el Tribunal también hizo preguntas a las partes de conformidad con la Regla 32(3) de las Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje del Centro (“Reglas de Arbitraje”).

La controversia entre las partes

8. Como ya se ha señalado, ésta es la segunda controversia entre Enron Corporation y Ponderosa Assets L. P. y la República Argentina que se presenta a este Tribunal. La primera diferencia se refería a los impuestos de sellos aplicados por las provincias argentinas, y el Tribunal se declaró competente en su decisión del 14 de enero de 2004 (Enron Corporation y Ponderosa Assets, L. P. c. República Argentina, decisión relativa a los impuestos de sellos). La presente diferencia es una demanda adicional que surge de la negativa del Gobierno de Argentina de permitir ajustes de las tarifas con arreglo al índice de precios al productor de los Estados Unidos (“IPP”) y de la promulgación de la Ley No. 25.561, que invalidó los ajustes basados en el IPP y el cálculo de las tarifas en dólares de los Estados Unidos de América. Según la argumentación de las Demandantes, estas medidas violan el compromiso contraído con el inversionista en el marco del Tratado.

9. El grado de participación de las Demandantes en la privatización del sector del gas en Argentina se ha explicado en la decisión relativa a los impuestos de sellos y no se repetirá en esta ocasión. Tampoco se volverán a explicar las distintas disposiciones sobre la tenencia de acciones ni las sociedades establecidas para ese fin. No obstante, el Tribunal señala que ha continuado la controversia entre las partes acerca de las transferencias de tenencia de acciones relacionadas con la participación de Enron en Transportadora de Gas del Sur Sociedad Anónima (“TGS”) y en sociedades conexas.

10. La República Argentina ha pedido que Enron explique esas tenencias y transferencias y las Demandantes han presentado al Tribunal y a Argentina diversos documentos a tal efecto. El Tribunal considera que desde que se emitió la decisión relativa a los impuestos de sellos las disposiciones relativas a la tenencia de acciones no han cambiado, o que no lo han hecho de manera significativa. Obviamente, en caso de que esas situaciones cambiaran, el Tribunal lo tomará debidamente en cuenta. Las Demandantes se han comprometido a informar inmediatamente al Tribunal sobre cualquier cambio a este respecto.

La emergencia económica de Argentina.

11. Una parte considerable de los argumentos de la República Argentina y de los documentos presentados en esta controversia tratan sobre la situación de emergencia social y económica que ha afectado a ese país.

Reclamo del inversor. Incumplimiento Argentino. Derecho violado. Defensa Argentina. Ley N° 25.561. Estudios, abogados y peritos intervinientes

12. Aunque la mayor parte de esas cuestiones corresponden al fondo de la diferencia, el Tribunal está consciente de esa situación y toma debida nota de ella. En esta fase sólo es pertinente concluir, como se hizo en el caso CMS Gas Transmisión Company c. República Argentina (“CMS”) (1), que la función del Tribunal no es estudiar medidas de política económica general ni decidir si éstas son correctas o incorrectas. Su único deber consiste en examinar oportunamente “si medidas específicas que afectan la inversión del Demandante, o medidas generales de política económica que tienen una relación directa con esa inversión, han sido adoptadas en contravención a los compromisos jurídicamente obligatorios adquiridos con el inversionista mediante los tratados, la legislación o los contratos”.

13. El Tribunal señala asimismo que si bien Argentina considera que la presente demanda abarca dos diferencias distintas, una relativa al IPP y otra sobre las medidas legislativas de emergencia, en opinión de la Demandante la controversia se refiere exclusivamente a una serie de medidas que han ido evolucionando y han acabado por afectar los derechos del inversionista.

Excepciones a la competencia planteadas por Argentina

14. Como ocurrió en el caso de la controversia relativa a los impuestos de sellos, la República Argentina ha planteado cinco excepciones a la jurisdicción del Centro y a la competencia del Tribunal. La primera de ellas es que la Demandante carece de ius standi porque la controversia se refiere a derechos contractuales pertenecientes a TGS y no a las Demandantes. En segundo lugar, una demanda indirecta como la que plantean las Demandantes viola el Artículo 25(2)(b) del Convenio. En tercer lugar, la controversia no surge directamente de una inversión, como lo exige el Artículo 25(1) del Convenio. En cuarto lugar, la existencia de una cláusula de elección de foro en el contrato prevalece sobre cualquier otro foro. Y en quinto lugar, la controversia ya se ha presentado a los tribunales nacionales de Argentina.

15. Puesto que estos argumentos ya se estudiaron en la decisión relativa a los impuestos de sellos, y que en la presente diferencia la situación es la misma, el Tribunal los abordará brevemente y dedicará más atención a ciertos aspectos a los cuales la República Argentina concede especial importancia en relación con esta controversia específica.

Excepción a la competencia basada en la falta de ius standi y cuestiones conexas

16. En primer lugar la República Argentina plantea una excepción a la competencia del Tribunal basándose en que las Demandantes carecen de ius standi porque solamente TGS tiene derecho a presentar demandas en tanto que sociedad. Este aspecto se plantea como una cuestión de admisibilidad.

17. Argentina sostiene que los accionistas no pueden presentar demandas independientemente de la sociedad, ni siquiera de forma proporcional a su propio interés, ya que se trataría de una demanda indirecta. Argentina argumenta que ni en la legislación argentina ni en el derecho internacional la personalidad jurídica de una sociedad permite que sus accionistas presenten demandas indirectas. En los casos en que esto se ha permitido ha sido siempre con arreglo a disposiciones explícitas de carácter excepcional. Si bien una inversión en acciones podría considerarse protegida por el Tratado, sólo será así cuando las acciones se hayan visto afectadas como tales por medidas del Gobierno del país donde se ha realizado la inversión.

(de tenerse acceso a la información). Laudo del CIADI. (Debemos enfatizar que el acceso a la información es restringido hasta el Laudo). Por ello hemos comenzado por el caso Enron transcripto en las citas.

18. No obstante, en opinión de las Demandantes, el Tratado permite en forma específica que los inversionistas entablen acciones en relación con sus inversiones, y no hay en el derecho internacional ninguna disposición que impida el ejercicio de ese derecho. Su demanda es independiente de cualquier demanda que TGS pueda presentar como propietaria de la licencia.

19. También en este caso las partes se han referido al significado de los casos Barcelona Traction Light and Power Company, Limited (“Barcelona Traction”) (2) y Elettronica Sicula, S.p.A. (“ELSI”) (3) en la medida en que estas decisiones reflejan el derecho consuetudinario internacional. La legislación de Argentina también se ha estudiado en este contexto. En particular, las Demandantes argumentan que el Tratado no requiere que las Demandantes controlen TGS y que en diversos casos del CIADI se ha confirmado el derecho de los inversionistas a presentar demandas en su propio nombre (4).

20. En la decisión relativa a los impuestos de sellos ya se examinó también la justa preocupación de Argentina por la posibilidad de que sucesivas demandas de accionistas minoritarios que invierten en sociedades que a su vez invierten en otras sociedades acabara generando demandas que sólo estuvieran remotamente relacionadas con las medidas que se cuestionan. No obstante, como ya explicó el Tribunal en ese caso, esta cadena está claramente limitada en la medida en que la cláusula de consentimiento al arbitraje solamente se refiere a inversionistas concretos (5).

21. Las opiniones de las partes también son diferentes en lo que respecta a la segunda y la tercera excepción a la competencia planteadas por Argentina. La cuestión de las demandas indirectas es inseparable de la conclusión relativa al *ius standi*: si se determina que los inversionistas minoritarios pueden presentar demandas, esa determinación incluye, por definición, a inversionistas cuya participación podría describirse como indirecta. La relación de esta cuestión con el Artículo 25(2)(b) del Convenio se tratará más adelante.

22. La cuestión de si la controversia surge directamente de una inversión está relacionada con la cuestión relacionada de cuáles son exactamente los derechos del inversionista de acuerdo con lo establecido en el Tratado. El hecho de que tanto los accionistas mayoritarios como los minoritarios puedan presentar demandas se debe a que son inversionistas protegidos en el marco del Tratado. Este elemento regirá la conclusión relativa a si la diferencia surge directamente de una inversión.

Excepción a la competencia basada en la existencia de una cláusula contractual de elección de foro y en la presentación de la controversia a los tribunales nacionales

23. Otras dos excepciones planteadas por la República Argentina se refieren a la cuestión de la existencia de una cláusula de elección de foro en el contrato de licencia y a la cuestión conexa de si la diferencia se sometió a los tribunales del país.

Argentina considera que la cláusula de elección de foro presente en el contrato, que asigna competencia exclusiva a los tribunales administrativos de Buenos Aires, es la que prevalece. Se argumenta que en ese contrato las Demandantes son una tercera parte sin derecho a emprender acciones independientemente. Además, se argumenta que TGS presentó recurso contra las medidas relativas al IPP y sometió otros aspectos de la controversia a los tribunales administrativos.

DESARROLLO:

L. Yves Forfier en artículo publicado por el Boletín de la CIADI,¹⁸ si bien hace referencia a inversores en el marco del NAFTA, prudentemen-

24. Las Demandantes rechazan esas conclusiones y opinan que las disposiciones contractuales relativas a la elección de foro no excluyen la jurisdicción del CIADI cuando se trata de una demanda basada en el Tratado (6). Además, las Demandantes argumentan que no han recurrido a ningún tribunal de Argentina y que las posibles acciones emprendidas por TGS no impiden que las Demandantes recurran al arbitraje del CIADI, como se determinó en los casos *Alex Genin and others v. Republic of Estonia* (“Genin”) (7) y *CMS* (8).

Las conclusiones del Tribunal en materia de competencia

25. El Tribunal está de acuerdo con la opinión que la República Argentina expresó en la audiencia sobre competencia celebrada respecto de la presente controversia, en el sentido de que las decisiones de los tribunales del CIADI no constituyen precedentes vinculantes y de que cada caso debe examinarse a la luz de sus propias circunstancias. Ésta fue también la conclusión alcanzada por el Tribunal en la decisión sobre la demanda relativa a los impuestos de sellos (9). Sin embargo, las cuestiones fundamentales planteadas por las partes en relación con la competencia en el presente caso no son en realidad diferentes de las planteadas en casos anteriores.

Por ello, las conclusiones del Tribunal siguen la misma línea de razonamiento, no porque existan precedentes vinculantes sino porque las circunstancias de los distintos casos son comparables, y en algunos aspectos idénticas.

26. Debido a que la presente demanda es una demanda subordinada a la relativa a los impuestos de sellos, el Tribunal podría haberse basado en las conclusiones sobre competencia que se emitieron en esa decisión y hacerlas valer también en la presente diferencia adicional. No obstante, el Tribunal ha querido examinar de nuevo los argumentos relativos a la competencia formulados por la República Argentina y las opiniones de las Demandantes sobre esta materia. De hecho, las partes no han planteado ningún argumento nuevo a este respecto y, por lo tanto, el Tribunal considera que no hay base para cambiar ninguna de las conclusiones ya alcanzadas en el caso de la demanda relativa a los impuestos de sellos.

27. El Tribunal está convencido de que también en este caso las Demandantes tienen *ius standi* para presentar demandas independientemente, puesto que son inversionistas protegidos con arreglo a lo estipulado en el Tratado (10). El derecho de las Demandantes a entablar acciones independientemente está firmemente establecido en el Tratado y no hay razones para sostener lo contrario en relación con la presente controversia. Esta situación tampoco es contraria al derecho internacional ni a la práctica y decisiones del CIADI.

28. Los inversionistas extranjeros, como las Demandantes, fueron invitados específicamente a participar en el proceso de privatización, se establecieron en Argentina diversas sociedades para ello y las inversiones se canalizaron hacia TGS mediante esta red de estructuras corporativas. Es indefendible intentar disociar ahora a TGS de esas otras sociedades e inversionistas y argumentar que las Demandantes no tienen *ius standi*. Éste es uno de los aspectos esenciales del Tratado y de la protección que ofrece a los inversionistas extranjeros.

29. La letra y el espíritu del Tratado son claros en que se refiere a brindar también esa protección a los accionistas minoritarios o indirectos. El Tribunal destaca asimismo que

te expresó en un taller sobre “The Emerging Law of Foreign Investment: Substantive Issues Arising under NAFTA and BITS” realizado en Washing-

la definición de inversión con arreglo a lo dispuesto en el Artículo I (1)(a) del Tratado se refiere expresamente a la propiedad o el control directos o indirectos por parte de extranjeros:

a) “inversión” significa todo tipo de inversión, tales como el capital social, las deudas y los contratos de servicio y de inversión, que se haga en el territorio de una Parte y que directa o indirectamente sea propiedad o esté controlada por nacionales o sociedades de la otra Parte, y comprende, entre otros: (...)

ii) sociedades, acciones, participaciones u otros intereses en sociedades o intereses en sus activos;

30. Ésta es la definición en que se basa todo el examen de la controversia. Es evidente que esa definición abarca la canalización de inversiones a través de sociedades constituidas en el país, especialmente cuando ello es obligatorio en virtud de las propias disposiciones legales que rigen el proceso de privatización en Argentina. No sólo se requería que TGS fuera una sociedad argentina, sino también que las sociedades de inversiones se hubieran constituido en Argentina.

31. Ante esta disposición tan explícita, el Tribunal sólo puede concluir que las inversiones indirectas están protegidas específicamente por el Tratado.

32. Además, la interpretación del Tribunal es acorde con las normas que rigen la interpretación de los tratados estipuladas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969. El Artículo 31.1 de esa Convención estipula que “Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin”. También el Artículo 32 se refiere al recurso a medios complementarios de interpretación, incluidos “los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración”. No hay duda de que el Tratado se celebró con la finalidad específica de garantizar los derechos de los inversionistas extranjeros y promover su participación en el proceso de privatización.

En vista del texto explícito del Tratado y de su finalidad y objeto, ni siquiera es necesario recurrir a medios complementarios de interpretación, como los trabajos preparatorios, lo cual sólo sería necesario si no hubiera suficientes elementos de interpretación en virtud de la norma estipulada en el Artículo 31 de la Convención.

Las diferencias con el caso *Mondev*

33. La República Argentina ha invocado algunos casos recientes para solicitar que los tribunales del CIADI sean coherentes en sus decisiones.

El Tribunal examinará esos casos a fin de apreciar su significado y su alcance reales.

34. El primer caso que invoca la República Argentina para tal efecto es *Mondev International Ltd. v. United States of America* (“*Mondev*”) (11). En este caso, se argumentó correctamente que los Estados Unidos adoptaron el criterio de que los accionistas no pueden presentar demandas de conformidad con lo establecido en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (“TLCAN”) por daños que pueda haber sufrido la sociedad de la que son accionistas. Asimismo, el Artículo 1139 del TLCAN se refiere a la propiedad y al control directos o indirectos de las inversiones. Se argumenta que esta misma interpretación debería ser la que adoptara este Tribunal, especialmente por el hecho de que los Estados Unidos son parte en el Tratado.

ton DC en Enero de 2003, que los inversores deben ser advertidos que el derecho de las inversiones extranjeras es un “emergente”. Con lo cual

35. No obstante, en el caso *Mondev* la conclusión que alcanzó el Tribunal fue distinta. Tras explicar el argumento de *Mondev* en el sentido de que la frase “que directa o indirectamente sea propiedad o esté controlada” se adoptó específicamente para evitar los problemas relativos a la legitimidad de los accionistas que planteaba la decisión del caso *Barcelona Traction*, el Tribunal concluyó:

“En opinión del Tribunal, *Mondev* puede, en efecto, demostrar que ha sufrido pérdidas o daños debido a las decisiones respecto de las cuales ha presentado demanda, incluso si la propia empresa también sufrió las pérdidas o daños... Por estas razones, el Tribunal concluye que *Mondev* está legitimado para presentar su demanda...” (12).

36. La República Argentina plantea un argumento similar en relación con la opinión expresada en el mismo sentido por los Estados Unidos en el caso *GAMI Investments Inc. v. United Mexican States* (“*Gami*”) (13), un caso que hasta la fecha todavía no se ha decidido.

37. No obstante lo anterior, el Tribunal debe señalar que, como también se indicó en la decisión sobre la demanda relativa a los impuestos de sellos (14), el aspecto más innovador del CIADI y de otros sistemas cuya finalidad es proteger las inversiones extranjeras es precisamente que los derechos de los inversionistas han dejado de estar sujetos a consideraciones políticas y de otro tipo de sus gobiernos, como ocurría en el antiguo régimen de protección diplomática, una situación que producía con frecuencia injerencias en esos derechos. Actualmente los inversionistas pueden presentar demandas al margen de la opinión de sus gobiernos.

38. El Tribunal señala asimismo que la Corte Suprema de los Estados Unidos sostuvo recientemente, en el contexto de la ley sobre inmunidad soberana de los Estados Unidos, que cuando la legislación se refiere a la propiedad directa de acciones debe entenderse que se refiere a la propiedad de una mayoría de las acciones y a los requisitos formales de una estructura corporativa, pero que cuando se refiere a la propiedad indirecta ello significa que los accionistas minoritarios también disfrutaban de ciertos derechos y que la estructura corporativa formal deja de ser el criterio rector. En relación con la expresión “propiedad directa e indirecta” utilizada en otras leyes, la Corte afirmó que:

“Cuando la intención del Congreso es referirse a la propiedad en un sentido distinto del formal, sabe cómo hacerlo” (15).

39. La definición de inversión adoptada en tratados bilaterales sobre inversiones es un ejemplo claro de protección de los accionistas minoritarios y no hay duda de que el Senado de los Estados Unidos no lo ignoró.

Esta decisión de la Corte Suprema de los Estados Unidos probablemente debería tener más peso en cuanto a la opinión de los Estados Unidos sobre la propiedad indirecta que la expresada por la representación letrada de ese Gobierno en casos de arbitraje.

Las diferencias con el caso *Vacuum Salt*

40. La República Argentina también ha instado a este Tribunal a ser coherente con lo que se decidió en un caso anterior del CIADI, el de *Vacuum Salt Products Ltd. v. Republic of Ghana* (“*Vacuum Salt*”) (16). El Tribunal ha examinado ese caso con el mayor interés para ver si de hecho contenía algo que sugiriera la necesidad de que este Tribunal adoptara una conclusión distinta de la que adoptó en su decisión sobre la demanda relativa a los impuestos de sellos.

está todavía muy “sujeto a mudanzas, cambios y alteraciones”¹⁹. Ello implicaría reconocer a la vez, la inseguridad de una inversión en tales países, y por ello la necesidad de los TIBs.

41. En ese caso, el Tribunal se ocupó de la interpretación del Artículo 25(2)(b) del Convenio en relación con el significado de la expresión “control extranjero”. Ese Artículo estipula que las personas jurídicas que tengan la nacionalidad de un Estado Contratante parte en la diferencia pueden optar por la jurisdicción del CIADI cuando “las partes hubieren acordado atribuirle tal carácter, a los efectos de este Convenio, por estar sometidas a control extranjero”. En la decisión se afirmó que debido a que no existía un acuerdo de ese tipo, la Demandante no podía acceder a la jurisdicción del CIADI.

42. La República Argentina es de la opinión que ocurre lo mismo en el presente caso, ya que no ha habido ningún acuerdo para tratar a cualquiera de las sociedades argentinas interesadas como nacionales de otro Estado Contratante en función del control extranjero de esas sociedades.

43. Estos argumentos no resultan convincentes para este Tribunal por dos razones. La primera es que Vacuum Salt fue en todo momento una sociedad constituida de conformidad con el Código de Sociedades de Gana de 1963. No había ningún contrato de inversión extranjera ni relación alguna con una ley sobre inversiones extranjeras. En esa sociedad solamente había un accionista minoritario de nacionalidad griega.

44. En el presente caso la situación es completamente diferente. Hay inversionistas extranjeros concretos, que fueron invitados por el Gobierno de Argentina a participar en el proceso de privatización y a quienes se obligó a constituir sociedades locales para canalizar sus inversiones. En todo momento se trató de una operación de inversión extranjera.

45. Además, hay una segunda razón todavía más poderosa por la que este Tribunal está convencido de que el caso Vacuum Salt era totalmente diferente y no se puede comparar con el presente caso en forma alguna. No había ningún tratado bilateral sobre inversiones y, en consecuencia, no había una definición específica de inversión disponible.

46. La disposición del Artículo 25(2)(b) permite que las sociedades constituidas en un país recurran al arbitraje del CIADI siempre y cuando exista un acuerdo en ese sentido. Tal acuerdo sería normalmente el resultado del Tratado. Esto es lo que el Tribunal explicó en el caso CMS al afirmar que:

“La referencia que hace el Artículo 25(2)(b) al control extranjero en cuanto a tratar una sociedad de la nacionalidad del Estado que es Parte Contratante como nacional de otro Estado Contratante está precisamente dirigida a favorecer el acuerdo entre las partes, evitando así que la personalidad jurídica de la sociedad pudiese interferir con la protección de los intereses reales asociados a la inversión. El mismo resultado se puede alcanzar mediante las disposiciones del TPPI, donde el consentimiento puede incluir accionistas que no son controladores o que son minoritarios” (17).

Demandas presentadas al amparo de un contrato y al amparo de un tratado

47. Las excepciones a la competencia presentadas por la República Argentina involucran diversos aspectos relacionados con las demandas presentadas al amparo de un contrato y al amparo de un tratado. En particular se argumenta que la cláusula de elección de foro incluida en el contrato de licencia y la supuesta presentación de demandas a tribunales

Precisamente el derecho de las inversiones extranjeras se ve afectado por los ciclos económicos, de crecimiento y expansión o no, de políticas

argentinos son distintas e independientes de las demandas presentadas al amparo del Tratado, que son inaceptables por falta de *ius standi* y argumentos conexos.

48. Muchos tribunales han tenido que ocuparse de la diferencia entre las demandas basadas en contratos y las demandas basadas en tratados, como demuestran los casos *Lauder* (18), *Genin* (19), *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal c. República Argentina* (“*Aguas del Aconquija*”) (20), *CMS* (21) y *Azurix* (22), así como los Comités de Anulación en los casos *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal c. República Argentina (Procedimiento de Anulación)* (“*Vivendi*”) (23), y *Wena Hotels Limited v. Arab Republic of Egypt* (“*Wena*”) (24). Los casos *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan* (“*SGS c. Pakistán*”) (25) y *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines* (“*SGS c. Filipinas*”) (26) son otros dos ejemplos recientes de esta controversia.

49. La distinción entre estos tipos diferentes de demandas se basa en parte en el requisito de la triple identidad. Cuando en una controversia hay identidad de las partes, del objeto y de la causa de la acción (27), puede considerarse que se trata de una controversia en la que es virtualmente imposible separar las cuestiones relativas al contrato de las cuestiones relativas al tratado y obtener de esa distinción una conclusión acerca de la competencia.

50. No obstante, como afirmó el Comité de Anulación en el caso *Vivendi*, “Una causa de pedir bajo un tratado no es lo mismo que una causa de pedir bajo un contrato; requiere una demostración clara de conducta que en las circunstancias es contraria a la norma relevante del tratado” (28). En el caso *CMS* el tribunal también sostuvo, al referirse a este tipo de decisiones, que “debido a que las reclamaciones de carácter contractual son diferentes de las reclamaciones bajo un tratado, aún cuando hubiese habido o actualmente haya un recurso ante los tribunales nacionales por violación del contrato, ello no impediría someter reclamaciones a arbitraje en los términos del tratado” (29).

51. En el presente caso, aunque es indudable que hay cuestiones relativas al contrato entre las partes, la esencia de las demandas, como en el caso de la demanda relativa a los impuestos de sellos, se refiere a presuntas violaciones de los derechos reconocidos en el Tratado.

Puesto que el Tribunal ha concluido que no hay razones para alterar las conclusiones sobre competencia alcanzadas en la decisión sobre la demanda relativa a los impuestos de sellos, la distinción entre las demandas basadas en un contrato y las basadas en un tratado pierde en gran medida su importancia en la presente etapa de este caso.

Decisión

52. Por las razones antes expuestas, el Tribunal decide que la presente controversia se encuentra dentro de la jurisdicción del Centro y de la competencia del Tribunal. En consecuencia, se ha dictado la resolución necesaria para la continuación del procedimiento de conformidad con la Regla de Arbitraje 41(4).

Así queda acordado. - Francisco Orrego Vicuña (Presidente del Tribunal). - Héctor Gros Espiell (Arbitro). - Pierre-Yves Tschanz (Árbitro). - Claudia Frutos-Peterson (Secretaria del Tribunal).

(1) *CMS Gas Transmission Company c. República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/01/8), Decisión sobre jurisdicción del 17 de julio de 2003, párr. 33; ver también *Enron*

económicas, y de menor o mayor apertura de los Mercados, y como tal **todo inversor debe considerar el riesgo que ello implica**. Sin embargo, a la

Corporation y Ponderosa Assets, L.P. c. República Argentina (Caso CIADI No. ARB/01/3), Decisión sobre jurisdicción del 14 de enero de 2004, párrs. 29-30.

(2) Corte Internacional de Justicia, “Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited”, (Nueva Aplicación: 1962) (Bélgica c. España) (1962-1970).

(3) Corte Internacional de Justicia, “Elettronica Sicula, S.p.A.” (ELSI) (Estados Unidos de América c. Italia) (1987-1989).

(4) Lanco International, Inc. c. República Argentina (Caso CIADI No. ARB/97/6), Decisión del 8 de Diciembre de 1998; Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal c. República Argentina (Caso CIADI No. ARB/97/3), Laudo del 21 de Noviembre de 2000; Antoine Goetz and others v. Republic of Burundi (Caso CIADI No. ARB/95/3), Laudo del 10 de febrero de 1999; Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal c. República Argentina (Caso CIADI No. ARB/97/3), Decisión del procedimiento de anulación del 3 de julio de 2002; y CMS Gas Transmission Company c. República Argentina (Caso CIADI No. ARB/01/8), Decisión sobre jurisdicción del 17 de julio de 2003.

(5) Enron Corporation y Ponderosa Assets, L.P. c. República Argentina (Caso CIADI No. ARB/01/3), Decisión sobre jurisdicción del 14 de enero de 2004, párrs. 50-53.

(6) Lanco International, Inc. c. República Argentina (Caso CIADI No. ARB/97/6), Decisión del 8 de Diciembre de 1998; Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal c. República Argentina (Caso CIADI No. ARB/97/3), Laudo del 21 de noviembre de 2000; Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco (Caso CIADI No. ARB/00/4); Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal c. República Argentina (Caso CIADI No. ARB/97/3), Decisión del procedimiento de anulación del 3 de julio de 2002; Wena Hotels Limited v. Arab Republic of Egypt (Caso CIADI No. ARB/98/4), Decisión del procedimiento de anulación del 5 de febrero de 2002; y CMS Gas Transmission Company c. República Argentina (Caso CIADI No. ARB/01/8), Decisión sobre jurisdicción del 17 de julio de 2003.

(7) Alex Genin and others v. Republic of Estonia (Caso CIADI No. ARB/99/2), Laudo del 25 de junio de 2001.

(8) CMS Gas Transmission Company c. República Argentina (Caso CIADI No. ARB/01/8), Decisión sobre jurisdicción del 17 de julio de 2003.

(9) Enron Corporation y Ponderosa Assets, L.P. c. República Argentina (Caso CIADI No. ARB/01/3), Decisión sobre jurisdicción del 14 de enero de 2004, párr. 40.

(10) Azurix Corp. c. República Argentina (Caso CIADI No. ARB/01/12), Decisión sobre jurisdicción del 8 de diciembre de 2003, párrs. 62-63.

(11) Mondev International Ltd. v. United States of America (Caso CIADI No. ARB(AF)/99/2), Laudo del 11 de octubre de 2002.

(12) Id., párrs. 82-83.

(13) GAMI Investments Inc. c. Estados Unidos Mexicanos (Procedimiento bajo las reglas de arbitraje de TLCAN/UNCITRAL), Presentación de los Estados Unidos de América del 30 de junio de 2003.

(14) Enron Corporation y Ponderosa Assets, L.P. c. República Argentina (Caso CIADI No. ARB/01/3), Decisión sobre jurisdicción del 14 de enero de 2004, párr. 48.

hora de evaluar la seguridad jurídica debe tomarse en consideración la vigencia de las Leyes de inversiones extranjeras, los Tratados Internacionales y los TIB marco para los casos en análisis. Asimismo la correcta conceptualización de la terminología utilizada a la hora de explicitar, por ejem-

(15) *Dole Food Co. v. Patrickson*, Corte Suprema de los Estados Unidos, 123 S. Ct. 1655 (2003).

(16) *Vacuum Salt Products Ltd. v. Republic of Ghana* (Caso CIADI No. ARB/92/1), Decisión sobre jurisdicción del 16 febrero de 1994.

(17) *CMS Gas Transmission Company c. República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/01/8), Decisión sobre jurisdicción del 17 de julio de 2003, párr. 51.

(18) *Ronald S. Lauder v. Czech Republic*, Laudo final bajo las Reglas Uncitral, 3 de septiembre de 2001.

(19) *Alex Genin and others v. Republic of Estonia* (Caso CIADI No. ARB/99/2), Laudo del 25 de junio de 2001.

(20) *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal c. República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/97/3), Laudo del 21 de noviembre de 2000.

(21) *CMS Gas Transmission Company c. República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/01/8), Decisión sobre jurisdicción del 17 de julio de 2003.

(22) *Azurix Corp. c. República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/01/12) (LA LEY, 2004/03/31, 4), Decisión sobre jurisdicción del 8 de diciembre de 2003.

(23) *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal c. República Argentina* (LA LEY, 2001-A, 230; 2001-D, 15), (Caso CIADI No. ARB/97/3), Decisión del procedimiento de anulación del 3 de julio de 2002.

(24) *Wena Hotels Limited v. Arab Republic of Egypt* (Caso CIADI No. ARB/98/4), Decisión del procedimiento de anulación del 5 de febrero de 2002.

(25) *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan* (Caso CIADI No. ARB/01/13), Decisión sobre jurisdicción del 6 de agosto de 2003.

(26) *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines* (Caso CIADI No. ARB/02/6), Decisión sobre jurisdicción del 29 de enero de 2004.

(27) *Ronald S. Lauder v. Czech Republic*, Laudo final bajo las Reglas Uncitral, 3 de septiembre de 2001, párrs. 161 y 163.

(28) *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal c. República Argentina*, (Caso CIADI No. ARB/97/3), Decisión del procedimiento de anulación del 3 de julio de 2002, párr. 113.

(29) *CMS Gas Transmission Company c. República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/01/8), Decisión sobre jurisdicción del 17 de julio de 2003, párr. 80. Ver también *Azurix Corp. c. República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/01/12), Decisión sobre jurisdicción del 8 de diciembre de 2003, párr. 89. © **La Ley S.A.** 2004

¹⁸ NEWS FROM ICSID Vol. 20 N° 1, Summer 2003

¹⁹ The substantive meaning of many of the investor protection standards common to bilateral investment treaties (BITs) and other international trade and investment agreements is still “very much in flux”.

plo, si en un caso dado se está en presencia o no de una expropiación. Así la devaluación por sí misma no sería expropiatoria y de hecho el art. 11 del Convenio Constitutivo del Organismo Multilateral expresa:... “b) 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**”..

No obstante ello, la imposibilidad de adecuar por ejemplo, tarifas a costos y/o accesibilidad al financiamiento, por ejemplo, merece el análisis del caso en particular. Además, los reclamos que enfrenta Argentina deben ser objeto de una prolija recensión, ya que no en todos los casos se dará el supuesto que hemos fijado como premisa de esta investigación, esto es la posible violación de los TIBs en oportunidad de la crisis Argentina de 2001, y por ello elegiremos entre los reclamos por ante el CIADI, los específicos de la problemática a la que se ciñe el proyecto.

Nos proponemos revisar los casos identificados conforme las notas de páginas anteriores a los efectos de la investigación en curso. Es de destacar que el **caso ENRON** que incluimos en su totalidad, es sumamente representativo en tanto el CIADI ha tenido en consideración uno de los primeros TIBs firmados por Argentina (con EEUU en 1991), y hace referencia a sociedad constituida conforme la ley argentina, en la que las extranjeras tienen participación societaria, por exigencias de la licitación y a la que se les adjudicó un servicio público (distribuidora de gas natural). El tratado protege a los inversionistas extranjeros que canalizan sus inversiones a través de sociedades constituidas en la República.

MATERIALES Y METODOS

Recensión Bibliográfica, exegético y analítico.

1. BÚSQUEDA vía Internet de los Tratados y las demandas ante CIADI.

2. Análisis del Tratado cuya violación se invoca a la luz de la emergencia (Leyes 25713 y 25796-Decretos 214/02 y ccs) y la Ley 25.561.

3. Análisis de la demanda en sus fundamentos con relación al sistema jurídico argentino devenido luego de la crisis.

CRONOGRAMA

Se ha estimado desarrollar el proyecto durante el año 2005-2006.

Debido a la necesidad de búsqueda de copia de los documentos originales tanto de los tratados como de las posibles demandas, y la confidencialidad que tutela a la información sobre las mismas, se estima que la primera etapa puede demandar un plazo mayor del previsto inicialmente. Con posterioridad se procederá al análisis de los textos identificados y a la redacción del informe final, anticipando conclusiones.

IMPORTANCIA DEL PROYECTO

Consideramos que ante las especiales circunstancias por las que atraviesa la seguridad jurídica en nuestro país, la declamada necesidad de atraer inversiones, el carácter o no de economía emergente luego de la crisis, y la disputa internacional por atraer fondos para el crecimiento, el tema en análisis propuesto tiene suma relevancia.

Analizar si Argentina violó tratados internacionales puede conducir a conclusiones que podrían tenerse en consideración a la hora de la posible revisión de los Tratados, tanto en nuestro país como por los cocontratantes, así como a la hora de ponderar la posibilidad de atraer nuevos capitales.

CONCLUSIONES A LA FECHA DEL INFORME DE AVANCE DE LA INVESTIGACIÓN

1. Actualmente, las inversionistas Aguas de Barcelona y Suez²⁰ (cabe analizar si individualmente son socias minoritarias o si por la participación de una en la otra son mayoritarias en cuanto al negocio de que se trata) están evaluando retirarse del país. Aguas Cordobesas aparentemente quedaría, la pregunta es ¿por cuanto tiempo?.

2. A la fecha no ha sido posible identificar el quantum de los reclamos ya iniciados y si los mismos tienen posibilidades de prosperar. En el caso anterior, de retirarse, se aumentará.

3. A la fecha existe la posibilidad de que algunos reclamos hayan sido retirados, sin embargo no podemos en esta oportunidad identificarlos

²⁰ <http://ar.news.yahoo.com/050920/14/kr8u.html>....“El grupo Suez confirmó su salida de Aguas Argentinas. El Gobierno busca garantizar el servicio”, “habiendo constatado el fracaso de las negociaciones, que hubieran permitido restablecer el equilibrio económico-financiero de la concesión y preservar en forma duradera la calidad de los servicios, el directorio se vio obligado a proponer a la asamblea general extraordinaria, convocada para el 22 de septiembre, el inicio del proceso de rescisión del contrato”, dijo la empresa en un comunicado . “ El Gobierno ahora intenta mantener a Aguas de Barcelona como operador de la empresa, pero como al parecer seguiría los pasos de Suez, están buscando otros posibles interesados. Habría un fondo de inversión estadounidense y un grupo ...”

con certeza. La pregunta es si se retiraron por causa de derecho (ausencia de expropiación, por ejemplo) o en vistas de otras oportunidades y/o promesas de negocios.

4. Hasta el presente no cabe dudas que a prima facie persiste la duda sobre la seguridad jurídica en Argentina. Los Tratados TIBs identificados, que la Argentina firmara, ¿serán letra muerta?.

BIBLIOGRAFÍA

- AGENCIA MULTILATERAL DE GARANTÍA DE INVERSIONES (MIGA) Decreto 1863/1990
- AKINSANYA, ADEOYE, *International Protection of Direct Foreign Investments in the Third World*, 36 Int'l & Comp. L.Q. 58 (1987).
- AKSEN, GERALD, *The Case for Bilateral Investment Treaties, in Private Investment Abroad - Problems and Solutions in International Business* 357 (Southwestern Legal Foundation ed., 1981).
- BOMCHIL MÁXIMO, "El nuevo régimen de las Inversiones Extranjeras", La Ley 1994-A, pg. 732.
- CIADI INFORMES ANUALES.
- CIADI "Documentos Básicos" Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, Wash. 1985.
- CIADI, "Modelos de cláusulas", 1993.
- FORFIER L.YVES CC., DC, "CAVEAT INVESTOR: THE MEANING OF "EXPROPRIATION" AND THE PROTECTION AFFORDED INVESTORS UNDER NAFTA".
- GÓMEZ DE LA LASTRA, MANUEL C. "EL organismo Multilateral de Garantía de Inversiones" (MIGA), La Ley 1991-B pg 819
- CSID, "Cases" International Centre for settlement of Investment Disputes. 1993
- ICSID, "1994 Annual report" International Centre for Settlement of Investment Disputes, 1994.
- Informe anual 2004 del CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A
- INVERSIONES en http://www.worldbank.org/icsid/pubs/1998ar/2004_icsid_ar_sp.pdf
- LAVIEC, JEAN-PIERRE, *Protection et promotion des Investissements* (1985).
- LEICH, MARIAN NASH, *International Economic Law: Bilateral Investment Treaties*, 80 AJIL 948 (1986).
- Organization of American States, Compendium of Bilateral Investment Treaties in the Western Hemisphere (1995).
- UNITED NATIONS CENTRE on Transnational Corporations, Bilateral Investment Treaties, UN, New York, 1988-1992.
- YMAZ VIDELA, ESTEBAN M., "Protección de Inversiones Extranjeras-Tratados Bilaterales- Sus efectos en las contrataciones Administrativas", La Ley, Marzo 1999, Pcia. De Bs.As.

MARÍA CRISTINA MERCADO DE SALA - MARÍA VALERIA SALA MERCADO

Páginas web

<http://www.miga.org/>

<http://www.iadb.org/>

<http://www.inversiones.gov.ar/como.htm>

<http://spanish.iic.int/home.asp?flashInstalled=yes>

<http://www.forumdecomercio.org/>

Normativa

Convenio Constitutivo del FOMIN Ley 24361

Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y
Nacionales de otros Estados Ley 24353

Convenio Constitutivo de CII Ley 23255

Ley de Inversiones Extranjeras Ley 24382

Protocolo de Colonia para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones en
el MERCOSUR Ley 24891

REGULACIÓN DE LOS CONTRATOS DE COLABORACIÓN EMPRESARIA

*por Efraín Hugo Richard**

Resumen: Se agitan cambios en torno a los contratos de colaboración empresarial introducidos hace veinte años en nuestra legislación por la reforma del año 1983 a la ley 19.550, a través del art. 384 del Proyecto 2005 de reformas a la ley de sociedades –antes art. 383 bis del Anteproyecto del 2003-, con profundas modificaciones y además del nuevo tipo incorporado por la reciente ley n° 26005 (Consortio de Cooperación).

Ello impone una investigación jurídica para asegurar la congruencia de nuestra legislación en torno a ese aspecto de las relaciones de organización.

Palabras Claves: contratos asociativos - consorcio - cooperación – organización.

1. EL MARCO NORMATIVO

Las relaciones de organización vienen invadiendo un sistema creado bajo las relaciones de cambio. Los acreedores de un contrato bilateral, se vuelven partícipes de una relación de fideicomiso de garantía, ingresando en una relación plurilateral, con normas que imponen actos colectivos colegiales; los centros de imputación antes reservados; a la personalidad jurídica o a los privilegios, ahora se multiplican con subordinación –en caso de aportes, ciertas deudas, extensión de quiebra, etc., patrimonialización

* Abogado y Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad Nacional del Litoral, 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.

—en fideicomisos, sociedad unipersonal, sociedades de cómodo, etc—, y porque no refiriéndose a bonistas, obligacionistas, debenturistas, con reuniones colegiales colectivas, además de proyectos o anteproyectos en torno a personificación de sociedades no ostensibles.

El estricto marco de los contratos de colaboración empresaria típicos UTE y ACE, al que agregamos el de cuentas en participación o sociedad accidental, que no limitan la autonomía de la voluntad para generar otros, y al que se agrega ahora el contrato de consorcio de cooperación, se encuentra alterado por apreciaciones doctrinario-impositivas, que responden más a un uso antifuncional de esas figuras, exorbitándolas antes de arriesgarse a configurar otras¹.

2. AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD.

Es todo un tema de investigación determinar si la autonomía de la voluntad se encuentra acotada para pergeñar contratos de colaboración empresaria con finalidad común sin tipicidad normativa, y de aceptarse libertad los alcances de la configuración contractual. Un tema que agrega conflicto son los efectos de la falta de inscripción de los contratos normados, y si otros también deben inscribirse.

En el buceo sobre formas de organización empresaria, Raúl Aníbal ETCHEVERRY en el valioso artículo *El veneno para ratas, la petrolera extranjera y el concepto de sociedad en la legislación argentina*² alerta sobre los riesgos de la seguridad jurídica de contratantes y de terceros cuando resulta difícil catalogar un contrato atípico. Pese a que se declamaba la libertad para concertar negocios de participación fuera de los dos negocios típicos: agrupamiento de colaboración y unión transitoria de empresas; por el otro se generaba un marco de inseguridad haciendo sospechosos de ser sociedades de hecho a esos negocios participativos atípicos³, inclusive a la

¹ Nto. *Unión transitoria de empresas, ¿sujeto de derecho? (en torno a un curioso fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación)* en Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Suplemento Lexis Nexis Jurisprudencia Argentina 27 de agosto de 2003, JA 2003-III, suplemento del fascículo n. 9 pág. 5 y ss..

² En *La Información*, abril 1993, congruente con su ponencia al I Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa y nuevamente en Libro Colectivo en homenaje al Dr. Raymundo L. Fernández “Derecho empresario actual”, Ed. Depalma, Buenos Aires 1996, a pág. 291 *Modelo de contrato de colaboración para el Mercosur y Sudamérica*.

³ Cfme. PALMERO, Juan Carlos “Régimen de participación de las sociedades por acciones” en *Anomalías societarias*, libro colectivo de nuestra dirección, Ed. Advocatus, Córdoba 1992, p. 123, esp. p. 130.

llamada “sociedad” en participación. Se extendía el marco de la sociedad de hecho en forma excesivamente genérica, confundiéndola en muchos casos con negocios participativos, incluso haciendo alcanzar a éstos la prohibición del art. 30 L.S.⁴.

El tema se agrava en cuanto se consideren contratos de agrupamiento de colaboración típicos que exceden los marcos regulatorios del derecho argentino, los que podrían ser incorporados a las mismas apreciaciones ya formuladas: sociedad de hecho o sociedad atípica, pero con el art. 383 bis proyectado, una sociedad atípica podría encubrirse en un contrato inscripto.

Esa autonomía de la voluntad declarada aparece limitada en el derecho societario por la tipicidad de segundo grado⁵, pues generándose un nuevo ente *-limitación de la autonomía como generadora del acto-* se aplican al ente la ley de su constitución o domicilio -conforme al sistema legal, en vez de la ley que puedan elegir las partes en las relaciones de cambio.

En el derecho societario, que debería tratar de las sociedades en sentido estricto⁶ se advierten dos límites a la generación de preceptos por la autonomía de la voluntad: uno general vinculado a no afectar derechos de terceros, dentro del marco de los arts. 1195, 1197 y 1198 C.C., el otro en no afectar la tipicidad societaria, conforme las previsiones del art. 17 LS⁷. Como recuerda Mosset Iturraspe⁸ en el Proyecto de Unificación de 1987 “quedan involucrados en la noción amplia de sociedad”, lo que se repite en

⁴ La ley uruguaya ha superado esta cuestión, no conteniendo norma alguna limitativa en similar sentido. La doctrina que interpretaba al art. 30 L.S. como alcanzando a la “sociedad” en participación dentro de la prohibición, mezclaba sistemas: el alemán donde el concepto amplio de sociedad abarcaba al negocio en participación, introduciéndolo en el sistema argentino que concibe la sociedad con un concepto estricto, siempre personificado. Cfme. nuestros trabajos: *Personalidad de las sociedades civiles y comerciales, tipicidad e inoponibilidad de la personalidad jurídica como extensión de la responsabilidad de socios o controlantes en el derecho argentino* en Revista de Derecho Mercantil, N^{tos} 193-4, Madrid, 1989, p. 851 y ss.. El Anteproyecto 2003 de reformas a la ley societaria argentina modifica dicho art. 30 ley 19550.

⁵ Cfme. Nto. con MUIÑO, Orlando *Derecho Societario*, Ed. Astrea, Buenos Aires 1997, pág. 58.

⁶ Nto. *Organización asociativa*, Editorial Zavalía, pág. 108 y ss..

⁷ Dentro de nuestro derecho vigente, impregnado de aspectos publicísticos que son abortados en todas las soluciones de reforma, particularmente en la prevista en el Proyecto de reformas a la ley de sociedades por la Comisión Federal, en el seno de la Cámara de Diputados.

⁸ *Contratos de colaboración empresaria* en Revista de Derecho Privado y Comunitario, pág. 27.

el Anteproyecto de 2003 y aún en el Proyecto del 2005 de Reformas a la Ley de Sociedades y Contratos de colaboración empresaria.

O sea que no existe limitación a la autonomía de la voluntad para la creación de negocios *asociativos no personificados como género ni para los de colaboración con finalidad común como especie*. El actual límite para realizar ciertos negocios societarios no debe confundirse con la autonomía de la voluntad como *autorreguladora de efectos de ese negocio entre las partes contratantes*.

3. CONTRATOS DE COLABORACION EMPRESARIA.

En todo lo concerniente a los contratos de colaboración y sociedades se generan ciertas perplejidades a un método de trabajo fijado por las relaciones de cambio. Las instituciones del derecho privado se forjaron en orden a las relaciones bilaterales (aún cuando las partes fueran plúrimas). La asunción de la relación, la imputabilidad real del acto, la asunción de responsabilidad, los aspectos impositivos, el afrontar las contrataciones en masa son diversas técnicas dentro de un método de cambio o de mercado. Pero cuando existe una sociedad, esa relación aparece complejificada por la interacción no sólo del nuevo sujeto, sino de los administradores, socios y terceros. La cuestión debe ser encarada con método diferente, de empresa o de organización⁹. El tema está íntimamente ligado a como se organiza un sistema jurídico, sea bajo un sistema de mercado -relaciones de cambio-, o en un sistema de empresa, que halla su expresión en las diversas formas asociativas y de colaboración¹⁰.

Así aparecen, ante la indefinición doctrinaria sobre que es contratos de colaboración empresaria, comprometidos los siguientes vocablos o expresiones:

Contratos de colaboración, cooperación, colaboración empresaria, asociativo, plurilateral, afiliación, coordinación, administración de explo-

⁹ III Jornadas Nacionales de Profesores de Derecho, Buenos Aires, 30 junio y 1º de julio de 1994, organizadas por la Universidad Notarial Argentina, en Comisión de Estudio Nº 3: El Derecho del Consumidor, comunicación denominada *Las sociedades y la alteración en forma habitual de los derechos del consumidor*.

¹⁰ *Las cuentas en participación* por María Asunción Gual Dalmau, Ed. Civitas, 1a. Ed. 1993. En las Segundas Jornadas de Derecho Civil, celebradas en Mendoza en abril de 1991, recuerda Mosset Iturraspe en el trabajo que venimos citando a reiteración –pág. 27- la Comisión nº 1 titulada “Los contratos de dominación y colaboración empresaria” aprobó por unanimidad “1. Son contratos de colaboración los que tienen por finalidad la consecución de un propósito común. No son confundibles con los de cambio”.

tación, empresa, grupo, joint venture, agrupamiento de colaboración, unión transitoria de empresas, consorcio (no de propietarios), empresas unidas o coaligadas, red policorporativa, empresa como red de contratos, etc.... La expresión contrato de colaboración, como el vocablo empresa, es multívoco. El mismo es usado en el art. 383 bis del Anteproyecto 2003 de reformas a la Ley de Sociedades, motivando nuestra preocupación por el profundo cambio de estructura que implicaría para las sociedades y los contratos de colaboración con finalidad común.

La confusión terminológica resulta abrumadora, toda vez que algunos autores hablan de contratos de colaboración, asociativos, plurilaterales con finalidad común, participativos, etcétera, por lo que proponemos diferenciarlos:

Así, dentro de los contratos de colaboración podemos distinguir actualizando una vieja clasificación que formalizamos:

1) Sin finalidad común, sin contrato plurilateral, así la “agencia”, “concesión”, “distribución”, “franquicia”, “mandato”, en los que existen relaciones complejas, integrando procesos con control, dirección y asistencia con grados diversos de participación;

2) Con finalidad común o autónoma, con contrato plurilateral (v.gr. negocios en participación¹¹);

Dentro de los con finalidad común, distinguimos:

2.1.) Sin organización o contratos discretos (negocio en participación¹²).

2.2.) Con organización (v.gr. ACE.).

Dentro de los con organización distinguimos:

2.2.1.) Que no generan personificación jurídica o de administración (v.gr. ACE, UTE, Consorcio de colaboración, sindicación de acciones),

2.2.2.) Que generan personalidad jurídica (v.gr. negocio constitutivo de sociedad, cooperativa, asociación, etcétera).

¹¹ También llamados por la doctrina, asociativos, participativos, plurilaterales con finalidad común o plurilaterales funcionales. Nosotros distinguimos en plurilaterales funcionales, es decir los que tienen finalidad común, y los plurilaterales estructurales, teniendo en cuenta sólo las partes –centros de interés-, y a los plurilaterales plurilaterales, esto es, los tienen más de dos partes y tienen finalidad común o interés común.

¹² Puede no ser idéntica la caracterización de contratos asociativos o de participación, pudiendo distinguirse: a) contratos *en* participación, donde la participación es esencial y las partes asumen internamente similar posición, y b) aquellos *con* participación, donde ésta no es esencial, sino que configura una de las prestaciones o la contraprestación.

A estos últimos reservaríamos la denominación contratos asociativos, para evitar confusiones, que se alienta aún cuando se distinga dentro de la categoría de los con organización entre asociativos personificantes y asociativos no personificantes. Esta terminología es riesgosa pues sigue ligando la idea de sociedad o asociación a una conceptualización lata – como la del art. 1º del Proyecto del 2005¹³ - prefiriendo reservar las expresiones asociativas a la conceptualización estricta o sea a la que se reconoce personalidad. Obviamente esa concepción no se corresponde a la del Anteproyecto y de allí que tampoco al abordar la cuestión normativamente aparezca esa división indubitable. Es similar la apreciación que formaliza Lorenzetti al referirse a los contratos plurilaterales¹⁴, distinguiendo entre la pluralidad ocasional, estructural y funcional, esta última “con causa asociativa es la que da lugar a los efectos más típicos de esta figura”, señalando entre los contratos plurilaterales con causa asociativa no societaria, dividiéndolos entre los con organización (UTE y AC) y sin organización (negocio en participación), distinguiendo los negocios en participación y el contrato parciario.

4. LA CUESTIÓN EN EL ANTEPROYECTO DEL 2003

En el art. 383 bis del Anteproyecto se innova en el punto, al referirse a “otros contratos de colaboración” generando dubitaciones sobre los contratos incluidos. Es posible que indirectamente se haya tratado de amparar la normación de grupos de derecho no personificados, limitando la responsabilidad de los mismos, consecuentes con la introducción del interés grupal y las limitaciones de responsabilidad y daños que aparecen en los arts. 54 y 59 proyectados, además de desestimar la responsabilidad del socio oculto en la nueva configuración que propone para el art. 35. Por eso la reforma incentiva la cuestión en torno al concepto de contrato de colaboración empresarial.

Ello implica reafirmar que entendemos como contratos de colaboración –como lo hicimos en el apartado anterior-, donde pueden ingresar contratos de dominación, regularse los grupos de sociedades e incluso formas

¹³ Que es también la ideología del Anteproyecto del 2003 pese al aparente cambio de redacción, y que se corresponde, como recuerda Jorge MOSSET ITURRASPE al Proyecto de Unificación del año 1987.

¹⁴ LORENZETTI, Ricardo Luis, *Tratado de los contratos, Parte General*. Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2004, pág. 212 y ss..

societarias atípicas¹⁵. En este momento baste señalar que son distintas las clasificaciones de esos contratos.

La registración es otra de las incongruencias. Se acepta la posibilidad de sociedades no publicitadas que alteran las relaciones con terceros y se propicia una amplia libertad para configurar contratos de colaboración, sin indicar si se trata aquellos de finalidad común, con sólo inscribirlos. ¿Se legitimará así el conocimiento ficto por terceros de sus cláusulas, apartándose de la previsión del art. 22 segundo párrafo proyectado? ¿Se admitirá la generación de centros imputativos como fondos operativos oponibles a acreedores individuales? ¿Se legitimará contratos de dominación para así evitar las responsabilidades que resultarían de la existencia de grupos de jactancia, al decir de Otaegui?¹⁶

Así podrían pergeñarse sociedades atípicas –previstas en la reforma- y para escapar al régimen de la solidaridad bastaría titular la relación como contrato de colaboración atípico e inscribirlo. Consecuentemente habría que preguntarse que valor tiene entre partes y respecto de terceros que lo conocían el contrato de colaboración atípico no inscripto. No es congruente la política legislativa del Anteproyecto 2003 de liberar de inscripción a las sociedades típicas y particularmente a las residuales, e imponerlo en contratos de colaboración. Permitirá encubrir relaciones societarias –incluso no típicas- bajo el título de contrato de colaboración para lograr ventajas, generando centros de imputación inatacables (fondos comunes operativos) y cambios en la responsabilidad de los intervinientes.

La pregunta inmediata será que ocurriría para los contratos de colaboración típicos no inscriptos, frente al concepto amplio de sociedad introducido en el art. 1º del Anteproyecto o del Proyecto, y el régimen residual

¹⁵ La Comisión sobre Unificación del 98 siguió al Proyecto Federal del 93 en este aspecto, proyecto este último que surgió de una transacción no totalmente congruente. La Comisión de reforma a la Ley de sociedades del 91 estableció otras normas: Como denominación De los negocios en participación era el Título II, capítulo I de disposiciones generales: Art. 339 Características Las disposiciones de este capítulo se aplican a todo negocio en común o sociedad de hecho, contrato asociativo, o acuerdo para constituir una sociedad de las legisladas en el capítulo II del Título I de esta ley que no se hubiere inscripto. 340 Asociaciones. Los acuerdos para realizar una actividad con una finalidad de bien común se rigen por las disposiciones del Código Civil. 341. Personalidad jurídica. Los contratos legislados en este título no constituyen ni crean personas jurídicas ni sujetos de derecho. 342. Derecho subsidiario. En lo que no estuviera expresamente legislado en este título, se aplicarán las reglas de los contratos.

¹⁶ OTAEGUI, Julio César, *Grupo societario, desestimación y jactancia* en *Doctrina Societaria y Concursal de Errepar* n° 173, Abril 2002 p. 31.

aplicable. ¿Se les aplicará a esos contratos por analogía el régimen de la sociedad en formación al que se derivaría el régimen de la sociedad no inscrita, hoy irregular, y que comporta un sistema bien diferente? Ante las normas proyectadas se generan otros interrogantes: ¿el art. 383 bis ha querido generar un régimen comprensivo del de los grupos que los distinga de la sociedad? ¿Se pretende así alejar de las afirmaciones de Otaegui en torno al grupo de jactancia, transparentado por su publicidad registral? Se permitiría la coordinación unitaria entre la empresa del grupo y el consiguiente interés grupal como elemento de dirección, y la relativa autonomía por lo menos patrimonial de la controlada frente a los terceros –internos y externos-, intentando que el interés de todas las sociedades se obtenga dentro del interés del grupo, que no puede dissociar del interés particular de las sociedades agrupadas.

Claro que posibilitándose aplicar las normas del art. 2º y 21 del Anteproyecto al contrato de colaboración que encubra una relación tipificada por el art. 1º, se estará ante un sujeto de derecho, y se desvirtuaría la relación grupal, al generar una relación societaria de segundo grado con acreedores diferenciados (art. 24) y se impone el trámite de disolución y liquidación si se quiere extinguir el “contrato” de colaboración o agrupamiento. Los grupos, conforme concepción generalizada, carecen del atributo de la personalidad jurídica y –por tanto- no existen órganos jurídicos del grupo. ¿Pensaron los anteproyectistas quizá que el acceso del contrato al Registro Público de Comercio dotaría al grupo y a los terceros de seguridad jurídica, legalizando el poder de dirección en su seno, siguiendo así la línea trazada por alguna legislación?

Bastaría haber normado la sociedad simple no inscrita como contrato, sin personalidad jurídica, para resolver todas las cuestiones.

5. CONTRATO DE CONSORCIO DE COOPERACIÓN.

Posteriormente a ese Anteproyecto de reformas, pero mientras se difunde su contenido, se dicta la ley 26005. Este contrato se enrola en la revalorización de los principios del Código Civil en cuanto a la autonomía de la voluntad para generar contratos de colaboración empresaria con finalidad común, sin que se afecten derechos de terceros (principios de los arts. 1197 y 1199 C.C., y notas de los arts. 1143 y 1648 C.C.), aunque la acota exigiendo ciertos recaudos y particularmente la inscripción con una incongruente sanción a su falta, siguiendo así la línea del art. 383 bis del Anteproyecto en cuanto a la exigencia de inscripción, pero fijando la sanción: tratarla como sociedad de hecho.

Resulta significativa esta sanción frente a la norma que sugiere el anteproyecto de reformas 2003 comentada precedentemente. Se ratifica así la política y técnica jurídica de la vigente ley, sin duda mejorable pero no abandonable.

La nueva figura, similar al agrupamiento de colaboración (ACE art. 367 LS), pero que puede subsumir formas de unión transitoria de empresa, permitirá no sólo la organización para facilitar internamente la propia actividad de cada partícipe, sino también su expansión externa (compras, ventas, exportación, etc. conjuntas), no necesariamente definidas al consorciarse, sino abiertas a las necesidades futuras, como forma de apoyar la organización empresaria (“compartir para competir”). La amplitud de la finalidad de esta relación de organización: “facilitar, desarrollar, incrementar o concretar operaciones relacionadas con la actividad económica de sus miembros, definidas o no al momento de su constitución, a fin de mejorar o acrecentar sus resultados” excede las finalidades que la legislación societaria prevé para aquellos contratos de colaboración, permitiendo superar limitaciones específicas de ACE y UTE, que lleva a exorbitar los objetos de los mismos¹⁷.

5.1. POLÍTICA LEGISLATIVA.

La terminología “Cooperación” elimina la posibilidad de encubrir un contrato de dominación como autorizaría el art. 383 bis del Anteproyecto, que se refuerza en el art. 3º LCC. El vocablo Consorcio de cooperación implica referirse a contratos de colaboración con finalidad común, alejándose de la idea de Grupo de Sociedades que conlleva una idea de subordinación. Esa afirmación en el art. 3º permite descartar que se encubra en un consorcio de cooperación un grupo empresario con relación de control, de dependencia o de dominación. Pero ¿y si de hecho existiere una relación de dominación entre las partes que se exteriorizara en el contrato de consorcio? Se generará un supuesto de responsabilidad frente al miembro perjudicado, o a sus socios minoritarios si existiere una relación de control, e incluso frente a los acreedores del miembro o miembros afectados, incluso

¹⁷ Sobre esa exorbitación ante el inadecuado uso, errores operativos y tratamiento fiscal nos hemos referido en numerosos trabajos, pudiendo consultarse nto. *Unión transitoria de empresas, ¿sujeto de derecho? (en torno a un curioso fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación)* JA 2003-III suplemento del fascículo n. 9 pág. 8 Lexis Nexis Jurisprudencia Argentina Suplemento Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Buenos Aires 27 de agosto de 2003, y los trabajos allí citados..

frente a terceros vinculados al Consorcio de Cooperación. Sería aplicable toda la construcción legal y doctrinaria que dio origen al art. 54 in fine de la Ley de Sociedades.

Como previniendo sobre la estructura de la ley de contrato de consorcio de colaboración, pero alejándose de la pergeñada sobre contratos de colaboración en el Anteproyecto de Reformas 2003 a la ley de sociedades, uno de los coautores de este último –que puede haber inspirado la ideología de LCC- señala Etcheverry¹⁸: “Hemos dicho en otra ocasión que “el agrupamiento de empresa se da como una reunión de núcleos económicos de diversas estructuras (por Ej.: empresas individuales, sociedades comerciales, sociedades civiles, empresas estatales, cooperativas), bajo una única dirección sin llegar a la fusión que constituye otra vía de concentración de poder y de la actividad... El agrupamiento tiene intereses que serán iguales similares o distintos a los pertenecientes a cada uno de los que poseen las empresas singularmente consideradas.- Además de las UTE y los AC que regula la Ley de Sociedades Comerciales ..., una variante que se aplica y tal vez represente la forma de menos compromiso jurídico, son las “redes”.- Las redes pueden ser con o sin fines de lucro, nunca son personas jurídicas, salvo que adquieran otra forma legal que lo permite.- Las redes son asociaciones de empresas o personas físicas o jurídicas, que emprenden una tarea de colaboración más general que la colaboración en las UTE o en los AC. Establecen objetivos especiales y algún tipo de obligaciones y deberes”. – En “III. Las formas asociativas”, apunta que “Cuando Vélez escribe los Códigos, la forma asociativa era sinónimo de sociedad: todo esfuerzo conjunto destinado a dividir ganancias es, en esa época, sociedad. Esto se revela en la nota al artículo 1493¹⁹ ... Esta postura llega hasta nuestros días, y será sociedad todo negocio conjunto que tenga los caracteres del artículo 1º de la Ley de Sociedades Comerciales o los amplios elementos del artículo 1648 del Código Civil. Creemos que la figura asociativa es mucho mayor y abarca, tanto al contrato de sociedad como a los negocios parciarios, los de colaboración, las formaciones de grupo y las variantes no onerosas de la organización asociativa. El contrato asociativo resulta un acuerdo de tipo contractual colectivo y de organización, que da nacimiento a las figuras

¹⁸ ETCHEVERRY, *Negocios, contratos asociativos y Mercosur* en Revista de Derecho Privado y Comunitario, Sociedades, año 2003, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe.

¹⁹ Esa apreciación es opinable, puede verse nto. *Los contratos de colaboración empresaria en los tiempos de Vélez Sársfield* en Homenaje a Vélez Sarsfield, Córdoba 2000, Ed. Academia, tomo IV pág. 115 y ss..

que se crean a partir de él, integrándolas como el primer paso necesario para darles vida jurídica; pero las estructuras creadas no son abiertas o innominadas, y reciben un fuerte apoyo legal que las coloca en precisa ubicación legal. Ellas superan ese pacto primero, fundante, y adquieren una autonomía negocial propia y, en la mayoría de los casos, personalizada”. ... “El ordenamiento legal argentino dispone de una amplia morfología de tipos asociativos de segundo grado: las asociaciones (y sus variantes, por Ej., las mutuales), las sociedades civiles y comerciales, las fundaciones, las cooperativas, los contratos de colaboración empresaria, el consorcio de propietarios y otros. Ellos deberán ser obligatoriamente el “blanco” u objetivo final del contrato asociativo. No hay, como dijimos, un contrato asociativo “genérico” en el Derecho argentino.- El Proyecto de Código Civil Unificado de 1998 intentó plasmar un modelo general de contrato asociativo; en nuestra opinión, fue el modelo más perfecto conseguido hasta ahora aunque no pudo independizarse totalmente de la poderosa figura de la sociedad de hecho²⁰, no modificada con fortuna por el proyecto –sigue diciendo Etcheverry-. El Código Civil Unificado que citamos aquí en pocos trazos, indicaba la fatispecie del contrato asociativo de la manera que se transcribe a continuación: Capítulo XV CONTRATOS ASOCIATIVOS. Sección primera Contratos Asociativos en General Artículo 1333 Normas aplicables. Las disposiciones de este Capítulo *se aplican a todo contrato de colaboración, plurilateral o de participación, con comunidad de fines, que no sea sociedad*. No son sujeto de derecho ni se les aplican las normas sobre la sociedad.... 1335 Exclusión de calificación como sociedad. La existencia de un contrato asociativo excluye la invocación de sociedad entre los contratantes. También la excluye respecto de los terceros que conocían el contrato y es presunción contraria a la existencia de sociedad respecto de otros terceros cuyos vínculos sean posteriores a la fecha cierta del instrumento contractual.... Sección Quinta Contratos asociativos no inscriptos. Art. 1360. Validez. De conformidad con lo previsto en el art. 1337 los contratos asociativos que no sean inscriptos tienen plena validez entre las partes. Se

²⁰ En realidad esa redacción se corresponde a la anterior incorporada al Proyecto de Unificación de la Comisión Federal, que comentamos más adelante y que integráramos dentro de un grupo Jorge Mosset Iturraspe y nosotros. La falta de independización de la sociedad de hecho que refiere Etcheverry no se logró, por posición dogmática de un grupo dominante –no cuantitativamente-, que rechazó la posición dentro de una Subcomisión de Mosset, Araya, Camisar, Piaggi y nosotros, entre los que recordamos, que despersonificábamos la relación asociativa de hecho y fijamos el concepto estricto de sociedad personificada.

aplican supletoriamente las disposiciones del presente Capítulo”. Concluye el apartado señalando “*En una palabra, la legislación sobre contratos asociativos, bien integrada a otras normas vinculadas, es una asignatura pendiente en Argentina*”.

Nos permitimos señalar que ello tampoco se logra en el Anteproyecto, lo que a nuestro entender justifica el debate y una clara decisión de política legislativa²¹. Pero la LCC, pese a algunas críticas que formalizaremos, se enrola en ese pensamiento, que Etcheverry remata en ese comentario con las siguientes palabras: “En materia de negocios de colaboración, hay una oferta amplia... no termina de satisfacer a los empresarios; en otra ocasión hemos mostrado ejemplos prácticos de ello (se refiere a su trabajo *El veneno para ratas, la petrolera extranjera y el concepto de sociedad en la legislación argentina*, en *La Información*, Buenos Aires 1983, t. 67 p. 719). En nuestro país existe un listado de figuras legales, de naturaleza distinta, que a veces terminan por confundir a los asesores jurídicos; sólo a título de ejemplo, podemos mencionar a los consorcios empresariales (figura de hecho, de muy peligrosa aplicación), las UTE, las agrupaciones de colaboración (ACE), los consorcios de exportación, las compañías de exportación (trading), las empresas binacionales, las sociedades accidentales y otras. Este listado, lejos de contener variantes útiles del negocio asociativo, mezcla diversos dispositivos, muy diferentes entre sí... No hay unidad legal en el tema de los contratos asociativos de colaboración en Sudamérica: cada país ha generado sus propias estructuras... Las agrupaciones de colaboración y uniones transitorias de empresas fueron creadas en Argentina por la reforma a la ley 19.550... Se las incorporó, como contratos asociativos no personificados..., ya es hora de quitarlas de ese lugar e integrarlas con un régimen amplio de negocios asociativos no societarios”.

Las transcripciones que hemos hecho de los correctos juicios de Raúl Aníbal Etcheverry permiten dar luz a la ideología de la ley en comentario al referirse a los consorcios empresariales como figura de hecho de muy peligrosa aplicación.

5.2. NATURALEZA JURÍDICA: CONTRATO?

Dispone el Art. 2: “Los “Consortios de Cooperación” que se crean por dicha ley no son personas jurídicas, ni sociedades, ni sujetos de derecho. Tienen naturaleza contractual”.

²¹ Así lo sostenemos en *Realidad, economía y derecho* en libro colectivo cit. “Política, Economía y Derecho”.

Cada derecho positivo determina que es “persona jurídica”, concepto que en algunas legislaciones no es similar a sujeto de derecho y los atributos que otorga al substrato que personifica. Ante la tendencia a personificar relaciones no publicitadas e informales, afectando a terceros como ocurre con el art. 24 del Anteproyecto 2003 y Proyecto 2005 de Reformas a la Ley de Sociedades, en el Primer Congreso sobre el Anteproyecto de Reformas a la Ley de Sociedades –Mar del Plata, abril 2005-, en sus debates sugerimos que por lo menos se condicionara el reconocimiento de existencia de esas sociedades frente a terceros con la inscripción ante la AFIP, a través de la *cuit*, cuya registración puede consultarse por Internet.

La sociedad es la técnica normal de personificar la “empresa” de propiedad de varios sujetos. Cuando es un solo sujeto su titular, sea persona física o jurídica, nada obsta a que se recurra al mismo sistema (ya disponible por escisión en las personas jurídicas, o al titular de una “empresa” o a su cónyuge en caso de fallecimiento), lo que permite un mejor desarrollo (jurídico y económico) de esa empresa.

La supuesta personificación de las ACE y las UTE –a la que nos referiremos más adelante- implica en realidad el reconocimiento de una actividad exorbitada a ese instrumento, propia de una sociedad, configurando por tal una sociedad atípica, con los riesgos consiguientes.

Se remarca el carácter contractual de la relación organizativa²² “consorcio de cooperación”, lo que implica una decisión de política legislativa que congruentemente debería ser seguido por una técnica jurídica, que se aparta de aquella al imponer su inscripción bajo la sanción de considerarla sociedad de hecho. Ello merece crítica pues las cosas son lo que son: si es un contrato no es una persona jurídica. La doctrina es conteste que los contratos de colaboración típicos no inscriptos no generan una sociedad ni una persona jurídica, sino un problema de prueba. Un contrato de colaboración o consorcio inscripto si actúa como sociedad será ello, pero deberá probarlo quién lo afirme. La presunción que contiene la ley ante la falta de inscripción no es prudente²³.

La solución es disvaliosa, pues hubiera bastado la determinación de solidaridad legal tornando inoponible la solución diferente del contrato,

²² Puede verse la cuestión en mayor extensión en nto. *Organización asociativa*, 2ª Edición, Editorial Advocatus, Córdoba 2002. págs. 91 y ss. (cap. 3º).

²³ Nto. *Contratos de colaboración y sociedades: razones que impiden la aplicación de normas de éstas a aquellos* en DOCTRINA SOCIETARIA número de diciembre de 1997 n° 121 tomo IX pág. 589

congruente con el art. 9:”Para el caso que el contrato de constitución no fijare la proporción en que cada participante se hace responsable de las obligaciones asumidas en nombre del Consorcio, de acuerdo a lo estipulado en el inciso 9) del artículo 7º, se presume la solidaridad entre sus miembros”.

La determinación de constituir una sociedad de hecho, el contrato de consorcio inscripto, no termina en la imputación de responsabilidad y determinación de particulares preferencias, sino que se desvaloriza toda la convención, y cualquiera de los partícipes podrá ser “representante” del “nuevo sujeto de derecho” determinado por la ley -y no necesariamente por la voluntad explícita de las partes²⁴ -.Sobre esto ya habíamos comentado la posición de MOSSET ITURRASPE, en una zona gris, que ahora se agrava por la imputación legislativa de personalidad -dentro de la posición mayoritaria de la doctrina argentina que tiende a personificar cualquier sustrato-.

La política legislativa seguida al normar el contrato de consorcio de cooperación importa apartarse del Anteproyecto de Reformas del 2003, atendiendo que en este se eliminan las sanciones por la falta de inscripción de las sociedades.

La calificación de “sujeto de derecho” –si se entiende que la sociedad de hecho es una persona jurídica- podría autorizar la “quiebra” de la misma, lo que no es posible en supuestos de contratos de colaboración empresarial. Y esa quiebra entrañaría la extensión de la quiebra a esos “socios” por aplicación del art. 160 LC nº 24.522. Ante un comentario preliminar que formalizamos en medios de difusión electrónica, el jurista y amigo Marcelo Villoldo tuvo a bien señalarme que: “Si bien en el art. 2 establece que el consorcio no es sujeto de derecho y, por ende, no es sujeto susceptible de concursarse o quebrar, si el mismo no se encuentra inscripto si podrá hacerlo al dotarlo de la personería de una sociedad de hecho. Es más, la quiebra de esta sociedad de hecho (contrato de consorcio de cooperación no registrado) provocará la extensión a los socios/miembros consorciados, estableciendo -en mi opinión- de “legge ferenda” una excepción al apartado 5 del art. 10 el cual establece que la quiebra de uno de los consorciados no se extenderá a los demás”.

Sin duda que este desliz de técnica jurídica puede llevar a consecuencias inimaginables, pues la actuación de los miembros y no la de los

²⁴ Por ello parece opinable la aplicación de las normas del mandato a la representación impuesta por la ley (art. 23 LS) en la sociedad de hecho (atípica devenida de hecho), cfme. OTAEGUI, Julio *Administración Societaria* Ed. Abaco, Buenos Aires 1979 p. 450.

representantes obligaría a la supuesta sociedad de hecho. Claro que una defensa adecuada exigiría que se acredite que la actuación del miembro fuera imputable a la sociedad de hecho y no a su propia organización interna, y que los acreedores de la sociedad de hecho acreditaran su vinculación a la misma y no a la de cada uno de sus miembros, que sí se verían arrastrados en caso de quiebra de la sociedad de hecho a su quiebra individual, con masas separadas, y con una evidente alteración del principio del art. 1199 C.C. en cuanto que la convención de las partes no puede afectar derechos de terceros, al verse preteridos los acreedores individuales en relación a bienes que se hubieran afectado a la sociedad de hecho.

La situación genera un giro de la relación contractual de partícipe, por el olvido del abogado o contador, se pasará a ser socio... Por otra parte se genera un grave problema en el período inscriptorio frente a alguna actuación de los mandatarios. No existe un período en formación de un contrato, por lo que si se actuó habrá que disolver la sociedad de hecho y reconducir una vez inscripta las relaciones al vínculo contractual que por naturaleza tiene y que la ley desnaturaliza por la falta de inscripción.

5.3. OTROS ASPECTOS DEL CONTRATO DE CONSORCIO.

Por los límites fijados para esta investigación no ingresaremos en esta oportunidad en otros aspectos como la forma y contenido del contrato, tales como objeto, fondo común operativo, obligaciones y derechos convenidas entre los integrantes, la determinación de los representantes del Consorcio, o mejor dicho de sus partícipes.

6. LA CUESTION EN EL PROYECTO DE REFORMAS 2005.

La regulación ahora en el art. 384 sufrió importantes alteraciones de su antecedente 383 bis, quizá por las críticas que sobre el punto se lanzaron a la sanción incorporada a la ley de contrato de consorcio de cooperación.

La redacción proyectada expresa: "Otros contratos de colaboración. Las sociedades constituídas en la República, las constituídas en el extranjero e inscriptas en el país y los empresarios individuales domiciliados en ella, pueden vincularse por otros contratos de colaboración empresaria distintos de los previstos en las Secciones I y II, inscribiéndolos en el Registro Público de Comercio, en cuyo caso se presumirá su carácter de contrato de colaboración. En caso de no estar inscriptos, su naturaleza jurídica dependerá de lo que las partes hayan establecido al momento de su celebración y a las reglas previstas para su funcionamiento, cumplimiento y desarrollo".

Adviértase que se apartó la Comisión, integrada por Etcheverry, de lo que éste marcó como el mejor modelo (el citó el Proyecto de Unificación del 98, que a su vez lo había recogido sin cambio alguno del año 93. Ese apartamiento se advierte en varios aspectos. En primer lugar en que no se incorpora como otra Sección al Contrato de Negocio en Participación, manteniendo su incorporación al cuerpo de la ley de sociedades, en la que una más amplia definición de sociedad lo alcanza.

En segundo lugar no limitan la inscripción a contratos “*con comunidad de fines*”, o de finalidad común como sostenía aquel proyecto en el art. 1334, a su vez la inscripción sólo genera la presunción de constituir un contrato de colaboración empresaria, cuando el proyecto por la mera suscripción del contrato generaba “Exclusión de calificación como sociedad. La existencia de un contrato asociativo excluye la invocación de sociedad entre los contratantes. También la excluye respecto de los terceros que conocían el contrato y es presunción contraria a la existencia de sociedad respecto de otros terceros cuyos vínculos sean posteriores a la fecha cierta del instrumento contractual, reforzando: “Sección Quinta Contratos asociativos no inscriptos. Art. 1360. Validez. De conformidad con lo previsto en el art. 1337 los contratos asociativos que no sean inscriptos tienen plena validez entre las partes. Se aplican supletoriamente las disposiciones del presente Capítulo”.

La solución es similar a la que incorpora el Proyecto de Reformas a la Ley de Sociedades para las sociedades no inscriptas en el art. 22, por lo que no se justifica el apartamiento que hace el art. 384 proyectado para contratos no personificantes.

Efectivamente, en caso de no estar inscriptos, no distingue entre terceros que lo conocían a la fecha de nacimiento del negocio y otros terceros, pues impone que su naturaleza jurídica dependerá de lo que las partes hayan establecido al momento de su celebración y a las reglas previstas para su funcionamiento, cumplimiento y desarrollo, pero excluyendo la previsión de lo que en realidad hubiera ocurrido, y que merecerá nuestras observaciones en el capítulo posterior sobre aspectos impositivos, o sea a como la relación contractual se haya manifestado efectivamente.

Estas últimas reflexiones nos llevan a volver a la posición de MOSSET ITURRASPE, que puedan haber llevado a los miembros de la Comisión a pergeñar esta redacción: “Y si bien por disposición expresa de la ley (art. 367) queda apartada la posibilidad de someter la agrupación al régimen de las sociedades, el incumplimiento de los requisitos en orden a la instrumentación e inscripción del contrato (art. 369), hace desaparecer el régimen de

protección de la ley y aplicable el sistema propio de la naturaleza ínsita de la relación, esto es el régimen de las sociedades irregulares o de hecho”.

7. EL PROYECTO FEDERAL DE UNIFICACIÓN.

En el análisis debemos volver a lo que sostuviéramos en una Comisión integrada por importantes juristas al pergeñar el proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial del año 1993 –idénticas a las transcriptas por Etcheverry y que nosotros integráramos a ese trabajo, aunque con distinta numeración-, pese a que nos impusieran también un criterio lato del concepto de sociedad, pero aceptando algunas sugerencias en torno a la configuración de los contratos asociativos que ocuparon el Título 7 y los arts. 1648 y ss.²⁵, sustituyendo a la sociedad civil. En ese artículo, apartándonos de las previsiones de las reformas antecedentes normabamos: “Las disposiciones de este capítulo se aplican a todo contrato de colaboración, purilateral o de participación con comunidad de fines que no sea sociedad”, enfatizando de seguido “No son sujeto de derecho ni se les aplican las normas sobre la sociedad”. Después de introducir en el primer párrafo del art. 1949 la previsión del art. 16 L.S., en el segundo se señalaba “La existencia de un contrato asociativo excluye entre sus contratantes la invocación de sociedad. También la excluye respecto de terceros que conocían ese contrato y es presunción contraria respecto de otros terceros cuyos vínculos sean posteriores a la fecha cierta del instrumento contractual”, lo que indirectamente ha sido introducido por la reforma en su proyecto en el art. 22 PLS.

Estas previsiones atenuaban notablemente los riesgos que hemos señalado al criterio del Anteproyecto y del Proyecto, y se extenderá a la figura normativa del Consorcio de Cooperación que analizamos.

8. ASPECTOS IMPOSITIVOS.

Sobre el aspecto jurídico de la cooperación y colaboración, sostienen BRESSY-RICHOUX²⁶ que la actuación del “jurista es importante: se trata de que interprete la voluntad de las partes y le dé forma, porque los estatutos y la forma jurídica de la agrupación tendrán dos consecuencias: -establecer claramente las relaciones entre las personas físicas o morales pertenecientes a la agrupación, así como sus relaciones con terceros; -permitir determinar las consecuencias fiscales de la existencia de la agrupación y de las operaciones realizadas, ya sea dentro o fuera de aquélla”.

²⁵ Unificación de la legislación Civil y Comercial, Proyecto 1993, Ed. Zavalía, Buenos Aires 1994, p. 64.

²⁶ *Agrupaciones de empresas*, Ediciones Pirámide, Madrid 1974, pág. 131.

O sea que es esencial en torno a los contratos de organización determinar el efecto de los mismos respecto de terceros, para determinar si se mantiene el alcance del art. 1199 C.C. y los aspectos impositivos de la relación.

Se impondría ahora alguna referencia a que “el contrato” no será sujeto de imposiciones, las que se trasladarán a los partícipes o consorciados, lo que deberá estar explicitado con los números de *cuits* de los mismos en las facturas o documentos que otorgue el representante o representantes comunes, debiendo autorizar ese tipo de facturas la AFIP. Esta sería una norma a introducir por la Reglamentación.

Nuestras preocupaciones son de orden funcional e impositivo. Si esto no está aclarado el representante común podrá hacer cualquier cosa y generar problemas operativos, como continuamente advertimos respecto de la operatoria UTE y ACE.

Creemos equívoca la apreciación inicial –criticada en mucho de esos trabajos– sobre la personalidad fiscal de los contratos de colaboración empresaria típicos. El legislador impositivo respeta la caracterización que ha formulado la ley de sociedades negando personalidad a esos contratos de colaboración con finalidad común. Pero las normas impositivas prevén la falta de respeto de los partícipes de esos contratos a las normas de fondo. En efecto, las zonas grises generadas en el derecho argentino al asociacionismo de segundo grado, a los riesgos de formalizar negocios de participación atípicos, ha hecho que muchos contratantes exorbiten los límites operativos de los contratos de agrupamiento o de unión transitoria de empresa, procediendo a actuar como sujeto de derecho, registrando bienes a nombre del agrupamiento de colaboración empresaria en vez de a nombre de los partícipes como propiedad en mano común sometida a la funcionalidad del contrato, o a otorgar factura por la “unión transitoria de empresa” en vez de en representación de los partícipes. Si así lo hacen serán “sujeto de los deberes impositivos”²⁷.

Esa actuación desviada puede implicar que se recalifique el supuesto contrato de colaboración como de sociedad atípica, configurando sociedad devenida de hecho²⁸ implicando la imputación del negocio a un nuevo su-

²⁷ Con el alcance que señalamos en el texto consideramos que deben interpretarse, entre otras, normas tales como el art. 2º in fine de la ley 23760 de impuesto a los activos.

²⁸ Nto. *En torno a la nulidad absoluta de sociedades y el sistema jurídico de las relaciones de organización* en Revista Azpilcueta, Cuadernos de Derecho 14 1999, San Sebastián, pág. 95 y ss..

jeto de derecho: la sociedad de hecho, imponiéndoles responsabilidad solidaria a todos los partícipes. El punto implica también alterar las relaciones de terceros de buena fe, preteriendo a los acreedores individuales de cada partícipe en relación a los acreedores en virtud del negocio (sociedad de hecho) que tienen privilegio sobre los “bienes” atribuidos a la sociedad de hecho (art. 26 LS).

9. REFLEXIONES FINALES.

En todo lo concerniente a contratos de colaboración y sociedades se generan ciertas perplejidades que intentamos evidenciar a lo largo de esta investigación. No existe coherencia estructural si se sigue definiendo sociedad en sentido amplio y personificándola, y a su lado generando contratos de colaboración –sin especificar que se lo hace en relación a los de finalidad común–.

Nuestro interés es que se coteje la solución legislativa con otras no tan congruentes que se presentan en las Reformas a la Ley de Sociedades, donde aparecen cambios estructurales que no responden a una integración del derecho privado argentino.

Obviamente que aparece como indispensable asegurar la congruencia entre la legislación de fondo con la impositiva, tratando la relación jurídica conforme su real naturaleza, reservando considerar esos vínculos empresarios como sujeto de tributación únicamente para el caso en que aparezca desnaturalizada la funcionalidad en la compra de bienes, contratación de servicios o de trabajo, o en la forma de facturación.

Nuestro país debe ofrecer a la seguridad jurídica los mejores sistemas de organización de la empresa, desalentando que se recurra a constituir sociedades en el extranjero al sólo efecto de marginar el sistema jurídico interno.

Sección II
DERECHO INTERNACIONAL E
INTEGRACIÓN REGIONAL

PROTOCOLO DE OLIVOS PARA LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN EL MERCOSUR -ALGUNOS ASPECTOS PROCESALES-

*por Rosa Angélica Avila Paz de Robledo**

Resumen: El servicio de justicia del MERCOSUR presenta estos dos aspectos: a) MERCOSUR instituye en su servicio de justicia, el método alternativo del arbitraje, con acceso directo solo para los Estados Partes. b) En un proceso paralelo y diferente MERCOSUR mediante la Cooperación Judicial apoya la comunicación que deben prestarse los ordenamientos judiciales de los Estados Partes, los cuales tienen la vía judicial, con acceso a la justicia para toda persona, física y jurídica (privada y pública).

Este diferente tratamiento a los particulares, da como anomalía, que estos tienen acceso a la justicia en cada EP, pero no en MERCOSUR.

El TA, y los PB y POP, establecen, así, el mecanismo de solución de controversias- con carácter transitorio-. En esta línea el PO incorpora importantes reformas, cuyo eje procesal consolida la SEGURIDAD JURIDICA, mediante el fortalecimiento del valor JUSTICIA, con la institución del Tribunal Permanente de Revisión –TAR, con una jurisdicción no contenciosa (por opiniones consultivas) y una jurisdicción arbitral contenciosa con competencia directa y única (cuando actúa como única instancia) y con competencia revisora (por el recurso de revisión en contra de los laudos que dicte el Tribunal Arbitral Ad Hoc-TAHM).

Reconoce el “*debido proceso*” con su garantía derivada: “*derecho a recurrir*”, consagrada en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, art.8 inc.2 apartado h) y art. 75 inc. 22 Constitución Nacional.

* Doctora en Derecho y Ciencias Sociales. Prof. Titular de la Cát. “A” de Teoría General del Proceso y Cát. “B” de Derecho Procesal Civil de la Universidad Nacional de Córdoba y Miembro de la Comisión Directiva del Área sobre Estudios de América Latina – A.E.A.L. Prof. Titular de Derecho Procesal Civil y Laboral del Departamento de la Carrera de Abogacía, Sede Capital, del Departamento de Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de La Rioja. Docente Investigador (por UNC) Categoría 1 de la CONEAU.

Analizamos esta reforma para los EP, propiciando la red denominación de Recurso de Revisión por Recurso de Casación, como también, que dicha tutela se amplíe a los reclamos de los particulares.

Palabras clave: Garantías- Derecho al recurso-Tribunal Arbitral de Revisión-TAR- competencia revisora-recurso de revisión-Tribunal Arbitral AD HOC- TAHM- Mercosur

Siglas utilizadas

BO: Boletín Oficial (Argentina)

CCM: Comisión de Comercio del Mercosur

CMC: Consejo del Mercosur

EP: Estados Parte del Mercosur

GAHAI: Grupo Ad Hoc sobre Aspectos Institucionales

GAN: Grupo de Alto Nivel

GMC: Grupo Mercado Común

PB: Protocolo de Brasilia

POP: Protocolo de Ouro Preto

PO: Protocolo de Olivos

SAM: Secretaria Administrativa

TA: Tratado de Asunción

TAHM: Tribunal Ad Hoc del Mercosur

TAR:: Tribunal Arbitral de Revisión

I. INTRODUCCION:

El MERCOSUR, creado en el año 1991¹, conforma un proceso de integración entre los Estados Partes(EP) fundantes: Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, con más los asociados: Chile, Bolivia y Perú.

El MERCOSUR tiene como un objetivo específico de la integración, poder lograr un mejor nivel de vida para los habitantes de esta sub región. Sin embargo, MERCOSUR no tiene un mayor afianzamiento y desarrollo porque en el costado de la realidad común de los EP, existen altos déficit fiscales, endeudamiento público, algunos desequilibrios sociales y pobreza.

No obstante, en el costado del perfil institucional de MERCOSUR, advertimos que en su estructura institucional tiene órganos propios², que

¹ Tratado de Asunción de 1991, ratificado en Argentina por Ley Nacional 23.981(B.O. 12-09-1991).

² Nota: En el TA se instituyen como órganos de MERCOSUR el Consejo de Mercado Común(CMC) y Grupo Mercado Común (GMC).

La Decisión N°2/98 contiene el Reglamento del CMC. Este órgano “ *es el órgano supremo del MERCOSUR al cual incumbe la conducción política del proceso de integración y la toma de decisiones para asegurar el cumplimiento de los objetivos establecidos por el Tratado de Asunción y para alcanzar la constitución final del mercado común*”.

luego fueron ampliados³, todos, con asignación de funciones específicas de carácter legislativo, ejecutivo y de prestación del servicio de justicia por métodos no adversariales. Las decisiones se aprueban por unanimidad de los EP y, no por mayoría, lo que le resta cierta operatividad y dinámica implícitas en todo proceso de integración. Lo definitorio en este panorama, es una función judicial muy desdibujada, a causa que MERCOSUR carece de un tribunal judicial que garantice el control, aplicación e interpretación de la normativa mercosureña. En su lugar - en el TA -y, a posteriori, mejor pergeñado en los PB y de POP, se establece, bajo un *régimen transitorio*, un **mecanismo de solución de controversias** por las vías de la negociación y arbitraje, pero sólo para los EP, no teniendo los particulares acceso directo. Este sistema de solución de controversias, se perfecciona con las importantes modificaciones introducidas por el Protocolo de Olivos -P.O.⁴.

Ello da motivo a esta investigación cuyos objetivos son:

□ Estudiar las disposiciones del P.O. y su incidencia en el sistema actual.

“El Consejo del Mercado Común se pronuncia mediante Decisiones y está integrado por los Ministros de Relaciones Exteriores; y por los Ministros de Economía, o sus equivalentes de los Estados Partes. Puede crear Reuniones de Ministros y pronunciarse sobre los acuerdos que le sean remitidos por las mismas. Está prevista la participación de los Presidentes de los Estados Parte”.

³ El Protocolo de Ouro Preto, fue ratificado por Argentina, por Ley Nac. 24.560, sanc. 20-09-1995, promulg. 6-10-1995 y publ. B.O. 13-10-1995. En cumplimiento de lo dispuesto en el art. 18 del TA, en este Protocolo se amplía la estructura del MERCOSUR, la cual “contará con los siguientes órganos:

- I. El Consejo del Mercado Común (CMC);
- II. El Grupo Mercado Común (GMC);
- III. La Comisión de Comercio del Mercosur (CCM);
- IV. La Comisión Parlamentaria Conjunta (CPC);
- V. El Foro Consultivo Económico-Social (FCES);
- VI. La Secretaría Administrativa del MERCOSUR (SAM)”.

Asimismo, se autoriza la creación, en los términos del presente Protocolo, de “los órganos auxiliares que fueren necesarios para la consecución de los objetivos del proceso de integración” (art. 1).

Los órganos con capacidad decisoria, de carácter intergubernamental son: “el Consejo del Mercado Común, el Grupo Mercado Común y la Comisión de Comercio del MERCOSUR” (art.2).

Aquí, subrayamos que a la Comisión de Comercio del MERCOSUR(CCM) se le otorga competencia en el mecanismo de solución de controversias del MERCOSUR(art.43).

⁴ Nota: El Protocolo de Olivos fue hecho en la ciudad de Olivos, Provincia de Buenos Aires, República Argentina a los dieciocho días del mes de febrero de dos mil dos. Argentina lo aprobó por Ley 25.663, del 18-10-2002, B.O., 21-10-2002.

□ Formular propuestas de modificaciones en virtud de los resultados del punto anterior.

□ Evaluar las consecuencias de los laudos citados en el marco del Protocolo de Brasilia.

□ Examinar prospectivamente el posible funcionamiento y los resultados del futuro Tribunal de Apelaciones.

□ Diseñar un mecanismo de resolución para las controversias de los particulares.

2. Régimen de la prestación del servicio de justicia del MERCOSUR

El régimen de prestación del servicio de justicia de MERCOSUR presenta estos dos aspectos:

a) MERCOSUR, desde su constitución, tiene instituido un **mecanismo de solución de controversias** que abarca etapas necesarias y sucesivas de negociaciones directas, conciliaciones y acuerdos, culminando con el arbitraje. Son dos órganos de MERCOSUR los que intervienen en estos procedimientos: el GMC y el CMC, a los cuales se suman los Árbitros. Esto implica, que al no existir tribunales de MERCOSUR, el servicio de justicia se aplica por métodos no adversariales.

b) MERCOSUR, a la par y en proceso paralelo, si le da su decisivo apoyo a la Cooperación Judicial, regulada en la comunicación externa que, deben prestarse, entre sí, los diferentes ordenamientos judiciales de los EP.

La **primera anomalía** en MERCOSUR, es la convivencia de estas dos realidades institucionales opuestas.

El Sistema mercosureño del mecanismo de solución de controversias, **no es un sistema judicial**. Mientras que los EP, sí tienen **sistemas judiciales**. Ello es así, porque cada EP. tiene como eje constitucional del estado de derecho, la existencia de su respectivo Poder Judicial, el cual, a través, de sus magistrados judiciales administra el servicio de justicia en cada caso concreto. Es más, lo peculiar de estos **sistemas judiciales es ser insustituibles e irrenunciables**, acorde estas dos premisas esenciales:

□ El Estado, a través, de sus órganos administra el servicio de justicia. O sea, los particulares deben pedirle justicia al Estado en cada caso concreto, porque tienen prohibido administrarse justicia por mano propia.

□ El justiciable después de haber recurrido a una vía alternativa de prestación del servicio de justicia(mediación, arbitraje, etc), siempre tiene expedito su acceso a la vía judicial.

La **segunda anomalía**, resulta del tratamiento que se otorga a los particulares, entendiendo como tales a los ciudadanos y residentes perma-

nentes en cualquiera de los EP. En MERCOSUR –en los conflictos mercosureños de los particulares-, **no** se habilita a los *particulares un acceso directo en su mecanismo de solución de controversias*. Más, cuando trata los conflictos de los particulares, que se suscitan en cada uno de los EP, MERCOSUR sí les garantiza a ellos entendiendo como tales a las personas físicas y jurídicas constituidas, autorizadas o registradas en cualquiera de los EP, el **libre acceso a la jurisdicción de dicho Estado para la defensa de sus derechos e intereses y la igualdad de trato procesal**⁵. Además, mediante decisiones del CMC, les garantiza el **acceso a la justicia** con el reconocimiento del beneficio de litigar sin gastos⁶ y asistencia jurídica gratuita⁷ entre los EP y también con Bolivia y Chile⁸.

⁵ Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa, art. 3, Capítulo A- Igualdad de trato procesal. Argentina lo aprobó por LN. 24.578(B.O. 27-11-1995)

⁶ Nota, el beneficio de litigar sin gastos consiste, según Roland Arazi y Jorge A. Rojas, “*en la posibilidad que se acuerda a quienes carecen de recursos de litigar ante los tribunales sin abonar impuestos y sellados de actuación, ni las costas del juicio(arts. 83 y 84 del CPN), mientras subsistan esas condiciones económicas; comprende también el derecho de obtener la traba de medidas precautorias sin el previo otorgamiento de caución*”. Este instituto tiene raigambre constitucional, porque tutela la vigencia de la garantía de defensa y la igualdad ante la ley, “*ya que por su intermedio se asegura la prestación del servicio de justicia, no ya en términos formales, sino con un criterio que se adecua a la situación económica de los contendientes*” CSJN, 28-5-98, E.D. 181-579; id. 16-2-99, E.D. 183-131 (Código Procesal Civil y Comercial de la Nación-Comentado y anotado, páginas 101- 102, Rubinzal Culzoni Editores, 1º Edición, Santa Fe, 14 de julio de 2003).

⁷ Constitución de la Provincia de Córdoba/2001, **Artículo 49. Acceso a la justicia**. *En ningún caso puede resultar limitado el acceso a la justicia por razones económicas. La ley establece un sistema de asistencia jurídica gratuita a tal efecto.*

⁸ MERCOSUR/CMC/ N°50/00. Acuerdo sobre el Beneficio de Litigar sin gastos y Asistencia Jurídica Gratuita entre los Estados Partes de MERCOSUR, la República de Bolivia y la República de Chile. Considerando la voluntad de los Estados Partes de acordar soluciones jurídicas para la profundización del proceso de Integración y manifestando la voluntad de reunir y sistematizar las normas que existen en la Región sobre el Beneficio de Litigar sin Gastos y la Asistencia Jurídica Gratuita, en un cuerpo único de normas, el CMC decidió aprobar el “Acuerdo del Beneficio de Litigar sin Gastos y Asistencia Jurídica Gratuita entre los Estados del MERCOSUR, la República de Bolivia y la República de Chile” en su XIX Reunión en Florianópolis del 14 de diciembre de 2000.

Los Estados partes arriban a dicho acuerdo destacando “*la importancia que atribuyen a los más necesitados*” y enfatizando “*la fundamental importancia del establecimiento de mecanismos que permitan el efectivo acceso a la justicia*”.

Entre otros principios, se recogen en este acuerdo el trato igualitario y la extraterritorialidad del beneficio de litigar sin gastos

3. Mecanismo de Solución de Controversias de MERCOSUR en el Tratado de Asunción y en Protocolo de Brasilia y Ouro Preto.

El mecanismo de “*solución de controversias*” fue instituido en el TA, Anexo III, artículo 2, que dispone 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*”.

Los EP cumplieron con este compromiso de **adoptar un sistema de solución de controversias**, - por un período transitorio-, al reconocer cuan importante es la constitución de un instrumento eficaz para el cumplimiento del TA y de sus disposiciones derivadas. Así, en el PB. fijan el mecanismo para la Solución de Controversias⁹. Luego, en el PO¹⁰ los EP establecen que “*efectuarán una revisión actual del sistema de solución de controversias del MERCOSUR con miras a la adopción de un sistema permanente*”¹¹.

3.1. Conflictos de los “Estados Partes”

Este mecanismo de solución de controversias se establece únicamente para los “*Estados Partes*”(art.1 del PB), cuyos **objetos de controversias** recaigan sobre:

□ Las cuestiones relativas a la aplicación del TA (art. 1 del Anexo III del TA).

□ Las cuestiones ampliadas a la “*interpretación, aplicación o incumplimiento de las disposiciones contenidas en el Tratado de Asunción, de los acuerdos celebrados en el marco del mismo, así como de las decisiones del Consejo del Mercado Común*”(art.1 PB).

□ Las cuestiones más ampliadas a “*las directivas de la Comisión de Comercio de MERCOSUR*”(CCM.)¹²”.

El sistema de solución de controversias para los conflictos entre los EP, abarca las tres (3) etapas de necesario escalonamiento de: a) negociación, b)intervención del Grupo Mercado Común y, c) arbitraje.

a) Negociación directa: Es una etapa necesaria, de carácter previa y de corta duración, de hasta 15 días computados desde la fecha en que uno

⁹ Nota: El Protocolo de Brasilia fue hecho en la ciudad de Brasilia, Brasil a los diecisiete días del mes de diciembre de mil novecientos noventa y uno. Argentina lo aprobó por Ley 24.102, sanc.17-06-1992, promulg. 6-07-1992 y publ. B.O. 14-07-1992.

¹⁰ Argentina lo aprobó por Ley 24.560, (B.O. 13-10-1995).

¹¹ Ley 24.560, (B.O. 13-10-1995),art. 44.

¹² Ley 24.560, (B.O. 13-10-1995), art. 43.

de los EP planteo la controversia ¹³, en la cual los EP pueden dirimir sus conflictos por negociaciones directas, debiendo informar al GMC, a través, de la SAM de las gestiones, negociaciones y resultados que hubieren logrado.¹⁴

b)Intervención del Grupo Mercado Común: Si con la **negociación directa no se alcanza un acuerdo total o parcial**, se deberá ocurrir ante el GMC, quien evaluará la situación, les dará a las Partes de la controversia la oportunidad para que expongan sus posiciones y, si fuere necesario puede requerir el asesoramiento de expertos¹⁵, siendo sus gastos soportados en montos iguales por los EP.¹⁶ Esta etapa concluye con el dictado por parte del GMC de una recomendación no obligatoria para los EP “*tendiente a la solución de la controversia*”¹⁷. Su duración es de 30 días.

c)Arbitraje “ Ad Hoc”: Si la controversia subsiste, los EP pasan a esta última etapa del ARBITRAJE.

El arbitraje(o el arbitramento), nos enseña Adolfo Alvarado Velloso¹⁸, “*es un modo de heterocomposición de litigios que opera como resultado respecto de ellos y al cual se llega sólo si media al menos un principio de autocomposición de los propios interesados, por la cual aceptan plantear su litigio al árbitro (o al arbitrador) y, eventualmente acatar su decisión*”.

El árbitro¹⁹ “*es el tercero a quien las partes le confieren el poder de decidir su controversia. El árbitro resuelve mediante laudo, equivalente a una sentencia judicial. El laudo, tiene efecto de cosa juzgada y es ejecutable*”.

En la organización del arbitraje, existen: a) **arbitraje institucional**, que presupone una institución que organice el arbitraje; b) **arbitraje ad hoc**, que se lo designa en cada caso. Esta forma es la más libre y, por ello, es la que mejor se adecua al arbitraje.

Este sistema arbitral de MERCOSUR es un arbitraje “*Ad Hoc*”, que requiere la designación del Tribunal Arbitral, compuesto de tres(3) árbitros

¹³ Ley 24.102, (B.O. 14-07-1992), art. 2 inc. 2.

¹⁴ Ley 24.102 (B.O. 14-07-1992), art. 2 inc. 1.

¹⁵ Ley 24.102 (B.O. 14-07-1992), art. 4 inc. 2.

¹⁶ Ley 24.102 (B.O. 14-07-1992), art. 4 inc. 3.

¹⁷ Ley 24.102 (B.O. 14-07-1992), art. 5.

¹⁸ Introducción al estudio del Derecho Procesal-Segunda Parte, páginas 66-67, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe 21-08-1998.

¹⁹ Ver nuestra tesis doctoral “*La Oralidad en el Proceso Civil-¿ Cuáles son las bases de un Juicio Civil Oral, Humanizado y Moderno?*”, pág. 314.

en cada controversia. Cada EP en la controversia designa a un árbitro y al tercer árbitro, ambos lo designan de común acuerdo y, él es, quien presidirá el Tribunal Arbitral²⁰. Además, cada EP designará un árbitro suplente que reúna los mismos requisitos, para reemplazar al árbitro titular en caso de incapacidad o excusación para formar el Tribunal Arbitral, en su integración, o en el procedimiento.²¹

Este Arbitraje Ad hoc de MERCOSUR implicó la existencia de un tribunal arbitral “Ad Hoc”-TAHM, **no permanente, *sin sede fija* y de **única instancia arbitral*. En efecto, la *calidad de no permanencia* deviene de la necesidad de la constitución de un Tribunal arbitral para cada una de las controversias que planteen. En tanto, la *ausencia de sede fija* del TAHM, resulta del propio PB²². Finalmente, el requisito legal de ser una *única instancia arbitral*, nos exige atender de manera previa a estos interrogantes: *¿qué es una instancia?*, y que es *¿ser una única instancia?*

Eduardo Couture²³, sostiene que en su acepción previa, “*instancia significa requerimiento, petitorio, solicitud. Se dice, entonces que los actos procesales se realizan de oficio o a instancia de partes, según que los realice el juez por iniciativa propia o a requerimiento de alguno de los interesados.*” Agrega, que en “*una acepción más restringida se denomina instancia el ejercicio de la acción procesal ante el mismo juez*”. Y concluye, diciendo que “*instancia*” en la acepción técnica más restringida “*es la denominación que se da a cada una de las etapas o grados del proceso, y que va desde la promoción del juicio hasta la primera sentencia definitiva; o desde la interposición del recurso de apelación hasta la sentencia que sobre él se dicte. Se habla, entonces, de sentencia de primera o de segunda instancia; de jueces de primera o de segunda instancia; de pruebas de primera o de segunda instancia. El proceso se desenvuelve, pues, en instancias o grados*”.

Con respecto a que es *ser una única instancia*, debemos señalar que la instancia puede confundirse con el proceso, porque aquí la instancia no es una parte del proceso, sino todo el proceso. Así, el pedido de justicia (judicial o arbitral) se tramita en las etapas necesarias de fijación de los hechos, producción de las pruebas, alegato y sentencia o laudo. Y como

²⁰ Ley 24.102 (B.O. 14-07-1992), art. 8.

²¹ Ley 24.102 (B.O. 14-07-1992), art. 9 inc. 2.

²² Ley 24.102 (B.O. 14-07-1992), art. 15.

²³ Fundamentos de Derecho Procesal Civil, páginas 169-170, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1978.

estas resoluciones son irrecurribles, las mismas no serán revisadas o reexaminadas otra vez más. Por ello, el agotamiento de los pedidos de justicia(judicial o arbitral) en una única instancia importa excluir la tutela legal del **“derecho al recurso”**.

En este marco normativo del mecanismo de solución controversias de MERCOSUR, - de carácter transitorio-, vemos la necesidad de repensarlo para dar cabida al **“derecho al recurso”**.

Es muy interesante la situación de los **árbitros**, quienes para poder integrar las listas de 10 árbitros que cada EP debe designar y registrar en la Secretaria Administrativa, deben reunir la calidad de ser *“juristas de reconocida competencia en las materias que puedan ser objeto de controversia”*²⁴.

Los **árbitros** de MERCOSUR pueden decidir la controversia, laudando en derecho- *in iure*, o en equidad- *et aquo et bono*. Estas formas de decidir el arbitraje son decisivas porque si son **árbitros “in iure”** sus laudos si pueden ser recurridos, más si son **árbitros et aquo et bono o amigables componedores**, sus laudos son irrecurribles porque cuando laudan lo hacen según su leal saber y entender y en equidad de acuerdo al caso. A esta clásica distinción, Enrique M. Falcón²⁵ la enriquece agregando una más, consistente el **arbitraje científico o juicio pericial**, el cual se trata de arbitrajes *“que siendo especialistas en determinada ciencia, industria, técnica o arte, laudan siguiendo los principios de dicha disciplina”*. En realidad, en MERCOSUR esta clase de arbitraje, no fue recepcionado.

Por último, con relación al **“procedimiento arbitral”**, señalamos, que una vez constituido el Tribunal Arbitral, debe adoptar sus propias reglas de procedimiento. *“Tales reglas garantizarán que cada una de las Partes en la controversia tenga plena oportunidad de ser escuchada y de presentar sus pruebas y argumentos y también asegurarán que los procesos se realicen en forma expedita”*²⁶.

Es esencial subrayar, que estos *“límites”* del procedimiento arbitral atienden a resguardar la vigencia y respeto de la *defensa* de los EP y la *duración razonable de los procedimientos arbitrales*, enmarcan al arbitraje en las garantías de defensa en juicio y debido proceso, con su agguionamiento de duración razonable de las causas.

²⁴ Ley 24.102 (B.O. 14-07-1992), art. 10.

²⁵ Derecho Procesal Civil, Comercial, Concursal, Laboral y Administrativo, pág. 503, tomo I, Rubinzal Culzoni Editores, 1º Edición, Santa Fe, 2003.

²⁶ Ley 24.102 (B.O. 14-07-1992), art. 15.

Así, en la **DEFENSA** de los EP, vemos que los EP solo pueden introducir en el arbitraje las cuestiones que hayan sido objeto de negociaciones directas²⁷. Esto es, no son admitidos “**los hechos nuevos**”²⁸.

Con respecto al **DEBIDO PROCESO**, señalamos que en este procedimiento arbitral las **etapas necesarias**, son: *de introducción de los hechos controvertidos, pruebas, alegato y laudo. Y, la **etapa eventual**, es: * la impugnativa, muy restringida porque los laudos son inapelables²⁹, pudiendo solo plantearse una aclaratoria³⁰. El laudo arbitral produce efecto de cosa juzgada³¹. El arbitraje debe realizarse en el plazo fijado. Puede resolverse en “*forma legal*”, aunque ello no restringe la facultad del tribunal arbitral de “*resolver el conflicto ex aequo et bono*”, sí las partes, así, lo pidiesen (art. 19 del PB). El laudo arbitral debe contener una recomendación y un plazo de cumplimiento.

Si un EP no cumpliera el laudo del Tribunal Arbitral de MERCOSUR, los otros EP en la controversia podrán tomar “*medidas compensatorias temporarias. Entre tales medidas temporales, podrán ser la suspensión de concesiones u otras equivalentes*”³². La ejecución de los laudos arbitrales se efectúa por vía de ejecución de sentencia, según los respectivos ordenamientos procesales de los EP.

3.2 Conflictos entre particulares

Los particulares (personas físicas o jurídicas) no tienen un acceso directo al mecanismo de solución de controversias de MERCOSUR.

Así, el procedimiento fijado en el PB para el reclamo de particulares tiene por **objeto** los asuntos con motivo de la sanción o aplicación, por

²⁷ Ver nuestro trabajo: 2º Laudo Arbitral del MERCOSUR, -Jurisprudencia del MERCOSUR en *Revista de la Facultad-Universidad Nacional de Córdoba, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Vol. 7, NC 1 y 2-Año 2000- Nueva Serie*, páginas 409-415.

²⁸ Nota: Señala De Santo que el “**hecho nuevo**” es un instituto del Derecho Procesal muy importante por su consecuencia no solo dentro del desarrollo del proceso sino en la oportunidad en que el juez dicta sentencia. Es el “*hecho ocurrido con posterioridad a la demanda o, que siendo anterior, no era conocido y tiene relación con la cuestión que se ventila. El hecho nuevo no puede importar ni una petición ni una nueva defensa; sólo invocarse refiriéndose como nuevo elemento de juicio relativo a la petición o defensa ya esgrimida al trabarse la litis*”. (Ver, Diccionario de Derecho Procesal, vocablo “**Hecho nuevo**”, pág. 179, Editorial Universidad, 2º Edición, marzo de 1991.

²⁹ Ley 24.102 (B.O. 14-07-1992), art. 21.1

³⁰ Ley 24.102 (B.O. 14-07-1992), art. 22.1

³¹ Ley 24.102 (B.O. 14-07-1992), art. 21.1

³² Ley 24.102 (B.O. 14-07-1992), art. 23.

cualquiera de los EP, de medidas legales o administrativas de efecto restrictivo, discriminatorias o de competencia desleal en violación del TA, de los acuerdos celebrados en el marco del mismo, de las decisiones del Consejo del Mercado Común o de las resoluciones del GMC³³.

Los **particulares afectados** plantearán sus reclamos en la Sección Nacional del GMC del Estado parte donde tenga sus residencia habitual o la sede de sus negocios. En esa misma oportunidad deberá acompañar todas sus pruebas³⁴. Esta presentación es resuelta por la Sección Nacional del GMC, quien en consulta con el particular afectado, podrá: a) rechazarla porque ya se inició el procedimiento de Solución de Controversias; b) rechazarla por infundada; c) admitirla, dándole trámite y a cuyo efecto puede entablar contactos directos con la Sección Nacional del GMC del EP involucrado, a fin de que mediante consultas se de una inmediata solución o, elevar el reclamo sin más trámite al GMC. Recibido el reclamo por este órgano, GMC, el mismo lo evaluará, pudiendo rechazarlo o darle trámite y, en este último supuesto, convocará a un grupo de expertos, quienes emiten un dictamen sobre la procedencia del reclamo, dentro del plazo improrrogable de 30 días a partir de su designación. En el dictamen de los expertos se puede verificar la procedencia del reclamo o disponer que su requerimiento no prospere. En este segundo supuesto, el EP que lo efectuó puede recurrir directamente al procedimiento arbitral del mecanismo de solución de controversias de MERCOSUR³⁵.

4. Reformas incorporadas por Protocolo de Olivos.

La solución de controversias de MERCOSUR, tiene importantes reformas introducidas por el PO.

Estas reformas fueron propiciadas por el Grupo Ad Hoc sobre Aspectos Institucionales (GAHAI)³⁶, al cual, después de la Cumbre de Florianópolis, se le sumó, la labor de un Grupo de Alto Nivel(GAN). Más, los primeros resultados no fueron los esperados.

El GAN centro su labor en propiciar la creación de un tribunal permanente y la instrumentación de un mecanismo de consultas. Logró con-

³³ Ley 24.102 (B.O. 14-07-1992), art. 25.

³⁴ Ley 24.102, (B.O. 14-07-1992), art. 26.

³⁵ Ley 24.102, (B.O. 14-07-1992), artículos 28, 29, 30, 31 y 32.

³⁶ Decisión N°25/00 sobre el “Perfeccionamiento del Sistema de Solución de Controversias de Brasilia”, aprobada en la XVIII Reunión del CMC, 29/06/2000, B.O. 27-07-2000.

sensu para eliminar la intervención del GMC con carácter obligatorio y los plazos y modalidades de cumplimiento de los laudos. Estas son las bases, que conforman el PO.

El eje de esta reforma, atiende - teniendo en cuenta la evolución del proceso de integración de MERCOSUR-, a perfeccionar el sistema de solución de controversias, a fin de consolidar la SEGURIDAD JURÍDICA, para lo cual como escalón previo es esencial, también, consolidar el valor JUSTICIA.

Así, en esta perspectiva se garantiza “ *la correcta interpretación, aplicación y cumplimiento de los instrumentos fundamentales del proceso de integración y del conjunto normativo del MERCOSUR, de forma consistente y sistemática*”.³⁷

En consecuencia, entre las reformas más salientes, señalamos las siguientes:

□ Se incorporan las **OPINIONES CONSULTIVAS** al Tribunal Permanente de Revisión-TAR, acorde los mecanismos que establezca el CMC.³⁸

□ En el procedimiento arbitral, se modifican los **requisitos** que deben reunir los **árbitros** que integren el TAHM. Cada EP deberá designar un mayor número de árbitros, antes 10 y ahora 12.

Lo interesante es que la designación de los árbitros conjuntamente con el curriculum vitae detallado de cada uno de ellos, se notificada a los EP y a la SAM.³⁹

□ Se instituye la **unificación de representación**⁴⁰ si dos o más EP asumieran la misma posición(reclamante o reclamado) en una controversia⁴¹. La recepción de este instituto procesal es acertada porque contribuye a realizar la celeridad procesal, que va de la mano con la duración del arbitraje.

□ Se regula la **no admisión de la ampliación de los hechos**, o sea la invocación de “ *hechos nuevos*”⁴². Ello es una consecuencia, de que deben cumplirse preclusivamente con las etapas obligatorias y previas de nego-

³⁷ Ver, Ley 25.663(B.O. 2002-10-21), PO., Considerando.

³⁸ Ley 25.663(B.O. 2002-10-21)PO., art. 3, Régimen de Solicitud.

³⁹ Ley 25.663(B.O. 2002-10-21), PO., art. 11, Listas de árbitros

⁴⁰ Nota: La unificación de representación se da en el instituto de litis consorcio(partes plurales), cuando existe un interés común o compatible entre ellos.

⁴¹ Ley 25.663(B.O. 2002-10-21), PO., art. 13, Unificación de representación.

⁴² Ley 25.663(B.O. 2002-10-21), PO., art. 14, incs. 1 y 2, Objeto de la controversia.

ciaciones directas y acuerdos, como presupuesto de admisibilidad de la etapa arbitral.

□ Se instituye como una gran novedad la **creación del Tribunal Permanente de Revisión-TAR** y la regulación del **recurso de revisión**, los cuales tienen un mayor tratamiento en el punto 4.1.

□ Se establece en los casos que no se cumpliera total o parcialmente el laudo, la facultad de la aplicación de las **medidas compensatorias**, como asimismo la facultad de cuestionar las medidas compensatorias.⁴³

□ Se receptionan como **medios anormales de terminación de la controversia o el reclamo**, el “*desistimiento*” y la “*transacción*”. De modo tal de concluir, así, por cualquiera de ellos, la controversia o el reclamo, lo cual deberá ser comunicado a la SAM, al GMC, al TAHM o al TAR, según corresponda⁴⁴.

Asimismo, se adecuaron estos aspectos del mecanismo de solución de controversias de MERCOSUR:

□ Se declara obligatoria ipso facto, sin necesidad de acuerdo especial la Jurisdicción Arbitral que en cada controversia se constituya, que se refiera, respectivamente a la jurisdicción del TAHM, como del TAR⁴⁵.

□ Las medidas provisionales dispuestas por los Tribunales Ad Hoc se mantienen, pero también se contempla el nuevo supuesto de las medidas provisionales cuando el laudo arbitral sea recurrido por recurso de revisión, y en ese caso dichas medidas provisionales deben mantenerse hasta que el TAR las trate en la primera reunión resolviendo su continuación o cese⁴⁶.

□ Se regulan los alcances del necesario **principio de confidencialidad**, en el arbitraje. Manteniéndose el carácter reservado a las partes, de todos los documentos que hubieran presentado, a excepción de los laudos arbitrales. Se establece que se reglamentará la modalidad de divulgación de los escritos y presentaciones de las controversias ya concluidas⁴⁷

Además, se mantuvieron sin ninguna reforma, los siguientes aspec-

⁴³ Ley 25.663(B.O. 2002-10-21), PO., artículos 31-Facultad de aplicar medidas compensatorias y 32 –Facultad de cuestionar medidas compensatorias.

⁴⁴ Ley 25.663(B.O. 2002-10-21), PO., artículo 45 Transacción o desistimiento.

⁴⁵ Ley 24.102 (B.O. 14-07-1992), PB., art. 18 .1 y Ley 25.663(B.O. 2002-10-21), PO., artículo 15 – Medidas Provisionales.

⁴⁶ Ley 24.102 (B.O. 14-07-1992), PB., art. 8 y Ley 25.663(B.O. 2002-10-21), PO., artículo 33 – Jurisdicción de los tribunales.

⁴⁷ Ley 25.663(B.O. 2002-10-21), PO., artículo 46 Confidencialidad.

tos del mecanismo de solución de controversias de MERCOSUR:

□ En los conflictos de los EP, se mantiene el **procedimiento inicial de negociaciones directas**⁴⁸.

□ En los conflictos de los EP, la institución del recurso de aclaratoria⁴⁹.

□ En los **reclamos de los particulares**⁵⁰ no se introduce el cambio tan esperado de que se les otorgue a los particulares el acceso directo al mecanismo de solución de controversias de MERCOSUR.

La aprobación del PO(entrado en vigor el 1-01-2004) importa la derogación del PB y del Reglamento del PB⁵¹. Sin embargo, estos últimos mantienen su vigencia para las controversias en trámite, que se registrarán por los mismos hasta su total conclusión⁵².

4.1.El Tribunal Arbitral permanente y el derecho al recurso, en el marco de la garantía del Debido proceso y defensa en juicio en los procesos de integración.

La reforma más importante del PO, es la creación del TAR y la regulación del Recurso de Revisión. Esta solución es excelente, por la institución de un nuevo órgano arbitral competente y la correspondiente vía recursiva. Es decir, por – **primera vez**- en MERCOSUR, se le brinda tutela legal al “*derecho al recurso*” en los conflictos de los EP en el mecanismo de solución de controversias.

El “*derecho al recurso*” tiene raigambre constitucional porque esta consagrado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, con jerarquía constitucional⁵³. Así, el art. 8 inc.2 apartado h) de esta Convención, establece: “*derecho a recurrir el fallo ante el juez o tribunal superior*”⁵⁴. El reconocimiento expreso de esta nueva garantía: el “*derecho al recurso*”, desgajada de la garantía medular del debido proceso legal, demanda la existencia legal necesaria de una doble instancia, de modo tal que

⁴⁸ PB., arts. 2 y 3 y Ley 25.663(B.O. 2002-10-21), PO., arts. 4 - Negociaciones y, 5 - Procedimiento y plazo.

⁴⁹ Ley 24.102 (B.O. 14-07-1992), PB., arts. 22.1 y Ley 25.663(B.O. 2002-10-21), PO., art. 28-Recurso de aclaratoria.

⁵⁰ Ley 24.102 (B.O. 14-07-1992), PB., arts. 25 a 32, y Ley 25.663(B.O. 2002-10-21), PO., arts. 39 a 44.

⁵¹ Ley 25.663(B.O. 2002-10-21), PO., artículo 55 Derogación.

⁵² Ley 25.663(B.O. 2002-10-21), PO., artículo 50 Controversias en trámite.

⁵³ Argentina, Constitución Nacional, art. 75 inc. 22

⁵⁴ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su art. 14, ap. 5, sobre el derecho de recurrir

la primera instancia falle por sentencia judicial o laudo arbitral y la otra, jerárquicamente superior funcione como una instancia revisora de carácter ordinario o extraordinario⁵⁵. Más, cada una de ellas, debe asegurarse la vigencia de la otra garantía medular: la *defensa en juicio*.

El 29 de julio de 1988, la Corte Interamericana dicta su primer fallo de naturaleza judicial en el caso “*Velázquez Rodríguez*” condenando al Gobierno de Honduras por violación de los Derechos Humanos. Esta causa, sostiene Hitters⁵⁶, es el *leading case* que ha afianzado el “*sistema interamericano de protección de las garantías fundamentales del hombre*”. El citado autor acentúa que en el agotamiento de las vías domésticas, la Corte sostiene que son: “... sólo aquellos recursos adecuados (idóneos) y eficaces para los fines buscado”

Este presupuesto de doble instancia en los recursos, art. 8 2h. de la Convención ha producido una gran debate en Argentina sobre todo en ma-

⁵⁵ Nota: En las impugnaciones procesales, dentro de las cuales ubicamos como una de sus vías a los recursos. A su vez, estos se dividen en ordinarios y extraordinarios. Por lo tanto, cuando la instancia recursiva es una **instancia ordinaria** en ella el reexamen recae sobre los hechos de la litis, pruebas y el derecho aplicado. Mientras, que cuando corresponde a una **instancia extraordinaria**, en ella, el reexamen recae solamente sobre cuestiones de derecho. Más en ambas, sólo en la medida de los agravios fijados por el impugnante recurrente y así legitimado.

⁵⁶ Cfr. Criterios establecidos por los órganos jurisdiccionales de los sistemas interamericano y europeos, en *XXIIº Congreso Nacional de Derecho Procesal, 12, 13 y 14 de junio de 2003, Paraná Entre Ríos*, pag. 171, tomo II Talleres Gráficos de la Imprenta Lux S.A., 30 de mayo de 2003. Idem, La Corte Interamericana y la condena al Gobierno de Honduras (aspectos procesales), pág. 242 en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal 3-1988*, Fundación de Cultura Universitaria.

⁵⁷ Nota: La CSJN, en el caso “*Jauregui*” (Fallos 311:274) resolvió que el requisito de doble instancia se cubría con los recursos extraordinarios (Ley 48 y causal de arbitrariedad). Sin embargo, en el caso “*Maqueda*” por la denuncia de fecha 15-09-1992, presentada en la Comisión en contra el gobierno argentino, porque habría incurrido en violación de los arts. 2, 8 y 25 en referencia al art. 1.1. La Comisión Interamericana en su Informe (caso 11.086, 9-2-1994) contradujo la postura argentina, sosteniendo que el recurso extraordinario federal (Ley 48, con la causal de jurisprudencia pretoriana de arbitrariedad), tiene un criterio particularmente restrictivo que no permite revisar el procedimiento ni examinar la validez de la sentencia en recurso, con relativa sencillez.

Luego de producida la reforma constitucional de 1994, en 1995, en el recordado caso “*Giroldi*” (Fallos: 318:514), la C.S.J.N. cambio la posición que había asumido en el caso “*Jauregui*” y entonces sostuvo que “*el recurso extraordinario no constituye un remedio eficaz para la salvaguarda de la garantía de la doble instancia que debe observarse dentro del marco del proceso penal, como garantía mínima de toda persona inculpada de delito*. Ello es así, porque el recurso extraordinario federal se trata de una vía extraordina-

teria penal⁵⁷. Ello determinó que a nivel nacional y en algunas provincias se ha instituido la casación penal con los respectivos Tribunales de Casación Penal⁵⁸. Empero, en materia civil, según Mario Kaminker⁵⁹, la “*Corte Suprema de la Nación en sentencias publicadas en Fallos: 36:1246, 126:114, 115:96, etc. ha entendido que en materia no penal la doble instancia no es garantía constitucional*”. Este debate actual de la tutela del “DERECHO AL RECURSO”, subsiste en los otros países.

El mismo debate se instala también en MERCOSUR con el PO y la creación del TAR, como un nuevo órgano de jurisdicción arbitral, que tiene: a) **Una jurisdicción no contenciosa** para atender las opiniones consultivas a fin de unificar las interpretaciones contradictorias, con miras a garantizar el principio de igualdad que tiene plena vigencia en todos los EP. b) **Una jurisdicción arbitral contenciosa**, con sendas clases de competencia, una es una **competencia revisora** con el recurso de revisión en los arbitrajes Ad hoc “in iure”⁶⁰ y la otra es una **competencia directa y única** cuando las partes en una controversia accedan someterse en única instancia al TAR, en cuyo caso este tendrá las mismas competencias de un TAHM⁶¹.

Y aquí, no podemos dejar de plantear estas preguntas básicas: ¿ *esta competencia revisora del TAR por vía recursiva del nuevo recurso de revi-*

ria, limitada a las cuestiones federales, y del cual queda excluido la aplicación del derecho de fondo y derecho procesal, salvo supuestos de arbitrariedad. Con este caso “Giroldi” y el sucesivo caso “Bramajo, Hernán Javier” de 1996, se dio inicio a una eficaz tutela del derecho al recurso.

Juan Carlos Hitters pone el acento, también, en la postura de la CSJN en el caso “Giroldi” que refiriéndose a la jurisprudencia de los tribunales internacionales dice: “ *debe servir de guía para interpretación de los preceptos convencionales en la medida que el Estado argentino reconoció la competencia de la Corte interamericana de Derechos Humanos*”. Sin embargo, esta posición del caso “Giroldi” fue modificada en el caso “Acosta” (1998), minorizando el valor de los Informes de la Comisión. Ello fue ratificado en el caso “Felicetti” (Ver, Criterios establecidos por los órganos jurisdiccionalesob. cit. páginas 188 a 191.

⁵⁸ Nota. Las leyes nacionales 23.984 y 24.050 disponen la creación de la Cámara Nacional de Casación Penal, para conocer en competencia derivada de los recursos de casación, inconstitucionalidad –y aún de revisión- de las sentencias de los tribunales orales en lo criminal y de los juzgados correccionales. De esta manera, con este tribunal intermedio se otorga una eficaz tutela al derecho al recurso en materia penal.

⁵⁹ El Derecho a recurrir y restricciones a este derecho, en *XXIIº Congreso Nacional de Derecho Procesal, 12, 13 y 14 de junio de 2003, Paraná Entre Ríos*, página 211, tomo I, Talleres Gráficos de la Imprenta Lux S.A., 30 de mayo de 2003

⁶⁰ Ley 25.663 (B.O. 2002-10-21), PO., art. 17 Recurso de Revisión.

⁶¹ Ley 25.663 (B.O. 2002-10-21), PO., art. 23 Acceso directo al Tribunal Permanente de Revisión.

sión constituye una eficaz tutela del “ derecho al recurso ” amparado por el art. 8 2.h de la Convención del Pacto de San José de Costa Rica?; ¿es conveniente ampliar esta tutela del “ derecho al recurso ” a los EP?

Para dar una cabal respuesta, necesitamos delinear institucionalmente al TAR y al Recurso de Revisión.

El **Tribunal Arbitral de Revisión**, TAR, presenta la **composición** de un tribunal colegiado, con una integración como cuerpo de cinco(5) árbitros, titulares y suplentes.

El **procedimiento de designación de sus árbitros** es muy interesante. Cada EP designa un (1) árbitro y su suplente por un período de dos(2) renovable por no más de dos períodos consecutivos. El quinto árbitro es designado por un período de tres(3) años no renovables y será elegido por unanimidad por los EP. Más si no se logra la unanimidad, la designación es por sorteo y se realizará en la SAM.⁶² .

La **sede de este nuevo órgano arbitral, TAR**, es en la ciudad de Asunción del Paraguay, más por razones fundadas pueden reunirse excepcionalmente en otras ciudades de MERCOSUR⁶³ .

El TAR es un **tribunal arbitral permanente**, que requiere que sus árbitros deben “ *estar disponibles de modo permanente para actuar cuando se los convoque* ”⁶⁴ . De ahí, que el funcionamiento del TAR queda sujeto a las citaciones que deben realizarse en función de cada presentación de acceso directo o por vía revisora. Es obvio, que esta peculiaridad del TAR hace que no tenga un funcionamiento estable.

El **funcionamiento del TAR** presenta estas modalidades: a) se integra con tres (3) de sus miembros cuando la controversia involucre a dos(2) EP; b) se integra en pleno, esto es con la totalidad de sus miembros, es decir sus cinco(5) árbitros cuando la controversia involucre a más de dos (2) EP⁶⁵ .

Ahora bien, pasando al **Recurso de Revisión**⁶⁶ , en nuestra opinión esta vía impugnativa se trata de un recurso extraordinario que se les otorga a los EP para que obtengan el reexamen de un laudo arbitral dictado por el TAHM limitado a las cuestiones de derecho y a las interpretaciones jurídicas dadas en la controversia.

Por el **objeto impugnable**: laudo arbitral y por las **cuestiones**

⁶² Ley 25.663(B.O. 2002-10-21), PO., art. 18 Composición del Tribunal Permanente de Revisión.

⁶³ Ley 25.663(B.O. 2002-10-21), PO., art. 38 Sede.

⁶⁴ Ley 25.663(B.O. 2002-10-21), PO., art. 19 Disponibilidad permanente.

⁶⁵ Ley 25.663(B.O. 2002-10-21), PO., art. 20 Funcionamiento del Tribunal.

⁶⁶ Ley 25.663(B.O. 2002-10-21), PO., art. 17 Recurso de Revisión.

revisables por los agravios: cuestiones de derecho, entendemos que esta vía impugnativa se equipara más a un **recurso de casación**, que a un estricto **recurso de revisión**.

El **recurso de revisión** es una vía que “*se promueve singularmente, en contra de resoluciones definitivas, firmes y consentidas, debido a que constituyen una excepción al principio de irreversibilidad de la cosa juzgada*”⁶⁷. Este **recurso** es una verdadera demanda de nulidad que se funda en hechos sobrevinientes.

A mayor abundamiento, Lino Palacios⁶⁸, citando a Ramiro Podetti, señala que el recurso de revisión “*es el remedio procesal extraordinario encaminado a examinar de nuevo una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, cuando se ha llegado a ella por medios ilícitos o irregulares, sin culpa o negligencia del vencido, prescindiendo o incorporando nuevos elementos de prueba en el nuevo juicio*”. Por ello, a la luz de estos conceptos técnicos sostenemos que el “recurso de revisión”, regulado en el PO no constituye un “recurso de revisión strictu sensu.”

Más bien, esta vía impugnativa implica un recurso de casación. En efecto, según mi inolvidable maestro cordobés Jorge A. Claria Olmedo⁶⁹, la casación es un recurso extraordinario, no excepcional. “Se trata de una impugnación devolutiva, limitada en su fundamentación a motivos de derecho. Estos pueden ser tanto de juicio como de actividad: *in iudicando* como *in procedendo*”.

El trámite **del recurso de revisión es simplificado**: la interposición de este recurso es fundada, dentro del plazo de 15 días a partir de la notificación del laudo en recurso⁷⁰. Del recurso planteado se corre traslado a la otra parte, por el término de 15 días. El TAR resuelve este recurso, en el plazo máximo de 30 días, computados a partir de la presentación de la contestación del recurso, o del vencimiento del traslado, si el mismo no fue evacuado⁷¹. El TAR al resolver, podrá “*confirmar, modificar o revocar los*

⁶⁷ Ver nuestro trabajo en conj.: “Teoría General de las Impugnaciones”, pág. 97, Editorial Advocatus, Córdoba, noviembre de 1990.

⁶⁸ Manual de Derecho Procesal Civil, pág. 634, Décimo Sexta Edición Actualizada, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 21-08- 2001.

⁶⁹ Derecho Procesal, II Estructura del Proceso, pág. 330, Editorial Depalma, Buenos Aires, septiembre de 1983.

⁷⁰ Ley 25.663(B.O. 2002-10-21), PO., art. 17 Recurso de Revisión.

⁷¹ Ley 25.663(B.O. 2002-10-21), PO., art. 21 Contestación del recurso de revisión y plazo para el laudo.

⁷² Ley 25.663(B.O. 2002-10-21), PO., art. 22 Alcance del pronunciamiento.

fundamentos jurídicos y las decisiones del Tribunal Arbitral Ad Hoc".⁷²

A modo de corolario, y respondiendo a nuestras preguntas iniciales planteadas sobre si el "DERECHO AL RECURSO" tiene para los EP, una tutela eficaz, en el mecanismo de solución de controversias, debemos sostener que sí, porque el PO ha contemplado y resuelto normativamente este supuesto⁷³. Más bipolarmente, respecto de los particulares debemos subrayar la total falta de tutela a su "DERECHO AL RECURSO".

4.2. Mecanismo de solución de controversias para los particulares.

En este aspecto el PO⁷⁴ no introduce ninguna importante modificación al procedimiento de reclamos de los particulares establecido en el PB. Por ello, nos remitimos al tratamiento que ya hemos realizado.

5. Bases y propuestas.

Recomendamos:

1) El MERCOSUR es una respuesta válida a la globalización porque: por un lado, apoya este proceso de integración con su identidad aún en formación, bajo los perfiles institucional, jurídico, cultural, social y económico; y a la par, por el otro lado, también apoya y respeta o a las identidades propias de los EP.

2) El MERCOSUR, si bien continúa con un **régimen transitorio de solución de controversias**,

a. En los **conflictos de los EP**, con el PO, les otorga a los mismos, una eficaz tutela a sus garantías de defensa y debido proceso legal, con particular referencia a la nueva tutela del "DERECHO AL RECURSO", mediante la creación del TAR y de la regulación del Recurso de Revisión;

b. El **Recurso de Revisión** debe ser re denominado como **Recurso de Casación**, atendiendo a los específicos alcances de su regulación en el PO: sólo cuestiones de derecho.

c. En los **reclamos de los particulares**, con el PO, se mantienen las iniciales privaciones de su acceso directo al mecanismo de solución de controversias. Ello tiene directa incidencia, con la tutela ineficaz que se otorga

⁷³ Nota: a modo de antecedente válido, recordemos el fallo de la CSJN. in re "San Luis Provincia de c/ Estado Nacional s/ acción de amparo", 05-03-2003, por el cual se amplía la tutela de la vía del amparo a un asunto en el cual estaban involucrados los estados nacional y provincial

⁷⁴ Ley 25.663(B.O. 2002-10-21), PO., arts.39 a 44.

a los particulares en sus garantías de defensa y debido proceso legal. Esta situación de desprotección jurídica de los particulares se amplía y extiende a su “DERECHO AL RECURSO” en el mecanismo de solución de controversias de MERCOSUR.

3) Estas propuestas deben tratar de atenderse en lo inmediato.

4) Esta investigación concluye en esta primera parte. Más se integra con la segunda parte, con el análisis del Reglamento del PO, con particular referencia a la seguridad jurídica, obligatoriedad de los laudos, cosa juzgada y ejecución de los laudos arbitrales de MERCOSUR.

1. Investigaciones en desarrollo:

Año 2005. El futuro institucional del MERCOSUR, con especial atención a la función parlamentaria y jurisdiccional, Director Dr. Ernesto J. Rey Caro, presentado con fecha 15-03-2005 en SECYT-UNC.

□ “Sistema de Solución de Controversias del Mercosur” (2º Parte), presentado en SECYT y aprobado por Res. de SECYT N°123/ 2004.

□ Publicaciones:

□ Nota a fallo: A.E.A.L. del 2º Laudo Arbitral Ad Hoc del Mercosur en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UNC.* Vol. 7 N°1-2, Año 2000- Nueva Serie

□ Armonización legislativa en el Area del Derecho Procesal, en *Anuario V, Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales , Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UNC.*, El Copista, marzo de 2001.

□ Amparos Especiales – Habeas data- Amparo Electoral- Amparo Fiscal y Amparo por Mora de la Administración en *Revista de Direito Processual Civil, Gêneseis, Curitiba* N°24 y 25.

□ Armonización legislativa en la Región Centro en vista del Proceso de Integración del Mercosur- Area Derecho Procesal- Orden Público y Proceso Judicial- ¿Cuál es la incidencia del Orden Público en las Medidas Cautelares como regla general y en el supuesto de excepción fiscal?, en *Anuario VI, Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales , Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UNC.*, Lerner Editora, Córdoba, marzo de 2003.

□ Armonización legislativa y Región Centro en el Mercosur, en *Anuario VII Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales , Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UNC.*, Lerner Editora, Córdoba, septiembre de 2004

NOTAS PARA EL ESTUDIO DE LAS RELACIONES INTERGUBERNAMENTALES, CON PARTICULAR REFERENCIA A LA REPÚBLICA ARGENTINA

*por Myriam Consuelo Parmigiani de Barbará**

Resumen: La decisión y gestión de políticas públicas en las diversas áreas de acción de la estatalidad, adquiere características específicas y de mayor complejidad en el caso de países con estructuras compuestas, como es el caso de los de estructura federal; paralelamente, el reconocimiento de mayor autonomía y funciones a los niveles locales (municipales y comunales), junto con los procesos emergentes de la globalización, incrementa dicha complejidad. Dentro de la problemática de las relaciones intergubernamentales, tal diseño institucional conlleva una especial exigencia de coordinación por razones tanto de eficacia cuanto de legitimidad, lo que es una característica de la denominada “coordinación subnacional multinivel”.

La República Argentina es un Estado federal, con reconocimiento constitucional del régimen municipal, en el que además se ha producido una importante transferencia de funciones a los niveles infraordenados de gobierno (Provincias, Municipios), incluida en gran medida la promoción del desarrollo económico y social. El artículo reflexiona sobre las necesidades que de ello se derivan para la acción estatal, particularmente en orden a la innovación en las relaciones interjurisdiccionales: marca su urgencia y cuestio-

* Abogada y Doctora en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad Nacional de Córdoba (UNC), Argentina. 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. Es Secretaria de Posgrado de la UNC y ha asido Secretaria de Asuntos Académicos de la misma Universidad y Subsecretaria de Ciencia y Técnica en su Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. 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.

nes centrales, desarrollando bajo la denominación de “proposiciones” los aspectos de análisis ineludible en el estudio del tema.

Palabras claves: relaciones intergubernamentales- coordinación subnacional multinivel- innovación institucional- neoinstitucionalismo-

1. Justificación y relevancia de la cuestión planteada

El presente trabajo se propone hacer explícitos y sistematizar algunas presunciones, criterios y conceptos que han sido aplicados o desarrollados en ocasión de diversas investigaciones realizadas desde hace ya más de una década¹ sobre políticas públicas de reforma del Estado centradas en el reordenamiento político-territorial en la República Argentina².

Instalados con fuerza los procesos de descentralización del poder –al menos a nivel propositivo-, corre paralela la cuestión ya de la necesidad, ya por lo menos de la conveniencia, de la coordinación entre los distintos niveles de gobierno. Se trata de una cuestión que adquiere especial significado mirada desde la aguda crisis social, política y económica que se abatió sobre el país en los últimos años, dado que –y ello es una conjetura básica comprobada en todas las investigaciones referidas-, las dificultades para institucionalizar capacidades de coordinación multinivel en la decisión e implementación de políticas públicas que así lo requieren, denotan una importante debilidad del sistema político-administrativo para cumplir su misión específica de producción de bienes públicos según lo esperado, esto es, según los parámetros regulados formalmente y socialmente demandados. Las consecuencias son acciones disfuncionales, sea por superposición u obstrucción, por el desaprovechamiento de la potenciación de sinergias o de economías de escala o por el abandono de roles expectables incluso formalmente consagrados (como financiamiento y control).

¹ Las comprendidas dentro de los últimos cinco años, todas con sede en el CIJS, son: Proyecto “Preferencias y estrategias de actores gubernamentales y no gubernamentales en la construcción de la Región Centro de la República Argentina” (Direc. M. C. PARMIGIANI de BARBARÁ, con subs. SeCyT UNC y Agencia Nacional de Promoción Científica, 1998/00); Proyecto “Incentivos y conflictos para la regionalización de políticas locales” (Direc. M. C. PARMIGIANI de BARBARÁ y co-dir. M. DIAZ de LANDA, con subs. SeCyT UNC, 2001/03); “Los municipios entre la fragmentación y la regionalización frente a la modernización del Estado provincial y la necesidad del desarrollo sustentable” (Direc. M. DIAZ de LANDA y co-dir. M. C. PARMIGIANI de BARBARÁ, con subs. Agencia Córdoba Ciencia S.E., 2001/04).

² En la ponencia presentada en el VIII Congreso Internacional del Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD) sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública (Panamá, octubre 2003), panel n°48, tuve ocasión de exponer y discutir algunas de las ideas que aquí se reformulan y sintetizan.

En este orden de ideas, bien puede entenderse que la fragmentación en el accionar de niveles de gobiernos múltiples no es sino una de las varias aristas de la crisis argentina que puede, en general, caracterizarse como de fragmentación (dualización social –marginalidad, desocupación, polarización en la distribución de la riqueza –, política –“corporación política”/ciudadanos- y económica –capital financiero/capital productivo, mercado interno/mercado externo, grandes empresas/pequeñas y medianas empresas, regiones ricas/regiones pobres-), sin que el sistema haya logrado hasta el momento producir los necesarios equilibrios y articulaciones.

La revisión de diseños de coordinación multinivel en Argentina (sean propuestas de especialistas, proyectos legales o experiencias concretas) *sirve para apoyar empíricamente la aseveración de que una correcta estrategia de superación de la crisis debe atender a un reordenamiento de las relaciones intergubernamentales.*

Estos diseños validan, en efecto, la siguiente argumentación:

a) Puede asumirse que existe en el país un consenso generalizado sobre la desarticulación espacial en el ejercicio del poder político-administrativo del Estado y su consecuente manifestación en “el verdadero rostro del Estado en concreto” (Padioleau, 1989: 19): las políticas públicas.

Se trata de una cuestión que, si bien recorre toda la historia federal argentina con denuncias de asimetrías relacionadas particularmente con la problemática fiscal, ha adquirido nuevas connotaciones a partir de las últimas décadas de la mano de tres procesos:

- La restauración de la democracia y la consecuente dinámica de mayor territorialización de los recursos de poder político, en tanto los mismos tienden a una mayor construcción a través de los electorados locales y provinciales, frente a una menor designación por el poder central³;
- La expansión de las responsabilidades y competencias de los niveles subnacionales de gobierno a raíz de la descentralización;

³ Bien entendido que se trata de una tendencia emergente, cuyos registros positivos alternan –en un campo de tensión entre descentralización/centralización del poder- con diseños e implementaciones jerárquicas de las políticas públicas, e incluso con despliegues de clientelismo y oportunismo político desde las instancias supraordenadas que interrogan de manera preocupante sobre la efectiva vigencia de un Estado de derecho democrático y pluralista.

- El impacto de la globalización sobre el rediseño del Estado-nación, con la disminución del significado de las decisiones unilaterales y jerárquicas tanto dentro del mismo sistema político-administrativo cuanto en su relación con la sociedad civil. Se trata de un proceso de adecuación a la complejidad y al aceleramiento del cambio producido por las nuevas tecnologías, particularmente del transporte y las comunicaciones, con su efecto sobre el flujo de personas, capitales, bienes y servicios; esta adecuación indujo especialmente durante los '90 a una crisis de la matriz estadocéntrica, así como estimuló la dinámica descentralizadora y la inserción en bloques regionales (caso del MERCOSUR).

b) Sin embargo, la percepción compartida de la desarticulación espacial en la decisión e implementación de políticas públicas necesarias para el desarrollo y el bienestar colectivo, no se corresponde con una coincidencia de perspectivas e instrumentos para su solución, ni –en general- con experiencias concretas de innovación institucional persistentes y de envergadura. Más allá de que, como insiste la doctrina, la ordenación de las relaciones intergubernamentales se resiste a una ingeniería institucional precisa y única, asemejándose por el contrario a una especie de rompecabezas que se va armando a lo largo del tiempo y los acontecimientos en base a los constreñimientos, oportunidades e incentivos para la acción colectiva, considero que el panorama en Argentina excede holgadamente la variabilidad y dinamismo propios de la materia. La fragmentación que las caracteriza es coherente, en efecto, con la presencia de iniciativas divergentes, de baja factibilidad en muchos casos y con frecuencia coyunturales, jalonadas por entusiasmos y desánimos, marchas y contramarchas.

2. Proposiciones sobre las relaciones intergubernamentales

Para facilitar la descripción y análisis crítico de casos concretos, resulta útil tener presente una serie de reflexiones y precisiones conceptuales contenidas en la literatura especializada, que presento a continuación a manera de proposiciones:

1) La *interdependencia*, por sobre la dependencia o la simple indiferencia, *constituye en la actualidad una nota distintiva de los procesos de políticas públicas* (Parri, L., 1990), porque la complejidad de los problemas incluye frecuentemente la transversalidad de los mismos en relación a

distintas instancias jurisdiccionales (las políticas relativas al medio ambiente constituyen en ese sentido un ejemplo paradigmático).

2) La afirmación anterior es válida aún cuando se trate de Estados unitarios, los que en la actualidad registran importantes grados de descentralización administrativa, cuando no también política. Sin embargo, cabe suponer que *la densidad de las relaciones intergubernamentales se incrementa con la forma federal y los procesos de descentralización político-administrativos*. Simplemente porque se multiplican los ejes de relaciones, configurándose tres en sentido vertical: nacional-intermedio (provincia, estado), intermedio-local, nacional-local y dos en sentido horizontal: intermedio-intermedio, local-local, los que a su vez pueden combinarse en modalidades aún más compuestas.

La proposición enunciada puede sin embargo quedar relativizada por las diversidades que se manifiestan en los Estados concretos, según adopten para la organización de sus funciones un “modelo de monopolio institucional distribuido” o bien de un “modelo de pluralismo institucional” (Cohen J. y S. Peterson, 1997). En el primero, se separan las responsabilidades (regulación, financiamiento, gestión) correspondientes a los distintos niveles de agregación territorial, según la naturaleza de las políticas públicas (distribución formal de competencias exclusivas, según la materia); se produce con respecto a la política en cuestión y en el nivel responsable de ella, un monopolio institucional centralizado. Las vinculaciones entre los niveles son aquí inexistentes o marginales y la necesidad de coordinación aparece sólo prácticamente en caso de conflictos, cuya solución se realiza a través de procedimientos formalmente regulados (la vía judicial suele ser el mecanismo regularmente utilizado a tales efectos). En cambio, en el modelo de pluralismo institucional las responsabilidades no se separan sino que se comparten (competencias concurrentes) o bien se dividen según el momento y aspecto de la política pública descentralizada; las exigencias de coordinación son aquí particularmente fuertes, e implican acciones de negociación, acciones de apoyo a través de la transferencia e intercambio de recursos (financieros, de información, de gestión, etc.) y acciones de control. Ambos modelos de organización de competencias generan sus respectivos modelos de relaciones intergubernamentales: el denominado “modelo de separación de poderes” el primero y el “modelo de entrelazamiento” el segundo.

Estas modelizaciones representan tipos polares y puros; en la realidad, se manifiestan combinados en diversos grados que deben ser indagados para los Estados concretos. No obstante, dada la generalización de pro-

cesos de descentralización de políticas públicas y la naturaleza compleja de éstas, antes aludidas, el modelo de pluralismo institucional se ajusta mejor a lo que sucede en la práctica, con variaciones de intensidad que deben ser explicadas en sus razones y evaluadas en su conveniencia. Esta reflexión conduce a la proposición siguiente:

3) *Cuanto mayor sea la intensidad del pluralismo institucional presente en un diseño de política pública, mayor será la necesidad y/o posibilidad de coordinación; sin embargo, ello no significa que necesariamente esa exigencia de coordinación se satisfaga.*

Múltiples aspectos juegan tanto en la innovación cuanto en la reproducción institucional; la reproducción institucional puede significar, por lo demás, una consolidación y estabilidad que resulte funcional a los objetivos propuestos o bien renuencia al cambio y rigidez.

Por cierto, si se quiere preservar una perspectiva realista al analizar los procesos institucionales asociados a la coordinación intergubernamental, habrá de utilizarse un concepto consecuente de institución, es decir, un concepto también realista –tal como enfatiza el nuevo institucionalismo⁴. Con ese punto de partida, cabe señalar una serie de aspectos a tener en cuenta en el análisis (aspectos que, naturalmente, se influyen recíprocamente aunque con distinta fuerza según las circunstancias):

- En primer lugar aparecen las reglas jurídicamente formalizadas (constitucionales e infraconstitucionales, incluyendo pactos y acuerdos). Tales reglas pueden ya en sí mismas ser consideradas un incentivo al entrelazamiento jurisdiccional en tanto prevean (de modo imperativo o programático) acciones de distintas jurisdicciones con respecto a la política pública.

Según su direccionalidad y recursos empleados, las acciones pueden estructurarse tanto jerárquicamente (en base a la imposición legal y

⁴ Por cierto, ello no significa que exista acuerdo al momento de definir qué es una institución. R. GOODIN (2003: 37) afirma que si se asume una posición externa –esto es, prescindente de las particularidades disciplinares y teóricas– “...resulta mucho más fácil alcanzar una definición acordada del concepto de institución. Desde este punto de vista externo, una institución social no es más que “un patrón de conducta recurrente, valioso y estable” (HUNTINGTON, 1968, p. 12), en su caracterización más general”. Igualmente válido, pero más claro, considero el concepto de P. HALL (1986:19) que he aplicado y reproducido ya en otros trabajos: “Las instituciones son las reglas formales, los procedimientos de acuerdo (*compliance*) y las prácticas standard operantes que estructuran la relación entre individuos en diversas unidades de la comunidad política y económica”.

recursos financieros y de control aplicados por la instancia supraordenada a la que gestiona la política pública), cuanto horizontalmente (en base a negociaciones e intercambios de recursos técnicos, de información y de gestión), o bien combinando ambos diseños: se tratará, respectivamente, de las denominadas coordinación “jerárquica”, “negociada” y “negociada bajo la sombra de la jerarquía” (Scharpf, 1997). No cabe definir a priori la conveniencia de una de ellas en relación a las otras⁵; mucho tiene que ver el contenido de la política pública, presentando por caso y en general, los servicios públicos descentralizados y la gestión descentralizada de políticas sociales un campo más propicio para la instrumentación con impronta jerárquica, en tanto la promoción del desarrollo económico reclama mayores componentes de autocoordinación.

Finalmente, no resulta ocioso advertir que la coordinación puede resentirse con diseños formales excesivamente complejos, que superen las capacidades de gestión de las unidades involucradas.

- La política fiscal, siempre central en un gobierno multinivel en tanto determina las competencias y mecanismos para la percepción y distribución de los recursos económicos y refleja claramente el entrecruzamiento de factores políticos y económicos, adquiere especial relevancia en una ordenación de las políticas públicas según el modelo del pluralismo institucional, particularmente cuando se trata de políticas redistributivas (Jordana Casajuana J., 2001). Para el financiamiento total o parcial en base a transferencias del/los nivel/es supraordenado/s se adoptan distintas fórmulas (transferencias fijas, transferencias con revisión periódica a tenor de ciertos indicadores o por negociación, transferencias arbitrarias), de cuya adecuación depende en gran medida el éxito de las políticas porque hace a la factibilidad de las mismas e, incluso, pueden utilizarse para introducir mecanismos de incentivos a la coordinación (por ejemplo, para el caso de acciones conjuntas en la realización de obras o en la gestión de un servicio). Las transferencias arbitrarias, que ofrecen la ventaja de la flexibilidad, particularmente apreciable en sistemas política y

⁵ La coordinación jerárquica es proclive a déficits de legitimación, información y control. Por su parte, en la coordinación negociada, voluntaria, los costos de transacción tienden a incrementarse con el número de participantes (“problema del gran número”), así como la información incompleta favorece también comportamientos oportunistas subóptimos (“dilema de la negociación”).

económicamente inestables, tienen la contrapartida de facilitar comportamientos políticos oportunistas. En este sentido, la doctrina informa como dato empírico preocupante la diferencia en la relación gasto público/descentralización observada entre los países de la OCDE y los de América Latina: mientras en aquéllos el incremento del gasto no ha sido importante, sí lo es en los segundos; el oportunismo político posibilitado por las transferencias arbitrarias de fondos y la obtención de préstamos internacionales por los cuales deben responder los niveles supraordenados, aparecería como una variable con fuerte poder explicativo de la diferencia indicada (Jordana Casajuana, J., *ibíd.*).

- El sistema político en que las relaciones intergubernamentales se insertan es fundamental para entender la estructura y dinámica de las mismas, pues hay una serie de incentivos y costos de transacción (para decirlo en términos del neo-institucionalismo que incorpora los aportes de la teoría de la elección racional) inmediatamente relacionados a los diversos componentes del sistema político: desde el “modo de hacer política” asociado al amplio campo de la cultura política con valores y estilos de interacción característicos de cada sociedad, hasta componentes más instrumentales del sistema (en particular el sistema de partidos y los sistemas electorales).

En este sentido, se advierte en América Latina una tendencia a la configuración jerárquica de las relaciones intergubernamentales; si no siempre formalmente, sí en el plano informal. Ello mucho tiene que ver con un centralismo que hunde sus raíces en la historia colonial y que ha tendido a perdurar en el comportamiento de las élites políticas aún en los Estados federales y con grados de descentralización formal significativa. Los desequilibrios económicos, sociodemográficos y culturales entre las diversas regiones de un mismo Estado, las inestabilidad democrática y las prácticas clientelares y corporativas –por citar sólo algunos aspectos–, favorecieron la construcción de capital político a partir de alianzas y favores hegemonizados centralmente, en detrimento de la afirmación de las propias capacidades institucionales para llevar adelante la producción de bienes colectivos y desarrollar relaciones más transparentes, horizontales y negociadas para la potenciación de dichas capacidades⁶.

⁶ J. L. MÉNDEZ, en lo que en mi opinión constituye la descripción sintética más vívida y ajustada del sistema político latinoamericano, resalta estas características y agrega:

La necesidad de construir legitimación territorial en el nuevo escenario descentralizado y bajo las reglas de juego democrático –como se señaló ya anteriormente–, ofrece en principio un incentivo para la afirmación política e institucional de los niveles locales y provinciales, necesaria para construir relaciones intergubernamentales más equilibradas y favorables para una gestión eficiente y legitimada de las políticas públicas en contextos de complejidad ascendente.

- Las cuestiones endógenas y exógenas vinculadas al desarrollo económico tienen sin duda un fuerte impacto sobre las relaciones intergubernamentales, sea porque imponen restricciones o porque ofrecen incentivos. Basta pensar en situaciones de crisis en que el contexto recesivo reduce la recaudación a la vez que agudiza las tensiones distributivas, incrementándose los comportamientos oportunistas y competitivos en la distribución y transferencias de ingresos. Los procesos de descentralización operados en América Latina durante los '80 y sobre todos los '90 ejemplifican bien lo afirmado; aunque se reconozca que fueron acompañados por una confianza ingenua en la inmediatez de las prestaciones para resolver problemas de eficiencia y por el entusiasmo de construcción democrática a partir de espacios de convivencia ciudadana más reducidos, no debe olvidarse que buscaron también reducir el gasto de los niveles supraordenados, sin preverse con frecuencia los fondos necesarios para la atención de las responsabilidades transferidas. Las condicionalidades de los organismos internacionales de crédito en orden a la necesidad de reducir el gasto y la deuda de las provincias argentinas por su incidencia sobre el desequilibrio de las variables macroeconómicas constituye otro ejemplo. La referencia a casos ilustrativos podría extenderse largamente, pero lo que interesa remarcar es que las dificultades económicas juegan de modo ambivalente, pues hay situaciones en que se han manifestado como un contexto de oportunidad para procesos de coordinación, aunque luego la misma crisis haya llegado a lentificar dichos procesos o a alterar sus objetivos originales.

“Al mismo tiempo, señalé más arriba que el Estado latinoamericano ha sufrido una mayor fragmentación “real” de lo que usualmente se ha pensado. Lo que intento decir con esto es que dicho Estado, aunque quizás imponente por fuera, ha tenido una menor capacidad gubernamental para llevar adelante políticas claras y de interés general, que permitan el desarrollo sostenido de sus sociedades. ...”(Ibid., 1997: 14)

- La existencia de experiencias previas de cooperación entre los niveles de gobierno responsables de la política pública, así como entre sus sociedades, facilita el pluralismo institucional. Es decir, hay que considerar también la acumulación y distribución de capital social, entendiendo por tal “las características de organización social, tales como la confianza, las normas y redes que puedan mejorar la eficacia de la sociedad mediante la facilitación de acciones coordinadas” (Putnam, 1994:212).

Para el desarrollo del entrelazamiento propio del pluralismo institucional tienen una especial importancia las redes articuladas entre técnicos y profesionales de las administraciones públicas; el intercambio de información e incluso el trabajo en equipo a raíz de distintos problemas van generando pautas de comportamiento compartidas y relaciones de confianza que son muy importante para la implementación de las políticas coordinadas. En América Latina, sin embargo, el desarrollo de estas redes es bajo, en consonancia con los niveles de profesionalización y estabilidad.

3- El marco y las cuestiones de las relaciones intergubernamentales en Argentina

La República Argentina es un Estado federal, con reconocimiento constitucional del régimen municipal (arts. 1, 5 y ccs. CN), en el que además se ha producido una importante transferencia de responsabilidades a los niveles infraordenados de gobierno (Provincias, Municipios), incluida en gran medida la promoción del desarrollo económico y social. En ella la preocupación por el adecuado ordenamiento territorial de las políticas públicas a través de las relaciones intergubernamentales se ha manifestado especialmente con respecto a las siguientes cuestiones:

1) La relación Nación/Provincias y Ciudad Autónoma de Buenos Aires en materia fiscal.

2) La regionalización interprovincial

3) La relación Municipios/Municipios bajo distintas modalidades:
a) formaciones cooperativas entre municipios -entes intermunicipales, corredores productivos, consorcios u otras análogas-; b) regionalización intraprovincial.

4) Las relaciones intergubernamentales, en sus distintas combinaciones de niveles, en una política descentralizada específica (por ejp. salud, educación, etc.).

La crisis que se instaló en el país desde fines de los '90 agravó problemas de larga data; uno de ellos es precisamente el de la efectiva capacidad financiera, política y administrativa de los gobiernos receptores de funciones descentralizadas para hacerse cargo de las mismas; también, las expectativas que razonablemente pueden abrigarse en orden a llevar adelante un entrelazamiento de las instancias jurisdiccionales según un modelo de pluralismo institucional, cuando el modo de relacionamiento histórico característico no solamente no ha respondido a dicho modelo, sino que incluso se ha apartado de la separación de poderes del modelo de monopolio institucional centralizado, que es el formato mínimo de las relaciones multinivel en un Estado federal.

Intereses e idiosincrasias divergentes jalonan las luchas civiles y se extienden más allá de los arreglos constitucionales de 1853/60 en las dimensiones políticas, económicas y culturales: la resolución del conflicto a través de su institucionalización constitucional adoptando la forma federal, no pudo evitar una exagerada expansión del Estado nacional a costa del federalismo real. Las ayudas y subvenciones a las provincias que ya aparecen el siglo XIX, se incrementaron en la etapa bienestarista, agregándose a ello la presencia del nivel nacional a través de sus grandes empresas prestadoras de servicios públicos y la asunción de las políticas de salud, educación, seguridad social y desarrollo social en general. El Estado nacional es en esta etapa el casi exclusivo articulador y reproductor de las relaciones sociales, sin lograr remediar, sin embargo, el desequilibrio entre provincias pobres y ricas. Es decir, no se realizó la reconversión de las economías rezagadas y, simultáneamente, se difundió extensamente una impronta netamente centralista y clientelística en el quehacer político, asociada a prácticas culturales arraigadas en el pasado colonial y en el caudillismo, pero también favorecida por las asimetrías económicas.

Así Argentina reitera, con sus características propias, la tendencia latinoamericana a la configuración jerárquica y centralista de las relaciones intergubernamentales, a que antes aludí. Los procesos de descentralización revalorizaron sin duda a las Provincias en el escenario nacional⁷; pero son ampliamente reconocidas tanto las insuficiencias financieras –que no pueden imputarse sólo a la “inconducta fiscal”–, cuanto de gestión que han

⁷ Mientras la participación provincial en el gasto público consolidado representaba al iniciarse la década del sesenta algo más del 18% correspondiendo a la Nación el 81,2%, la participación provincial trepa a valores superiores al 40% hacia fines de los '90.

debido afrontar a raíz de la transferencia de funciones, generándose incluso agudos conflictos gremiales que se reiteran en el tiempo afectando la calidad de los servicios, como sucede en el área de la política educativa.

Por su parte, los procesos de privatización y desregulación impactaron muy profundamente en las regiones periféricas al perder el apoyo de regulaciones diferenciadas y subvenciones, con lo que la recesión que advino a fines de los '90 no hizo sino profundizar el desequilibrio crónico y la competencia política por el apoyo del Estado nacional, instrumentado fundamentalmente a través de dos vías: las transferencias extraordinarias que el nivel central puede utilizar de manera más o menos discrecional (los Aportes del Tesoro Nacional/ATN) y el desarrollo de programas sociales focalizados (como Planes Trabajar, bolsones de alimentos PRANI o ASOMA, etc.), articulándose su gestión con los gobiernos provinciales y/o locales. La advertencia de la teoría acerca de que este tipo de ayuda favorece los comportamientos oportunistas, se ha confirmado en la práctica política argentina, pues se han reiterado denuncias acerca del direccionamiento de las ayudas a “provincias amigas”, o “punteros políticos”, etc. Como habilitante para el oportunismo político juega asimismo la inestabilidad jurídica, política y económica, que ya de por sí genera una imprevisibilidad que impide la programación y resta eficacia a la gestión.

4- Consideraciones finales

He querido exponer en el presente trabajo conceptos y cuestiones que estimo claves para el tratamiento de las relaciones intergubernamentales en la República Argentina. El uso analítico de las proposiciones enunciadas –sobre lo que no puedo avanzar aquí por restricciones de espacio-, permite estudiar de modo más realista e integral las variables que obstaculizan las innovaciones institucionales necesarias para hacer realidad el ideario y el mandato de nuestra Constitución Nacional, explicitado con total claridad luego de la reforma del año 1994: la descentralización del poder y el desarrollo de un federalismo integral e integrado a través de relaciones intergubernamentales consensuadas.

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.
- CINGOLANI, M. (2003) “Relaciones intergubernamentales y descentralización de políticas sociales- El caso de la descentralización en salud en la Provincia de Córdoba”. Tesis de Maestría UNC- Mimeo.

- COHEN, J. y S. PETERSON (1997) "Administrative Decentralization: a New Framework for Improved Governance, Accountability and Performance", *Development Discussion Paper 582*, Harvard Institute for International Development.
- CRAVACUORE, D, S. ILARI y A. VILLAR (2004) *La articulación de la gestión municipal. Actores y políticas*. Ed. Universidad Nacional de Quilmes. Bernal, Argentina.
- DIAZ DE LANDA, M y M.C. PARMIGIANI DE BARBARÁ (1996) *En lo pequeño y lo pobre... ¿qué pasa con la salud?. Un estudio sobre descentralización de salud en comunas de la Provincia de Córdoba*. Alveroni Ediciones, Córdoba.
- (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-, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UNC*.
- DRNAS DE CLÉMENT, Z. (2000) *Principales impulsores de regionalización intraprovincial*; Marcos Lerner Editora Córdoba.
- GARCÍA DELGADO, D.(comp.) (1997) *Hacia un nuevo modelo de gestión local. Municipio y Sociedad Civil en Argentina*. FLACSO, Of. de Pub. CBC/UBA, UCC. Buenos Aires
- GOODIN, R. E. (comp) (2003) *Teoría del diseño institucional*. Ed. Gedisa S.A., Barcelona.
- HALL, P. (1986) *Governing the Economy: The politics of state intervention in Britain and France*, Oxford University Press, Nueva York.
- HERNÁNDEZ, A. M. (h) (1997) *Federalismo, autonomía municipal y ciudad de Buenos Aires en la reforma constitucional de 1994*. Depalma, Buenos Aires.
- (2000) *Integración y globalización: Rol de las Regiones, Provincias y Municipios*. Ediciones Depalma. Buenos Aires.
- INSTITUTO NACIONAL DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA (comp.) (2001) *Cooperación intermunicipal en Argentina*. INAP- Eudeba. Buenos Aires.
- JORDANA CASAJUANA, J. (2002) *Relaciones intergubernamentales y descentralización en América Latina – Casos de Argentina y Bolivia*. BID-UE – Serie Documentos de Trabajo – Washington.
- MÉNDEZ, J. L. (1997) "Estudio Introductorio", en Wright, Deil S. *Para entender las relaciones intergubernamentales*. FCE, México.
- PADIOLEAU, J. G. (1982) *El Estado en concreto*. México, FCE.
- 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.
- (2003) "El reordenamiento territorial de las políticas públicas en la República Argentina: propuestas, concreciones y perspectivas miradas desde la crisis". *VIII Congreso Internacional del CLAD*. Panamá. <http://www.clad.org.ve/docume.html>.
- PARRI, L. (1990) "Territorial politics and political exchange: American federalism and french unitarism reconsidered", en MARIN, B. (Ed.) *Generalized Political Exchange*. Westview Press, Boulder, Colorado.
- PUTNAM, R. D. (1994) *Para hacer que la democracia funcione*. Ed. Galac, Caracas, Venezuela.
- ROFMAN, A. (1999) *Las economías regionales a fines del siglo XX*. Ariel, Buenos Aires.

MYRIAM CONSUELO PARMIGIANI DE BARBARÁ

- SCHARPF, F. W. (1993) "Positive und negative Koordination in Verhandlungssystemen". En *Sonderheft 24*, Opladen, WVG.
- (1997) *Games real actors play*. Westview Press, Boulder.
- WRIGTH, D. S. (1997) *Para entender las relaciones intergubernamentales*. FCE, México.

LA COOPERACION PARA LA CONSERVACION Y EL APROVECHAMIENTO DE LOS RECURSOS VIVOS DEL MAR¹

*por Ernesto J. Rey Caro**

Resumen: El trabajo examina el alcance que se ha asignado a la cooperación en el área de la conservación y explotación de los recursos vivos del mar e intenta desentrañar su contenido. Comprende sólo determinadas disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar y del Acuerdo de Nueva York, de 1995, seleccionadas en función de las peculiaridades que ofrecen en cuanto a la compatibilización de los derechos y obligaciones de los Estados ribereños en la zona económica exclusiva, y los derechos y obligaciones de los Estados que practican la pesca en áreas adyacentes a esta zona y en la alta mar, y la vigencia de la cooperación. Señala, asimismo, cómo opera la cooperación en algunos instrumentos vinculados con la conservación de los recursos vivos en la Antártida.

Palabras Clave: cooperación-ambiente-conservación-recursos vivos-mar.

Las características estructurales de la comunidad internacional, que se proyectan en su ordenamiento jurídico, determinan que el **principio de cooperación**, o la **cooperación**, en cuanto implica un accionar conjunto para lograr un determinado fin entre los sujetos de este ordenamiento, ad-

¹ Reflexiones presentadas en el Panel V “Conservación de los Recursos Vivos Marinos Antárticos”, del Simposio Científico -Jurídico *A cien años de la presencia permanente e ininterrumpida de la Argentina en la Antártida*, organizado por la Asociación Argentina de Derecho Internacional, los días 8 y 9 de octubre de 2004, en la ciudad de Ushuaia, Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur.

* Profesor Emérito de la Universidad Nacional de Córdoba. 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.

quiera una particular relevancia, sin prejuzgar sobre el alcance de la calificación de “principio”. La cooperación se encuentra implícita en la “*affectio societatis*”.

Casi todos los instrumentos que han pretendido establecer las bases o compromisos fundamentales que deben regir la conducta de los Estados, desde aquel que pergeñó la primera organización internacional con aspiraciones de universalidad (Pacto de la Liga de las Naciones) y luego la Organización de las Naciones Unidas en el siglo pasado, remarcaban con reiteración que la efectividad de estos cuerpos normativos se asienta en la *cooperación internacional*.

Más aún, la Resolución 2625(XXV) de la Asamblea General de la ONU, incluye este concepto en el título mismo de la Declaración pertinente y le reconoce múltiples proyecciones, al margen de señalar sus puntos de contacto con otros principios, entre ellos el de la buena fe.

El propósito de estas reflexiones es, examinar el alcance que se ha asignado a la *cooperación* – en forma expresa o implícita- ,en el área de la conservación y explotación de los recursos vivos del mar, e intentar desenmarañar su contenido.

Cabe otra advertencia. El pretendido examen comprenderá sólo determinadas disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar y del Acuerdo de Nueva York, de 1995, seleccionadas en función de las peculiaridades que ofrecen en cuanto a la compatibilización de los derechos y obligaciones de los Estados ribereños en la zona económica exclusiva, y los derechos y obligaciones de los Estados que practican la pesca en áreas adyacentes a esta zona y en la alta mar, y la vigencia de la cooperación. Asimismo, señalaremos cómo opera la cooperación en algunos instrumentos vinculados con la conservación de los recursos vivos en la Antártida.

En cuanto al primer acuerdo internacional, centraremos la atención en preceptos de la Parte V y de la Sección 2 de la Parte VII de la Convemar y en normas puntuales del Acuerdo de 1995.

Para ubicarnos en el contexto referido, cabe recordar que entre los derechos que la citada Convención reconoce a los Estados ribereños en la ZEE, se encuentran los “de soberanía para los fines de exploración y explotación, conservación y administración de los recursos naturales, tanto vivos como no vivos, de las aguas suprayacentes al lecho y al subsuelo del mar (Artículo 56.1.a) y que este carácter exclusivo de las competencias pesqueras constituye el punto de conexión realmente destacable entre la ZEE y las zonas de pesca.

Sin perjuicio de la discrepancia en torno a la “discrecionalidad” del ejercicio de tales competencias por el Estado ribereño, éste debe asumir obligaciones concretas relativas a la conservación de los recursos tanto para lograr la utilización óptima de ellos (Artículo 62.1) como para asegurar que la preservación de los recursos no se vea amenazado por una sobreexplotación (Artículo 61.2). Asimismo, le compete al ribereño la preservación y restablecimiento de las poblaciones de especies capturadas a niveles que puedan producir el “máximo rendimiento sostenible” (Artículo 61.3), ofreciendo la Convención criterios o métodos prácticos, como pueden ser, la determinación de la captura permisible (Artículo 61.1); el establecimiento de medidas adecuadas de conservación y administración (Artículo 61.2) y la determinación de la capacidad de captura (Artículo 62.2)., al margen de que la Convención no haya establecido una definición del concepto de “máximo rendimiento sostenible”.

En consecuencia, es facultad del Estado ribereño fijar la capacidad permisible de los recursos vivos en su ZEE, la capacidad de captura, las medidas de conservación y administración, evaluar los efectos de estas medidas sobre las especies asociadas con las especies capturadas o dependientes de ellas y, en su caso, el excedente de captura permisible al que podrán tener acceso terceros Estados, mediante negociaciones y conclusiones de acuerdos.

Este universo de competencias, constituyó el “núcleo” de las discusiones durante las sesiones de la III Conferencia, y fueron resistidas por los Estados que practicaban la pesca de altura.

La Parte V, ha consagrado regímenes especiales de gestión y administración que responden a las características singulares de las variadas poblaciones de peces.

En relación a las “especies transzonales”, el Artículo 63 distingue entre aquellas poblaciones que se encuentran en las zonas económicas exclusivas de dos o más Estados (parágrafo 1), y aquellas que se hallan tanto dentro de la ZEE de un Estado como en la zona de alta mar adyacente a esta ZEE (parágrafo 2).

En el primero de los casos la Convención dispone que los Estados involucrados “*procurarán*, directamente o por conducto de las organizaciones subregionales o regionales apropiadas, acordar medidas necesarias para coordinar y asegurar la conservación y el desarrollo de dichas poblaciones, sin perjuicio de las demás disposiciones de esta Parte”. Ello importa la *cooperación* para la búsqueda de un acuerdo en el que se incorporen las medidas de administración y gestión de las especies compartidas. Se ha

observado que el vocablo “*procurar*”, implica que el carácter de las medidas a adoptar es claramente “*potestativo*”, es decir que si los Estados implicados están obligados a “negociar” y no a “acordar”, no se estaría frente a una obligación de resultado, sino de comportamiento, razón por la cual puede identificarse una evidente conexión con el principio de buena fe. Si las negociaciones concluyen en un acuerdo a través de la *cooperación directa* entre los Estados vecinos, éste se convertirá en la base reguladora de la explotación y administración de esas especies compartidas. Lo mismo acontecería si los Estados optaran por la *cooperación institucionalizada*. La organización pesquera competente podría adoptar las medidas pertinentes y establecer la captura total permisible, correspondiendo a los Estados, salvo acuerdo en contrario, la ejecución y la regulación en cada una de las ZEE.

En cuanto a la segunda de las hipótesis contempladas en el Artículo 63, éste dispone que “cuando tanto en la zona económica exclusiva como en un área más allá de ésta y adyacente a ella se encuentren la misma población o poblaciones de especies asociadas, el Estado ribereño y los Estados que pesquen esas poblaciones en el área adyacente procurarán, directamente o por conducto de las organizaciones subregionales o regionales apropiadas, acordar las medidas necesarias para la conservación de esas poblaciones en el área adyacente”. A diferencia del caso anterior, el ámbito de aplicación será únicamente el de la zona de alta mar adyacente a la ZEE en relación con las especies que se encuentren “a caballo”, entre una y otra. Es claro que el derecho reconocido al Estado ribereño para participar en tales negociaciones es independiente de que dicho Estado ejerza o no su derecho a la pesca en alta mar.

Con relación a esta hipótesis, las implicancias de la utilización en el texto del segundo párrafo de la palabra “*procurarán*”, son semejantes a las consideradas anteriormente. Algunos autores han destacado que la inexistencia de una referencia expresa a las aguas bajo jurisdicción nacional en cuanto a la cooperación que establece este párrafo segundo, parecería indicar que no se requiere que las medidas de conservación adoptadas por el estado ribereño en su ZEE sean compatibles con aquellas acordadas entre éste y los Estados de pesca a distancia que faenen en las aguas adyacentes de alta mar. Esta falencia generaría algunas dificultades atendiendo a la unidad biológica de las especies mencionadas. Sin duda, es un factor de desavenencias, en particular cuando los Estados ribereños han invocado tal hecho para ejercer competencias más allá del límite exterior de su zona económica exclusiva.

El régimen de las especies altamente migratorias consagrado en el Artículo 64, también ha sido objeto de conflictos entre los Estados ribereños y los Estados de pesca a distancia.

Este dispositivo, prescribe que “el Estado ribereño y los otros Estados cuyos nacionales pesquen en la región las especies altamente migratorias enumeradas en el Anexo I, *cooperarán*, directamente o por conducto de las organizaciones internacionales apropiadas, con miras a asegurar la conservación y promover el objetivo de la utilización óptima de dichas especies en toda la región, tanto dentro como fuera de la zona económica exclusiva. En las regiones en que no exista una organización internacional apropiada, el Estado ribereño y los otros Estados cuyos nacionales capturen esas especies en la región *cooperarán* para establecer una organización de ese tipo y participar en sus trabajos”, disposición esta que según el párrafo segundo, se aplicará conjuntamente con las demás disposiciones de esta Parte.

Un análisis comparativo de los Artículos 63 y 64 pone en evidencia que en este último dispositivo la *cooperación* ha sido establecida casi en términos imperativos. Se ha reforzado la obligación de *cooperar*. Por otra parte la *cooperación* se extiende a toda la región donde desarrollen su ciclo vital tales poblaciones, comprendiendo tanto la ZEE como la alta mar. Tal redacción ha dado pie para afirmar que los derechos soberanos de los Estados ribereños han experimentado una limitación no reconocida en general, en torno a las poblaciones transzonales, sin perjuicio de admitir que la aplicación efectiva de las medidas acordadas conjuntamente con los Estados de pesca a distancia, estará bajo la tutela del Estado ribereño.

En cuanto a los mamíferos marinos -materia regulada por el Artículo 65-, la Convención dispone que “nada de lo dispuesto en esta Parte menoscabará el derecho de un Estado ribereño a prohibir, limitar o reglamentar la explotación de los mamíferos marinos en forma más estricta que la establecida en esta Parte o, cuando proceda, la competencia de una organización internacional para hacer lo propio. Los Estados *cooperarán* con miras a la conservación de los mamíferos marinos y, en el caso especial de los cetáceos, realizarán, por conducto de las organizaciones internacionales apropiadas, actividades encaminadas a su conservación, administración y estudio”.

Se han realizado interpretaciones encontradas de este dispositivo, en particular en torno a si el Artículo 65 se refiere realmente a un régimen de explotación, o únicamente de conservación de los mamíferos marinos, y también al ámbito espacial de la cooperación mencionada (Algunos afirman que al no haberse fijado una zona o región, la *cooperación* debe ser canalizada tanto en las aguas bajo jurisdicción nacional como en aguas de

alta mar y citan como ejemplo el ámbito de aplicación de las competencias de la Comisión Ballenera Internacional).

Sin perjuicio de discrepar con estas opiniones, es necesario destacar el rol que ha otorgado la Convención a la “*cooperación institucionalizada*”, como una alternativa idónea para la adopción de un régimen de conservación de especies que han llegado al borde de la extinción.

En cuanto a las especies anádromas (viven en el mar y desovan en aguas dulces: p.ej., esturión y salmón) –Artículo 66-, se ha reconocido a los Estados en cuyos ríos se originen tales especies “el interés y la responsabilidad primordiales por tales especies”. Se determina que la pesca puede realizarse únicamente en las aguas en dirección a tierra a partir del límite exterior de las zonas económicas exclusivas, salvo que se pueda acarrear “una perturbación económica” a un Estado distinto del Estado de origen, debiendo éste – párrafo 3.b.- *cooperar* para reducir al mínimo tal perturbación. No obstante, la pesca más allá del límite exterior de la zona económica exclusiva es posible en determinadas condiciones (consultas entre Estados interesados para llegar a un acuerdo acerca de las modalidades y condiciones de dicha pesca).

La *cooperación* también se prevé en el párrafo 4, cuando las poblaciones anádromas migren hacia aguas situadas en dirección a tierra a partir del límite exterior de la zona económica exclusiva de un Estado distinto del estado de origen, o a través de ellas, aunque no se establecen pautas. Sólo se determinan los objetivos: la conservación y administración de tales recursos.

Respecto de las especies catádromas (crecen en los ríos y desovan en el mar), el Artículo 67 ha asignado al Estado ribereño en cuyas aguas pasen la mayor parte de su ciclo vital, la responsabilidad de la administración de tales especies y de asegurar la entrada y salida de los peces migratorios. Este dispositivo introduce prescripciones similares a las referidas a las poblaciones anádromas, adaptadas a las características de aquellas.

En el caso de que los peces catádromos migren en su fase juvenil o en la etapa de maduración –párrafo 3-, a través de la zona económica exclusiva de otro Estado, la administración de dichos peces, incluida la captura debe reglamentarse mediante acuerdos entre el Estado en cuyas aguas pasen la mayor parte de su ciclo vital y el otro Estado interesado. Aquí, aunque no se lo mencione expresamente, el acuerdo es un fruto de la *cooperación*.

Las especies sedentarias, están incorporadas al régimen de la plataforma continental (Artículo 77), según el Artículo 68. No presentan interés desde la perspectiva de estas reflexiones.

Del examen de los artículos reseñados, se advierte que la *cooperación* constituye una vía esencial para el logro de los objetivos conservacionistas de las especies reguladas, aunque ella reúne diferentes formas que se adecuan al régimen legal consagrado, es decir a la naturaleza y extensión de los derechos y obligaciones reconocidos a los Estados ribereños y a los otros Estados.

Centrándonos ahora en la Parte VII, es necesario destacar que la libertad de pesca consagrada en el Artículo 116, está sujeta a las obligaciones convencionales asumidas por los Estados y – apartado b-, a los derechos y deberes así como los intereses de los Estados ribereños “que se estipulan, entre otras disposiciones, en el párrafo 2 del artículo 63 y en los artículos 64 a 67”, y a las disposiciones de la Sección 2 de la Parte en consideración.

En el citado apartado, encontramos, aunque no con exclusividad, el punto de conexión entre los dispositivos ya analizados y la normativa de la Parte VII dedicada a la conservación y administración de los recursos vivos en la alta mar.

Mas allá de las sujeciones señaladas, la Convención consagra otras limitaciones al ejercicio del derecho de pesca en alta mar por los nacionales de los Estados: las obligaciones de conservar y *cooperar* referidas en los artículos 117 a 119 del instrumento.

El primero de estos dispositivos se refiere al deber de los Estados de adoptar medidas para la conservación de los recursos vivos de la alta mar en relación con sus nacionales y “de *cooperar* con otros Estados en su adopción”. La *cooperación* aparece aquí como una obligación general, sin que se fijen las vías o caminos para hacerla efectiva. De éstos, se ocupan los siguientes preceptos.

El artículo 118 establece un deber general, cual es el de *cooperar* entre sí en la conservación de los recursos vivos en las zonas de alta mar (primera parte) y una obligación particular, cuando los nacionales de dos o más Estados exploten idénticos recursos vivos y recursos vivos situados en la misma zona. En este caso deben celebrar negociaciones para adoptar medidas de conservación y *cooperar*, según proceda, para establecer organizaciones subregionales o regionales de pesca. En algunos casos, existían ya tales organizaciones.

Al respecto, surge el interrogante en cuanto a si tal *obligación de cooperar* constituye una obligación de comportamiento o una obligación de resultado. Una buena parte de la doctrina se ha inclinado por sostener esta última opción. En su beneficio, se alega que si este deber de *cooperar*

se limitara a simples negociaciones que no llegaran a la concreción –v.g.- de la captura permisible de los recursos o de otras medidas de conservación, se estaría vulnerando las dos restricciones fundamentales para la pesca en alta mar, sin perjuicio de la inobservancia del deber de cumplir de buena fe las obligaciones contraídas, prescripto en el artículo 300 de la Convención.

También ha surgido el interrogante en torno a qué sucedería si, aún cumpliendo las obligaciones conservar y *cooperar*, no se arribare a ningún acuerdo en las negociaciones. En esta hipótesis, se ha sugerido la necesidad de no interrumpir las negociaciones y, si se observara la renuencia de uno o más Estados a negociar, se podría recurrir a los procedimientos de solución de controversias de conformidad con la Parte XV de la Convención.

En nuestro parecer, la *cooperación institucionalizada* emerge como una vía que presenta ventajas incuestionables, por cuanto permite una consideración integral de la problemática.

El artículo 119 recoge en general, los objetivos que deben procurar y lograr las medidas de conservación, consagrado los principios de “precaución” y de “máximo rendimiento sostenible”. Asimismo destaca la utilidad del intercambio de la información científica disponible entre los Estados interesados y la necesidad de que las medidas de conservación y su aplicación, no entrañen discriminación alguna -de hecho o de derecho- contra los pescadores de ningún Estado. Nuevamente, se insinúa la bondad y utilidad de las organizaciones internacionales de pesquerías como un medio idóneo para asegurar la conservación y administración de los recursos vivos del mar. (En su caso, ver el Art. 119).

Como lo anticipáramos, desde la perspectiva con que hemos pretendido abordar la importancia de la *cooperación internacional*, el Acuerdo de 1995, que ha entrado en vigor el 11 de diciembre de 2001, ofrece también elementos de interés, sin desconocer otros aspectos que han concitado la atención de los estudiosos y que han dado ocasión para la elaboración de enjundiosos trabajos, comenzando – v.g.-, con la cuestión del ámbito de aplicación del instrumento (Artículo 3). En este orden de cosas, hay autores para quienes el Acuerdo no debe ser calificado como un instrumento para la pesca en alta mar, sino como un acuerdo dedicado a la regulación de las especies transzonales y de las especies altamente migratorias en el que tanto las aguas de alta mar como las aguas bajo jurisdicción nacional, quedarían cubiertas por el “paraguas” del mismo. Esta podría ser una verdad a medias, pero no puede dar sustento a las tesis que terminan negando el ejercicio de las competencias propias e irrenunciables de los Estados

ribereños en sus ZEE. Sin embargo, esta interesantísima cuestión escapa a nuestro objetivo.

Cabe señalar, inicialmente, que este Acuerdo, a diferencia de la Convención de 1982, regula la *obligación de cooperar* respecto de las especies transzonales y de las altamente migratorias, sin distinguir entre ellas, equiparando a ambas en la normativa incorporada.

El Artículo 5 de la Parte II, capítulo este atinente a la conservación y ordenamiento de las poblaciones de peces referidas, describe los principios generales que rigen el *deber de cooperar*. El amplio catálogo, incluye la adopción de medidas para asegurar la supervivencia a largo plazo de las poblaciones de peces transzonales y poblaciones de peces altamente migratorias; la aplicación del criterio de precaución; la evaluación de los efectos de la pesca, de otras actividades humanas y de los factores medioambientales sobre las poblaciones objeto de la pesca y sobre las especies dependientes o asociadas; medidas para prevenir la pesca excesiva y el exceso de capacidad de pesca, la necesidad de realizar investigaciones científicas, etc.

Desde nuestra perspectiva, la Parte III ofrece muchos elementos de interés ya que está referida a los mecanismos de *cooperación internacional* con respecto a las poblaciones de marras. Sin pretender un análisis exhaustivo, el Artículo 8 –parágrafo 1- reafirma el principio general de que los Estados ribereños y los Estados que pescan en alta mar *deben cooperar* “directamente o por conducto de las organizaciones o los arreglos regionales o subregionales de ordenación pesquera competentes, teniendo en cuenta las características propias de la subregión o región, a fin de asegurar una conservación y ordenación eficaces de esas poblaciones”.

El siguiente parágrafo, impone consultas de buena fe y sin demora con miras a la adopción de arreglos apropiados para la conservación y ordenación de poblaciones en situaciones críticas.

Los siguientes párrafos contemplan diversas situaciones derivadas de las competencias surgidas de organizaciones o arreglos subregionales o regionales de ordenación pesquera en la materia; la exclusividad de los Estados miembros de estos arreglos u organizaciones de acceso a los recursos; la ausencia de organizaciones o arreglos; los deberes del Estado que tengan intención de proponer medidas concretas a una organización intergubernamental competente respecto de los recursos marinos vivos, etc.

La *cooperación*, en algunas de estas hipótesis, se materializa convirtiéndose en miembro de la organización o participando en el arreglo, o comprometiéndose a aplicar las medidas, o bien en *cooperar* para establecer una organización de esa índole.

En concordancia con el papel asignado a tales arreglos u organizaciones, el Artículo 13 prescribe que los Estados *deben cooperar* para fortalecerlos,” a fin de que sean más eficaces al establecer y aplicar medidas de conservación y ordenación respecto de las poblaciones de peces transzonales y las poblaciones de peces altamente migratorias”.

El Artículo 10, referido a las funciones de estas organizaciones o arreglos subregionales o regionales, igualmente establece las conductas que deben asumir los Estados en cumplimiento de su *obligación de cooperar* por conducto de ellas.

La *obligación de cooperación* entre los Estados interesados y los medios o mecanismos para hacerla efectiva, se encuentra reflejada en otros dispositivos que por razones de tiempo nos es imposible examinar, e impregna el espíritu que ha prevalecido en la adopción del Acuerdo de 1995.

La Convención para la Conservación de los Recursos Vivos Marinos Antárticos, suscripta en Canberra, en 1980, destaca en su preámbulo que el objetivo perseguido por este instrumento “exige la *cooperación* internacional” de acuerdo con las disposiciones del Tratado Antártico y con la activa participación de los Estados que se dediquen a la investigación o recolección en aguas antárticas. Tal compromiso, no solo alcanza a los Estados Partes y aún a los no Partes, sino también que en diversas formas se proyecta en el accionar de los órganos creados en la Convención, la Comisión para la Conservación de los Recursos Vivos Marinos Antárticos y el Comité Científico.

En cuanto al primero, el acuerdo instituye –v.g.–, la *cooperación* de la Comisión con las Partes Contratantes que ejercieran jurisdicción en zonas marinas adyacentes al área a la que se aplica la Convención en relación a la conservación de reservas o reservas de especies asociadas que existieran tanto en dicha zona, como en la menciona área a los efectos de armonizar las medidas de conservación adoptadas en relación a tales especies (Artículo 11). En lo que atañe al Comité, éste debe servir de “foro para la consulta y *cooperación*”, en lo relativo a la compilación, estudio e intercambio de información en la atinente a los recursos vivos marinos a los que se aplica la Convención (Artículo 15.1). Igualmente la obligación de *cooperar* ha sido consagrada entre las Partes Contratantes en orden a asegurar la aplicación del sistema de observación e inspección instituido en el acuerdo(Artículo 24.2).

En un ámbito más amplio, el Protocolo al Tratado Antártico sobre Protección del Medio Ambiente, firmado en Madrid, en 1991, ha consagrado un dispositivo expreso referido a la *cooperación* en la planificación y

realización de actividades en el área del Tratado Antártico (Artículo 6), estableciendo pautas que incluyen la obligación de las Partes de realizar consultas, requerirse mutuamente información, realizar expediciones conjuntas según el caso, etc. Dicha *cooperación* se extiende a las Partes que ejerzan jurisdicción en zonas adyacentes al área del Tratado Antártico con la finalidad de que las actividades dentro del área de este instrumento no produzcan un impacto perjudicial en el medio ambiente de tales zonas.

Cabe advertir, que los dispositivos sobre los que hemos centrado la atención, han sido examinados desde una perspectiva muy particular, sin haber escudriñado los aspectos que, por haber sido objeto de interpretaciones encontradas, han dado origen a no pocas controversias. No dejamos de reconocer que la pretensión de imponer los intereses nacionales por sobre los generales ha sido una de las características que ofrece el estudio de la temática de la conservación de los recursos vivos del mar.

Al margen de esta circunstancia, como corolario, podríamos señalar que la *cooperación*, entendida como una acción u obrar juntamente con otro u otros para un mismo fin, se proyecta tanto en el campo de las relaciones interestatales no regladas jurídicamente, como en el de las conductas reguladas por auténticas normas de derecho.

En esta última área, sea que las normas impongan obligaciones de comportamiento, sea de resultado, la *cooperación* emerge como un instrumento indispensable para asegurar su eficacia y su ejecución, más allá del extremo subjetivismo que la caracteriza. Instrumentada como obligación, el cumplimiento o incumplimiento sólo puede ser evaluado en cada caso, atendiendo a la conducta asumida por los sujetos internacionales. Resulta obvio que todo comportamiento manifiestamente contrario a los fines que persigue la cooperación pactada podría generar la responsabilidad internacional

Sin embargo, es necesario remarcar que la *cooperación* no puede ser invocada para intentar modificar unilateralmente las reglas jurídicas internacionales –convencionales o consuetudinarias- o para desnaturalizar el alcance de los derechos y obligaciones por ellas consagrados. Esto es particularmente aplicable en el ámbito de la conservación y explotación de los recursos vivos del mar.

Por otra parte, son conocidas las posturas que bajo el manto de una pretendida aplicación del principio de cooperación cuestionan, -inter alia-, los derechos del Estado ribereño sobre los recursos vivos en las zonas sometidas a su soberanía o jurisdicción y su responsabilidad para regular su conservación y explotación.

ERNESTO J. REY CARO

En suma, la *cooperación*, en sus más variadas manifestaciones, aparece como un medio insoslayable para lograr los fines perseguidos en los instrumentos mencionados, como así también en casi todos los otros instrumentos internacionales vinculados con la conservación y explotación de los recursos en cuestión que, por las limitaciones que impone la programación de esta reunión y como lo adelantáramos, no hemos podido analizar. Queda en claro que estas reflexiones, en consecuencia, sólo han pretendido esbozar una problemática que merecería un examen mucho más concienzudo.

CONVERGENCIAS ENTRE LA NORMATIVA DE LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE COMERCIO Y LA DEL MERCOSUR EN EL COMERCIO DE SERVICIOS BAJO LA MODALIDAD CUATRO

*por María Cristina Rodríguez**

Resumen: En el presente trabajo la autora analiza la normativa del MERCOSUR y la de la Organización Mundial de Comercio relativas al comercio de servicios exclusivamente vinculado con la materia migratoria. Señala cuáles son las coincidencias y diferencias entre ambos ordenamientos jurídicos y de que manera la normativa de la organización de integración subregional se adecua a la de la organización internacional. Plantea, además, que la entrada en vigencia del Protocolo de Montevideo sobre el comercio de servicios en el Mercosur se ve condicionada a la adopción de normas sobre libre circulación de personas y sobre el régimen de la seguridad social.

Palabras Claves: OMC-MERCOSUR - Comercio de servicios - Migración

1.- El comercio de servicios bajo la modalidad cuatro en la Organización Mundial de Comercio

Todo Estado tiene la facultad soberana de regular las inversiones extranjeras en su territorio y ejercer el poder de policía en importantes materias que tienen repercusiones en el comercio internacional como, por ejemplo, los asuntos laborales y de la seguridad social. Asimismo puede obligarse internacionalmente a través de acuerdos bilaterales o multilaterales sobre el comercio de servicios¹ y en materia migratoria laboral.

* Abogada. Doctora en Derecho y Ciencias Sociales. Especialista en el Régimen Jurídico del Comercio Exterior.

¹ Los servicios pueden clasificarse de la siguiente forma: servicios básicos (transporte, telecomunicaciones y energía), insumo (financieros, logística interna, publicidad y comercialización) y los prestados al consumidor final (salud, educación, entretenimiento)

El “Tratado de Marrakesh” de 1994² que crea la Organización Mundial de Comercio (OMC) y el “Tratado de Asunción” de 1991 que instituye el Mercado Común del Sur (MERCOSUR) constituyen dos acuerdos de carácter multilateral. El segundo está contemplado por el “Tratado de Montevideo” de 1980 (ALADI) y se encuentra autorizado por la OMC, ya que la liberalización del comercio mundial no impide que sus miembros estén integrados o se integren por regiones.

Por su parte, la OMC aplica los acuerdos que, surgidos de la Ronda Uruguay, conforman un paquete obligatorio pues los Estados no pueden comprometerse por uno solo de ellos. Los países miembros del MERCOSUR también los han ratificado, por lo que además de la normativa originada en el ámbito regional los acuerdos GATT también se aplican en cada uno de sus territorios, razón por la cual deben adecuar tanto su legislación interna como la común a estos compromisos internacionales.

Uno de estos acuerdos es el “*Acuerdo General sobre Comercio de Servicios*” (GATT’s en inglés y AGCS en español) mediante el que se pretende la liberalización mundial del comercio de servicios³. Al respecto y hasta fines de junio de 2002, 55 países miembros de la OMC habían presentado propuestas en forma individual o conjunta, abarcando los subsectores de servicios profesionales, turismo, telecomunicaciones, transporte, servicios financieros, distribución y educación. Posteriormente, entre el 31 de marzo y el 30 de octubre de 2003, 39 países miembros presentaron ofertas iniciales, entre los cuales se encontraban *Argentina, Bolivia, Chile, Colombia, México, Paraguay, Perú y Uruguay*.

En el ámbito del MERCOSUR también se ha suscrito un acuerdo relativo al tema: el “*Protocolo de Montevideo sobre Comercio de Servicios*” (1997)⁴. Este Protocolo constituye un compromiso específico sobre acceso a los mercados de acuerdo al art. XVI del AGCS⁵.

Un análisis de ambos acuerdos permite advertir que preveen cuatro modos o modalidades de suministro de servicios:

- a) Del territorio de un miembro al territorio de otro;
- b) En el territorio de un miembro a un consumidor de servicios de cualquier otro miembro;

² En vigor desde 1995.

³ El comercio de servicios en la economía mundial representa el 20% del comercio, el 70% del empleo y el 60% de la inversión extranjera (ALADI/SEC/Estudio 166 de 31 de diciembre de 2003).

⁴ A la fecha de realización de este trabajo no se halla vigente. Solamente ha depositado el instrumento de ratificación la Argentina (2002).

c) Por un proveedor de servicios de un miembro con presencia comercial en el territorio de otro miembro;

d) Por un proveedor de servicios con presencia de personas físicas.

La última, llamada modalidad 4, requiere de normas que autoricen la libre circulación para determinadas personas.

Como asunto de interés para el GATT, la libre circulación de personas se trató por primera vez durante la Ronda Uruguay (1986-1994). Sin bien en esa oportunidad no alcanzó a satisfacer las expectativas de algunos delegados⁶ con el tiempo se incorporó dentro de las tratativas de la OMC sumándose a las cuestiones no comerciales (medio ambiente, desarrollo, derechos humanos) pero muy vinculada a las comerciales.

Por otra parte esta problemática se vincula con normativa de las organizaciones de integración económica, por lo que, como ya habíamos expresado, debe existir una armonización de ésta con los principios de la OMC.

En general, la relación entre la OMC y las organizaciones de integración económica es bastante flexible, de manera que, si bien la primera persigue la liberalización del comercio por medio de la multilateralización de los acuerdos sobre la mayor cantidad de materias comerciales, no prohíbe la integración regional entre sus miembros ni tampoco que acuerden la libre circulación de trabajadores solamente para el territorio integrado. Verbigracia, el art. V bis del Acuerdo AGCS⁷ autoriza la plena integración de los mercados de trabajo a condición de eximir de permisos de residencia y trabajo a los nacionales de sus miembros y notificar esta decisión al Consejo del Comercio de Servicios.

Asimismo, el Anexo sobre la “modalidad 4” (“*Anexo sobre el Movimiento de Personas Físicas Proveedoras de Servicios en el Marco del Acuerdo*”) permite formalizar acuerdos específicos aplicables al movimiento de personas físicas proveedoras de servicios y, además, a tenor del llamado “principio de flexibilidad” la liberalización buscada es progresiva (Parte

⁵ Otro tanto ocurre con los Acuerdos de Libre Comercio formalizados por Estados Unidos y Chile, y Singapur y Australia (SAFTA), ambos en 2003.

⁶ Trató las problemáticas referidas a las visitas comerciales exploratorias y al desplazamiento de ejecutivos de empresas multinacionales de software.

⁷ Art. V bis. “Acuerdos de integración de los mercados de trabajo: El presente Acuerdo no impedirá a ninguno de sus Miembros ser parte en un acuerdo por el que se establezca la plena integración de los mercados de trabajo entre las partes en el mismo, a condición de que tal acuerdo: a) exima a los ciudadanos de las partes en el acuerdo de los requisitos en materia de permisos de residencia y trabajo; b) sea notificado al Consejo del Comercio de Servicios”.

IV del Acuerdo AGCS⁸), permitiéndose la realización de ajustes de distinto tipo, tales como, períodos de transición para adaptar la legislación e instituciones, la aplicación de medidas de salvaguarda y la concesión de subsidios de cierto tipo⁹.

Esta circunstancia permite advertir que las obligaciones bajo el AGCS no son tan inmediatas pues existe la posibilidad de diferir su cumplimiento, por ello es que habitualmente los miembros se dan cierto plazo para definir sus compromisos, negociar, realizar propuestas o peticionar durante las rondas negociadoras o fuera de ellas. Mientras una propuesta¹⁰ debe ser efectuada de manera multilateral, la petición puede ser bilateral, esto es dirigida a un solo miembro.

Asimismo no siempre se debe respetar el “principio de la nación más favorecida” pues un miembro puede formular una petición de excepción temporal a esta regla y la eliminación de excepciones generales¹¹ o específicas. En este caso las excepciones se hallarán sujetas a negociación en las próximas reuniones o rondas¹².

Con respecto a las medidas de salvaguarda se ha discutido la aplicación de aquellas consideradas urgentes (MSU), puesto que para algunos miembros provocarían desinversión en el caso de presencia comercial o deportación de trabajadores en el caso de presencia física. En este sentido el art. VI del AGCS determina que toda medida restrictiva (términos, limitaciones y condiciones) que un miembro aplique deben ser razonable, obje-

⁸ El art. XIX.2 establece que “habrá la flexibilidad apropiada para que los distintos países en desarrollo Miembros abran sus mercados, liberalicen menos tipos de transacciones, aumenten progresivamente el acceso a sus mercados a tenor de su situación en materia de desarrollo y, cuando otorguen acceso a sus mercados a los proveedores extranjeros de servicios, fijen a ese acceso condiciones encaminadas al logro de los objetivos a que se refiere el artículo IV”.

⁹ BACCHEA M- JANSEN M - “*Adjusting To Trade Liberalization. The Rule Of Police Institutions and WTO Disciplines*”. World Trade Organization. Special Studies 7, Abril 2003, p. 43.

¹⁰ Por ejemplo, la de Venezuela respecto a los servicios vinculados al suministro de energía en 2003.

¹¹ En el supuesto de este tipo de excepciones se prevén las relativas al orden público, la protección de la vida y salud de personas, animales o vegetales (incorporada luego de la primer ronda ya que se solicitó considerar el medio ambiente) y la observancia de reglamentos y leyes (por ejemplo, las relativas al secreto bancario).

¹² En las últimas rondas de negociaciones se ha discutido la libertad de comercio de servicios de telecomunicaciones y financieros, mientras que la problemática relativa a la libre circulación de personas está siendo discutida en la ronda sobre servicios financieros.

tiva e imparcial, incluso aquella destinada a proteger la balanza de pagos (art. XII¹³).

Por último, todas estas prácticas deben ajustarse al “principio de transparencia” que exige la publicación de los acuerdos internacionales que se refieran o afecten al comercio de servicios y de los que sea signatario un miembro de la OMC (art. III del AGCS), así como también las normas internas que establezcan excepciones o ventajas particulares.

Si bien la normativa tiende a una libertad de circulación y residencia para las personas físicas esta libertad no es plena pues se halla limitada por el “principio de soberanía”. Al respecto, el párrafo 4 del Anexo al Acuerdo AGCS autoriza a aplicar medidas para regular la entrada y permanencia de personas en el territorio de un miembro, para proteger la integridad de las fronteras y para garantizar que los movimientos transfronterizos sean ordenados. Todo bajo condición que no se apliquen de manera que menoscaben o anulen las ventajas resultantes para un miembro de los términos de un compromiso específico de acceso a los mercados. Tal sería el caso del establecimiento de limitaciones al número de personas que puedan emplearse en el sector, ya sea a modo de cupos, ya sea exigiendo que se pruebe la necesidad económica de tal servicio (art. XVI, 2, d).

En el caso que surgieran diferencias entre los miembros de la OMC el Acuerdo AGCS determina que puede ser sometida al sistema de consultas aplicándose el “Entendimiento sobre Solución de Diferencias (ESD)”.

2.- El comercio de servicios bajo la modalidad cuatro en el MERCOSUR.

Como ya habíamos adelantado, en el ámbito MERCOSUR también se ha regulado sobre el comercio de servicios y abordado la temática migratoria laboral. En el caso de esta última prácticamente desde el inicio de las actividades del Subgrupo de Trabajo n° 11¹⁴ hasta 1995, año que fue

¹³ El art. XII establece que las restricciones no deben ser discriminatorias, compatibles con el Convenio Constitutivo del Fondo Monetario Internacional, evitarán lesionar innecesariamente los intereses comerciales, económicos y financieros de otros miembros, serán temporales y se eliminarán progresivamente, etc.

¹⁴ Dentro de este Subgrupo se creó la Comisión 3 de Empleo y Migraciones Laborales, la que en su momento realizó propuestas que apuntaban a la libre circulación de trabajadores.

sustituido por el Subgrupo de Trabajo n° 10 encargado de los Asuntos Laborales, Empleo y Seguridad Social¹⁵.

Durante años la tarea de este subgrupo no fue muy exitosa (probablemente por falta de interés de los gobiernos) a tal punto que cuando en 1994 se firmó el “*Protocolo de Ouro Preto*” se dejó de lado el tema, dándosele prioridad a la libre circulación de mercaderías y capitales. A estos hechos se agregó la crisis económica que asoló la región.¹⁶

Actualmente la materia es tratada dentro el mismo Subgrupo por la Comisión Temática II, encargada de temas relacionados con la formación profesional y el Observatorio Regional de los Mercados de Trabajo¹⁷. Dentro de esta Comisión funciona también la denominada Comisión *ad hoc* Tripartita sobre Migraciones Laborales, facultada para estudiar la problemática laboral en las regiones fronterizas nacionales.

Por otra parte, del Subgrupo 10 surgió el “*Acuerdo Multilateral sobre Seguridad Social*” de 1997, ratificado por Uruguay, Brasil y Argentina, más no por Paraguay, motivo que frena cualquier política migratoria de apertura¹⁸. No obstante ello es coherente con el “*Convenio Internacional*

¹⁵ La labor del Subgrupo se desarrolla sobre la base de la consulta a los sectores gubernamentales, sindicales y empresariales, por lo que la toma de decisión final corresponde a los gobiernos de cada país.

¹⁶ Los datos son más que elocuentes: a finales de la década de los 90’ tres de los cuatro miembros del MERCOSUR fueron entrando en recesión, a tal punto que entre 1998 y 2003 Argentina y Uruguay registraron una caída del PIB de casi el 20%, en tanto que Brasil desaceleró su crecimiento pasando de un 2,5% a un 1,5% anual. Ello conllevó al incremento de la desocupación y al deterioro de la calidad del empleo, siendo la Argentina el país más castigado por este fenómeno social (tres millones de desocupados en 2002). Bajo tales circunstancias resultaba improbable que se implementara la libertad de circulación de trabajadores en la subregión.

¹⁷ La Coordinadora de Centrales Sindicales del Cono Sur en un documento elaborado en marzo de 2004 y denominado “*La centralidad del empleo y del trabajo para la integración del MERCOSUR*” sostuvo que “La libre circulación de personas ha sido objeto de análisis continuos dentro de la órbita de las cumbres realizadas por la CCSCS. Así, hace dos años, el sindicalismo de la región afirmaba: “*Ante el crecimiento de la migración espontánea y dirigida (promovida por las empresas) consideramos necesario instaurar la libre circulación de personas en el MERCOSUR y apoyamos la propuesta de los Ministerios de Justicia, teniendo claro también que la implementación de la misma tiene que ser precedida de una serie de medidas, entre las cuales destacamos: - la reinstalación del debate de la Carta de Derechos Sociales, ya que la Declaración Sociolaboral no garantiza iguales condiciones de trabajo y de derechos a los trabajadores y trabajadoras de los cuatro países; definición de un sistema de jubilación integrado, creación de un sistema de certificación ocupacional regional, entre otros, etc.*”.

¹⁸ Requiere la ratificación de los cuatro Estados.

sobre los Trabajadores Migratorios y sus Familiares (Convenio 143¹⁹ de la Organización Internacional del Trabajo de 1990, vigente desde 2003)

En el Acuerdo Multilateral se establece :

“1. Los derechos de Seguridad Social se reconocerán a los trabajadores que presten o hayan prestados servicios en cualquiera de los Estados Partes reconociéndoles, así como a sus familiares y asimilados, los mismos derechos y estando sujetos a las mismas obligaciones que los nacionales de dichos Estados Partes con respecto a los específicamente mencionados en el presente Acuerdo.
2. El presente Acuerdo también será aplicado a los trabajadores de cualquier otra nacionalidad residentes en el territorio de uno de los Estados Partes siempre que presten o hayan prestado servicios en dichos Estados Partes. (art. 2)”.

Para el caso de los trabajadores que se desplacen temporalmente el art.3 prevé:

“1. En los casos previstos en el numeral “1.a)” del Artículo 5 del Acuerdo, el Organismo de Enlace expedirá, a solicitud de la empresa del Estado de origen del trabajador que sea trasladado temporalmente para prestar servicios en el territorio de otro Estado, un certificado en el cual conste que el trabajador permanece sujeto a la legislación del Estado de origen, indicando los familiares y asimilados que los acompañen en este traslado. Copia de dicho certificado deberá ser entregada al trabajador.
2. La empresa que trasladó temporalmente al trabajador comunicará, en su caso, al Organismo de Enlace del Estado que expidió el certificado el cese en la actividad prevista en la situación anterior.
3. A los efectos establecidos en el numeral “1.a)” del Artículo 5 del Acuerdo, la empresa deberá presentar la solicitud de prórroga ante la Entidad Gestora del Estado de origen La Entidad Gestora del Estado de origen expedirá el certificado de prórroga correspondiente, mediante consulta previa y expreso consentimiento de la Entidad Gestora del otro Estado.

¹⁹ El 1 de julio de 2003 entró en vigor el convenio, tras la ratificación de Guatemala. La Convención fue adoptada y abierta a la firma y ratificación en diciembre de 1990. Hasta el momento la han ratificado 21 países. Respecto a los países del MERCOSUR solo ha sido ratificada por Uruguay.

4. La empresa presentará las solicitudes a que se refieren los Apartados 1 y 3 con treinta días de antelación mínima de la ocurrencia del hecho generador. En caso contrario, el trabajador quedará automáticamente sujeto, a partir del inicio de la actividad o de la fecha de expiración del plazo autorizado, a la legislación del Estado en cuyo territorio continúe desarrollando sus actividades”.

Complementariamente los Jefes de Estado de los miembros del MERCOSUR aprobaron la “*Declaración Sociolaboral del Mercosur*” (Río de Janeiro, 10 de diciembre de 1998) comprometiéndose a:

- a) Adoptar medidas tendientes al establecimiento de normas y procedimientos comunes relativos a la circulación de los trabajadores en las zonas de frontera;
- b) Llevar a cabo las acciones necesarias a fin de mejorar las oportunidades de empleo y las condiciones de trabajo y de vida de estos trabajadores,
- c) Reconocer el principio de no discriminación entre trabajadores nacionales y extranjeros.
- d) Crear una “Comisión de Seguimiento de la Declaración SocioLaboral del Mercosur” de composición tripartita (conformada por representantes de los gobiernos, trabajadores y empresas, cada uno con derecho a veto).

A estas acciones se agregaron la posibilidad de facilitar el trabajo y la educación en las regiones fronterizas establecida en el “*Acuerdo de tránsito vecinal fronterizo*” (Decisiones 18/99 y 14/00 del CMC) y la libre circulación de ciertas categorías migratorias (artistas, profesores, científicos, periodistas, deportistas, profesionales y técnicos especializados²⁰) aprobada por el “*Acuerdo para la creación de la ‘Visa Mercosur’*” (Dec.CMC n° 16/03).

Por su parte, al “Grupo de Servicios del Mercosur” le cupió la elaboración del “*Protocolo de Montevideo sobre el Comercio de Servicios*” (aprobado en 1997, pero aún no vigente²¹).

²⁰ Podrán ingresar y permanecer hasta 90 días corridos, prorrogables hasta 180 días anuales, y con ingresos múltiples.

²¹ Sólo Argentina depositó el instrumento de ratificación el 08/10/02 (ley 25.623). Para entrar en vigor requiere el depósito de tres instrumentos de ratificación (art. XXVII).

En el Preámbulo de este instrumento se reconoce la necesidad de proveer a la expansión del comercio de servicios en condiciones de transparencia, equilibrio y liberalización progresiva y se menciona al AGCS de la OMC y a los compromisos asumidos por los Estados Partes en el marco del mismo.

Este acuerdo considera servicio a todo aquel prestado en cualquier sector, excepto en ejercicio de facultades gubernamentales, o sea fuera de condiciones comerciales o de competencia con uno o más prestadores de servicios (art. II, 3, b y c).

De conformidad con el AGCS de la OMC establece el otorgamiento del “trato de la nación más favorecida”, pero también permite que un Estado Parte confiera ventajas a países limítrofes, sean o no Estados Partes, siempre que sean con la finalidad de facilitar intercambios limitados en zonas fronterizas contiguas de servicios que se produzcan y consuman localmente (art. III). Respecto al acceso a los mercados y la circulación de personas físicas vinculadas al suministro de servicios, los Estados se comprometen a no implementar o mantener medidas referidas

“al número total de personas físicas que puedan emplearse en un determinado sector de servicios o que un prestador de servicios pueda emplear y que sean necesarias para la prestación de un servicio específico y estén directamente relacionadas con él, en forma de contingentes numéricos o mediante la exigencia de una prueba de necesidades económicas”(art. IV, 2, d).

Empero, como autoriza a cada Estado Parte el indicar los términos, limitaciones y condiciones en materia de acceso a los mercados y al trato nacional (art. VII), en 1998 se aprobaron los anexos con disposiciones específicas sectoriales y listas de compromisos específicos iniciales (Decisión nº 9/98 del CMC), en un todo de acuerdo con el art. VI AGCS de la OMC ya citado.

En el Apéndice I, consta el “*Anexo sobre el Movimiento de Personas Físicas Proveedoras de Servicios*” el que determina

“1. El presente Anexo se aplica a las medidas que afecten a personas físicas que sean proveedoras de servicios de un Estado Parte, y a personas físicas de un Estado Parte que estén empleadas por un proveedor de servicios de un Estado Parte, en relación con el suministro de un servicio.

2. El Protocolo no será aplicable a las medidas que afecten a personas físicas que traten de acceder al mercado de trabajo de un Estado Parte ni a las medidas en materia de ciudadanía, residencia o empleo con carácter permanente.

3. De conformidad con las Partes II y III del Protocolo, los Estados Partes podrán negociar compromisos específicos aplicables al movimiento de todas las categorías de personas físicas proveedoras de servicios en el marco del Protocolo. Se permitirá que las personas físicas abarcadas por un compromiso específico suministren el servicio de que se trate de conformidad con los términos de ese compromiso.

4. El Protocolo no impedirá que un Estado Parte aplique medidas para regular la entrada o la estancia temporal de personas físicas en su territorio, incluidas las medidas necesarias para proteger la integridad de sus fronteras y garantizar el movimiento ordenado de personas físicas a través de las mismas, siempre que esas medidas no se apliquen de manera que anule o menoscabe las ventajas resultantes para un Estado Parte de los términos de un compromiso específico.

5. Para regular una determinada situación de índole laboral que afecten a personas físicas que sean prestadoras de servicios de un Estado Parte o personas físicas de un Estado Parte que estén empleadas por un proveedor de servicio de un Estado Parte, será aplicable el derecho del lugar de ejecución del contrato de servicio”.

En el Apéndice II se hallan las Listas de Compromisos específicos iniciales por cada uno de los Estados.

Para Brasil resulta complicada la implementación del “*Protocolo de Montevideo sobre el Comercio de Servicios del Mercosur*” en su Modalidad 4, atento a que se halla vigente la llamada “ley de dos tercios” por la que reserva esta proporción de empleo para los ciudadanos brasileños (dos brasileños por cada tres empleados) y prohíbe que se pague mejor salario a un extranjero que al nacional (no existe la prohibición inversa)²². Asimismo resulta insatisfactoria la normativa relativa a los gerentes y directores de empresas de servicios, ya que obliga a éstas a probar la necesidad del

²² La igualdad de condiciones entre nacionales y extranjeros está previsto en la Constitución brasileña de 1988.

cargo, el vínculo real entre la sociedad establecida en Brasil y la matriz en el exterior y haber realizado una inversión mínima de doscientos mil dólares. A ello se suma la reserva de mercados que ha realizado respecto a ciertas actividades en las que la participación extranjera en sociedades constituidas en Brasil no puede superar el 49% y la dirección debe estar en manos de socios de nacionalidad brasileña (seguros, bancos, cabotaje, informática).

A fin de implementar lo establecido en el Protocolo, su art. XIX se establece la obligación de reunirse anualmente para negociar y completar en un plazo de 10 años, contado desde la entrada en vigor, el “*Programa de Liberalización del Comercio de Servicios*”.

La Primera Ronda de Negociación de Compromisos Específicos en Materia de Servicios, que tuvo lugar en el año 2000, confeccionó la primera lista, aprobada por Decisión CMC n° 1/00.

En 2001 se realizó la Tercera Ronda de Negociación (Dec. CMC 10/01) aprobándose normativa relativa a la “*Exención MERCOSUR para futuras reglamentaciones restrictivas en el marco del Protocolo de Montevideo sobre el Comercio de Servicios*” (Dec. CMC N° 11/01). Esta decisión representa un avance en la apertura del comercio de servicios para los Estados miembros ya que permite a un Estado Parte que, en uso del derecho a

“reglamentar aquellos sectores y subsectores de servicios que en la actualidad no están reglamentados, eximirá a los servicios y a los prestadores de servicios de los demás Estados Partes de las restricciones al acceso a mercado y al trato nacional que eventualmente pudiera contener esta reglamentación, siempre que se encuentren liberalizados y consignados en las listas de los demás Estados Partes”(art. 1)²³.

²³ Por el art. 2 se obliga a los Estados a que a partir de la Cuarta Ronda de Negociaciones consignen en las listas de compromisos: - “Ninguna” limitación para los sectores y subsectores de servicios y modos de prestación, según el documento MTN.GNS/W/120, que no se encuentren reglamentados, y que estén consignados sin ninguna limitación en los demás Estados Partes.

- “No consolidado” para los sectores y subsectores de servicios y modos de prestación, según el documento MTN.GNS/W/120, que no se encuentren reglamentados en un Estado Parte, y en los cuales existan limitaciones en alguno/s de los demás Estados Partes.

En el caso que un sector y subsector y modo de prestación se liberalice y consigne en las listas de compromisos de tres Estados Partes, el cuarto Estado Parte consignará automáticamente la misma liberalización.

En la Cuarta Ronda (Dec. CMC 13/02) se trató el proceso de consolidación de *status quo* y aclaración de entradas “no consolidado” para todos los sectores y modos de prestación comprendidos en el documento MTN.GNS/W/120 de la OMC. En tanto la Ronda Multisectorial Restringida trató la liberalización de los servicios prestados a las empresas de distribución, enseñanza y turismo²⁴.

Durante las negociaciones se incorporó la temática relativa a la circulación de trabajadores con calificaciones específicas y se propuso la implementación de una visa especial. Recién el 15 de diciembre 2003 fue definitivamente aprobado el “*Acuerdo para la Creación de la Visa MERCOSUR*”²⁵ (Dec. 16/03 de 15 de diciembre de 2003), fijándose como objetivo el facilitar la circulación temporal de personas físicas prestadoras de servicios en el Mercosur^{26 27}.

Este nuevo acuerdo beneficia a gerentes, directores ejecutivos, administradores, directores, gerentes-delegados o representantes legales, científicos, investigadores, profesores, artistas, deportistas, periodistas, técnicos altamente calificados o especialistas, profesionales de nivel superior (art. 1). Deben ser nacionales de los Estados Partes, demostrar la intención de prestar un servicio y la existencia de un contrato para la realización de actividades remuneradas y no pueden permanecer en el país de recepción por más de dos años (prorrogables por igual período hasta un máximo de cuatro años).

La visa tendrá la misma duración que el contrato y no estará sujeta a la prueba de la necesidad económica o a autorización previa de naturaleza laboral. Por tratarse de una visa especial (temporal y a favor de ciertas personas) no requiere la autorización para ejercer una actividad laboral y no está sujeta a restricciones o prohibiciones (art. 2)²⁸.

²⁴ ALADI/SEC/Estudio166 de 31 de diciembre de 2003. “*Estudio sobre el estado de situación del comercio de servicios en la región, incluyendo el nivel de compromisos consolidados en la OMC, la información estadística disponible y el impacto de su liberación*”.

²⁵ No está vigente ya que ninguno de los firmantes depositó el instrumento de ratificación.

²⁶ A tal efecto considera prestación de servicios a la producción, distribución, comercialización, venta y entrega de servicios, excepto los prestados en el ejercicio de facultades gubernamentales.

²⁷ En 1997 se aprobó el “*Protocolo de Admisión de Títulos y Grados Universitario para el Ejercicio de Actividades Académicas en los Estados Partes del Mercosur*”, pero fue derogado por decisión 4/99 del CMC. Este acuerdo hubiera permitido la prestación de servicios educativos.

²⁸ Por ejemplo, la ley de los dos tercios brasileña.

Por otra parte, para facilitar la concesión de la visa las partes se obligan a armonizar los costos y los plazos, que deberán ser bajos y breves, respectivamente, y si bien los profesionales o técnicos deberán cumplir con los reglamentos de control de profesiones y oficios de cada país, se les exime del cumplimiento de leyes y reglamentos en materia de seguridad social y tributaria.

Días más tarde el CMC aprobó la DEC. N° 25/03, en la que se estableció el llamado “*Mecanismo para el ejercicio profesional temporario*” (tampoco vigente), a fin de otorgar licencias temporarias a los prestadores de servicios profesionales, en los Estados Partes. En el mismo se tiene en cuenta que el Protocolo de Montevideo contempla el compromiso de los Estados Partes de alentar en sus respectivos territorios a las entidades competentes, sean éstas gubernamentales o asociaciones y colegios profesionales, a desarrollar normas para el ejercicio de actividades profesiones para el otorgamiento de licencias y a proponer recomendaciones al GMC sobre reconocimiento mutuo, considerando la educación, experiencia, licencias, matrículas o certificados obtenidos en el territorio de otro Estado Parte (art. XI), y se aprueban las “*Directrices para la Celebración de Acuerdos Marco de Reconocimiento Recíproco entre Entidades Profesionales y la Elaboración de Disciplinas para el Otorgamiento de Licencias Temporarias*”.

Esta disposición es congruente con el AGCS de la OMC, pues también contempla el reconocimiento, -mediante acuerdos o unilateralmente-, de licencias y de la educación y experiencia obtenidas (art. VII). No obstante esta predisposición favorable existen varias discrepancias entre los Estados sobre habilitaciones profesionales²⁹, aún dentro de las organizaciones de integración económica³⁰.

²⁹ Así, en la reunión del Consejo del Comercio de Servicios, celebrada en abril de 2004 se trató el acuerdo de reconocimiento mutuo entre Australia y Japón formalizado el 1 de octubre de 2003 sobre facilitación de la movilidad para el reconocimiento mutuo de ingenieros registrados/autorizados suscrito por el Colegio de Ingenieros y la Junta Nacional de Registro de Ingenieros de Australia, el Instituto de Ingenieros de Japón, y el Ministerio de Educación de Japón. En el mismo solo existía un firmante gubernamental, por lo que se preguntó si los signatarios tenían funciones delegadas y si las disposiciones del acuerdo eran vinculantes desde el punto del vista del derecho internacional, lo que el representante de Australia dijo que no lo era. Estados Unidos cuestionó que el acuerdo disponía que debía demostrar un año de experiencia en país de establecimiento, lo cual era imposible si antes no disponía de la licencia para ejercer la profesión. Ambas delegaciones no pudieron responder (S/C/M/72- 29 de abril de 2004).

³⁰ En la nota enviada por el representante estadounidense a la ministra de relaciones exteriores chilena el 6 de junio de 2003 se expresaba que los Estados Unidos debían modi-

3.- Acuerdos sobre libre circulación de personas en el MERCOSUR.

Cabe acotar que paralelamente a los diferentes acuerdos relacionados con el suministro de servicios se ha ido formalizando convenios que prevén la residencia en general de nacionales de los Estados partes o la integración fronteriza. Uno de ellos es el “*Acuerdo de Alcance Parcial para la Facilitación del Comercio concertado entre la República Argentina, la República Federativa del Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay*” denominado “*Acuerdo de Recife*” (CMC/DEC N° 4/00) destinado a instrumentar las recomendaciones elaboradas en el marco de las actividades dispuestas por la Decisión CMC N° 2/99, relativas a las “Áreas de Control Integrado”.

En relación a la residencia, el 6 de diciembre de 2003 se aprobaron el “*Acuerdo sobre Residencia para Nacionales de los Estados Partes del Mercosur*”, y el “*Acuerdo sobre Residencia para Nacionales de los Estados Partes del Mercosur, Bolivia y Chile*”³¹. En ambos se reitera el deseo de implementar una política de libre circulación de personas en la región, solucionar la situación migratoria de los nacionales de los Estados Partes y Asociados y combatir el tráfico ilícito de personas.

Asimismo prevén que

“los nacionales de un Estado Parte que deseen residir en el territorio de otro Estado Parte podrán obtener una residencia legal en éste último, de conformidad con los términos del Acuerdo, mediante la acreditación de su nacionalidad y presentación de los requisitos previstos en el art. 4” (art. 1).

Para obtener la residencia se deberá presentar documentación que acredite identidad, estado civil, buena conducta nacional e internacional, no tener antecedentes judiciales, penales o policiales en el país recepción, en su caso certificado sanitario, y el pago de una tasa servicios (art. 2). La residencia se concede por el plazo de dos años, pero puede transformarse en permanente con la presentación de la solicitud en el país de recepción dentro de los noventa días anteriores al vencimiento de la anterior autoriza-

ficar la legislación migratoria para otorgar facultad legal para admitir profesionales de conformidad con el tratado de libre comercio suscrito

³¹ Aún no vigentes ya que requieren el depósito de los instrumentos de ratificación de todos los firmantes.

ción. Además de la documentación citada anteriormente, se deberá acompañar aquella que acredite medios de vida lícitos que permitan la subsistencia del peticionante y su familia (art. 5).

Por otra parte, el convenio establece el derecho de acceder a cualquier actividad tanto por cuenta propia como ajena, en las mismas condiciones que los nacionales de los países de recepción, de acuerdo a normas legales de cada país. (art. 8, 2), y reconoce a los inmigrantes y miembros de su familia una serie de derechos civiles, la posibilidad de transferir remesas, el derecho a la nacionalidad de los hijos nacidos en territorio de la otra parte y el derecho a la educación en situación de igualdad. (art. 9).

La mención de esta normativa convencional lo ha sido a fin de ilustrar sobre las idas y venidas en las negociaciones, ya que muchas veces la prestación de servicios está condicionada al permiso de libre circulación para cierta categoría de migrantes. Por ejemplo, los acuerdos de transporte suscritos en el ámbito de MERCOSUR exigen que todo tripulante de un medio de transporte terrestre, sea natural, naturalizado o extranjero residente legal, goce de libertad migratoria³².

4.- Diferencias y coincidencias normativas.

Para concluir cabe afirmar que dentro de los distintos bloques subregionales (Comunidad Andina de Naciones, Tratado de Libre Comercio de América del Norte) y en la propuesta Area de Libre Comercio de las Américas (ALCA) se ha ido negociando la apertura de sus miembros al comercio de servicios, incluso con beneficios superiores al establecido por las normas de la OMC (por ejemplo, ALCA-*plus*). Si bien es posible aplicar el principio de la “nación más favorecida” (NMF) dentro del área de integración, no lo es hacia fuera, tal como lo establece la Dec. CMC 11/01 del MERCOSUR que permite reglamentar sectores y subsectores de servicios, (salvo los servicios y prestadores de servicios provistos por personas físicas o jurídicas nacionales de los Estados Partes).

Visto desde otra óptica, a pesar de la necesaria armonía entre las normas de las organizaciones de integración económica y las de la OMC, existe una importante diferencia teleológica. Mientras en la OMC la libre movilidad de personas es accesorio o secundaria, condicionada a la liberalización del comercio de servicios, en algunas organizaciones de integra-

³² Acuerdo de Transporte Internacional Terrestre inscripto como Acuerdo de Alcance Parcial en el marco de la Asociación Latinoamericana de Integración en 1990.

ción es vista como uno de los principales factores que facilitan la integración o bien uno de los principales factores de la integración (tal es lo que ocurre con los acuerdos de Schengen en la Unión Europea -antes de la Unión Monetaria o con el Convenio Socio Laboral del Pacto Andino – hoy Comunidad Andina de Naciones- se regula la migración laboral).

También en el MERCOSUR la libre circulación de trabajadores es uno de los temas que interesan a los gobiernos. Prueba de ello es que se han obligado a establecer esta tercer libertad, la que, por otra parte, está prevista en el art.1 del *Tratado de Asunción*. Esta apertura no es discriminatoria ni selectiva puesto que alcanzará a todos los trabajadores, siendo esta otra diferencia con la OMC, cuya normativa se dirige a la libre circulación de ejecutivos o técnicos con conocimientos del servicio a prestar.

Con respecto a las coincidencias entre la OMC y el MERCOSUR, podemos enumerar las siguientes:

1) El reconocimiento de los derechos humanos (especialmente los relativos a los trabajadores extranjeros), la problemática del desarrollo y del medio ambiente³³ ;

2) La lentitud en la liberalización del mercado laboral, incluido el vinculado con el comercio de servicios. Al respecto, para los miembros de la OMC una primera explicación estaría relacionada con cuestiones de seguridad nacional, ya que el terrorismo ha provocado una mayor cautela en los gobiernos al momento de permitir el ingreso y permanencia de extranjeros en su territorio y ha restringido los derechos de los transportistas, principalmente aéreos. Por otro lado, es notorio el rechazo gubernamental a la

³³ En la “*Declaración Ministerial de DOHA –2001*” sobre el Comercio de Servicios, se expresa que “las negociaciones sobre el comercio de servicios se llevarán a cabo con el propósito de promover el crecimiento económico de todos los interlocutores comerciales y el desarrollo de los países en desarrollo y menos adelantados. Reconocemos la labor ya realizada en las negociaciones, iniciadas en enero de 2000 en virtud del artículo XIX del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios, y el gran número de propuestas presentadas por los Miembros sobre una amplia variedad de sectores y varias cuestiones horizontales, así como sobre el movimiento de personas físicas. Reafirmamos que las Directrices y procedimientos para las negociaciones sobre el comercio de servicios, adoptadas por el Consejo del Comercio de Servicios el 28 de marzo de 2001, constituyen la base para la continuación de las negociaciones con miras a la consecución de los objetivos del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios, establecidos en el preámbulo y en los artículos IV y XIX de dicho Acuerdo. Los participantes presentarán las peticiones iniciales de compromisos específicos no más tarde del 30 de junio de 2002 y las ofertas iniciales no más tarde del 31 de marzo de 2003 (15)”.

entrega del suministro de ciertos servicios a empresas extranjeras, principalmente multinacionales. Por ejemplo, EEUU presiona a su socio en la NAFTA, Méjico, para que abra al AGCS los servicios de energía (por supuesto vinculado esto a la problemática en Medio Oriente)³⁴.

3) No se trata de una migración laboral ordinaria, pues se caracteriza por la temporalidad de la estadía de trabajador extranjero, en el caso del AGCS no por vía del mismo acuerdo sino supeditada a lo que establezca la legislación nacional, la que puede o no ser flexible³⁵. Esta temporalidad varía de país en país, incluso existen propuestas, pero que en general no pasan del año.

4) Por último, no se menciona cuales son los contratos que estarían cubiertos, aunque en general, serían aquellos contratados por empresas o nacionales de un Estado miembro, a quienes se les facilitaría una visa temporal de trabajo.

³⁴ No es el caso de Argentina luego de la modificación de la ley de inversiones extranjeras, ya que abrió a las privatizaciones el transporte, la energía y las comunicaciones, hoy prácticamente en manos extranjeras.

³⁵ En este sentido se debe tener en cuenta que la modalidad 4 del AGCS no prevé la migración propiamente dicha, a tal punto que por el momento en algunos países, por ejemplo, Estados Unidos o algunos miembros de la Unión Europea otorgan visas temporales bajo condiciones de concesión destinadas a restringir el ingreso de personas. Asimismo permanecen los cupos y prohibiciones de ingreso (según un informe de 2002 de la OECD, es una de las mayores barreras al libre comercio de proveedores de servicios). Incluso, los nacionales de Chile, Méjico y Singapur -países que han firmado acuerdos de libre comercio con Estados Unidos- se ven afectados por cupos anuales de residencia. Por otra parte, en algunos casos no se les reconocen calificaciones profesionales como por ejemplo en Estados Unidos, donde se exige la contratación de arquitecto nacional para el diseño y control de obra, aún cuando el verdadero profesional actuante sea extranjero. Otras veces se debe probar que no hay un nacional que pueda realizar tal o cual servicio.

PRINCIPIOS GENERALES EN MATERIA DE DERECHO INDIVIDUAL DEL TRABAJO EN EL MERCOSUR - UN INTENTO DE UNIFICACIÓN

por Carla Saad de Bianciotti ***

Resumen: El informe introduce al tema principios individuales del derecho del trabajo en el Mercosur, desde la definición propia de “principios jurídicos” aplicados al derecho individual del trabajo, la Declaración Sociolaboral del Mercosur y un análisis de principios de los países miembros, como primer paso hacia la integración del sistema jurídico laboral individual de la región.

Palabras claves: MERCOSUR – Trabajo - Principios

1. INTRODUCCIÓN

La preocupación por los aspectos laborales de la integración económica y comercial constituye un factor que está tomando creciente importancia en las diversas experiencias de integración. Según Campero (1999) en Europa por ejemplo, los temas de protección social, de los derechos de los trabajadores migrantes, de la no discriminación en los empleos, de la estabilidad relativa de estos y de las remuneraciones aparecen como

* Investigadora y Coordinadora de Extensión del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UNC; Profesora de Taller de Jurisprudencia I de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UNC; Directora de proyectos de investigación del área Derecho del Trabajo. Co-directora de becarios de pregrado en el área Derecho del Trabajo.

Proyecto de investigación con subsidio de Secyt UNC y la participación de los investigadores asistentes Valeria Guiguet y Carlos Rodríguez Tissera.

materias que han ido adquiriendo un rol principal en las Comunidades Europeas. En América Latina, diferentes iniciativas que precedieron al Mercosur, se ocuparon de temas sociales y laborales, si bien de manera esporádica y con una eficacia limitada¹.

Para el Mercado Común del Sur (Mercosur), el Tratado de Asunción (26 de marzo de 1991) indica que se preservan los ordenamientos jurídicos de las naciones miembros, estableciendo el compromiso de los Estados partes de armonizar sus legislaciones en post de la integración regional, para ello indica que se deberán revisar -entre otros- los principios como los institutos en el área del derecho individual y colectivo del trabajo.

Existe consenso acerca de la necesidad de aproximar las legislaciones laborales del mercado común, el problema radica en discernir el grado de avance de la armonización propuesta por el Tratado de Asunción. Plá Rodríguez² advertía que el estudio de la cuestión laboral del Mercosur se podía enfocar hacia la resolución de dos tipos de problemas, los “primarios” y los “profundos”. Dentro de los problemas “primarios” plantea la posibilidad de utilizar métodos de unificación, aproximación o armonización de normas laborales entre los cuatro países miembros, marcando como objetivo a largo plazo: *procurar conocer la realidad normativa de los países integrantes, *promover la ratificación de los convenios internacionales del trabajo fundamentales (entiéndase OIT) y *examinar si los principios del derecho del trabajo son los mismos o presentan grandes diferencias, indicando que al decir de Joao de Lima Texeira Filho “no es posible pretender la uniformidad de las soluciones normativas, pero sí lograr la unificación de principios”.

Podetti³ expresa que el dinamismo de la materia laboral, que experimenta contemporáneamente intensos cambios sociales, económicos, tecnológicos, políticos y culturales, proyecta transformaciones de los principios, en cuanto a cuales son y que contenido tienen. Transformaciones que se dan simultáneamente en el campo de la doctrina y por tanto abarcativo

¹ RODRIGUEZ TISSERA, Carlos. “Dimensión Social y armonización del derecho laboral en el Mercosur con referencia a la experiencia europea”, Revista de Derecho del Mercosur N°4, Agosto 2001, Pág. 242-250.

² PLA RODRIGUEZ, Américo. “Problemática de los Trabajadores en el Mercosur” en El Derecho Laboral del Mercosur, RELASUR OIT, Instituto de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República, Ed. FCU, 1era. Ed., Uruguay, reimpresión 1995, Pág.19.

³ PODETTI, Humberto en FERNANDEZ MADRID, Juan Carlos. Tratado de Derecho del Trabajo, Bs.As., pág. 202.

de los diversos sistemas jurídicos laborales nacionales, como dentro de cada uno de éstos según como vayan modificándose a lo largo del tiempo las constituciones y las leyes.

En coincidencia con lo expuesto, creemos que la realidad socioeconómica de los países miembros en conjunción con el grado de desarrollo del mercado común (entendido aquí como un sistema único de normas comunitarias) perfila como etapa previa, la necesidad de instrumentar principios comunes, bases del futuro derecho individual del trabajo para el Mercosur.

2. IMPORTANCIA Y FUNCION DE LOS “PRINCIPIOS” PROPIOS

Base del posterior ordenamiento normativo serán sus principios, la definición de cada uno de ellos será fundamental para que una rama del derecho pueda tener solidez y vigor y sobre todo, para mantener su autonomía. Los principios propios de una materia, en sentido general⁴ se utilizan para afirmar que existen dentro de esa rama específica del derecho ciertos principios que orientan su creación, interpretación y aplicación. Ello importa sostener las siguientes proposiciones: I) Que efectivamente existe ese derecho; II) Que formando parte de él, se verifica un área específica de conocimientos que recibe un nombre específico; III) Que ambos no están compuestos únicamente por normas jurídicas, sino que existen otros elementos que, juntamente con aquéllas, contribuyen a su tipificación; IV) Que entre esos elementos tienen una particular importancia los denominados *principios* o *directrices* y que, algunos de ellos, tienen la característica de estar específicamente vinculados al área de problemas de derecho en cuestión.

Coincide la doctrina que los “principios” tienen una triple función: a) “informadora” en cuanto inspiran al legislador como fundamento del ordenamiento jurídico, verdaderas líneas directrices por donde debe transitar la tarea normativa; b) “normativa” ya que actúan en forma supletoria ante la inexistencia de norma específica y c) “interpretativa”, siendo verdaderos criterios que orientan a los operadores del derecho. De Diego⁵ incorpora una nota interesante al indicar otra función que tienen los principios generales del derecho del trabajo es evitar desvíos y preservar la unidad

⁴ ABRIL, Ernesto y PIÑA, María del Carmen. “Los principios del Derecho del Trabajo. Una revisión acorde a los tiempos”, Rev. El Foro de Córdoba, año 4, N°18, 1993, pág.11.

sistemática, en virtud que los principios tienden a armonizar el sistema evitando que los institutos pierdan el rumbo adecuado, o que por efecto de interpretaciones radicales o de la constante creación de normas (legales o convencionales), se cambie el sentido o el objetivo intrínseco de los valores y fines custodiados.

3. EL CONCEPTO DE “PRINCIPIOS JURIDICOS”

Definir que entendemos por “principios jurídicos” no es tarea menor, por cuanto es necesario que nuestro interlocutor comprenda cual es el sentido asignado a la palabra, para poder interpretar los problemas y soluciones planteadas en un mismo sentido.

Etimológicamente el término latino *principium* está compuesto por la raíz derivada de *pris*, significa “lo antiguo” y “lo valioso” y de la raíz *cp* que aparece en el verbo *caepere* –tomar- y el sustantivo *caput* –cabeza-; según el Diccionario de la Real Academia Española de la lengua el término “principio” significa, entre otros, “punto que se considera primero en una extensión o cosa”, “base o razón fundamental sobre la cual se procede discurriendo en cualquier materia”, “causa, origen de algo”, “cualquiera de las primeras proposiciones o verdades fundamentales por donde se empieza a estudiar las ciencias o las artes”⁶.

Ronald Dworkin⁷ define primariamente a los “principios” como todo conjunto de normas extrajurídicas que es necesario observar, no porque haga posible o asegure una situación económica, política o social que se juzga conveniente, sino por ser un imperativo de justicia, de honestidad o de cualquier otra dimensión moral.

Puig Brutau⁸ sostiene que los “principios generales del derecho” son ideas directrices, que sirven de justificación racional a todo el ordenamiento jurídico; son pues, ideas jurídicas directivas, o pautas generales de valoración. No son normas jurídicas en sentido técnico, pues lo que los caracteriza es que contienen una indicación vinculante con carácter inmediato,

⁵ DE DIEGO, Julián Arturo. Manual de Derecho del trabajo, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1999.

⁶ MARINO JIMENEZ CANO, Roberto. “Sobre los principios generales del Derecho. Especial consideración al Derecho Español”, en www.filosofiyderecho.com, Madrid-St. Cugat del Vallés, octubre de 1999, pág. 2/11.

⁷ DWORKIN, Ronald en Abril, Ernesto y PIÑA, María del Carmen; Ob. Cit., pág.20.

⁸ PUIG BRUTAU, José en GARCIA MARTINEZ, Alberto. “Los Principios Generales del Derecho del Trabajo y sus funciones”, Derecho del Trabajo –XLVII-A, año 1987, p.812.

para un determinado campo de problemas. Pero son normas jurídicas en sentido sustancial, pues suministran pautas o modelos de conductas.

Pla Rodríguez⁹ define “principio jurídico” como criterios formales aplicables, en general, en cualquier circunstancia de lugar y tiempo. No aluden a ningún beneficio en concreto, por lo que tienen una significación muy general y amplia, extensiva a toda la disciplina.

Alonso García¹⁰ sostuvo que los “principios jurídicos” son las líneas maestras o postulados básicos de trabajo imperativos que inspiran el sentido con que se ha de aplicar las normas, de donde ha de ser desentrañado –en caso de duda- el contenido de las relaciones del trabajo.

Etala¹¹ indica que se pueden definir a los “principios generales del derecho del trabajo” como aquellos criterios, líneas directrices, pautas orientadoras que inspiran, informan y dan sentido a las normas laborales y los distinguen de aquellos que pueden darse en otras ramas del derecho.

Montoya Melgar¹² dice que son las ideas fundamentales de la organización jurídico laboral que surgen del orden normativo dado y lo realimentan, dándole determinado sentido a cada una de las disposiciones que lo componen, resultando indispensables para aplicar rectamente sus normas.

Vázquez Vialard¹³ constituyen directivas que inspiran el sentido de las normas laborales, de acuerdo con criterios distintos a los que se dan en otras normas jurídicas.

Una primera aproximación hacia una definición final, hace parecer la necesidad de unificar la terminología que -en los textos doctrinarios sobre principios en el derecho del trabajo- se presentan no bien diferenciadas: “principios jurídicos”, “principios generales del derecho” y “principios del derecho del trabajo”. Punto común en ellos es que los principios son “ideas directrices” o “ideas jurídicas directivas” o “pautas generales” o “criterios, que no se expresan directamente en normas (aunque pueden normativizarse). En

⁹ PLA RODRIGUEZ, Américo. Los Principios del Derecho del Trabajo, 3ra. Edición actualizada, Ed. Depalma, Bs. As., 1998, pág.30.

¹⁰ ALONSO GARCIA, Manuel en ZANGRANDO, Carlos Henrique da Silva. Resumo do Direito do Trabalho, 6ta. Edición, Edicoes Trabalhistas, RJ-Brasil, 2003, pág.76.

¹¹ ETALA, Carlos. Contrato de Trabajo, 2da. Edición actualizada, Ed. Astrea, Bs.As., 1999, pág. 43.

¹² MONTOYA MELGAR, Alfredo en FERNANDEZ MADRID, Juan Carlos. Tratado de Derecho del Trabajo, Tomo I, Editorial , año ,pág. 202

¹³ VAZQUEZ VIALARD, Antonio en RUPRECHT, Alfredo. Los Principios Normativos Laborales y su Proyección en la Legislación, Ed. Zavalía, Bs.As., 1994, pág.9.

cuanto al alcance del término se indicó que los “principios generales del derecho” son principios propios del sistema jurídico general y no de sus especialidades, en cambio los “principios del derecho del trabajo” son principios propios del sistema jurídico laboral. Adoptaremos, para intentar una definición propia como marco de la investigación, la identificación “Principios del Derecho Individual del Trabajo” por considerar al resto de la terminología aplicada al ámbito del derecho general y no de la especialidad, diferenciándola además –y ya dentro de su especialidad- al Derecho Colectivo del Trabajo, Derecho Procesal del Trabajo y Derecho de la Seguridad Social.

Entendemos por “Principios del Derecho Individual del Trabajo” *a los criterios imperativos que inspiran el sentido con que se han de aplicar y crear las normas derecho individual del trabajo, diferenciándose del resto de los sistemas jurídicos y resultando indispensables para aplicar rectamente sus normas.*

Nos referimos en la definición a “criterios” y no “ideas” o “pautas” ya que, siguiendo a las acepciones de las palabras enunciadas en el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española¹⁴, entendemos por “criterio” como “norma para conocer la verdad”, coincidiendo con Puig Brutau en el sentido que entenderíamos a la misma “norma” en sentido sustancial, pues suministran pautas o modelos de conductas. Siguiendo las acepciones del Diccionario de la Lengua Española, descartamos la terminología “idea” ya que se define como “*primero y mas obvio de los actos del entendimiento que se limita al simple conocimiento de una cosa*”, por considerar que los principios no comparten la característica de “obviedad” y “simpleza” enunciada. Tampoco compartimos la terminología “pautas” que fue entendida como “*cualquier instrumento o norma que sirve para gobernarse en la ejecución de una cosa*”, ya que al definir “criterio” indicamos que el mismo es una “norma” para conocer la verdad (en este caso la verdad jurídica) que, en el ámbito del derecho, solo después de conocida la verdad, será entendido como “pauta” en cuanto a “como gobernarse en la ejecución de una cosa”.

A éstos “criterios” o “normas para conocer la verdad” se les agrega como adjetivo el “imperativo”, entendido como el que “manda” el sentido de aplicación y creación de las normas del Derecho Individual del Trabajo.

¹⁴ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. “Diccionario de la Lengua Española”, vigésima primera edición, Editorial Espasa-Calpe, Madrid- España, 1998¹⁴ RUPRECHT, Alfredo J. Los Principios Normativos Laborales y su Proyección en la Legislación, Ed. Zavallía, Bs.As., 1994, pág.10.

La definición propuesta agrega como características de estos principios la *diferenciación del resto de los sistemas jurídicos y *su existencia como condición de aplicación recta de las normas del propio sistema de derecho individual.

4. LA DECLARACIÓN SOCIOLABORAL DEL MERCOSUR Y LOS PRINCIPIOS.

El SGT N° 10 incorpora en su agenda en el año 1997 como tema el análisis de las diversas propuestas tendientes a la aprobación de un instrumento que contenga un núcleo duro de derechos fundamentales y un mecanismo de supervisión con participación de los sectores sociales ¹⁵, así en 1998 dicho subgrupo arriba a la redacción de la “Declaración socio-laboral del Mercosur” que fuera suscripta por los Jefes de Estado de los países miembros, reunidos en Río de Janeiro-Brasil el día 10/12/98.

En los considerandos del documento se destaca, luego de reafirmar su carácter de miembros de la Organización Internacional de Trabajo (OIT), su compromiso con las declaraciones, pactos y protocolos que integran el patrimonio de la humanidad, la adhesión de los Estados Partes a los principios democráticos y de estado de derecho, que *“la integración involucra aspectos y efectos sociales cuyo reconocimiento implica la necesidad de prever, analizar y solucionar los diferentes problemas generados, en este ámbito, por esa integración”*, para luego sostener la decisión de los estados partes de consustanciar en un instrumento común los *“principios y derechos en el área de trabajo”* los que pasan a constituir la “Declaración Socio-Laboral del Mercosur” como un instrumento que plasma los logros del pasado en materia socio-laboral del proceso de integración y que queda abierto a los logros futuros.

El documento se encuentra dividido en cuatro partes: 1) Considerandos, 2) Derechos Individuales, 3) Derechos Colectivos y 4) Aplicación y Seguimiento. En materia de “Derechos Individuales” se enuncian: a-no discriminación, b-promoción de la igualdad, c-trabajadores migrantes y fronterizos, d-eliminación del trabajo forzoso, e-trabajo infantil y de menores y f-derechos de los empleadores. En lo atinente al capítulo 3) Aplicación y Seguimiento, se establece un mecanismo de revisión del documento por parte de los países miembros transcurridos los dos años de su adopción.

¹⁵ Acta N°2/97, V Reunión del SGT en ERMIDA URIARTE, Oscar. “La ciudadanía laboral del Mercosur”, versión actualizada del artículo publicado en la revista Derecho Laboral, Montevideo 1998, Tomo XLI N°190, CINTERFOR, OIT, pág. web, 28/08/03.

Sostiene Mansueti¹⁶ que el instrumento constituye el puntapié inicial para el dictado de una futura Carta de Derechos Fundamentales como norma integrante del derecho comunitario. Del mismo modo, como norma programática, sus fines deberán servir como pauta de interpretación en la tarea de aplicación de la legislación local y también para el legislador de cada Estado Miembro, procurando no aprobar medidas contrarias al fin social de la Declaración.

De las partes enunciadas se desprende la deficiente técnica legislativa al intentar redactar una “declaración” de “principios y derechos” cuando del texto de la misma, surge de sus títulos solo una enumeración de derechos. Conforme la definición de principios que concluyéramos con anterioridad, podemos indicar que serán “principios” de la Declaración Sociolaboral del Mercosur en lo atinente al derecho individual: no discriminación y promoción de la igualdad (incluyendo a trabajadores migrantes y fronterizos), dicha enunciación parcializada de principios debe ser completada, mediante la identificación de los principios comunes a cada uno de los países miembros.

5. LOS PRINCIPIOS EN CADA PAIS INTEGRANTE DEL MERCOSUR

Cada país integrante del MERCOSUR tiene en su sistema normativo un conjunto de principios pertenecientes al Derecho Individual del Trabajo, cuya enumeración sigue¹⁷ :

¹⁶ MANSUETTI, Hugo. “La Declaración Sociolaboral del Mercosur – Su importancia jurídica y práctica” en Instituto del Mundo del Trabajo, Revistas Pistas N°37, Bs. As., Argentina, Abril 2002.

¹⁷ El desarrollo de cada uno de los principios en los países miembro se encuentra explicitado en el informe final del proyecto presentado a SECYT-UNC año 2004 cuyo informe fuera aprobado en 2005.

PRINCIPIOS GENERALES EN MATERIA DE DERECHO INDIVIDUAL DEL TRABAJO...

Cuadro comparativo de los Principios del Derecho Individual del Trabajo en los países miembros	
ARGENTINA	<p>a) Principio protector (indubio pro operario, norma más favorable, condición mas beneficiosa)</p> <p>b) Principio de irrenunciabilidad de los derechos.</p> <p>c) Principio de continuidad de la relación laboral.</p> <p>d) Principio de la buena fé.</p> <p>e) Principio de la verdad real.</p> <p>f) Principio de razonabilidad</p>
BRASIL	<p>a) Principio de protección (principio protector) con sus subprincipios: 1.- in dubio pro operario, 2.- norma mas favorable, 3.- condición más benéfica, 4.- primacia de la realidad y 5.- intangibilidad del salario.</p> <p>b) Principio de irrenunciabilidad.</p> <p>c) Principio de continuidad.</p> <p>d) Principio de no discriminación.</p> <p>e) Principio de prohibición de distinción entre trabajo manual, técnico e intelectual.</p> <p>f) Principio de irreductibilidad del salario.</p> <p>h) Principio de razonabilidad</p> <p>i) Principio de conservación de la empresa</p>
URUGUAY	<p>1) Principio protector (regla indubio pro operario, regla de la aplicación de la norma más favorable, regla de la condición mas beneficiosa).</p> <p>2) Principio de irrenunciabilidad de los derechos.</p> <p>3) Principio de continuidad de la relación laboral.</p> <p>4) Principio de primacía de la realidad.</p> <p>5) Principio de razonabilidad.</p> <p>6) Principio de la buena fé.</p> <p>7) Principio de la no discriminación.</p>
PARAGUAY	<p>a) Principio de no discriminación</p> <p>b) Principio de Irrenunciabilidad</p> <p>c) Principio protector (indubio pro operario, norma más favorable, condición mas beneficiosa)</p> <p>d) Principio de continuidad de la relación laboral</p> <p>e) Principio de la buena fé.</p>

Como puede deducirse del desarrollo de los distintos principios que ya expresáramos, nos encontramos con principios comunes a los cuatro países miembros, que se enumeran:

□ Principio protectorio: con sus derivaciones a) indubio pro operario; b) norma más favorable y c) condición más beneficiosa.

□ Principio de Irrenunciabilidad

□ Principio de primacía de la realidad

□ Principio de continuidad de la relación laboral

□ Principio de la no discriminación

□ Principio de la buena fé.

La enunciación en los diferentes países nos hace notar que el sistema legal en Brasil incorpora distintos principios que en el resto de los países miembros, estos son:

□ El *principio de la intangibilidad del salario*, enunciado como una derivación del principio protectorio, no está desarrollado de igual forma en el resto de los países integrantes del Mercosur.

□ *principio de prohibición de distinción entre trabajo manual, técnico e intelectual*, enunciado en el plexo normativo Brasileiro, no se encuentra especificado en los otros países miembros.

□ *principio de irreductibilidad del salario*

□ *principio de conservación de la empresa*

En Argentina como en Brasil encontramos enunciado en doctrina el *principio de razonabilidad*.

Con relación al *principio de no discriminación* en el Uruguay, el MERCOSUR tiene entre uno de sus objetivos la libre circulación de factores de la producción, incluida la mano de obra. El fin debe ser la igualdad de derechos de todos los trabajadores dentro de la zona, como medio de lograr la libertad de circulación de mano de obra, por esta razón creemos que fue uno de los principios enunciados en la Declaración Sociolaboral del MERCOSUR.

Definidos los “principios del derecho individual del trabajo” como “*criterios imperativos que inspiran el sentido con que se han de aplicar y crear las normas derecho individual del trabajo, diferenciándose del resto de los sistemas jurídicos y resultando indispensables para aplicar rectamente sus normas*”. Proponemos como principios comunes al MERCOSUR:

□ Principio protectorio: con sus derivaciones a) indubio pro operario; b) norma más favorable y c) condición más beneficiosa

- Principio de la buena fe
- Principio de Irrenunciabilidad
- Principio de primacía de la realidad
- Principio de continuidad de la relación laboral
- Principio de la no discriminación, ya enunciado en la Declaración Sociolaboral del MERCOSUR

Dichos principios, como núcleo básico para la formación de criterios comunes para la toma de decisiones en el marco del MERCOSUR, favorecerán el estudio posterior sobre cada instituto (derechos y obligaciones de las partes, jornada de trabajo, descansos, enfermedades inculpables, formas de extinción de las relaciones de trabajo, etc.) y el análisis sobre la posibilidad cierta de su integración. Subsistirá entonces la discusión sobre la necesidad de realizar un cuerpo común de normas del derecho individual del trabajo para el MERCOSUR, pero la realidad de principios comunes con igual alcance en cada uno de los países miembros, hace parecer posible la armonización sobre los mismos que se torna necesaria para equiparar el tratamiento de los trabajadores integrantes del mercado común.

6. CONCLUSIÓN

La Declaración Sociolaboral del Mercosur solo enuncia en lo atinente al derecho individual: no discriminación y promoción de la igualdad (incluyendo a trabajadores migrantes y fronterizos), dicha enunciación parcializada de principios debe ser completada. Como bien indica un estudio sociológico¹⁸ sobre desarrollo desigual e integración, los desafíos para la integración de las asimetrías internas del MERCOSUR, implican lograr un cierto balance entre las posibilidades de complementación de los diversos patrones de desarrollo nacional y las necesidades de compensación o reducción de las brechas en las diferencias internas en sus múltiples dimensiones. Uno de los elementos coadyuvantes al avance del proceso de integración es el derecho y entre sus distintas ramas, el derecho individual del trabajo es uno de sus pilares fundamentales por la incidencia que éste tiene sobre el desarrollo económico, por ello como primer paso, planteamos la necesidad de contar con principios jurídicos que orienten una construcción posterior de los institutos propios del derecho individual del trabajo comunes al Mercado Común del Sur.

¹⁸ SERNA, Miguel. "Desarrollo desigual e integración: las múltiples asimetrías del MERCOSUR" en Los Rostros del MERCOSUR, Colección Grupos de Trabajo-CLACSO, Bs.As.- Argentina, 2001, pág.115.

LA IDEA DE ORDEN PÚBLICO EN DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO. ASPECTOS VINCULADOS A EFECTOS SOCIALES NEGATIVOS EN EL MERCOSUR

*por Graciela Rosa Salas**

Resumen: Indagamos respecto del concepto de orden público a nivel internacional para centrar nuestro estudio en el Mercosur, en el orden interno y luego en la Región Centro. En el Derecho Internacional Público, el concepto de orden público nos acerca a otro concepto como es el de *jus cogens*. Tanto el Tratado de Asunción cuanto sus protocolos adicionales se relacionan con el orden público internacional. A la hora actual en que el Mercosur existe con personalidad de Derecho Internacional, existe otro tema relacionado con éste, que estimamos insoslayable a partir de la realidad en que se desenvuelve el esquema regional. Se trata del orden público subregional. De acuerdo a la Constitución Nacional reformada en 1994, las provincias tienen la potestad de crear “regiones” para el desarrollo económico social y establecer órganos con facultades para el cumplimiento de sus fines, con conocimiento del gobierno federal. Así, la región fomenta y promueve la integración interna con singular proyección en el desarrollo de las naciones. Ubicamos en este marco de conformación “región política”, a la Región Centro, compuesta por las provincias de Córdoba, Santa Fe y Entre Ríos, lo que nos coloca nuevamente ante el concepto de orden público. Es esta una síntesis del trabajo presentado en el marco del proyecto institucional desarrollado en el C.I.J.S.

Palabras Claves: Orden Público-Efectos Sociales-MERCOSUR

1. Introducción

Decíamos en nuestro trabajo anterior que el orden público internacional es un concepto sobre el cual se articula la integración regional. Sin

* Docente Investigadora Categoría I. Profesora de Derecho Internacional Público y de Derecho de la Integración.

embargo no solo cabe referirse a tan importante instituto cuando se trata de conformar una experiencia que involucre a diferentes Estados, a la manera que se realiza en el MERCOSUR, sino también cuando la consigna es establecer una regionalización de carácter nacional.

Es así que en el Derecho Internacional Público, el concepto de orden público nos acerca a otro concepto tan estricto cuanto abstracto y fundacional cual es el de *jus cogens*, que ha merecido una mayor precisión luego de la firma de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados, sobre cuyos alcances volveremos más adelante.

En el ámbito específico del Mercosur, entre los mecanismos necesarios para alcanzar los objetivos que propone, el Tratado de Asunción establece la necesidad de armonizar las legislaciones de los Estados que conforman el Mercosur. A tal fin, la dinámica impuesta al proceso, hace que ininterrumpidamente se trabaje en la creación de normas reguladoras sobre la más variada gama de temas.

El Tratado de Asunción, el Anexo al Tratado de Asunción, el Protocolo de Ouro Preto, el conjunto de Decisiones, Resoluciones y Directivas, los principios que inspiran a estos instrumentos y a la asociación económica conforman, a nuestro entender, el orden público subregional.

Cabanellas¹ poniendo énfasis en lo jurídico legal expresa:

“el orden público es el conjunto de normas positivas absolutamente obligatorias, donde no cabe la transigencia ni tolerancia, por afectar los principios fundamentales de una sociedad, (ejemplo: normas que ahora prohíben la esclavitud) o las garantías precisas de su existencia (ejemplo: leyes penales).”

A partir de estas aproximaciones al concepto de orden público, intentaremos acercarnos a algunas de las características particulares de los Estados Parte del MERCOSUR.

2. El orden público internacional

Decíamos más arriba que a nivel de Derecho Internacional Público el concepto de orden público se apoya en gran medida en una moderna concepción de *jus cogens* ya referida, a lo que se suele agregar una concepción según la cual aquél lleva directamente a la condición jurídica de nor-

¹ Diccionario de Derecho Usual. Vocablo “orden público”, pág. 897. Ed. Talleres Gráficos Lumen. Tucumán, noviembre de 1953.

mas taxativas, oponibles *erga omnes*. Avanzando en el estudio del tema que nos ha ocupado no podemos menos que reconocer que el orden público no debe ser concebido como un cuerpo de reglas escritas. Por el contrario existen normas de orden público que no deben ser confundidas con el derecho escrito².

Partiremos entonces de la existencia de un concepto de orden público internacional en el que se han insertado tradicionalmente los respectivos sistemas jurídicos nacionales y como consecuencia directa el orden público nacional. Sin embargo, al surgir diferentes procesos de integración, se ha planteado la existencia de un orden público regional. Se perfila así un nuevo nivel en cuanto a la aplicación del concepto fundamental que nos ocupa.

Avanzando por este sinuoso sendero, junto a los principios vemos aparecer un concepto que a menudo se ha colegido de ese orden público internacional: el *jus cogens*. Sin embargo, vemos que uno y otro concepto no coinciden exactamente, aunque dejamos reservado a otro trabajo resolver tan espinosa cuestión.

Pero si la existencia de estas normas taxativas es importante a nivel de acuerdos entre Estados, como en el caso que nos ocupa, es decir el Mercosur, existen actualmente normas que, sin responder aparentemente a la concepción economicista que se le endilga a la organización subregional, se inscriben en una concepción general del Derecho Internacional Público que las marca con precisión, tal el caso de aquellas que derivan del Derecho del Desarrollo, o aún la protección de los derechos del hombre, tema éste que se acerca a los fundamentos del Mercosur.

Un caso que debemos citar es el la Opinión Consultiva emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso planteado por Costa Rica sobre la Colegiación Obligatoria de Periodistas, donde el tribunal interamericano formula una definición del concepto de orden público que nos ocupa:

“64. ... una acepción posible del orden público dentro del marco de la Convención, hace referencia a las condiciones que aseguran el funcionamiento armónico y normal de las instituciones sobre la base de un sistema coherente de valores y principios. En tal sentido podrían justificarse restricciones al ejercicio de ciertos derechos y libertades para asegurar el orden público”.

² Así lo afirma Georges Karydis en su artículo “El orden público en el orden jurídico comunitario: un concepto de contenido variable”. RTD eur, 38 enero-marzo 2002.

Sin embargo, según Carlos Jiménez Piernas, aún hoy continúan siendo escasos y polémicos los procedimientos existentes “tanto para identificar una norma imperativa como para determinar con precisión su contenido y establecer claramente sus consecuencias jurídicas”³.

Una posición similar había sido puesta de manifiesto por Eduardo Jiménez de Aréchaga⁴ quien no solo se preocupó por la identificación de las normas de *jus cogens*, sino que esencialmente por desentrañar la razón por las cuales una norma internacional llegaba a esa categoría, es decir cuál era su esencia.

De todos modos, creemos que nos estamos acercando a ese orden público, conformado por normas imperativas, tan difícil de definir, especialmente a nivel internacional, el que se construye en base a principios. Entre esos principios debemos poner el acento en aquellos que se han ubicado en la base del sistema del Mercosur, a partir de lo cual encontraremos finalmente el concepto de orden público.

3. El orden público en los procesos de integración

El concepto de orden público en un sistema regional no difiere mayormente del concepto de orden público internacional. De allí que el estudio de este tema nos lleve necesariamente al concepto de *jus cogens* y por consiguiente al problema de la jerarquía de las normas jurídicas.

Asimismo, surge como un tema conexo la necesidad del establecimiento de mecanismos de protección de los derechos bajo estudio, lo que nos proyecta directamente sobre el problema de la subjetividad internacional del individuo en cuanto a su capacidad de presentar reclamaciones ante tribunales que se encuentran fuera del sistema jurídico nacional, a los que puede tener acceso, precisamente por la obligatoriedad de la jurisdicción de los mismos respecto de su propio Estado.

En materia de orden público, como quedó dicho más arriba, en los procesos de integración vemos surgir lo que podríamos calificar como un tercer nivel en cuanto al concepto de orden público que nos ocupa.

Sin embargo, tratándose de la existencia de sistemas que pueden alcanzar el estadio de comunitarios, ese tercer nivel ya no reviste ese carácter

³ Manuel Diez de Velazco Vallejo. Instituciones de Derecho Internacional Público. Cap. 1 a cargo del Dr. Carlos Jiménez Piernas, pág. 69. Tecnos, 1997.

⁴ Jiménez de Aréchaga, E. “El derecho internacional contemporáneo”. Edit. Tecnos, 1980, pág. 81.

sino que, al ejercer las competencias de los Estados que las han transferido, al menos el ejercicio de las mismas, a favor de la comunidad, no se trataría de un orden público comunitario propiamente dicho sino de un orden público nacional ejercido a través de la comunidad e inserto en el orden público internacional, sería lo que con tanto acierto llama Georges Karydis “*la comunitarización del orden público*”, en la que se trataría del ejercicio de competencias por parte de la Comunidad, con una serie de coincidencias entre los Estados que la integran que los obligan a respetar ciertas normas, acordadas por ellos pero que provienen de su propio derecho interno.

4. El orden público en el Mercosur

Desde el primer laudo arbitral del MERCOSUR es posible destacar una expresa referencia a cuestiones que van más allá de lo meramente económico, o lo que Georges Karydis llama “*el orden público meta-económico*”. Así este tribunal arbitral comenzó a fijar rumbos a los futuros tribunales ad hoc dentro del mismo sistema, si bien son aún escasas las oportunidades en las que podríamos encontrar una referencia explícita al orden público regional.

Es posible entonces colegir que esa idea de orden público que buscamos en del ámbito específico del Mercosur, no puede interpretarse sino dentro del contexto general ya planteado por el Derecho Internacional y sin perder de vista el orden público nacional. Pero estimamos que existe un elemento esencial a tener en cuenta en la búsqueda del concepto de orden público en el Mercosur, y ello se encuentra en una cláusula especial derivada de la Declaración Presidencial sobre Compromiso Democrático en el Mercosur, cuando las Partes acuerdan:

“1. La plena vigencia de las instituciones democráticas es condición esencial para la cooperación en el ámbito del Tratado de Asunción, sus Protocolos y demás actos subsidiarios.

“2. Toda alteración del orden democrático constituye un obstáculo inaceptable para la continuidad del proceso de integración en curso respecto al Estado miembro afectado”⁵ ...

Esta posición resulta reafirmada en el Protocolo de Ushuaia sobre Compromiso Democrático en el Mercosur, la República de Bolivia y la

⁵ Declaración Presidencial de Las Leñas del 27 de junio de 1992.

República de Chile de 1998, luego de la celebración de sendos acuerdos asociativos con estos dos países.

5. El orden público regional y los derechos sociales en el MERCOSUR

En esta parte de la investigación, a partir del concepto de orden público y una vez identificado el concepto de orden público regional, se ha avanzado en el estudio de los derechos sociales que emanan de la normativa de MERCOSUR. En este orden, se fijaron en un principio dos líneas de trabajo: por un lado la identificación de los derechos sociales en general en su tratamiento dentro del sistema creado a partir del Tratado de Asunción, y por el otro los derechos de los trabajadores. Sin embargo, a poco de avanzar en el desarrollo de esta investigación, surgió con palmaria claridad una verdad incontrastable: que mientras los derechos humanos en general y los derechos sociales en forma más específica aún no han logrado un gran desarrollo en el MERCOSUR, se ha producido un importante avance en lo relativo a los derechos de los trabajadores.

6. Etapas en vista de la firma de un instrumento

Las cuestiones laborales y sociales comenzaron a ser tratadas a nivel gubernamental⁶ en mayo de 1991 luego de la Reunión de Ministros de Trabajo, celebrada en Montevideo. En diciembre del mismo año en la cumbre presidencial de Brasilia, se creó el Subgrupo de trabajo N° 11 (hoy N° 10) reservado a los asuntos laborales⁷. Durante diciembre de 1991 se celebró en Foz do Iguaçu una nueva reunión de ministros de trabajo de la que participaron esta vez los representantes de los empleadores y trabajadores de la región, junto a un representante de la OIT.

Un nuevo esfuerzo estuvo destinado a lograr la firma de una Carta de Derechos Fundamentales para el MERCOSUR. La cuestión fue discutida en la reunión del Subgrupo de trabajo en Buenos Aires (1993). Al mismo tiempo se realizó un seminario sobre esa Carta Social en el que las centrales obreras aprobaron un Proyecto de Carta de Derechos Fundamentales, que hasta el momento no se ha aprobado.

Esta es entonces la primera línea de trabajo que aún hoy queda inconclusa.

⁶ No debemos olvidar el carácter intergubernamental de la organización internacional conocida como MERCOSUR.

⁷ Posteriormente pasó a denominarse "Relaciones laborales, empleo y seguridad social". GMC RES. N° 11/92.

A diferencia de lo anterior, la segunda línea de trabajo es la que ha mostrado mayor desarrollo. Así, a partir de 1997 se comenzó a trabajar en la elaboración de un instrumento destinado a la armonización legislativa en materia sociolaboral, de lo que surgió una discusión fundamental acerca de la naturaleza jurídica del instrumento a elaborar. Se resolvió que fuera un Protocolo Socio-Laboral, pero en la reunión de la Comisión ad hoc Sobre Dimensión Social del MERCOSUR (Buenos Aires, 1998), la oposición de Argentina, Brasil y Uruguay dio por tierra con este proyecto. El GMC se inclinó por que el instrumento proyectado no tuviera carácter vinculante y no estuviera sujeto a los mecanismos de solución de controversias del MERCOSUR y remitió los antecedentes al Foro Consultivo Económico y Social. Finalmente el proyecto fue elevado a la consideración de los Estados Parte con el carácter de “declaración solemne de derechos”.

La Declaración Sociolaboral del MERCOSUR (1998)⁸ derivó en la creación de la Comisión Sociolaboral⁹, abriendo así no solo la óptica de nuestro estudio sino que también se vuelve la mirada nuevamente sobre las instituciones nacionales.

Se estima que esta Declaración se ha transformado en una puerta abierta hacia una futura Carta de Derechos Fundamentales que se integre al derecho derivado y en el rumbo fijado en oportunidad de la Cumbre de Ushuaia. A pesar de ello, una brecha se abrió en forma indiscutible como consecuencia del carácter del instrumento internacional alcanzado, en razón de que la Declaración Sociolaboral, formalmente no es vinculante, no solo porque así queda establecido expresamente en su texto, sino por la naturaleza jurídica del instrumento alcanzado. Sin embargo, hasta el momento no parece ser un impedimento demasiado grande al avance de las relaciones sociolaborales en nuestra región, como veremos más adelante.

7. Los derechos sociales a nivel internacional

En un contexto general, podemos decir que el estudio de los derechos sociales no puede menos que hacerse en el contexto inescindible de los derechos humanos y dentro de un concepto de orden público general

⁸ Firmada por los Presidentes de los Estados Parte del MERCOSUR en la reunión del CMC celebrada en Río de Janeiro el 10 de diciembre de 1998.

⁹ GMC/RES N° 15/99 y el Reglamento Interno de la Comisión Sociolaboral del Mercosur, GMC/RES N° 85/00.

que tiñe todo el contenido de esos derechos y nos acerca a la discusión sobre la existencia de normas taxativas.

En cuanto al estudio de los derechos sociales, se nos plantea la necesidad de formular alguna clasificación al único efecto de precisar el objeto de nuestra investigación.

En tal sentido, cabría fijar como ejes temáticos:

- Los derechos relacionados con el trabajo, en consecuencia, nos ocuparíamos del *derecho al trabajo*

- Luego los *derechos sindicales*;

- A continuación los *derechos de protección y de asistencia social*, entre ellos el *derecho a protección de los niños y adolescentes*, *derecho de la familia a una protección social, jurídica y económica*, *derechos de las madres y los niños a una protección social y económica*; *derecho a la salud*. En este orden aparece el *derecho de los trabajadores migrantes y sus familias a protección y asistencia*.

- Otro punto a tener en consideración se relaciona con el *derecho a la orientación y formación profesional*.

Estos temas se encuadrarían en lo que podríamos considerar derechos sociales en el sentido clásico y tradicional, teniendo en cuenta casi exclusivamente los derechos de las personas en relación al trabajo.

A ellos la moderna teoría incorpora nuevos ítem:

- Derecho a la *igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y de profesión*.

- Derecho a la *información y consulta*.

- Derecho a la *protección social de las personas ancianas*.

8. Los derechos sociales en el MERCOSUR

En este contexto internacional podemos comenzar a efectuar un análisis de los derechos sociales en el joven ámbito del MERCOSUR.

Dentro del sistema de trabajo instrumentado internamente en el MERCOSUR a partir de su nacimiento en 1991, el actual Sub-grupo de trabajo N° 10, reservado a las relaciones laborales, empleo y seguridad social, se iniciaron una serie de reuniones que llevarían a la fijación de una pauta negociadora prioritaria¹⁰ en la que se establecieron tareas y plazos. La problemática apuntada nos lleva también a la necesidad de la adopción

¹⁰ Aprobada por el GMC en la Res. 115/96.

de una Carta de los Derechos Fundamentales del MERCOSUR, cuyo proyecto aún no ha logrado una concreción definitiva. Sin embargo, los avances alcanzados en áreas aparentemente más generales nos permiten avizorar el logro de determinados objetivos en materia de derechos sociales, aunque por una vía más sinuosa.

En consecuencia, al no haberse firmado aún una Carta de Derechos Fundamentales del MERCOSUR, en la materia que nos ocupa continuamos en el ámbito internacional y nacional, a partir de lo cual aparece un nuevo cuestionamiento como es el de la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el MERCOSUR, de lo que nos ocuparemos a continuación.

9. Justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el MERCOSUR

Al abordar el estudio de tema tan moderno como complejo se nos impone el desafío de delimitar su alcance, sin perder de vista cuestiones profundamente relacionados pero que nos llevarían a introducirnos en áreas de conocimiento que exceden el alcance de este trabajo.

Para un adecuado enfoque del tema, es necesario comenzar por definir a la “*justiciabilidad*”:

“... los derechos justiciables son los que pueden hacerse valer ante los tribunales. Ello significa que las víctimas pueden exigir un recurso judicial por la violación de esos derechos”¹¹.

No escapa entonces a la apreciación de cualquier jurista que la existencia de estos recursos en los sistemas institucionales no implica que su aplicación directa e inmediata a todas las situaciones de carencia que se producen, es decir que realmente tengan aplicación en la práctica.

Como podremos apreciar en el desarrollo de este trabajo, la evolución del MERCOSUR, especialmente con la creación del Subgrupo de Trabajo N° 10 y los resultados alcanzados, coloca en esta misma dirección a nuestra organización subregional.

¹¹ Informe preliminar del Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos sobre el derecho a la alimentación, Jean Ziegler, distribuido el 23 de julio de 2001¹¹, luego de definir la “*justiciabilidad*”. A/56/210 con relación al tema 131 c) del programa provisional. Cuestiones relativas a los derechos humanos: situaciones relativas a los derechos humanos e informes de relatores y representantes especiales. Derecho a la alimentación.

También es posible citar el alcance general de los arts. 2 y 25 del Pacto de San José de Costa Rica, según la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, respecto de la necesaria compatibilidad entre los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos y los sistemas jurídicos nacionales. En efecto, las garantías a que hacíamos referencia más arriba, habitualmente han sido invocadas en relación al art. 8 del Pacto de San José de Costa Rica.

En el ámbito de la Comunidad Andina de Naciones, los artículos 2 y 9 de la Carta Andina para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos se refieren específicamente a la justiciabilidad, abriendo así para los pueblos andinos una nueva posibilidad de protección de los derechos que nos ocupan.

10. Un enfoque constitucional de la justiciabilidad

La jerarquía constitucional de los tratados internacionales aparece entonces como una cuestión primordial a la hora de analizar la vigencia y la aplicabilidad interna de los compromisos asumidos por cada Estado Parte, de lo que derivan las obligaciones judiciales de los Estados Partes en los tratados de derechos humanos. El tratamiento de este tema nos acerca a los respectivos sistemas constitucionales.

La **Constitución Argentina** de 1853, desde su rigidez decimonónica no ofrecía mayores posibilidades, pero con la reforma constitucional de 1994, recibió un *aggiornamento* a todas luces necesario, habida cuenta de los avances que la problemática institucional de MERCOSUR ya hacía prever. Fue así que se introdujeron en el nuevo Art. 75, los incisos 22 y 24.

Mientras la constitución antes de la reforma de 1994 colocaba a los tratados internacionales al mismo nivel institucional que las leyes nacionales, podría haberse dado el caso de que se revocaran mutuamente, o que una ley posterior pudiera pretender una modificación de un tratado, lo que en materia de Derecho Internacional y especialmente de los derechos humanos es a todas luces inaceptable. La razón de esta inaceptabilidad proviene de una distinción básica entre clases de tratados que regulan intereses comunes a sus firmantes y aquellos de derechos humanos que consagran intereses comunes superiores, que los acercan al *jus cogens* y que por lo demás cuentan con mecanismos de supervisión propios. Por consiguiente, la incorporación de los Estados a este tipo de tratados, implica el compromiso de adaptación de los respectivos sistemas jurídicos internos. Y el cumplimiento de esta obligación exige el concurso de los órganos internos de los Estados que son, en definitiva, los llamados a la aplicación práctica de los mismos. En conse-

cuencia, todos los desajustes que pudieran constatarse, se transforman en incumplimiento de las obligaciones convencionales de protección.

Luego de la reforma de 1994, nuestra Constitución ofrece nuevas posibilidades, al colocar en jerarquía constitucional a los tratados de derechos humanos cuya nómina se incorpora al citado art. 75 inc. 22, a los que podrán agregarse aquellos que sean aprobados por el Congreso con una mayoría muy especial.

Por su parte, la Constitución de la **República Federativa de Brasil** (1988) en su art. 5 apartado 2, luego de una prolija enumeración de derechos, reza:

“Art. 5.2º. Los derechos y garantías expresadas en esta Constitución no excluyen otros derivados del régimen y de los principios por ella adoptados, o de los tratados internacionales en que la República Federativa de Brasil sea parte”.

Este inciso nos coloca ante su aplicación inmediata.

En el caso de la constitución de la **República Oriental del Uruguay**, por el contrario, no se advierte una jerarquía diferenciada en materia de tratados, aunque en la Sección II, capítulo I, de los derechos que nos ocupan, mientras que el art. 85 inc. 7º coloca bajo la responsabilidad de la Asamblea la aprobación de:

“... los tratados de paz, alianza, comercio y las convenciones o contratos de cualquier naturaleza que celebre el Poder Ejecutivo con potencias extranjeras”.

a renglón seguido aparece con palmaria claridad otro problema como es el de la jerarquía constitucional de aquellos compromisos asumidos por Uruguay y que impliquen algún grado de participación en procesos de integración que superen la barrera de la cooperación internacional. Uruguay estaría entonces en una situación similar a la de la República Argentina antes de la reforma constitucional de 1994.

Así, el profesor Sabsay sintetiza las características de la carta magna uruguaya, sobre las siguientes bases:

- *“No está resuelta la relación entre leyes y tratados;*
- *Se determina el monopolio en materia de legislación a favor del estado nacional;*

- *Se estimula la integración en los campos social y económico para Latinoamérica pero se establece que la participación del Uruguay se limita a procesos de tipo asociativos y de cooperación;*

- *Se contempla que este país no puede aceptar el carácter imperativo de actos normativos emanados de órganos supranacionales, lo que contraviene lo previsto en el Protocolo de Ouro Preto¹².*

Una cláusula determina la defensa que deben dárseles en todo proceso de integración, a los productos y servicios nacionales

Mientras que la constitución de la **República del Paraguay** nos ofrece niveles desde el punto de vista de los derechos económicos, sociales y culturales: Tenemos en forma indiscutida la supremacía constitucional, por debajo de la cual se ordenan los tratados, las leyes y otras normas de jerarquía inferior. Asimismo, ofrece un verdadero abanico de garantías, a partir de la generalidad de su artículo 45. Se acerca así aún más al sistema constitucional argentino.

Para el caso de las constituciones de **Bolivia** y de **Chile**, Estados asociados al MERCOSUR, se advierten posiciones similares a las remarcadas anteriormente para la República Argentina antes de la reforma de 1994, pero es de destacar la abundancia de normas constitucionales que garantizan la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales.

Este tema nos lleva a diferenciar dos planos en la preocupación por la aplicabilidad interna de esa normativa internacional: por un lado la vigencia a nivel interno de los tratados sobre derechos humanos y por el otro el cumplimiento de las recomendaciones o sentencias de organismos internacionales de derechos humanos que pueden derivar de esos mismos tratados. Entendemos que el primero se resuelve estrictamente en un nivel internacional, mientras que el segundo se ubica en el ámbito interno, aunque podría acarrear consecuencias como la responsabilidad internacional por el incumplimiento que pudiera producirse.

11. Un enfoque político-institucional

En el ámbito de las Naciones Unidas, brilla con luz propia el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, del que debemos rescatar el art. 2, inc. 1 y 2. Del análisis de los párrafos citados concluimos que a nivel universal, si bien existe un compromiso de los Estados para cumplir

¹² Integración y Supranacionalidad sin considerar los Desarrollos Europeos Recientes, Bases Constitucionales y Límites. La Experiencia del Mercosur. IV. El Mercosur y las Constituciones de sus Estados miembros.

con lo estatuido en este instrumento, el mismo está sujeto a algunos condicionamientos que lo flexibilizan hasta dejar sometido su cumplimiento no solo a la decisión del Estado sino a las posibilidades reales del mismo, lo que limita sensiblemente su cumplimiento. Creemos así que las garantías, esenciales para su efectivo ejercicio, se restringen según los recursos de que disponga.

Este razonamiento es esencial ya que en el caso de los países subdesarrollados, la limitación de los “*recursos de que disponga*” puede tornar ilusorio el compromiso y por ende los derechos protegidos, y analizándolos, el precedente razonamiento quedaría reafirmado en cada caso particular. Sin embargo, la idea de progresividad que asoma junto al compromiso, parecería intentar salvar esas dificultades, dejando abierta la solución definitiva de esta cuestión, lo que no es de sorprender, habida cuenta la amplitud del sistema y de los instrumentos internacionales originados en Naciones Unidas.

Otra cuestión que se plantea es la del acceso efectivo al procedimiento, lo que fue motivo de análisis en ocasión de las deliberaciones sobre el Protocolo Facultativo al Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y que se haya incluido un apartado muy especial en cuanto a la garantía de acceso al procedimiento.

Es clara entonces la preocupación internacional por las posibilidades reales de puesta en práctica de las garantías existentes.

La conformación de un bloque económico subregional como el MERCOSUR, no solo abre nuevas posibilidades a nivel económico sino esencialmente nuevos compromisos internacionales. Y es precisamente en la promoción y protección de los derechos económicos, sociales y culturales, que se ha constituido en vital el respeto de esos derechos. Es en tal sentido que se expide el Comunicado de los presidentes de los Estados Partes del MERCOSUR sobre los diez años del Tratado de Asunción.

Fue en este contexto que en el año 2000 los Estados Parte firmaron la Carta de Buenos Aires sobre Compromiso Social.

En la Cumbre de Florianópolis se aprecia la focalización de la acción en la justicia y la equidad social. Mientras que, en ocasión de la Reunión de Presidentes de los Países Miembros del Mercosur, Bolivia y Chile (22.06.2001), se destaca la persistencia en el esfuerzo, especialmente en cuanto se relaciona con el derecho a la paz y a otros derechos humanos fundamentales.

Mientras tanto llama poderosamente la atención la dispar incorporación de los Estados Parte a los principales instrumentos internacionales de

protección de derechos humanos, y más específicamente a la aceptación de las competencias contenciosas, a pesar de la interacción existente entre las jurisdicciones nacionales e internacional en la protección del ser humano.

12. Algunos resultados

En toda instancia como la que nos ocupa, cabe efectuar algún análisis de los resultados obtenidos en los diferentes ámbitos. En este orden debemos reconocer que los mayores avances se han producido en el ámbito de socio-laboral del MERCOSUR, quedando pendiente aún el desarrollo de aquellos derechos humanos que exceden ese alcance.

Como decíamos, en lo relativo a cuestiones sociolaborales, desde un comienzo del MERCOSUR se conformó el Subgrupo de Trabajo N° 11 de Relaciones Laborales, Empleo y Seguridad Social (hoy N° 10), con un carácter tripartito, al que se agregó en el Protocolo de Ouro Preto el Foro Consultivo Económico y Social, sin presencia estatal, y posteriormente la institucionalización de las Reuniones de Ministros de Trabajo. De los tres órganos, el primero es considerado el más dinámico ya que no solo ha centrado su trabajo en la fijación de un minimum de derechos laborales considerados esenciales a la región, sino que también ha avanzado en el seguimiento regional de esos mismos derechos.

En virtud de ello, podemos señalar como resultados remarcables:

- 1) La firma del Tratado Multilateral de Seguridad Social,
- 2) La creación de un observatorio de Mercado de trabajo regional,
- 3) La Declaración Sociolaboral del Mercosur
- 4) La coordinación en materia de inspecciones de trabajo.

Para el desarrollo de este trabajo nos detendremos en el punto 3), en tanto y en cuanto no solo se consagran los derechos laborales y los Estados asumen determinadas obligaciones positivas, sino que también se instrumenta un mecanismo de promoción y seguimiento regional de los derechos consagrados, de carácter tripartito y con instancias nacionales y regional¹³.

La Declaración dio origen a la Comisión Sociolaboral del Mercosur. De su cometido surge que los Estados deben elevarle periódicas memorias acerca de la evolución de los derechos reconocidos en sus respectivos ám-

¹³ María del Carmen Ferreira. "La dimensión social de la integración. La experiencia del MERCOSUR". Reunión técnica preparatoria de la XII Conferencia Interamericana de Ministros de Trabajo. 12-13 de julio de 2001. Miami, Florida. EEUU. Documento informativo. OEA/Ser.K/XII.12.1

bitos nacionales¹⁴, al tiempo que cuenta con competencias para formular recomendaciones, programas y planes de acción que contribuyan a la puesta en práctica de esos derechos. Entre estas medidas prácticas, podemos citar la tarea esencial de armonización de principios, normas laborales o aún de políticas sociales entre los Estados Parte, con una clara inclinación a la participación de sus asociados. Finalmente la DSL deberá vincularse a nivel regional con el Protocolo de San Salvador¹⁵. En este caso es necesario reconocer que la falta de ratificación por parte de los Estados americanos ha impedido su rápida entrada en vigor, si bien los cuatro Estados Parte de MERCOSUR ya lo han ratificado.

13. Un programa de trabajo

Los resultados de los puntos precedentes, han sido recogidos por lo que llamamos un programa de trabajo y que ha motivado una preocupación especial por parte del MERCOSUR¹⁶ para el período 2004-2006, bajo el título “Mercosur social” en la parte de mayor interés en nuestro caso.

De este programa relevamos los puntos siguientes:

2.- “MERCOSUR SOCIAL”.

2.1.- Participación de la sociedad civil.

En este punto se destaca la necesidad de una mayor democratización en el tema que nos ocupa, por lo que se torna indispensable la ampliación de la participación de la sociedad civil en este proceso de integración que permitiría superar las dificultades puestas de manifiesto por anteriores intentos integracionistas. Se advierte asimismo la importancia de impulsar la implementación del proyecto de cooperación con la UE referido a la Dimensión Socio Laboral del MERCOSUR

¹⁴ Este es el caso de la Memoria de la República Argentina para la Comisión de Seguimiento de la Declaración Sociolaboral del Mercosur, elaborado por la Comisión Tripartita de Igualdad de Oportunidades y de Trato en el Mundo Laboral. Julio de 2001

¹⁵ Alberto José Robles. Balance y perspectivas de los organismos sociolaborales del MERCOSUR.

¹⁶ MERCOSUR/CMC/DEC. N° 26/03, en virtud de lo establecido por el Tratado de Asunción, el Protocolo de Ouro Preto y la Decisión N° 9/95 del Consejo del Mercado Común.

2.2.-Temas Sociales.

En este punto brilla con luz propia la preocupación y la lucha contra la pobreza, a partir de lo cual se hace imperioso el “*desarrollo de indicadores sociales armonizados que puedan servir de base para el establecimiento de metas para la política social de los países del MERCOSUR*”.

Aquí se insertan, entonces, proyectos como el que nos ha ocupado.

2.5.- Circulación de mano de obra y promoción de los derechos de los trabajadores.

En este tema existen líneas directrices que debemos remarcar:

Por un lado, tratándose de un proceso de integración basado en libertades fundamentales, la circulación de las personas, y más específicamente de los trabajadores, obliga a desarrollar una tarea especial, tendente no solo al cumplimiento de lo estatuido en la ya citada Declaración y a la evaluación de ese cumplimiento, sino esencialmente al reconocimiento de los derechos de los trabajadores dentro de este proceso de integración, que lleva a una preocupación especial por la armonización legislativa en materia migratoria, tema éste que supera los alcances de este trabajo.

2.6.- Educación para el MERCOSUR.

Lamentablemente aquí debemos acordar que existe una cierta vaguedad en los objetivos fijados para este período, pues se reducen a la enseñanza de los respectivos idiomas y al reconocimiento de los títulos profesionales habilitantes para el desarrollo de las respectivas actividades en el territorio de los otros Estados Parte, cuestión ésta aún no totalmente resueltas en la UE. Una tercera cuestión que también aparece pero que podría tener una mayor importancia es la necesidad de encarar programas de cooperación tendentes a mejorar los niveles educativos en el MERCOSUR, es decir la cuestión de la calidad educativa, tema éste que también excede los alcances de este trabajo pero que en alguna forma hemos tocado anteriormente

2.7.-Derechos Humanos.

Se destacan aquí dos tareas a cumplir que nos parecen importantes: por un lado la necesidad de la institucionalización del Grupo Ad Hoc en materia de Derechos Humanos, y por el otro la conveniencia de adoptar una Carta de Derechos Humanos del MERCOSUR.

Como puede observarse, los resultados comienzan a ser alcanzados.

14. A modo de conclusión

Definido el concepto de orden público internacional, aparece la necesaria relación con los derechos económicos, sociales y culturales en un proceso de integración, especialmente los citados en segundo lugar.

Dentro de éstos, los derechos que han merecido un mayor desarrollo son los derechos sociales de los trabajadores. A partir de esto se abren las diferentes vías desarrolladas, especialmente en aquellas cuestiones que hacen al desarrollo social de los trabajadores pero que implican, a toda la comunidad, especialmente en cuanto a la igualdad, a la preparación profesional o a la educación.

En cuanto a los derechos humanos, resaltan aquellos que hacen al desarrollo de la personalidad de cada habitante de este subcontinente. De allí que al estudiar los derechos económicos, sociales y culturales, debemos detenernos también, en aquellos que surgen de un concepto de desarrollo sostenible, en el que se incluyan los derechos a la salud, a la educación, a condiciones dignas de trabajo, a la seguridad social, todo ello en un marco democrático. Pero estos derechos se tornarían en ilusorios si no estuvieren realmente abiertas las vías que proveen de las garantías necesarias para que el acceso a los mismos estuviere asegurado.

DIMENSIÓN SOCIAL, EDUCATIVA Y CULTURAL DE LA INTEGRACIÓN

Por Luis Cruz Pereyra y Verónica Zamzem***

Resumen: los procesos de integración regional son una realidad insoslayable en el mundo actual. Traen aparejados complejos problemas derivados del enfoque casi exclusivamente económico que se tiene de los mismos. En este trabajo se trata de advertir sobre la importancia que adquieren las di-

* Docente Investigador Categoría II de la SPU (Secretaría de Políticas Universitarias) del Ministerio de Educación, Ciencia y Tecnología de la Nación, Profesor Adjunto de Derecho Internacional Privado, Facultad de Derecho y Cs. Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Profesor Titular de Derecho Internacional Privado, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Catamarca. Profesor Titular de Derecho Internacional Privado y Comunitario, Universidad Nacional de La Rioja. Profesor Asociado de Derecho Internacional Privado, Facultad de Derecho, Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales, Sede San Francisco. Profesor Titular de la Cátedra de Procesos de Integración y Cooperación Económica, Licenciatura en Comercio Internacional. Universidad del Salvador e ISCE (Instituto Superior de Comercio Exterior), Córdoba, República Argentina. Miembro Titular de European Community Studies Association ECSA-Argentina. Secretario de AADI (Asociación Argentina de Derecho Internacional).

** 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 los Transportes y de las Comunicaciones, Facultad de Derecho y Cs. Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Profesora Titular de Derecho del Transporte, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Catamarca. Ex Prosecretaria de Postgrado de la Facultad de Derecho y Cs. Sociales, Universidad Nacional de Córdoba. Prosecretaria de Ciencia y Técnica de la Facultad de Derecho y Cs. Sociales. Universidad Nacional de Córdoba. República Argentina. Miembro Titular del Instituto de Estudios Marítimos (IDEM). Miembro Titular del Ateneo del Transporte. Miembro Titular de European Community Studies Association ECSA-Argentina. Directora Sección Derecho de la Integración de AADI (Asociación Argentina de Derecho Internacional).

mensiones social, educativa y cultural de la integración en la dinámica de desarrollo y globalización en que está inmersa la sociedad en su conjunto, destacando la importancia de respetar y compatibilizar la voluntad de integración con la necesidad de afirmación de la identidad cultural, a fin de lograr un pluralismo convergente que resulte en una mejor calidad de vida de los hombres que participan de los diversos modelos y procesos de integración en curso.

Palabras clave: integración regional – dimensión social y cultural – cláusula social – diversidad cultural - sociedad de la información

INTRODUCCIÓN

Abordar el tema de la dimensión social y cultural de la Integración, supone necesariamente el tratamiento de aspectos económicos, políticos, jurídicos, sociales y culturales de la realidad mundial y regional, a fin de poder conocer y estudiar los factores y causas que han modificado profundamente las relaciones que se desarrollan a escala planetaria, ya que la “globalización, en un sentido amplio, (...) [comprende] las conexiones personales, económicas, políticas, que el sistema capitalista ha establecido en el mundo”¹, transformando la cultura y la vida de la humanidad. Pero la globalización no es un proceso natural, sino que es un proceso histórico que, como tal, “es susceptible de ser direccionado en función de una “gobernabilidad” que evite sus efectos indeseables, entre ellos, la erosión de las bases del Estado-Nación, las amenazas a la democracia política, la fragmentación de las sociedades, el desempleo y la exclusión social”².

Frente a este fenómeno que no respeta las diversidades y que amenaza destruir la identidad cultural de las distintas sociedades, el desafío consiste en hallar alternativas y construir una opción, que tenga en cuenta que la adaptación a la globalización debe hacerse sin perder de vista la solidaridad social, tan necesaria no sólo para la estabilidad política, sino por sobre todo, para la dignidad humana. Los valores en los que debe apoyarse esa construcción son el respeto por la identidad regional, profundizando los lazos que unen a los pueblos, acentuando el respeto del multiculturalismo,

¹ LANDELIUS, Peter, Embajador de Suecia para Argentina, Uruguay y Paraguay, Encuentro Internacional de Comunicación Social, VII Congreso Nacional de Comunicación Social, Comunicación en Globalización, Córdoba, 14/08/98, Pub. Centro de Estudiantes de Ciencias de la Información, Pág.6.

² “Declaración de Buenos Aires”- Una Visión Latinoamericana de la Globalización - Sociedad Internacional para el Desarrollo. Ponencias – Jornadas Latinoamericanas Preparatorias de la XXII Conferencia Mundial de la SID. Bs.As., 7 y 8 de noviembre de 1996- pág. 12.

la defensa de los valores democráticos y la redistribución de los beneficios del desarrollo entre todos los pueblos, permitiendo que los avances del conocimiento, la ciencia y la tecnología sean el motor del desarrollo social y económico, y por ende de la creación y transmisión de cultura.

En tal sentido se hace necesario conformar un nuevo paradigma centrado en la integración regional como respuesta histórica a la globalización. “La polaridad entre lo global y lo nacional debe encontrar una síntesis superadora donde resolver la cuestión nacional y afirmar la democracia. Este nuevo espacio es la región. En la nueva etapa histórica la nación y la democracia tienen que sustentarse y adaptarse al marco regional como afirmación de autonomía y no como claudicación ante el desafío globalizador. Es decir, concebimos a la integración regional como defensa y fortalecimiento de la identidad histórica y no como la antesala de la disolución en un universalismo puramente virtual”³. Este desafío debe estar enmarcado en una especie de “ética global”, que surja de un pacto de convivencia social y plasme principios fundamentales como el respeto de los derechos humanos, la transparencia de los procesos democráticos, la no discriminación y la preservación de la justicia y la equidad en la resolución de conflictos entre naciones⁴. Por ello, la integración debe ser no sólo económica, sino también social, cultural, política y fundamentalmente humana, y debe darse a través de un proceso simultáneo, interrelacionado, convergente y complementario; *la integración es total o no es integración*.

I.- LA DIMENSIÓN SOCIAL, EDUCATIVA Y CULTURAL DE LA INTEGRACIÓN

En principio, un acuerdo económico comercial revela la fuerte voluntad política de los Estados Parte del mismo, de lograr crear un entorno económico favorable a la competitividad global de cada una de las economías nacionales. Por eso un proceso de integración que nos lleve a la formación de un bloque regional aparece en su origen como un problema material, como lo es toda la vida económica. Pero cuando se trata de articular

³ “Declaración de Buenos Aires” Pub.Cit.- pág. 12.

⁴ Así, en el Comunicado Conjunto de los Presidentes del Mercosur emitido en la Ciudad de Usuahia, el 24/7/98, (con la participación de los Estados Parte, de los Estados Asociados al Mercosur, Repúblicas de Chile y Bolivia y del Presidente de la República de Sudáfrica, Nelson Mandela), los mandatarios “...reafirmaron su adhesión a los principios e instituciones democráticos, al Estado de Derecho, al respeto de los Derechos Humanos y señalaron que el principio democrático, junto a la estabilidad económica y la justicia social, es condición esencial para el proceso de integración en curso...”.

y vertebrar las políticas y acciones necesarias para lograr la conformación del mercado común y que la actividad económica se realice en forma clara, libre y en igualdad de condiciones y de oportunidades, comporta también una consecuencia de carácter espiritual: la necesidad de una ética compartida y un nuevo estilo en los modos de comportamiento.

Considerar a la integración sólo desde “una perspectiva netamente mercantilista trae consigo, entre otras desventajas, la desigualdad, las prácticas desleales y los intentos de unos de aprovecharse de los otros. Un esquema integrado que se precie de lograr los objetivos de una asociación regional requiere avanzar hacia una uniformización de políticas laborales, educacionales, de salud, de seguridad social y de seguridad nacional, no sólo de políticas tarifarias o de inversiones”⁵. De ahí que la integración, más que una cooperación entre naciones “debe buscar la fusión de los intereses de los pueblos y no el mero mantenimiento de los equilibrios entre tales intereses”⁶.

Por ello, ante esta nueva etapa en la dinámica del desarrollo regional a través de los procesos de integración y de los esquemas subregionales, debemos ponderar el rol que la educación está llamada a desempeñar⁷, lo que torna necesaria la articulación del sistema educativo con los procesos de globalización y regionalización, asumiendo el gran desafío político-pedagógico que constituye la temática educación – integración.⁸

Un espacio comunitario, un “espacio sin fronteras”, que vaya más allá de la mera realización del mercado interior y trascienda los límites de sus aproximaciones exclusivamente económicas, confiere a los ciudadanos de los Estados Parte, la libertad de instalarse, de trabajar, de estudiar, allí donde lo deseen, con el sentimiento de pertenencia a una misma comunidad regional.

Los temas culturales adquieren válidos perfiles en una época en la cual las aceleradas corrientes de la globalización requieren, en contraposición, la afirmación de la identidad cultural. Por eso, el desafío que en definitiva plantea la integración cultural, consiste en agrupar y complementar

⁵ DREYZIN DE KLOR, Adriana, *El MERCOSUR- Generador de una nueva fuente de derecho internacional privado*, Zavalia Editor Buenos Aires 1997, Pág 26.

⁶ Como lo decía Jean Monnet, uno de los llamados “Padres de Europa”, primer presidente de la Alta Autoridad de la CECA (Comunidad Europea del Carbón y del Acero).

⁷ Cfr: LAREDO, I., STAHRINGER, O., MORELLI, S., “Educación e Integración en los Países del Cono Sur: Formación de Recursos Humanos y Desarrollo Científico-tecnológico” en Estado, Mercado y Sociedad en el Mercosur (Comp. Laredo, I.), UNR-1994.

⁸ Carta de Porto Alegre, agosto de 1992: Doc. N° 3

el pluralismo de las identidades nacionales con una meta, la identidad comunitaria, integradora de las anteriores, “se trata de una especie de tensión entre identidad común y diversidad, que debe ser armonizada en base al respeto y la aceptación de ambas variables”⁹ y de la voluntad de continuar la historia común, pero “no a través de relaciones conflictuales sino en relaciones de cooperación; no mediante intercambios puramente mercantiles, sino a través de intercambios pacíficos y culturales lato sensu”¹⁰.

II- LA DIMENSIÓN SOCIAL

Los diversos procesos de integración regional aunque priorizan los temas económicos -especialmente los comerciales- han abierto su agenda al tratamiento de asuntos sociales que incluyen la movilidad de personas entre los Estados partes y entre terceros países¹¹.

Esta inclusión se impone necesariamente porque no se pueden desconocer tres situaciones sociales básicas: 1) la relación entre los patrones de los movimientos migratorios históricos y los actuales; 2) las modificaciones en estos movimientos, debidos a las nuevas condiciones; 3) la necesidad a nivel comunitario, de establecer normas y políticas armonizadas para los ciudadanos de los Estados partes y con respecto a los de terceros países.

Estas tres situaciones tienen como sujetos a los ciudadanos que, por distintas razones, se movilizan a través de las fronteras. Esta migración, sea legal o clandestina, y su resultado, la residencia de irregulares o indocumentados en el país receptor, es otra dimensión del tema, que debe preocupar debido a sus amplias implicancias sociales. Las actuales políticas migratorias adquieren importancia en su vínculo con el desarrollo social y la atención a los derechos humanos del nuevo espacio de integración, ya que a través de ellas se dan señales y se ponen en marcha acciones que afectan los mercados de trabajo, el sistema educativo, los servicios sociales, la ciencia y tecnología, la seguridad pública, etc., en los Estados partes y en terceros países.

⁹ DROMI, Roberto: Código del Mercosur. Edición Ciudad Argentina. Buenos Aires, 1998.

¹⁰ DUQUE DOMINGUEZ, Justino F.: “El Espacio Cultural Europeo en la Europa de los Ciudadanos”, en La Europa de los Ciudadanos. Centro de Documentación Europea. Universidad de Valladolid. Editorial Lex Nova. Valladolid 1993. Pág.22.

¹¹ En este aspecto hay experiencias alentadoras: El Pacto Andino, ahora Comunidad Andina, desde el momento mismo de su lanzamiento en 1970, fue un proceso que a pesar de su enfoque predominantemente económico, incluyó aspectos sociales y laborales Convenio Simón Rodríguez, aspectos culturales. Convenio Andrés Bello, aspectos de Salud, sanitarios, Convenio Hipólito Unánue y aspectos agrícolas y pecuarios. Convenio Celestino Mutis.

La desaparición de la bipolarización ideológica, social y política, combinada con la mundialización de la economía, entraña una nueva visión del mundo, que encuentra en este movimiento su propia justificación y su propio fin. Aparentemente, la citada “bipolarización” ideológica, social y política, era la que venía sosteniendo la función controladora y protectora que, en materia de derechos sociales, había asumido el Estado del constitucionalismo social. Ya en 1891 planteaba S.S. León XIII en “Rerum Novarum” la postura de la Iglesia frente a esas “cosas nuevas” del fin de siglo, derivadas de la postura abstencionista que venía ejerciendo el Estado. Reclamaba la intervención de los gobiernos en la regulación de condiciones mínimas tendientes a la dignificación del salario y el trabajo, y la implementación de una “justicia distributiva”. De este modo, el Estado de comienzos del Siglo XX asumió una función controladora en materia social, interviniendo en la economía sobre la base de una nueva concepción ideológica: *el trabajo humano es dignidad, no mercancía*.

Cien años más tarde, la “globalización” le vuelve a dar otro impulso notorio a la economía, que busca mayor competitividad, descuidando en gran medida elementales aspectos de la convivencia humana. Así lo planteaba S.S. Juan Pablo II en “Centesimum Annus” de 1991 cuando, en oportunidad de referirse a “Las cosas nuevas de hoy”, insiste en que el Estado no debe abandonar su función controladora y de regulación en las relaciones de trabajo. Actualmente, la llamada “globalización” está produciendo efectos similares a los ya vividos durante el siglo XIX, cuya nota característica está dada por pretender subordinar el derecho a la economía. De este modo, la globalización trae como primera consecuencia el ejercer presión sobre los gobiernos, sobre todo de países en vías de desarrollo, tendientes a lograr una mayor flexibilización en la legislación laboral y, de este modo, invertir en los lugares donde encuentra menores costos comparativos.

1.- La “cláusula social” como propuesta de solución

Frente a la problemática propia de la globalización consistente en la permanente y desordenada flexibilización de legislaciones laborales para competir deslealmente en la radicación de capitales, se ha propuesto como remedio la llamada “cláusula social”, tendiente a desalentar la producción de bienes y servicios en los llamados países que implementan su “bandera de conveniencia” laboral.

Las “cláusulas sociales” incluidas en los acuerdos de integración económica se ubican generalmente en el área del comercio internacional, tienen como objetivo promover el respeto de ciertas condiciones mínimas de

trabajo que, en virtud de la creciente búsqueda de competitividad en lo económico, tienden a deteriorarse, provocando lo que se conoce como “dumping social”. Se ha definido a la “cláusula social” como un mecanismo o dispositivo que fija condiciones mínimas o equitativas de trabajo, en tratados internacionales de comercio, como condición para beneficiarse de las ventajas que surgen de esos tratados. Así fue incluida como uno de los fundamentos para la creación de la Organización Internacional del Trabajo (O.I.T.) en la parte XIII del Tratado de Versalles.

En general, se considera que las cláusulas sociales mínimas deben referirse a: libertad sindical, negociación colectiva, abolición de la esclavitud y del trabajo forzoso, igualdad de remuneración, abolición del trabajo infantil, edad mínima para el empleo de la niñez, no discriminación laboral por motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, etc.

Son varios los tratados internacionales que contienen cláusulas de este tipo, pudiendo citarse como tal la Convención Internacional del Estaño de 1981, cuyo art. 45 establece “Normas justas del trabajo”; la Convención Internacional del Cacao, de 1986, (art. 64); la Convención Internacional del Azúcar, de 1987, (art. 28); el Convenio Internacional del Caucho Natural, de 1987, (art. 53), etc.

La inclusión de cláusulas sociales en los acuerdos de integración regional permite preservar las condiciones sociales de sus ciudadanos, evitando en buena medida las secuelas de una despiadada lucha por conquistar mercados y consumidores, ignorando que las políticas económicas neoliberales conllevan un componente de falta de equidad y de injusticia que es necesario evitar, y constituiría una herramienta fundamental para evitar situaciones de “dumping social”, favoreciendo el desarrollo armónico y equilibrado, objetivo común de todo acuerdo de integración.

2.- Los Derechos Sociales en el MERCOSUR

Los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) tienen una directa vinculación con los sistemas constitucionales de protección de los derechos individuales y colectivos, consecuentemente también con las estrategias de desarrollo e integración que plantean los Estados.

El Preámbulo del Tratado de Asunción declara el propósito de los Estados parte de “acelerar sus procesos de desarrollo económico con justicia social”. El anexo V° del Tratado de Asunción determinó que el Grupo Mercado Común (GMC) debía constituir diez subgrupos de trabajo, a efectos de coordinar las políticas macroeconómicas y sectoriales, pero ninguno de los diez subgrupos de trabajo creados habría de dedicarse a la problemá-

tica laboral, razón por la cual algunos autores sostienen que el MERCOSUR no respondió a una preocupación social, sino a una preponderante preocupación económica.

La reunión de los Ministros de Trabajo realizada en Montevideo, en mayo de 1991, que culmina con el Acta de Declaración conjunta, marca el comienzo del tratamiento de los aspectos laborales y sociales en el MERCOSUR. En diciembre del mismo año, con motivo de la reunión de Presidentes de los cuatro países, celebrada en la ciudad de Brasilia, se firma un Protocolo Adicional por el que se creó el Subgrupo 11 “Asuntos Laborales”. Posteriormente, mediante Resolución GMC. N° 11/92 cambia su denominación a “Relaciones laborales, empleo y seguridad social”. En diciembre de 1993, este Subgrupo realizó un Seminario donde se analizó el elenco de derechos que deberían incluirse en la Carta Social para el MERCOSUR. Posteriormente, con la nueva estructura del Grupo Mercado Común aprobada por Resolución GMC. N° 20/95, el Subgrupo de Trabajo N° 11 pasa a llevar el N° 10, con la denominación “Asuntos Laborales, empleo y seguridad social”.

Este Subgrupo de Trabajo N° 10 resolvió convocar a grupos de trabajo especiales, cuya función es analizar temas concretos en las denominadas Comisiones Temáticas; de tal manera, se intentó elaborar y consensuar un Protocolo Socio-Laboral del MERCOSUR, que luego de transitar por numerosas dificultades terminó resultando sólo un instrumento sobre Dimensión Social del MERCOSUR. De este modo, el documento no logró revestir el carácter de “Protocolo”, esto es, un instrumento internacional con naturaleza de tratado, y fue elevado a consideración de los gobiernos en el carácter de una “declaración solemne de derechos”, bajo la denominación “Declaración sociolaboral del MERCOSUR”, y fue aprobado con la firma de los cuatro Jefes de Estado de los Estados Miembros del MERCOSUR el 10 de diciembre de 1998 en la ciudad de Río de Janeiro.¹²

III.- LA DIMENSIÓN EDUCATIVA

En el tratamiento de la cuestión cultural en el marco de los procesos de integración regional, ocupa un lugar prioritario la dimensión educativa¹³. La economía global, el desarrollo de las tecnologías de la información y las telecomunicaciones han reemplazado las categorías tradicionales

¹² Dada su naturaleza jurídica de “Declaración”, no constituye fuente de derecho comunitario del MERCOSUR según la regulación contenida en el Protocolo de Ouro Preto.

de la revolución industrial determinando una traslación total del valor hacia el conocimiento, el cual es considerado hoy como el eje productivo de fines del siglo XX y comienzos del XXI. Es decir que, mientras en la era industrial se requirió de mano de obra masiva para producir bienes y servicios, en la era de la información se requiere una fuerza de trabajo elitista, muy bien formada, con buena preparación tecnológica.

Las grandes transformaciones sociales se realizan habitualmente a costa de la marginación de grandes capas de la población. La transición de la sociedad industrial a la sociedad de la información conlleva que esa marginación tenga un fuerte componente cultural. Los saberes priorizados por las nuevas formas de vida, son distribuidos de una manera muy desigual entre los diferentes sectores de la población, según criterios tales como el de grupo social, género, etnia o edad. Todo esto afecta seriamente a la educación y en particular a la formación para el trabajo, y debe ser tenido muy en cuenta en el proceso de integración, pues al ser el conocimiento un recurso básico de la nueva economía, la educación debe constituirse en un eje estratégico de los modelos de desarrollo.¹⁴

Los principios de cooperación en el sector educativo deben ser el ajuste de la educación a la progresiva armonización de las políticas económicas y sociales en el Estado Región, razón por la cual, no debe considerársela como un simple elemento de la vida económica, sino que debe tenerse en cuenta, en esta materia, las tradiciones de cada país, así como la diversidad de las políticas y sistemas existentes en dicho sector. Se deben proyectar e implementar “cambios en los estilos tradicionales de acción educativa, a fin de responder a las demandas de un nuevo modelo de desarrollo basado en el logro de altos niveles de competitividad externa y justicia social, en un contexto democrático y crecientemente participativo”¹⁵.

En una sociedad democrática se debe aspirar a una educación de acceso asegurado socialmente¹⁶, no desde la declamación legalista, sino partiendo de la realidad concreta, pues el objetivo de igualdad educativa es una parte del de igualdad social. Es necesario, por lo tanto, construir un

¹³ Cfr. PIÑÓN, Francisco J.: “Cultura para la Integración”, Revista Integración Latinoamericana, N° 149-50, BID.

¹⁴ Cfr. PIÑÓN, Francisco J.: Ob. cit..

¹⁵ “Plan Trienal para el Sector Educación en el Contexto del MERCOSUR”, 3. Presupuestos para la acción.

¹⁶ Art. 26 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, párrafo 1: “Toda persona tiene derecho a la Educación...”

nuevo pacto educativo, fundado en lo esencial de las propuestas tradicionales, en la idea de que hay que educarse a lo largo de toda la vida y que la educación constituye una herramienta importante para lograr y fortalecer el desarrollo y la equidad. Podemos afirmar que la educación en América Latina se enfrenta en la actualidad a los siguientes desafíos¹⁷: a) Afirmación de las identidades culturales. b) Transformación productiva con equidad. c) Democratización en un contexto de integración regional.

1.- El MERCOSUR Educativo

Si bien en el texto del Tratado de Asunción no se menciona expresamente la dimensión educativa y cultural, de sus principales objetivos se desprende el germen jurídicamente legitimante de la construcción de dicho espacio. Es a partir de dicho fundamento que se comenzó a proyectar el Mercosur Educativo y Cultural, el cual no ha sido un proceso convergente y armónico, ni puede anticiparse, con precisión, cuáles serán sus alcances futuros.

En este aspecto simplemente enunciaremos los principales textos relativos a la materia:

A. Protocolo de Intenciones en Materia Educativa. B. Plan Trienal para el Sector Educación en el Contexto del Mercosur. C. Plan Trienal 1998-2000 y Metas del Plan Trienal para el Año 2000 para el Sector Educación del Mercosur. D. Metas del Plan Trienal para el Año 2000. E. Compromiso de Gramado, Marco Referencial para la definición del Plan de Acción del Sector Educativo del MERCOSUR 2001-2005.

El Compromiso de Gramado incluye en su presentación, sucesivamente, la misión del sector, los antecedentes históricos y los nuevos escenarios que orientarán las acciones futuras, los objetivos y líneas estratégicas que se han de priorizar para la selección de las áreas y líneas de acción que se tendrán en cuenta para el diseño y la implementación de los proyectos a desarrollar.

III.- LA DIMENSION CULTURAL

La desaparición de las fronteras nacionales y el establecimiento de un mundo interconectado por los mercados internacionales plantea un nuevo desafío que debe afrontarse adoptando nuevas formas de pensamiento, nuevos modos de acción, nuevas modalidades de organización social y nue-

¹⁷ PIÑÓN, Francisco J.: "Cultura para la Integración". Revista "Integración Latinoamericana" N° 149-50. BID.

vos estilos de vida; para lo cual es necesario, imaginación, espíritu innovador, creatividad. La modernización hace desaparecer muchas formas de vida tradicionales, pero, al mismo tiempo, abre oportunidades y constituye, a grandes rasgos, un gran paso adelante para el conjunto de la sociedad. Por ello, estamos convencidos de la importancia del acercamiento cultural y educativo en los procesos de integración regional, como motor impulsor del desarrollo global y la modernización de las sociedades.

Preservar y promover la identidad cultural, no debe entenderse como un medio de defender la trama social, intelectual y cultural propia, basado en un modelo estático y poco imaginativo que se resista a los procesos de cambio y a las corrientes culturales foráneas, se estanque en el desarrollo del acervo científico o técnico y desconozca los crecientes aportes generados por la globalización de las comunicaciones, de la informática, del comercio y de las relaciones entre los pueblos. Asumir esta posición que carece del dinamismo y capacidad de respuesta necesarios para incorporar la compleja evolución del entorno a nivel local y mundial, reaccionar ante ella y aprovecharla, genera un modelo mecánico que considera al cambio como una fuerza negativa que hay que evitar, y no algo natural, positivo e inevitable”.

1.- EL MERCOSUR Cultural

Conscientes que la cultura constituye un elemento primordial de los procesos de integración, que la cooperación y el intercambio cultural generen nuevas modalidades y realidades, los Estados Parte del Mercosur han incorporado la *cuestión cultural*, a fin de reforzar y defender la identidad de la región y las formas de vida de sus pueblos, ya que “su conservación es la reafirmación de la historia y el afianzamiento de las raíces de una sociedad que desea preservar sus creaciones colectivas e individuales, que constituyen su patrimonio máspreciado”¹⁸. Por ello, e inspirados en el respeto a la diversidad de las identidades y en el enriquecimiento mutuo, y atento a que la dinámica cultural es factor determinante en el fortalecimiento de los valores de la democracia y de la convivencia en las sociedades, los Estados Parte conformaron el Sector Cultural del Mercosur, cuya estructura

¹⁸ ROULET, Elva: “Globalización e Identidad Cultural.-Una visión latinoamericana de la globalización” – Sociedad Internacional para el Desarrollo- Ponencias. Jornadas Latinoamericanas Preparatorias de la XXII Conferencia Mundial de la SID. Bs.As., 7 y 8 de noviembre de 1996. Pág. 65.

institucional está conformada por los siguientes organismos: Consejo Mercado Común (CMC); Grupo Mercado Común (GMC); Reunión Especializada sobre Cultura; Reunión de Ministros y Responsables de Cultura (RMC); Comité Coordinador General y Comisiones Técnicas.

En el marco de la estructura descripta, y en virtud de los principios y objetivos enunciados en el Tratado de Asunción y del Memorandum de Entendimiento suscripto en Buenos Aires el 15 de marzo de 1995¹⁹, los Estados Parte suscribieron, el 16 de diciembre de 1996, en Fortaleza - República Federativa del Brasil-, el “Protocolo de Integración Cultural”²⁰, con el objetivo de favorecer el enriquecimiento y la difusión de las expresiones culturales y artísticas del Mercosur. Esto demuestra la convicción de acercar a los pueblos del Mercosur a través del talento y la creación, reconociendo que en la búsqueda del crecimiento económico entre sus naciones, la dimensión cultural constituye una instancia insoslayable²¹.

Con miras a facilitar la circulación de los bienes culturales, y en cumplimiento de los objetivos y líneas de acción establecidas en el seno del Mercosur en materia cultural, el Grupo Mercado Común aprobó la Resolución N° 122/96, sobre “Tratamiento Aduanero para la Circulación, en los Países del Mercosur, de Bienes Integrantes de Proyectos Culturales Aprobados por los Organos Competentes”²², que entre otras medidas dispone

¹⁹ En el marco de la Primera Reunión Especializada de Cultura.

²⁰ Aprobado por: República Argentina, Ley 24.993, Sanción, 10/06/98, Promulgación 10/07/98. Publicación, B.O. 17/07/98; República Federativa del Brasil, encaminada al Congreso, Mensaje 745/98; República de Paraguay, Ley 1086, del 09/07/97; República Oriental del Uruguay, Ley 17.047, del 14/12/98.

²¹ Así, confirmando lo expresado, el Plan Trienal 1998-2000 para el Sector Educativo del Mercosur, considera en el Area Prioritaria 1: el “Desarrollo de la identidad regional, por medio del estímulo al conocimiento mutuo y a una cultura de integración”, para lo cual establece, con carácter indicativo, líneas programáticas, dentro de las cuales encontramos en el numeral 4.1.5. la “Difusión y fomento de la literatura y las artes regionales por medio de su adecuada consideración en los currículos escolares, así como a través de iniciativas de educación no formal”.

²² “Tratamiento Aduanero para a Circulacao, nos Pais do Mercosul, de Bens Integrantes de Projetos Culturais Aprovados pelos Orgaos Competentes”. Esta Resolución, ha sido internalizada por: República Argentina, Resolución General de la AFIP (Administración Federal de Ingresos Públicos) 173/98, Publicado en el B.O. 23/07/98, y por la Secretaría de Cultura, Resolución 2.301/98, del 14/09/98, Publicado B.O. 21/09/98, y su Modificatoria, Resolución 2.460/98, Publicada B.O. 02/10/98; República Federativa del Brasil, Portaria Interministerial MF/CM N° 43, del 05/03/98, Publicada en el D.O. 06/03/98; República del Paraguay, Decreto N° 1.317, M.H. del 17/12/98; República Oriental del Uruguay, en trámite.

que los bienes sujetos a esta norma serán identificados con el sello del Mercosur Cultural, establecido a tal fin.

IV.- CONCLUSIONES

1.- El éxito de un proceso de integración no depende tanto de las capacidades negociadoras de los gobernantes, sino de la iniciativa, creatividad, voluntad y participación de todos los sectores sociales comprometidos en el proyecto. Ello exige que los sectores sociales organizados (movimiento de trabajadores, sociedad civil, universidades e instituciones académicas, Iglesias, etc), participen cada vez más, con poder de decisión.

2.- Un esquema integrado que se precie de lograr los objetivos de una asociación regional requiere avanzar hacia una uniformización de políticas laborales, educacionales, de salud, de seguridad social y de seguridad nacional, no sólo de políticas tarifarias o de inversiones.

3.- Ante esta nueva etapa en la dinámica del desarrollo regional a través de los procesos de integración, debemos resaltar el rol que la educación está llamada a desempeñar, lo que torna necesario la articulación del sistema educativo con los procesos de globalización y regionalización, y asumir el gran desafío político-pedagógico que constituye la temática educación - integración.

4.- Los principios de cooperación en el sector educativo deben ser el ajuste de la educación a la progresiva armonización de las políticas económicas y sociales en el Estado región, razón por la cual, no debe considerársela como un simple elemento de la vida económica sino que debe tenerse en cuenta, en esta materia, las tradiciones de cada país, así como la diversidad de las políticas y sistemas existentes en dicho sector.

5.- Estamos convencidos de la importancia del acercamiento cultural y educativo como instrumento que favorecerá el proceso de integración regional e impulsará el desarrollo global y la modernización de las sociedades.

6.- Preservar y promover la identidad cultural no debe entenderse como un medio de defender la trama social, intelectual y cultural propia, basado en un modelo estático y poco imaginativo que se resista a los procesos de cambio y a las corrientes culturales foráneas, se estanque en el desarrollo del acervo científico o técnico y desconozca los crecientes aportes generados por la globalización de las comunicaciones, de la informática, del comercio y de las relaciones entre los pueblos.

7.- Los temas de la cultura adquieren válidos perfiles en una época en la cual las aceleradas corrientes de la globalización requieren, en contra-

posición, la afirmación de la identidad cultural. El desafío que en definitiva plantea la integración cultural, consiste en agrupar y complementar el pluralismo de las identidades nacionales con una meta, la identidad comunitaria, integradora de las anteriores; se trata de una especie de tensión entre identidad común y diversidad, que debe ser armonizada en base al respeto y la aceptación de ambas variables y de la voluntad de continuar la historia común, pero no a través de relaciones conflictuales sino de cooperación; no mediante intercambios puramente mercantiles, sino a través de intercambios pacíficos y culturales.

**UN ANÁLISIS COMPARATIVO DE DISTINTOS SISTEMAS DE
SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN ZONAS
LATINOAMERICANAS DE INTEGRACIÓN: SISTEMA DE
INTEGRACIÓN CENTROAMERICANO (SICA), COMUNIDAD
ANDINA (CAN) Y MERCOSUR (MS) ***

*por Zlata Drnas de Clément***

Resumen: El presente trabajo compara los sistemas de solución de controversias del Sistema de Integración Centroamericano, de la Comunidad Andina y del Mercosur, tomando en consideración, los antecedentes históricos, instrumentos jurídicos y objetivos de los distintos procesos de integración; la naturaleza jurídica, los órganos y objetivos de cada sistema de solución de controversias; las competencias que tienen los órganos de solución de controversias (procedimientos contenciosos y consultivos) y el tipo de decisiones que producen.

Palabras Clave: solución de controversias- integración latinoamericana- estudio comparativo

* El artículo, en forma ampliada, ha sido expuesto por la autora a modo de conferencia en el primer Quick-off meeting de participantes de la Red EULATIN II del Programa ALFA de la Comisión de las Comunidades Europeas, en Innsbruck-Austria, el 23 de junio de 2005.

** 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. Catedrática de *Teoría de las Relaciones Internacionales* en la Facultad de Ciencia Política y Relaciones Internacionales de la Universidad Católica de Córdoba. Miembro de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Miembro del Instituto de Derecho Internacional Público de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

Introducción

Antes de iniciar el análisis comparativo que nos proponemos, el que ha de centrarse en algunos aspectos sustantivos y procedimentales de los sistemas de solución de controversias (SSC) en zonas latinoamericanas de integración -como señalamos en el título de este trabajo- creemos necesario aclarar el significado histórico-político implícito que conllevan las expresiones “Latinoamérica/latinoamericano”.

El término “Latinoamérica” fue usado por primera vez en 1836 por Michel Chevalier (Limoges, 1806- Hérault, 1979) para poner de manifiesto un espíritu emancipador de ciertas regiones centro y sudamericanas tanto frente a América del Norte¹ como a Europa. España no vio con buenos ojos la nueva expresión y prefirió promover la continuación del empleo de los términos “Hispanoamérica” e “Iberoamérica”. Chevalier² entendía que la integración se daría de modo natural por la mera aplicación de políticas comerciales³ y la integración física⁴. Para los americanos del Sur y de Centroamérica, la utilización del vocablo “Latinoamérica/latinoamericano” ha servido, hasta nuestros días, como manifestación aglutinadora, como instrumento para expresar la unidad, identidad e independencia de “un pueblo”. El panlatinoamericanismo, hermanado al latinoamericanismo chevalieriano, para muchos (especialmente, los comentaristas soviéticos), encontró institucionalización en el Sistema Económico Latinoamericano (SELA) creado en 1975. Debemos observar que esa entidad, a pesar de su denominación y carta constitutiva⁵, incluye a países del Caribe-Commonwealth (Jamaica, Bahamas, Belice, Surinam, etc.), siendo un organismo regional de consulta, coordinación, cooperación y promoción conjunta, de carácter permanente, con personalidad jurídica internacional. En 2004-2005, el SELA inició una serie de labores dirigidas a la convergencia de los sistemas subregionales de integración, *i.a.*, sus sistemas de solución de controversias, poniendo el acento en la construcción de una coherencia

¹ Especialmente, al influjo de la cercanía del pronunciamiento de la Doctrina Monroe (1823).

² Economista sostenedor del libre cambio, fue seguidor en su juventud de Saint Simon, lo que llevó a que fuera encarcelado en 1832. Como contrapartida, varias veces fue Consejero de Estado.

³ Admitía la intervención del Estado en la economía en ciertas circunstancias.

⁴ En el marco de esa percepción propuso e impulsó la construcción del Canal de la Mancha.

⁵ De conformidad al Art. 2 del Convenio de Panamá de 1975 está “integrado por Estados soberanos latinoamericanos”.

institucional entre sistemas, particularmente, a partir de la constitución de la Comunidad Sudamericana de Naciones y la Comunidad Centroamericana y del Caribe⁶.

Por otra parte, al efectuar un análisis comparativo de distintos sistemas de solución de controversias en procesos latinoamericanos de integración y medir sus alcances, en particular, el Sistema de Integración Centroamericano (SICA)⁷, la Comunidad Andina (CAN)⁸ y el MERCOSUR (MS)⁹, es necesario tener presente que todos los Estados Partes o Miembros en los mismos son, además, Miembros de la OMC y con ello, están vinculados al acuerdo de solución de controversias del sistema multilateral de comercio¹⁰.

El sistema multilateral de comercio GATT/OMC, en el Art. 24 del GATT, autoriza como excepción, el establecimiento de acuerdos comerciales regionales a condición de que cumplan determinados criterios estrictos. Así, establece *i.a.* que cuando se cree una zona de libre comercio o una unión aduanera, el comercio multilateral con los países no miembros del acuerdo regional no deberá ser objeto de mayores restricciones que las existentes antes de que se estableciera el grupo regional. Otros acuerdos del sistema GATT/OMC prevén similares disposiciones, vg: el artículo 5 del “Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios”.

El 6 de febrero de 1996 el Consejo General de la OMC estableció el “Comité de Acuerdos Comerciales Regionales”, cuya finalidad es examinar los grupos regionales y evaluar si son compatibles con las normas de la OMC. Dicho Comité estudia también de qué forma pueden afectar los acuerdos regionales al sistema multilateral de comercio y qué relación puede existir entre los acuerdos regionales y los multilaterales.

⁶ Estas tendencias dirigen los preparativos del Consejo Latinoamericano del SELA para la conmemoración en Panamá, el 17 de octubre de 2005, de los 30 años del Convenio de Panamá que le diera origen. La idea es que del SELA surja una *Unión Latinoamericana y del Caribe*.

⁷ Conformado por Belice (Estado de lengua oficial no latina), Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y Panamá; con República Dominicana como Estado asociado.

⁸ Constituida por Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela. (Chile se retiró en 1976).

⁹ Integrado por Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay; con Chile, Bolivia, Perú, Colombia, Ecuador y Venezuela como asociados.

¹⁰ Prácticamente, todos los Estados de la OMC (148 EM) son parte en uno o más acuerdos comerciales regionales de los más de 200 notificados al GATT/OMC, si bien, no todos involucran procesos de integración.

Asimismo, debe tenerse presente que todos los Estados que integran la CAN y el MS a más de ser Miembros de la OMC, son partes de la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI), organismo intergubernamental creado por el Tratado de Montevideo de 12 de agosto 1980¹¹, que promueve la expansión de la integración de la región a fin de asegurar su desarrollo económico y social. A pesar de que su objetivo es establecer un mercado común, admite la celebración de acuerdos subregionales¹²⁻¹³.

Al comparar los SSC de los tres sistemas de integración que nos ocupan, dadas las limitaciones de este trabajo, nos referiremos sólo a un número reducido de cuestiones:

** I- antecedentes históricos de los tres procesos de integración seleccionados para el estudio (SICA, CAN y MS);*

**II-instrumentos jurídicos y objetivos de los tres sistemas regionales de integración (incluidos los del SSC);*

**III-órganos y objetivos de los sistemas de solución de controversias;*

**IV-naturaleza de los sistemas de solución de controversias y de sus órganos;*

**V-Competencias de los órganos de los distintos SSC*

V a)-procedimientos contenciosos

V b)-procedimientos consultivos;

**VI-tipos de pronunciamientos de los distintos órganos de cada sistema.*

Para facilitar la inserción y lectura de los cuadros comparativos sobre cada una de los aspectos señalados, las notas de pie de página de los distintos cuadros se ubicarán al final de todos los cuadros.

¹¹ Con base en la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC) creada por el Tratado de Montevideo de 1960.

¹² De conformidad al Art. 9 del Montevideo de 1980, esos acuerdos deben estar abiertos a los demás países de ALADI, correspondiendo a quienes proponen el acuerdo subregional contemplar la convergencia.

¹³ También el *Grupo de los 3* (Méjico, Colombia y Venezuela por tratado de 1994, en vigor en 1995) forma parte del sistema de ALADI.

ANTECEDENTES

¹⁴ Destacamos, en el caso de CA, la gran autonomía que ha tenido la Capitanía General de Guatemala, dentro del Reino de España (Méjico) durante los tres siglos, al igual que ese “Reino” con relación a España.

¹⁵ La vocación explícita de unidad centroamericana es una constante en la historia de la región. Entre numerosos otros documentos de similar contenido -a más de los contemplados entre los Antecedentes de este cuadro- la Constitución de 1899, en su Art. 1, hace referencia a la “unión perpetua e indisoluble” de Centroamérica (CA) y, en el Art. 2, señala que “por razones étnicas debería incluir (en la Unión) a Nicaragua y Costa Rica” y que “la Federación los tiene por parte integrante de la familia Centroamericana”.

¹⁶ Ponemos el acento en las condiciones poco propias para la integración que presentaba el inicio del Siglo XX debido a las múltiples guerras territoriales (1906/1907 entre Salvador y Guatemala y Salvador y Honduras contra Nicaragua), sin embargo, los “buenos oficios” de Teodoro Roosevelt (EE.UU.) y Porfirio Díaz (Méjico), condujeron a una conferencia de Plenipotenciarios de los países involucrados en Washington (El Salvador, Honduras, Nicaragua, Costa Rica, Guatemala) y lograron, *i.a.*, la adopción de la Convención sobre la Confederación Centroamericana, el Tratado de Paz y Amistad, el Estatuto de la Corte de Justicia Centroamericana (CJC), la Declaración de Neutralidad Permanente de Honduras (precisamente, la violación de esa neutralidad por El Salvador y Guatemala dio lugar al primer caso que le tocó considerar a la Corte). La Corte, antecesora de la Corte Centroamericana de Justicia actual, en sus 10 años de existencia (el acuerdo de creación fijaba ese

INSTRUMENTOS JURÍDICOS Y OBJETIVOS DEL SISTEMA GLOBAL ¹⁷

plazo de duración y no contemplaba la prórroga automática del mismo), dictó 10 fallos, siendo el último el relativo al caso del tratado Chamorro-Bryan. Por medio de ese acuerdo, Nicaragua concedía a Estados Unidos el derecho de construcción de una base naval en el Golfo de Fonseca y la cesión de derechos sobre el Río San Juan. El Salvador y Costa Rica, viéndose afectados, acudieron a la Corte, la que emitió dictamen favorable a los países centroamericanos reclamantes. Nicaragua denunció la Convención, debido al fallo emitido (contrario a los intereses de EE.UU.), acelerando la desaparición de la CJC.

¹⁷ Debemos recordar que los procesos de integración pueden alcanzar distintos estadios, los que pueden ser institucionalizados por acuerdo o decisión orgánica del propio sistema: *un *área de preferencia aduanera* implica la concesión de rebajas arancelarias mutuas como excepción a la cláusula de la nación más favorecida (NMF) (GATT); *una *zona de libre comercio* supone la supresión gradual de aranceles aduaneros *ad intra* de la zona, pero cada Estado mantiene su sistema frente a terceros; *una *unión aduanera* a más de lo anterior agrega un arancel externo común; *un *mercado común* agrega a los estadios precedentes la libre circulación de los factores de la producción; *una *comunidad económica* agrega a las situaciones previamente citadas la homologación de los Estados en materia de políticas económicas, tendiendo al establecimiento de lineamientos económicos similares en todos; *una *integración económica total* implica la unificación de políticas de todo tipo y el nombramiento de una autoridad supranacional.

NATURALEZA DEL ÓRGANO - SSC

¹⁸ El sistema de MS es transitorio y a perfeccionar al finalizar el proceso de convergencia del arancel externo común para adoptar sistema permanente (Art. 44 Protocolo de Olivos/PO). El fin de ese proceso se había fijado en la Dec. 07/94 para el 1 de enero de 2006. Sin embargo, dado que en la Cumbre de Montevideo (diciembre de 2003), el Consejo Mercado Común (CMC) decidió extender algunas excepciones sectoriales y universales (vg. Arancel Externo Común/AEC en el caso de Paraguay y Uruguay) hasta el 31 de diciembre de 2010 (Dec. N° 31, 32, 33 y 34 de 2003), puede considerarse que el fin del proceso de convergencia se dará al 31 de diciembre de 2010. Esta posición no es compartida por todos por entender que el AEC uniforme no es condición *sine qua non* para el establecimiento de un sistema de solución de controversias definitivo, como lo sería el establecimiento de un tribunal de justicia.

¹⁹ A pesar de poseer CA un sistema altamente desarrollado y completo para la solución de controversias y de poseer antecedentes históricos comunes que parecerían sostener fácilmente una alta eficiencia del mismo, en los hechos, la incidencia de la política ha puesto de manifiesto la debilidad real del modelo. Por ejemplo, la CCJ, en todo su tiempo de vida (1994-2005) ha atendido sólo 70 casos, de los cuales se ha estimado que apenas algo más del 15 % pueden ser considerados como tales. Por otra parte, la densidad de la distribución

de los mismos ha ido variando conforme las circunstancias políticas. Así, en 1994 ha tenido 1 solo caso, en 1995, 4; en 2000, 8; en 2001, 14 (su máximo histórico), en 2002, 10, en 2003, 3; en 2004, 3; en 2005, 2 (que pueden ser considerados 1, ya que el primero es solicitud de medida cautelar en la misma cuestión de fondo del segundo). A ello se agrega varias cuestiones: *i.a.* el retiro de los Jueces hondureños en oportunidad de desentendimientos por razones territoriales; el déficit presupuestario de la Corte por falta de aportes de los EM; el desentendimiento con el PARLACEN a la hora de pretender definir las facultades de la CCJ; las decisiones de la Corte a favor del Presidente Bolaños y las sospechas de corrupción por el coincidente depósito nicargüense a la Corte por una suma superior a 500 millones de dólares efectuada por las vías no reglamentarias; la indemnización de retiro por sumas que alcanzaron a 180 millones de dólares por juez que se acordaron los miembros de la Corte; la negativa de la CCJ a ser controlada financieramente; el desconocimiento de dictámenes de la Corte en reiteradas oportunidades.

²⁰ Si bien la CAN, también con muy desarrollado sistema de solución de controversias no ha sufrido los tantas dificultades como el sistema CA, no ha dejado tener sus altibajos. Entre los más recientes, la impuesta y resistida designación del Coronel retirado Napoleón Villa, cuñado del presidente Lucio Gutiérrez como Juez del TJCA, juntamente con las designaciones de dos magistrados más, situación que contribuyó a la crisis política que llevó la salida del poder del Presidente.

²¹ La debilidad del MS tanto institucional como real del SSC y la falta de voluntad política para profundizar el sistema, se observa *i.a.* en la no integración de los fondos necesarios para el funcionamiento del TPR.

²² Sin embargo, es de observar que, a pesar de que el 2do párrafo preambular del PO, en “Considerando” hace referencia a la “necesidad de garantizar la correcta interpretación, aplicación y cumplimiento de los instrumentos fundacionales del proceso de integración y del conjunto normativo del MS” en forma “consistente y sistemática”, no ha dado al sistema las herramientas adecuadas para ello. Además, el PO no utilizó la facultación del Art. 2 del Protocolo de Ouro Preto relativa a la posibilidad de “establecer mecanismos expeditos para la resolución definitiva de aspectos técnicos”.

ÓRGANOS DE SSC - OBJETIVOS

COMPETENCIA

²³ Con relación a la *opción de foro*, es de recordar que –a diferencia de lo luego establecido en el PO- el Tribunal Arbitral *Ad Hoc (TAH)* en el *Laudo IV, Aplicación de Medidas Antidumping contra la exportación de pollos enteros, provenientes de Brasil, Resolución N° 574/2000 del Ministerio de Economía de la República Argentina*, de 21 de mayo de 2001 (Estado Reclamante: Brasil; Estado Reclamado: Argentina), en el Punto II-D-5 de los “Considerandos”, ha hecho referencia a las normas OMC y expresa que la existencia en todos los EP del MS de una misma normativa en materia de comercio internacional resultante de la ratificación por todos ellos de los acuerdos de Marrakech no significa, que se trate de una normativa MS, o sea, de una disciplina común adoptada formalmente para regir sus relaciones recíprocas comerciales dentro del sistema regional de integración. El hecho de que todos los países del área tengan una misma legislación no significa de por sí que tal legislación constituye normativa MS, es decir, un disciplinamiento común de una determinada materia a propósito del cual se puedan plantear cuestiones de interpretación, aplicación o incumplimiento que susciten el funcionamiento del SSC del MS. Tal legisla-

ción continúa siendo legislación nacional, fuera del ámbito MS. La aplicación de normativa OMC como normativa MS es posible sólo por remisión expresa a aquella de una norma del MS. El Tribunal recuerda al *Laudo II*, el que, al examinar el tema de los incentivos a las exportaciones, tuvo en cuenta las disposiciones en la materia emanadas de los compromisos asumidos en el GATT en atención a la Dec. 10/94 del CMC que expresamente se remitió a esas normas (párr. 58, 66 y 67). Por otra parte, entre las normas MS y OMC existen diferencias condicionantes como son el ámbito territorial de aplicación y las autoridades de aplicación. Además, uno de los principios de acción básicos del sistema mundial de comercio es que los conflictos deben resolverse “de conformidad con los principios de la OMC”, lo que de ninguna manera ha de contribuir a la construcción jurídica del sistema MS como tal.

²⁴-En el caso del MS, las opiniones consultivas no son prejudiciales (competencia que sí poseen los SSC de la UE, del SICA y de la CAN), por lo que no contribuyen a los objetivos del SSC del PO: “garantizar la correcta interpretación, aplicación y cumplimiento de los instrumentos fundamentales del proceso de integración y del conjunto normativo del MS, de forma consistente y sistemática”. Sin embargo, la inclusión en el sistema de la posibilidad de solicitar opiniones consultivas, puede resultar importante para uniformizar la interpretación del derecho del MS en el ámbito de los Tribunales Superiores de los Estados Partes (TSEP). Hay dudas entre los doctrinarios en torno a cuáles son los TSEP ya que la acepción es distinta si se trata de recursos extraordinarios (en Argentina: Corte Suprema de la Nación; en Brasil: Supremo Tribunal Federal; en Paraguay: Corte Suprema de Justicia; Uruguay: en Suprema Corte de Justicia) o recursos ordinarios (la última instancia ordinaria). Esta cuestión ha sido aclarada en la CAN mediante Resoluciones de la Secretaría General (Nº 171 de 17 de diciembre de 1998; Nº 399 de 22 de diciembre de 1998; Nº 210 de 31 de marzo de 1999 y 424 de 6 de abril de 1999).

PROCEDIMIENTOS CONTENCIOSOS

PROCEDIMIENTOS CONSULTIVOS

²⁵ Las principales *críticas* al SSC establecido por Protocolo de Olivos, *i.a.* son: *opción de foro, que impide la construcción de una jurisprudencia uniforme y coherente del sistema del proceso de integración¹, *flexibilidad de plazos, *centramiento en el interés de las partes y en la “solución” del diferendo y no en la construcción jurídica; *posibilidades de que se produzcan interpretaciones jurídicas contrapuestas en el TPR, ya que el *quorum* es de 3 árbitros y la decisión se adopta por mayoría (2) sobre un total de 5 árbitros; *exclusión del SSC de la posibilidad de participación de particulares y órganos; *inconveniencia política de la existencia de los contenciosos entre Estados Partes de procesos de integración (escasísimas situaciones de ese tipo se han dado en el sistema europeo y andino); *posibilidades de que los tribunales nacionales deroguen normas *comunes o comunitarias* (las del proceso de integración aun cuando no sean comunitarias o las que implican transferencia a un centro con personalidad jurídica); tal el caso, por ej. de tribunales federales de Brasil que derogaron la Portaria 16/95 que reproducía textualmente la Res. GMC 131/94); *admisión de que los pronunciamientos en disidencia o minoría en el caso de consultas al TPR sean fundadas, ya que si el asunto pasa a ser contencioso habría un pre-pronunciamiento.

TIPOS DE PRONUNCIAMIENTOS

²⁶ Si bien los laudos arbitrales no “construyen” doctrina, los TAH en todos sus dictámenes han hecho referencia a los pronunciamientos de los laudos que les han precedido, invocándolos como precedente e imponiendo una interpretación *pro integracione*. Al respecto, se destaca, en particular, el *IX Laudo arbitral*, de 4 de abril de 2003 (Tribunal integrado por Ricardo Alonso García, Enrique C. Barreira (AR) y Eduardo Mezzerá (UR), el que, al referirse en el Punto VIII a la posibilidad de invocar (en un proceso de integración como el MS) la cláusula *non adimplenti contractus* (*excepción de inejecución* invocada por Uruguay), hizo referencia al ordenamiento jurídico de MS”, considerándolo “ordenamiento ‘organizado y estructurado’ ” (párr. 63). Además, recordó que el Protocolo de Brasilia había sido reconocido como “instrumento eficaz para el cumplimiento del Tratado de Asunción”, adoptado en el “convencimiento de que el mismo serviría para fortalecer las relaciones entre las Partes basadas en la justicia y la equidad, así como en la reciprocidad entendida desde la lealtad hacia el sistema de integración”. Agregó en apoyo de este último, que “no es preciso, en consecuencia que estemos ante un ‘derecho comunitario pleno’ para excluir el mecanismo de autotutela”, como lo es la *exceptio non adimpleti contractus* (párr. 65). Destacamos esta interpretación *pro integracione* del Tribunal, el que, en el mismo párrafo hace referencia al “prisma de la lealtad hacia la propia estructura regional y hacia todos los Estados Partes”.

Consideraciones finales

Indudablemente, que un sistema de integración regional posea un órgano jurisdiccional de carácter supranacional y comunitario, instituido para declarar el derecho del sistema regional integrador y asegurar su aplicación e interpretación uniforme en todos los Estados Miembros, constituye un importantísimo y decisivo aporte a una dinámica eficiente del sistema. Para ponderar tal rol basta recordar el influjo que tuvo el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en la construcción del derecho comunitario europeo.

Los SSC del SICA y de la CAN poseen ese tipo de órganos a diferencia del MS, el que aún no ha alcanzado ese estadio institucional. Sin embargo, ello no quita que, en la vida real, cada SSC no alcance la proyección que las virtualidades de los textos normativos prometen. Así, sin desconocer los destacadísimos logros del SICA y de la CAN a través de sus tribunales en materia comunitaria, no podemos dejar de ver la práctica paralización actual de la CCJ y las crisis institucionales y frecuentes incumplimientos de dictámenes en el ámbito del TJCA, captando la vulnerabilidad de esos sistemas -formalmente avanzados- a la hora de los hechos y la voluntad política de hacerlos valer. En la contracara, el sistema del MS, no obstante la debilidad de sus órganos de solución de controversias y la falta de voluntad política para la profundización del sistema, través de los sucesivos laudos ha ido intentando construir una especie de doctrina jurisprudencial mediante la reiterada referencia a los pronunciamientos arbitrales precedentes y una interpretación *pro integratione* más o menos explícita.

El influjo-injerencia de EE.UU. y/o Méjico en CA, El espíritu de unidad étnico-histórica centroamericana y el cíclico resurgir de un espíritu emancipador centroamericano (latinoamericano) son una constante en la historia de CA. De la misma o similar manera, se observa una perpetua oscilación entre el influjo de Estados económicamente poderosos y la disposición emancipadora, también, en los ámbitos de la CAN y del MERCOSUR, particularidad que lleva a una pendular y sorprendente capacidad de los actores de los sistemas latinoamericanos -casi incomprensible para quienes son ajenos a esas relaciones- a fluctuar entre los extremos de pronunciamientos de eterna unión y amor fraterno a rupturas virulentas que prometen falsamente ser definitivas, volviendo altamente vulnerables los sistemas de integración, al igual que sus SSC. Todo ello en asombrosamente brevísimos plazos de tiempo histórico. Esta característica hace que debamos reconocer que todavía no podemos hablar de una verdadera eman-

ZLATA DRNAS DE CLÉMENT

cipación “latinoamericana” o estabilidad autogenerada en Sur y Centroamérica, a pesar de que los procesos de integración regional y subregional son un instrumento altamente idóneo para ello.

Sección III
HISTORIA, FILOSOFÍA, SOCIOLOGÍA Y POLÍTICA

SOBRE LA AUSENCIA DE ESTUDIOS EMPÍRICOS EN EL PROCESO DE FORMACIÓN JURÍDICA

*por Ernesto Abril**

Resumen: Propongo en el desarrollo del trabajo mostrar la absoluta carencia de estudios empíricos y explicativos en el proceso de formación de los juristas y algunas de las consecuencias que ello posee para el desarrollo de la práctica del derecho en el seno de nuestra sociedad. Posteriormente, analizo las que considero razones fundamentales de su ausencia y el refuerzo ideológico con el cual, tal ausencia se justifica a través de una parcial versión del principio de la seguridad jurídica. Para finalizar sugiero algunas medidas relevantes capaces de contribuir a modificar ese estado de cosas como un componente esencial para el diseño de una auténtica política universitaria al respecto.

Palabras Claves: Formación Jurídica; estudios empíricos y explicativos, seguridad jurídica, proceso de la investigación, proceso de aprendizaje.

1.

Cuando se asume la pretensión de aludir a la incidencia de los estudios empíricos o explicativos¹ en la formación jurídica son muchas las dificultades que encontramos para dar cuenta de ello. Por cierto, subsiste, en alguna medida, una polémica acerca, por ejemplo, del estatuto científico de la sociología y también sigue vigente una discusión similar sobre ese rango, en el caso de la actividad de los juristas. Sin embargo, no es mi intención expedirme acerca de ello. Mi interés se vincula específicamente con el proceso de aprendizaje del derecho y la incidencia que los aportes provenientes del campo de las ciencias empíricas, y en particular, de la propia sociología jurídica, pueden tener al respecto.

* Doctor en Derecho. Profesor Titular de la Cátedra “C” en la Asignatura Introducción al Derecho. Co-Director en la Maestría Derecho y Argumentación.

Es importante, y muy dispar, la cantidad de material teórico que se ha publicado sobre esta última cuestión. Por cierto, tampoco tengo interés en desarrollar aquí ningún tipo de exposición detallada acerca de ellos. Por el contrario, la problemática que quiero abordar, tiene algunos límites que intentaré determinar en esta primera parte del trabajo. En esa dirección, dentro del ámbito de lo que podríamos denominar “*cultura del derecho de costumbre*”, predominante en países de habla inglesa, se considera que los estudios empíricos acerca del fenómeno jurídico (que se conocen como “*jurisprudencia sociológica*”) constituyen un tipo de disciplina que no es estrictamente jurídica pero que, en conjunto con los estudios analíticos y éticos, contribuyen con eficacia a la formación jurídica. Sin embargo, aun cuando los estudios jurídicos se lleven a cabo según los lineamientos de esa cultura, se verifica que la denominada “*jurisprudencia sociológica*” pierde gravitación o presencia dentro de esos planes de formación y son superados por estudios vinculados a la ética y más aun, ante los conocimientos que proporciona la jurisprudencia analítica². Muchos de los expositores que proporcionan información sobre ese estado de cosas no se expiden en forma expresa sobre las causas que provocan tal tendencia. De igual modo, en sociedades que se vinculan con una tradición como la nuestra, denominada “*cultura jurídica europeo continental*”, la tendencia resulta similar en sus aspectos relevantes, con la única diferencia que el desplazamiento se produce en favor del estudio del material que proviene de la dogmática³. En definitiva, el objetivo del presente trabajo es demostrar que una de las prin-

¹ Utilizo los términos ‘empíricos’ ‘explicativos’ para hacer referencia a aquellos estudios o investigaciones que se dirigen a responder sobre las causas de determinados eventos sociales y su interés principal, radica en explicar por qué ocurre un determinado fenómeno social y en qué condiciones éste se da o bien, porque dos o más variables están relacionadas entre sí.

² George Nakhnikian alude a la trilogía introducida por Julius Stone, es decir, dividir la “Jurisprudence” en Analítica, Ética y Sociológica. (*The Province and Fuction of Law*, 25, Harvard, 1950). Según afirma el autor la pregunta relevante en este último campo es: “¿*Cuáles son los efectos del derecho sobre las actitudes y conductas de los hombres cuyo comportamiento regula, y cuáles son los efectos de esas actitudes y conductas sobre el orden jurídico?*”, para luego sostener que las dos últimas ceden habitualmente a favor de los estudios analíticos (GEORGE NAKHNIKIAN, *El derecho y las teorías éticas contemporáneas*, Fontamara, ITAM, México, 1998).

³ Este desplazamiento es analizado con profundidad por ROBERT ALEXY, *Teoría de la Argumentación Jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, Págs. 240 y siguientes. Tengo en cuenta en el desarrollo del presente aquellas características que el autor asigna a este tipo de estudios.

cipales causas u origen de la escasa presencia de estudios de carácter empírico en la formación jurídica, reside en cuestiones de carácter ideológico que se vinculan, de un modo fundamental, con el denominado “*principio de seguridad jurídica*”. A su vez, pretendo corroborar que esa creencia perdura porque el aludido principio no sólo se interpreta con extremada parcialidad sino que, además, quienes así argumentan tienen conocimiento del error en que incurrir⁴. Por último, partiendo de la convicción de que la descripción que emprenderé se correlaciona con los hechos, es decir, que es posible demostrar la veracidad de las proposiciones que la integran, al arribar a conclusiones sugeriré algunas medidas puntuales que deben ser adoptadas en nuestro ámbito académico en procura de superar ese estado de cosas.

2.

Cuando se habla de aprendizaje del derecho se hace referencia a la relevancia que, dentro del proceso de formación, posee la adquisición de una cierta capacidad para emprender la tarea que caracteriza aquello que designamos como “*dogmática jurídica*”. Sin embargo, con este último término no es posible indicar con cierta precisión cuáles son las capacidades o habilidades que se deben adquirir para lograr ese propósito. Esto es así, porque con esa expresión se alude no sólo a diversas actividades sino también a productos de naturaleza muy dispar.

2.1.

De este modo, se destaca, en primer lugar, que el objeto de la actividad no se identifica en forma precisa. Con el término en cuestión, se alude

⁴ Uso la expresión ideológica en el mismo sentido que le adjudica Theodor Geiger. Así, según este autor, una proposición debe calificarse de ideológica cuando “...su forma lingüística y el sentido que se expresa en ellas, se presentan como proposiciones teóricas y objetivas, pero que contienen elementos a-teóricos, ajenos a la realidad objetiva de conocimiento” (Cf.: THEODOR GEIGER, *Ideología y Verdad*, Amorrortu Editores, Bs.As., 1972, pág. 60). Este tipo de enunciados, según el autor citado, resulta diferente de las proposiciones falsas porque estas últimas, pueden ser emitidas por personas que ignoran que su contenido no reproduce correctamente la realidad externa al emisor. En el caso de las ideológicas, su emisor expresa en forma oculta y con conocimiento, su relación vital con el estado de cosas al que apunta la proposición, ve ese estado en relación consigo mismo o se ve él en relación con ellas. Tiene conocimiento de la subjetividad de lo que expresa pero lo oculta con fines persuasivos. En realidad se trataría de un uso prescriptivo del lenguaje que se presenta bajo ropaje descriptivo.

de consuno a una peculiar manera de teorizar acerca de aquello que denominamos '*Derecho*'. También se hace referencia a determinados presupuestos y procedimientos que sólo alcanzan consenso en determinadas sociedades, dentro un tiempo acotado, pero que, no obstante, se presentan como válidos para todo tiempo y lugar⁵. Como puede advertirse, no resulta una cuestión sencilla delimitar el ámbito específico de esa tarea: *¿Se trata de una especulación teórica sobre el alcance de ciertas normas o de algún conjunto de ellas? ¿Se alude a la tarea previa de elaborar proyectos de normas? ¿Se remite a estudios que dan cuenta de la evolución histórica de cierta institución jurídica o de aquellos que pretenden explicar los factores que condicionan la acción de legislar o de juzgar casos individuales o bien, de los que intentan demostrar la consecuencia de una acción legislativa o jurisdiccional en el plano social? o ¿Se quiere hacer referencia a los estudios que intentan establecer ciertas precisiones conceptuales acerca de determinados preceptos legales o decisiones jurisdiccionales o finalmente, a la discusión filosófica (de orden política o moral) destinadas a justificar ciertas formas de legislación o de acción jurisdiccional?.* Pues bien, de la lectura de cualquier material proveniente de lo que se califica como estudios de "*dogmática jurídica*", suele extraerse la conclusión de que todas esas cuestiones se abordan en forma conjunta y sin el más mínimo deslinde entre ellas. De esta forma, se puede advertir que durante el desarrollo de este proceso de aprendizaje se abordan asuntos de características disímiles y que, como consecuencia de ello, no pueden ser correctamente abordados sin distinguir, prima facie, sus diversos niveles y los distintos métodos que se requieren para emprender su conocimiento.

2.2.

Por ello, podemos concluir que, al utilizar la expresión señalada, hacemos referencia genérica a una empresa intelectual que, aun cuando se presenta como producto de una única forma de investigar el fenómeno jurídico, sólo pueden constituir una serie de acciones extremadamente

⁵ Esto también ocurre con las llamadas teorías generales del derecho. Así, aquellas presentadas por autores como Kelsen y Hart asumen la pretensión de universalidad y devienen, por lo general, en explicaciones conceptuales de ese carácter. Hay pocos intentos por detenerse en un examen vinculado a ciertas y determinadas sociedades que no sólo posean carácter conceptual sino empírico. Aunque no de forma completa, un ejemplo de ello, lo constituye G. TARELLO, 1962, *Il realismo giuridico americano*, Milano: Giuffrè y 1980: *L'Interpretazioni della legge*, Milano: Giuffrè.

heterogéneas y que, además, sufren constantes variaciones en su forma, aún dentro del mismo contexto, en función de una multiplicidad de difusos objetivos o intereses. Así, no faltan quienes sostienen que la actividad jurídica además de poseer carácter científico, encuentra su material de análisis únicamente en los libros⁶. Por cierto, también es posible encontrar ideas incompatibles con esta última concepción. En efecto, algunos sostienen que aquellos que aspiren a desarrollar la actividad jurídica deberán ser adiestrados en el manejo de expedientes judiciales o en otros términos, que la realidad del derecho sólo se encuentra en la práctica de los tribunales y que es allí, donde debe adquirirse la habilidad o aptitud necesaria para su correcto desempeño⁷. Tampoco concluye aquí la cuestión, porque también puede verificarse que existen quienes piensan que el derecho constituye una práctica social interpretativa y que, por tanto, el jurista ya no debe ser entrenado exclusivamente para la labor de describir en forma austera y objetiva el derecho positivo, sino también, para realizar una actividad - de carácter normativa - que requiere la capacidad de evaluar y presentar esa misma práctica social en su mejor perspectiva⁸.

Lo cierto es que toda esta enorme cantidad de concepciones, con las cuales se postula que es posible dar cuenta del fenómeno jurídico, determina que destacados teóricos del derecho terminen por sostener que, aquello que calificamos como '*ciencia jurídica*' no es otra cosa que una instancia ideológica para otorgar cierta legitimidad a determinadas normas cuya

⁶ "la biblioteca es a nosotros lo que el laboratorio es al químico o al físico y lo que el museo es al naturalista...El rasgo esencial más notable de la facultad (de derecho de Harvard), por el cual se la distingue de cualquier otra facultad que yo conozca, es la biblioteca..." (Cf.: CHRISTOPHER COLUMBUS LANGDELL, en *The Centennial History of Harvard Law School*, 1918, citado por JEROME FRANK, "Una defensa de las escuelas de abogados", incluido en *La enseñanza del derecho y el ejercicio de la abogacía*, MARTÍN F. BÖHMER, Gedisa Editorial, Barcelona, 1999, página 36)

⁷ Así, por ejemplo, Jerome Frank afirmó que "El litigio es la referencia última del abogado. Los Derechos y las obligaciones no son otra cosa que actuales o potenciales éxitos o fracasos en los tribunales. Un abogado con un conocimiento inadecuado de los procedimientos legales es un abogado relativamente incompetente. En definitiva, los abogados se diferencian de otros hombres por el sólo hecho de que se supone que conocen los hábitos tribunalicios mejor que otros" (J. FRANK, en compilación citada precedentemente, 1999, página 38).

⁸ "La práctica legal, a diferencia de muchos otros fenómenos sociales, es argumentativa. Cada actor, en la práctica, comprende que aquello que ella permite o impone depende de la verdad de ciertas proposiciones a las cuales se les da sentido sólo a través de y en la práctica, la practica consisten en gran medida en desplegar estas proposiciones y en argumentar acerca de ellas." (Cf.: RONALD DWORKIN, 1997, 13).

promulgación, constituye un hecho contingente en cada sociedad. O en otros términos, como sostiene Roberto J. Vernengo: “*La ciencia del derecho aceptada, la inculcada institucionalmente en las universidades, es una manifestación de grupos socialmente dominantes*”⁹.

3.

Pues bien: *¿Qué es lo que caracteriza al proceso de aprendizaje jurídico en la mayoría de nuestras Facultades?*. Por cierto, no pretendo agotar aquí todas y cada una de las características distintivas del mismo. Sin embargo, las que enunciaré a continuación constituyen algunas de aquellas que resultan más sobresalientes. Diré que ellas son al menos condiciones necesarias para la conformación del recurso humano que se obtiene al concluir con el programa de aprendizaje dentro de nuestra Facultad de Derecho.

3.1.

En primer lugar, quienes practican dogmática intentan presentar el fenómeno jurídico en forma similar a una de las perspectivas con que se encara el estudio del Derecho Romano. Me refiero a *la idea de que la ciencia jurídica constituye una obra concluida y perfecta*¹⁰. A partir de ella, los planes de formación son sólo un intento por lograr perpetuar la creencia de que la labor del jurista que, según se sostiene, es propia de una ciencia, no requiere de control o cambio alguno respecto de sus proposiciones centrales porque su veracidad encuentra corroboración en su continua vigencia o efectividad¹¹. En efecto, esta tradicional forma de pensar logró perdurar

⁹ ROBERTO J. VERNENGO, *Curso de Teoría General del Derecho*, Depalma, Bs.As., 1985, página 31. Al formular observaciones al presente trabajo Guillermo Lariguet compartía mi idea de que dentro de la filosofía jurídica se observan tres posiciones en torno a la reconstrucción del conocimiento jurídico. La positivista que pone énfasis en la neutralidad de ese conocimiento. La marxista que constituye un intento por mostrar la existencia de condicionamientos ideológicos que contradicen esa supuesta neutralidad y por último, aquellas que estiman que es posible armonizar principios contrapuestos bajo la forma de una racionalidad general, como es el caso de las ideas de Dworkin y Habermas.

¹⁰ Ello así, a pesar de que relevante expositores afirman que lo que caracteriza al derecho romano es su fluidez permanente, su matriz innovadora, su adaptación y flexibilidad y su realización a lo largo de muchos años. Al respecto: GUILLERMO FLORIS MARGADANT, *El significado del derecho romano dentro de la enseñanza jurídica contemporánea*, UNAM, México, 1960, págs. 12 y siguientes. También ROSCOE POUND, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, TEA, Bs.As., 1972, en especial, págs. 21 y siguientes.

¹¹ Dado que no puedo extenderme al respecto es bueno verificar que existe un examen adecuado en el programa falsacionista que Kart Popper realizó respecto de la dogmática (Vid: KARL POPPER, *La lógica de las Ciencias Sociales*, Grimaldo, México, 1978, página 12).

durante un extenso periodo de tiempo y por tanto, consiguió convencer a muchas generaciones de juristas que la tarea de producir un cambio a su respecto, resulta algo incongruente, porque conduciría a poner en duda su prolongado respeto¹². La función del académico, por tanto, se limita a la mera reproducción o preservación de ese conocimiento. Esto explica la tendencia predominante hacia la inmovilidad o estancamiento que caracteriza los contenidos informativos dentro del proceso de formación jurídica.

3.2.

Otra característica distintiva - coherente con la anterior - es *la autosuficiencia del estudio y la enseñanza del Derecho*. Nuestras Universidades se organizan de forma federativa y de ese modo, dentro de ella, cada Departamento o Facultad funciona al modo de una estructura independiente, autosuficiente, que, además, carecen de relaciones entre sí¹³. Se trata del denominado modelo napoleónico de organización universitaria que, desde su origen, persigue, al menos en lo que al aprendizaje jurídico concierne, su absoluta autonomía respecto del resto de las ciencias sociales¹⁴. La razón de ello, conforme se repite en diversos trabajos sobre el tema, es garantizar la ausencia de toda ponderación crítica acerca del contenido del

¹² Así, Robert Alexy asigna a los estudios dogmáticos la función que denomina “...de estabilización” y entiende por ella la de fijar o “...hacer reproducibles, determinadas soluciones a cuestiones prácticas. Esto es posible porque la dogmática opera institucionalmente. De esa forma, pueden fijarse, durante largos periodos de tiempo, determinadas formas de decisión...”, ROBERT ALEXY, obra citada, pág. 255.

¹³ Sobre el particular, es relevante el trabajo de GUILLERMO LARIGUET, “La reconstrucción de las ‘Teorías Dogmático-Jurídicas’ como ‘Cálculos Interpretados’ – Una exploración conceptual sobre su plausibilidad filosófica”, inédito, Conicet, Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, U. N. Córdoba, Argentina. Allí se realizan interesantes precisiones sobre la noción de interdisciplina distinguiendo el autor entre organización departamental del conocimiento y examen de las relaciones conceptuales entre las disciplinas dogmáticas.

¹⁴ Jorge García Laguardia describe este fenómeno con absoluta claridad. Así, afirma: “Este modelo francés sirvió de base al crecimiento de la Universidad Latinoamericana hasta el presente, de tal manera que su estructura se resiente de una organización federativa de organismos independientes, autosuficientes y sin relación entre sí. Las facultades surgieron con vida propia y muchas veces en una absurda competencia académica entre ellas, y aún más, internamente aparecieron organismos menores, las escuelas con los mismos defectos” (JORGE MARIO GARCÍA LAGUARDIA, Ponencia presentada en el Seminario Europa y América Latina, Roma, 28 de noviembre de 1974).

derecho legislado¹⁵. Se trata de aludir a los ordenamientos jurídicos como sistema dotado de perfecta homogeneidad interna; de constituir un producto del máximo rigor conceptual; y por último, de estar dotado o responder a todo problema práctico que se presente con absoluta racionalidad. En suma, se asume la pretensión de mantener intangible su contenido como forma privilegiada de garantizar aquello que se denomina “*seguridad jurídica*”. Se desarrolla a partir de allí, un control autárquico y cerrado al dialogo interdisciplinario que, además, se completa con una forma de acceso a la docencia numéricamente limitada cuyo mecanismo de selección se estructura conforme a ese paradigma, es decir, que se trata de contribuir a que, en la mayoría de los casos, la elección del docente garantice la reproducción de esa creencia.

3.3.

Una tercera característica es el *ostensible predominio del tiempo que se dedica al estudio de la controversia individual*. Así, no sólo es cuantitativamente superior el contenido informativo que se transmite en esa dirección sino que, además, es escaso el tiempo que se dedica a conflictos de índole social y además, el mismo resulta cualitativamente afectado por un aparato conceptual y una serie de categorías y procedimientos, profundamente influidos por los métodos de estudio del primer tipo de cuestiones. En este sentido, la legislación civil y comercial se presenta como un modelo ideal porque se encuentra codificada y además, para emprender su análisis, cuenta con una técnica refinada y basada en principios supuestamente racionales. Por el contrario, la legislación de corte social se muestra como inorgánica, técnicamente defectuosa e influenciada por un extremo paternalismo. Tal lo que sucede con materias como el Derecho Laboral, el Derecho de la Previsión Social, entre otras asignaturas de no menor importancia.

¹⁵ Son muchos los que destacan esta característica. Para citar solo un ejemplo reciente, Cesar Rodríguez afirma respecto de la situación de la cuestión en América Latina que “...*existe en nuestro medio un notorio desfase entre la práctica jurídica y social, de una parte, y el pensamiento y las influencias intelectuales dominantes de la teoría y la dogmática jurídica...la educación jurídica ha tendido a reproducir la concepción formalista del derecho...el desconocimiento del realismo jurídico ha impedido que se articule en nuestro medio una crítica radical al derecho y a la adjudicación.*” (Cf.: CESAR RODRÍGUEZ, “Una crítica contra los dogmas de la coherencia del derecho y la neutralidad de los jueces”, Estudio Preliminar incluido en: *Libertad y restricción en la decisión judicial*, DUNCAN KENNEDY, Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, Colombia, 1999, pág.32/3)

3.4.

Una última característica que resulta necesario destacar es *la ausencia absoluta de vinculación entre los conocimientos teóricos que se imparten y la correspondiente práctica, no sólo aquella que resulta jurídica en sentido estricto sino también, social en sentido amplio*. A pesar de que existe consenso en considerar al derecho como una técnica de control social que se estructura a partir de normas promulgadas con el fin de cumplir con determinados fines sociales, es notorio que, dentro del proceso de formación, la mayor parte del tiempo se dedica a la mera exégesis formal. Ello así, como si la norma fuese el único objeto del quehacer del individuo que pretende dedicarse al derecho. Por tanto, no solo no existe espacio para el estudio de la práctica judicial en sentido estricto sino que tampoco existe posibilidad alguna de analizar nuevas alternativas frente a las características con que ella se desenvuelve en la actualidad. Por ello, no se genera ni puede generarse en el estudiante una visión dinámica del fenómeno jurídico. A pesar de la insuficiencia del estudio y aprendizaje de la norma positiva, no se puede imponer un cambio cualitativo de la orientación de la enseñanza hacia la práctica¹⁶. Así, no existe ningún intento de relacionar el derecho con los estudios empíricos acerca de ese fenómeno social porque se trata, en todo caso, de instalar y perpetuar la idea de que es posible conocer y comprender en forma aislada aquello que algunos acostumburan a denominar “*un derecho de los juristas*”¹⁷.

4.

En la introducción del presente aludí al *principio de seguridad* como un relevante argumento ideológico para mantener sin modificación los planes de formación jurídica, condicionados, en gran parte, por las características que expliqué en el apartado anterior. Es ahora necesario hacer explícito aquello que sostuve como proposición central del presente trabajo, es decir, que existe un fundamento ideológico relevante para sustentar la per-

¹⁶ Se deberá tener en cuenta que no aludo aquí a la práctica jurídica en sentido estricto. Por el contrario, siendo el derecho una especial técnica de motivación de la conducta social, me interesa aludir al estudio específico de esa práctica social a la que, en su conjunto y específicamente, se quiere motivar. A la explicación de las causas, intereses, etc., por los cuales se quiere establecer un cierto orden de conducta individual o colectiva.

¹⁷ Así lo llama ANDREI TUNC, en “*Salir del Neolítico. Investigación y Enseñanza de Derecho*”, incluido en *Saber Abierto – Revista de Pedagogía Jurídica* – Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho, Departamento de Publicaciones, N°1, Bs.As., Año 1988, págs. 5 y siguientes..

petuación de ese estado de cosas. En efecto, resulta común escuchar que producir cualquier tipo de alteración en el objetivo y el proceso de formación jurídica, conduciría a una severa afectación a la seguridad jurídica en general o al menos que, con tal iniciativa, lo único que podremos lograr es un incremento de la incertidumbre respecto a nuestros derechos y deberes. Es aquí donde resulta preciso proporcionar una explicación más detenida acerca del significado que, dentro de ese contexto, puede atribuirse al principio en cuestión. Dije que el argumento que proporciona sustento para no emprender modificaciones en el proceso de formación jurídica constituye sólo una interpretación parcial y además, desviada respecto de ese principio. Así, se dice al respecto que cualquier modificación en las estrategias de formación del jurista conducirá, por una parte, a su paulatino desconocimiento del derecho legislado y consecuentemente, a una mayor inseguridad jurídica respecto de aquellas acciones que el derecho permite, exige o prohíbe realizar.

En función de ello, corresponde advertir que el término “*seguridad*” dentro de los estudios jurídicos se usa, consciente o inconscientemente, sin discriminar o dar cuenta de la ambigüedad que afecta su uso¹⁸. En efecto, en determinados contextos el uso de esa expresión parece referir a la posibilidad de contar con un conocimiento objetivo del contenido del derecho legislado. En otros contextos, el uso del mismo término parece indicar la presencia o ausencia de certeza respecto del efectivo o probable cumplimiento de aquella conducta que la norma jurídica exige de parte de sus eventuales destinatarios. Se trata indudablemente de dos cuestiones diversas. La primera presupone que es posible conocer el derecho positivo (genérico y abstracto) de una determinada sociedad, situación por demás compleja y que hasta el día de hoy suscita más de una discusión¹⁹. No obstante ello, se puede comprobar que la enorme proliferación de acciones legislati-

¹⁸ ANTONIO ENRIQUE PÉREZ LUÑO (*La seguridad Jurídica*, Ariel Derecho, Barcelona, 1991) califica a la seguridad jurídica como un “*concepto jurídico inseguro*” porque su uso abarca diversas dimensiones algunas de las cuales son descriptivas (o sociológicas) pero otras, poseen sentido prescriptivo o axiológico. Así dice el autor que esas cuestiones: “...*se entremezclan en un amplio número de planteamientos teóricos, lo que dificulta cualquier intento de elucidar su sentido.*” (Cf.: Autor y obra citada, pág. 21 y siguientes). Destaco que no utilizaré en esta ponencia las diversas propuestas de sentido que concreta el autor. Sólo me interesa destacar aquí la enorme cantidad de dificultades que presenta el uso de este ambiguo término.

¹⁹ Es enorme la cantidad de producción intelectual respecto de la posibilidad de tener conocimiento fehaciente de aquello que dispone el derecho positivo. La cuestión es abordada tanto desde el punto de vista ontológico como epistemológico. Sin embargo, la

vas, al menos dentro de nuestro país, permite concluir que tener seguridad (o certeza) en el conocimiento de nuestro derecho positivo, más que una cuestión compleja parece resultar imposible.

Por su parte, con relación al segundo sentido, más importante en los estudios empíricos, se destacan también diversas dificultades. Al respecto, la cuestión se concreta del siguiente modo: Una vez que el destinatario reconoce o tiene certeza acerca del contenido de aquello que dispone el derecho positivo: *¿Es posible contar con algún grado de seguridad (o certeza) en el sentido de que las personas que son sus destinatarias adecuarán su conducta a aquello que la norma prescribe?*

Podemos ahora describir al primer sentido como “seguridad (o inseguridad) respecto del conocimiento de aquello que el derecho positivo prescribe” y al segundo, como “seguridad (o inseguridad) referida a la efectiva realización de la conducta que exige la norma promulgada y reconocida como válida”.

Respecto del primer sentido, es difícil concebir que con los actuales estudios de la dogmática se pueda acceder a un conocimiento adecuado de aquello que dispone el texto de una norma promulgada. En primer término, se discute hoy sobre la posibilidad de adjudicar un único sentido a los textos normativos que la autoridad promulga. No puedo extenderme aquí sobre este tópico pero es suficiente reseñar la existencia de diversas posturas en este asunto. Las concepciones formalistas de la interpretación sufren el embate de diversas investigaciones pero fundamentalmente del área de la semiótica y en especial, de los actuales estudios provenientes de la semántica²⁰. A ello, se debe agregar un segundo factor al que alude Eugenio Bulygin

discusión actual gira sobre esta última perspectiva y fundamentalmente sobre el problema de interpretación del Derecho. En este tema remito a ROBERTO J. VERNENGO, *La interpretación literal de la ley*, Abeledo-Perrot, Bs.As., 1994 y también, a ANDREI MARMOR, *Interpretación y teoría del derecho*, Gedisa Editorial, Barcelona 2000. En conjunto con CELIA BEATRIZ ABRIL DE CASTELLANOS traté esta misma cuestión en “*La Teoría del Derecho según observadores y participantes*”, *Revista de la Facultad*, Vol. 3, N° 2, Año 1995, U. N. Córdoba, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, página 11 y siguientes.

²⁰ Para un análisis detallado de la cuestión remito a ALFONSO GARCÍA SUÁREZ, *Modos de significar (Una introducción temática a la filosofía del lenguaje)*, Tecnos, Madrid, 1997. También puede consultarse a JERROLD J. KATZ, *La realidad subyacente del lenguaje y su valor filosófico*, Alianza Universidad, Madrid, 1975; DONALD DAVIDSON, *De la verdad y de la interpretación (Fundamentales contribuciones a la filosofía del lenguaje)*, Gedisa Editorial, Barcelona, 1990 y en el ámbito del derecho, puede consultarse a MANUEL ATIENZA, *Las Razones del derecho – Teoría de la argumentación jurídica*, Cuadernos y Debates N° 31, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

con la metáfora “...fiebre legislativa”, descrita por el autor del siguiente modo: “*En América Latina en general, y en la Argentina en particular, el fenómeno apuntado se da con especial virulencia. Todo gobernante que se respeta se siente compelido a dictar un sinnúmero de leyes nuevas, reemplazar o reformar las existentes y proyectar leyes futuras en asombrosa abundancia. Tan es así que para dictar las primeras 5.000 leyes, nuestros legisladores tardaron 44 años 1862-1906; para las 5000 siguientes apenas insumieron 9 años (1906-1915). En los últimos veinte años se dictaron más de 7.000 leyes, sin contar con numerosos decretos y otras normas generales...El gran número de normas legisladas hace extremadamente difícil su manejo, no solamente para el lego que se siente totalmente perdido en la maraña legislativa, sino aún para el profesional...*”²¹. De este modo, se verifica que no sólo presenta dificultades adjudicar un único sentido a cierta norma promulgada sino que, incluso, resulta una ardua tarea establecer qué normas se encuentran vigentes y cuáles han sido derogadas o modificadas en su sentido por la promulgación de otras normas que guardan relaciones lógicas con ella.

Pero también existen dificultades respecto del segundo sentido que, como lo exprese anteriormente, resulta más relevante en este contexto. Con relación a esta perspectiva, Novoa Monreal aludía a la función retrograda que ejercía el Derecho con respecto a la generación de cambios sociales²². Sostenía el autor que, según su apreciación, la vida moderna posee una extrema movilidad determinada por el progreso científico, económico y por la presencia de modernas concepciones sociales y políticas que han logrado provocar una profunda transformación de nuestra cultura. Pero según advierte el autor “...el derecho tiende a conservar formas que, en su mayor parte, se originan en los siglos XVIII y XIX, cuando no en el derecho de la Antigua Roma, y se manifiesta enteramente incapaz de adecuarse eficientemente a las aspiraciones normativas de la sociedad actual”²³. Este tipo de apreciación mereció en su momento una respuesta de Ernesto Garzón Valdés quien concluyó en expresar que tal proposición es falsa por dos razones. La primera de ellas, se vincula con la existencia de un orden cons-

²¹ EUGENIO BULYGIN, “*Teoría y Técnica de Legislación*”, incluido en CARLOS E. ALCHOURRON Y EUGENIO BULYGIN, *Análisis Lógico y Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pág. 409 y siguientes.

²² EDUARDO NOVOA MONREAL, *El derecho como obstáculo para el cambio social*, Editorial Siglo XXI Editores, México, 1975.

²³ Cf.: EDUARDO NOVOA MONREAL, Prologo a la obra citada.

titucional no sólo válido desde el punto de vista formal sino fundamentalmente eficaz, cuestión que no describe el real estado de situación en nuestro continente porque, un rápido estudio de su historia, permite verificar que “...en los últimos 50 años y de la cronología de los golpes de Estado y “revoluciones” que han padecido, o de los períodos en los que han sido gobernados con actas “constitucionales” e “institucionales”, que dejaban total o parcialmente sin efecto las respectivas Constituciones permite concluir que la existencia o inexistencia del orden constitucional plantea serios problemas con respecto al origen legal de las disposiciones gubernamentales...”²⁴. La segunda, se vincula con el carácter dinámico y moderno que Novoa Monreal asigna a los cambios que se producen en las relaciones dentro de nuestras sociedades. Garzón Valdés también duda de ello y afirma que América Latina sólo presenta “...grandes asincronías en su progreso social, con una muy acusada diferencia cultural, racial y económica entre sus habitantes”²⁵ y que todo ello, constituye otra constatación para calificar de incorrecta la descripción que emprende Novoa Monreal. En suma, que tampoco el derecho legislado constituye un elemento relevante para efectuar juicios acerca de la posible aceptación de sus normas como pautas de comportamiento correcto por parte de sus destinatarios y además, tampoco parece ser de utilidad para formular enunciados acerca de la seguridad, siempre en el segundo sentido, respecto del efectivo uso de este término dentro del lenguaje legal.

5.

Por cierto, la limitada extensión de este trabajo no hace posible una mayor y más extensa argumentación tendiente a demostrar la falsedad y el carácter ideológico de las razones que se esgrimen para sostener que no deben producirse cambios cualitativos en el proceso de formación jurídica.

Sin embargo, estimo que puede admitirse sin mayor esfuerzo que el derecho y las instituciones vinculadas a él, en especial nuestra Facultad, poseen enorme influencia en el desenvolvimiento de la vida cotidiana dentro de nuestra comunidad. Entre otras cosas, su importancia se pone de manifiesto por su capacidad para articular (o entorpecer) la posibilidad de producir ciertos cambios sociales. En gran medida, el impacto de la formación jurídica es susceptible de percibirse en el mismo funcionamiento de

²⁴Cf.: ERNESTO GARZÓN VALDÉS, “Las funciones del derecho en América Latina”, incluido en Ernesto Garzón Valdés, *Derecho, Ética y Política*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pág.209.

sus instituciones específicas, tales como el poder legislativo y el jurisdiccional.

No obstante ello, también es posible verificar la existencia de una notoria desigualdad entre los recursos académicos que se destinan a la enseñanza jurídica y aquellos disponibles para emprender estudios empíricos de aquellas acciones que se suscitan dentro del funcionamiento de esas instituciones. Mientras que, conforme lo sostuve, la enseñanza del derecho se ocupa exclusivamente del estudio exegético de las normas generales, el análisis de los procesos sociológicos que contribuyen en forma relevante a su generación, justificación y aplicación ocupan un lugar secundario. Este panorama se agrava notablemente frente al total desinterés de los juristas en la adquisición de habilidades en el manejo de nuevas herramientas metodológicas que permitirían establecer una mayor y más productiva conexión entre el discurso jurídico y los avances específicos de otras disciplinas como, por ejemplo, la sociología, la semiótica, la psicología social, los estudios criminológicos, etcétera. Pero también será importante, a la hora de decidir cambios cualitativos en el proceso de formación del jurista, adoptar una perspectiva explicativa que afronte toda clase de relaciones sociales y que lo haga de forma rigurosa y científica, es decir, mediante una tarea que torne posible la coexistencia de “...*la imaginación teórica y la preocupación por la concordancia empírica...*”²⁶. En este sentido, es posible señalar que este tipo de estudios no sólo puede permitir un mejor conocimiento de aquella estructura social para la cuál se legisla sino que también y de un modo fundamental, puede posibilitar un cambio metodológico trascendental en la habitual forma de producir conocimientos teóricos acerca del fenómeno jurídico. Es posible que en este trabajo sólo pueda hacer referencia a mi experiencia personal, con todo lo subjetivo que ello importa. Durante muchos años estuve a cargo del denominado “Seminario de Metodología de la Investigación” que se dirige a la formación de aquellos abogados que cumplen adscripción a diversas cátedras²⁷. Durante mi desempeño en esa

²⁵ Cf.: ERNESTO GARZÓN VALDÉS, obra citada, pág. 204.

²⁶ Como así lo sugiere MARIO BUNGE, *Las ciencias sociales en discusión – Una perspectiva filosófica*, Editorial Sudamericana, Bs.As., 1999, pág. 117.

²⁷ Aun cuando puede parecer obvio, es importante advertir que aludo a profesionales que cumplieron con todos los requisitos para obtener su título profesional de abogado y que, además de poseer alguna experiencia en el campo práctico de la profesión, permanecieron durante algo más de tres años vinculados a la asignatura donde pretendían aprobar su adscripción. Todo ello, puede estimarse en un tiempo de formación que se extiende, en promedio, durante un lapso no inferior a ocho años.

condición pude corroborar que la gran mayoría de ellos manifiestan dificultades a la hora de redactar un simple informe sobre la investigación de algún problema vinculado al ámbito de la asignatura que eligieron. Al respecto, las dificultades que expresan se vinculan con su imposibilidad de delimitar en forma precisa el problema que intentan investigar y por tanto, no saben determinar en forma correcta su marco teórico; no poseen información alguna acerca de los tipos de investigación (e.i. exploratoria, descriptiva, correlacional o explicativa); tienen dificultades para establecer las hipótesis de la investigación que proponen y por tanto, no saben detectar variables, definirlas y ni establecer sus definiciones operativas; carecen de información sobre el modo de lograr un diseño apropiado de investigación, entre otras cuestiones de no menor importancia. En suma, que luego de todo el prolongado lapso de tiempo dedicado a su capacitación, estos profesionales desconocen que la investigación científica es un proceso dinámico, cambiante y continuo. Tampoco comprenden que ese proceso está constituido por una serie de etapas que, por derivar unas de otras, tienen una secuencia lógica ineludible para lograr un conocimiento sistemático y controlado de aquello que se investiga. La mayoría de ellos presentan sus informes finales en la forma de un tradicional “*tratado de derecho*” dentro del cuál, se presenta cierto material jurídico, se alude posteriormente a una cierta controversia, supuestamente interpretativa acerca del mismo, entre profesionales identificados como autoridad y posteriormente, intentan llegar a una conclusión que, normalmente, califican como intermedia, conciliadora o “*sui generis*”. Por tanto, si estas apreciaciones poseen un cierto grado de intersubjetividad, es posible que pueda arribarse a que, al menos para lograr que el futuro jurista aprenda a realizar una investigación, se impone un cambio inmediato y cualitativo en el proceso que conduce a su formación. Por cierto, con la característica a las que aludí anteriormente, los estudios de carácter empírico en general y los de sociología jurídica, en particular, tienen mucho que aportar al respecto.

6.

Si es posible arribar a la conclusión de que la propuesta anterior es correcta, cabe ahora sugerir algunas soluciones al respecto. Lo haré al modo de conclusión de este trabajo y sin asumir la pretensión de que ellas, constituyen las únicas que deben ponerse en marcha.

En primer lugar, *no será posible lograr una mejor interrelación entre los estudios jurídicos y los que provienen del campo de los estudios de naturaleza empírica, si no se logra asegurar la generación de recursos*

humanos que posibiliten esa transformación. En este sentido, nuestra Facultad de Derecho y Ciencias Sociales fue pionera al habilitar su Escuela de Sociología en el nivel de post-grado. Quienes fuimos allí formados, no sólo recordamos el esfuerzo de muchos relevantes investigadores que contribuyeron positivamente a nuestra formación sino que, además, sus egresados constituyen en la actualidad una importante masa intelectual que puede y debe abocarse a la reinstauración de tales estudios²⁸.

En segundo lugar y dentro del nivel de formación de grado, cabe reinstalar la discusión sobre la incidencia de éste tipo de estudios en la formación jurídica. Es posible que el proceso de formación no sólo deba reformarse en sus aspectos externos. Es también importante *lograr que esa modificación implique una profunda transformación del sistema de enseñanza y llegue incluso hasta nuestras tradicionales formas de evaluación. No puede desatenderse que tal reforma debe abarcar también aspectos sustanciales tales como las consecuencias que el modo de comprender el fenómeno jurídico tiene para nuestra realidad social, entendiendo adecuadamente de que modo se lo enseña y además, de que forma se lo practica.* En suma, aludo a una de las más importantes tareas de la política universitaria.

Aquello que se conoce como conocimiento jurídico en sentido estricto, es decir, el del análisis exegético de las normas, ocupa de hecho mucho menos tiempo dentro de la práctica profesional que aquello que se sugiere durante la formación institucional. Por ello, también se impone discutir y definir el grado de compromiso entre ambos estudios. No se trata sólo de mantener, como ocurre actualmente, una asignatura destinada a su estudio. *Lo que sugiero es que los estudios de dogmática se deben complementar con la incorporación de material que, sobre sus temas relevantes, proporcionan las investigaciones empíricas. Se trata, por último, de lograr que el estudiante pueda tener una visión más fecunda de los problemas jurídicos que se le trasladan. Mi propuesta es que ellos aborden el material jurídico a través de la investigación, es decir, que trabajen a partir de problemas y que intenten resolverlos.* Para lograr tal propósito, no existe otro camino que proporcionarles aquellos instrumentos indispensables para emprender tan imprescindible tarea.

²⁸ No soslayo aquí la reciente aprobación de la Maestría en Sociología Jurídica. Sólo destaco que la creación de la Escuela de Sociología tenía un objetivo más extendido. Algo similar puede decirse de la incorporación de la criminología dentro de los planes de formación de nuestra Facultad a los que siempre se adjudicó el carácter de asignatura optativa.

BIBLIOGRAFÍA

- ABRIL DE CASTELLANOS, CELIA Y ERNESTO ABRIL, “*La Teoría del Derecho según observadores y participantes*”, Revista de la Facultad, Vol. 3, Nº 2, Año 1995, U. N. Córdoba, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
- ALCHOURRON, Carlos E. y Eugenio BULYGIN, *Análisis Lógico y Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.
- ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.
- ARNAUD, A.J. y FARIÑAS, M.J., *Sistemas Jurídicos: Elementos para un análisis sociológico*, Universidad Carlos III,, B.O.E., Madrid, 1996.
- ATIENZA, Manuel,
-*Las razones del derecho – Teorías de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.
-*El sentido del Derecho*, Ariel Derecho, Barcelona, 2001.
- BUNGE, Mario, *Las ciencias sociales en discusión*, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1999.
- BÖHMER, Martín F. (Compilador), *La enseñanza del derecho y el ejercicio de la abogacía*, Gedisa Editorial, Barcelona, 1999.
- CALSAMIGLIA, Albert, *Introducción a la ciencia jurídica*, Ariel Derecho, Barcelona, 1986.
- CARRIO, Genaro R., *Notas sobre Derecho y Lenguaje*, Tercera Edición Aumentada, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1986.
- DAVIDSON, Donald, *De la verdad y de la interpretación – Fundamentales contribuciones a la filosofía del lenguaje*, Gedisa Editorial, Barcelona, 1990.
- DWORKIN, Ronald, *Law’s Empire*, Belknap Harvard, Cambridge, 1997.
- DIAZ, Elías, *Sociología y Filosofía del Derecho*, Taurus, Madrid, 1974.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón – Teoría del garantismo penal*, Editorial Trotta, Madrid, 1998.
- FUCITO, Felipe, *Sociología del Derecho*, Editorial Universidad, Bs.As., 1993.
- FLORIS MARGADANT, Guillermo, *El significado del derecho romano dentro de la enseñanza jurídica contemporánea*, UNAM, México, 1960
- GARCÍA LAGUARDIA, Jorge Mario Ponencia presentada en el Seminario Europa y América Latina, Roma, 28 de noviembre de 1974
- GARCIA SUAREZ, Alfonso, *Modos de significar*, Tecnos, Madrid, 1997.
- GARZON VALDES, Ernesto, *Derecho, Ética y Política*, CEC, Madrid, 1993.
- GEIGER, Theodor,
- *Ideología y Verdad*, Amorrortu Editores, Buenos Aires, 1972;
- “*Ideología y Juicio de Valor*”, incluido en *El concepto de Ideología*, Kurt Lenk comp., Amorrortu Editores, Buenos Aires, 1974;
- KATZ, Jerrold J., *La realidad subyacente del lenguaje y su valor filosófico*, Alianza Universidad, Madrid, 1975.
- KELSEN, Hans, *Sociedad y Naturaleza – Una investigación sociológica*, Editorial Depalma, Bs.As, 1945.

- KENNEDY, Duncan, *Libertad y restricción en la decisión judicial*, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 1999
- KLIMOVSKY, Gregorio y Cecilia HIDALGO, *La inexplicable sociedad*, A-Z Editora, Bs.As., 1998.
- LARIGUET, Guillermo “*La reconstrucción de las ‘Teorías Dogmático-Jurídicas’ como ‘Cálculos Interpretados’ – Una exploración conceptual sobre su plausibilidad filosófica*”, inédito, Conicet, Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, U. N. Córdoba.
- LAUTMANN, Rudiger, *Sociología y Jurisprudencia*, Fontamara, ITAM, México, 1993.
- OLIVECRONA, Karl, *El derecho como hecho*, Labor Universitaria, Barcelona, 1980.
- PEREZ LUÑO, Antonio Enrique, *La seguridad jurídica*, Ariel Derecho, Barcelona, 1991.
- MARMOR, Andrei, *Interpretación y Teoría del Derecho*, Gedisa Editorial, Barcelona, 2000.
- NAKNIKIAN, George, *El derecho y las teorías éticas contemporáneas*, Fontamara, ITAM, México, 1998.
- NINO, Carlos Santiago,
-Consideraciones sobre la Dogmática Jurídica, UNAM, México, 1974.
-Introducción al análisis del derecho, Editorial Astrea, Bs.As., 1984;
-Algunos modelos metodológicos de ciencia jurídica, Fontamara, ITAM, México, 1993.
-Derecho, Moral y Política, Ariel Derecho, Barcelona, 1994.
- NOVOA MONREAL, Eduardo, *El derecho como obstáculo para el cambio social*, Editorial Siglo XXI Editores, México, 1975.
- POUND, Roscoe, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Tea, Bs.As., 1972.
- POPPER, Karl, *La lógica de las Ciencias Sociales*, Grimaldo, México, 1978.
- ROSS, Alf,
-*Critica del diritto e analisi del linguaggio*, Il Mulino, Bologna, 1982.
-*Sobre el Derecho y la Justicia*, Eudeba, Bs.As., 1994.
- SÁNCHEZ DE LA TORRE, Ángel, *Sociología del Derecho*, ERDP, Madrid, 1965.
- SMELSER-WARNER, *Teoría Sociológica*, Espasa-Calpe, Madrid, 1982.
- STONE, Julius, *El derecho y las ciencias sociales*, F.C.E., México, 1973.
- TARELLO, G., 1962, *Il realismo giuridico americano*, Milano: Giuffré y 1980: *L’Interpretazione della legge*, Milano: Giuffré.
- TREVES, Renato,
- *Introducción a la sociología del derecho*, Taurus, Madrid, 1978.
- *La sociología del derecho*, Ariel, Barcelona, 1988.
- *Sociología del Derecho y Socialismo Liberal*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.
- TUNC, Andrei en “*Salir del Neolítico. Investigación y Enseñanza de Derecho*”, incluido en *Saber Abierto – Revista de Pedagogía Jurídica – Universidad de*

SOBRE LA AUSENCIA DE ESTUDIOS EMPÍRICOS EN EL PROCESO DE ...

Buenos Aires, Facultad de Derecho, Departamento de Publicaciones, N°1,
Bs.As., Año 1988

VERNENGO, Roberto J., *Curso de Teoría General del Derecho*, Depalma, Bs.As.,
1985.

-*La interpretación literal de la ley*, Abeledo-Perrot, Bs.As., 1994.

CONCEPTO DE DERECHO Y TEXTURA ABIERTA EN LA TEORÍA DE HART

*por Celia Abril**

Resumen: El propósito del presente trabajo es analizar, en primer lugar, las dificultades que surgen al tratar de elucidar las nociones de vaguedad y textura abierta presupuestas en la Teoría de H.L.A.Hart. En segundo lugar, sostendré que, para Hart, la vaguedad es, primordialmente, un rasgo del lenguaje natural que emplea estándares con una relación de designación graduable o sujeta a variación.

Por último, procuraré demostrar que la perspectiva de Hart en relación a cuestiones relativas al concepto de derecho es meta teórica, pues el objeto de sus análisis no es el derecho en sí, sino el método al cual debe abocarse el teórico al intentar formular explicaciones del fenómeno jurídico.

Palabras clave: positivismo convencionalista - lenguaje – significado – estándar semántico - vaguedad – textura abierta – meta teoría - concepto de derecho.

1.- Introducción

En primer lugar, expondré las dificultades que surgen al tratar de elucidar las nociones de vaguedad y textura abierta presupuestas en la Teoría de H.L.A.Hart. Sostendré que el uso que el autor hace de ambos términos es ambigüo, pues hacen referencia a una variedad de problemas diferentes, aunque relacionados.

En segundo lugar, sostendré que, para Hart, la vaguedad es, primordialmente, un rasgo del lenguaje natural que emplea estándares con una relación de designación graduable o sujeta a variación. No es claro si, para

* Profesora adjunta en las asignaturas Introducción al Derecho y Filosofía del Derecho, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNC.

el autor, este rasgo es un problema o una ventaja del lenguaje; con frecuencia alude a la vaguedad como un problema de indeterminación de las proposiciones del derecho. Por el contrario, resulta evidente que para Ronald Dworkin y sus seguidores, la vaguedad o textura abierta es una ventaja, pues consideran que el esclarecimiento de límites borrosos de un concepto es una parte primordial en el proceso de conocimiento del derecho.

Por último, procuraré demostrar que la perspectiva de Hart en relación a cuestiones relativas al concepto de derecho es meta teórica, pues el objeto de sus análisis no es el derecho en sí, sino el método al cual debe abocarse el teórico al intentar formular explicaciones del fenómeno jurídico. En *El Concepto de Derecho*, que motivó grandes debates en el seno de la filosofía jurídica contemporánea, Hart dedica especial atención a la evaluación de las ventajas y desventajas explicativas de los métodos propuestos por distintas teorías del derecho. En tal sentido afirma que, con frecuencia, la cuestión de determinar lo que es derecho ha sido ilustrado como un intento de proporcionar un concepto de derecho. Dicho de otro modo, que al determinar el análisis correcto del concepto de derecho, un jurista determina la naturaleza del derecho. Para tal concepción, responder a la cuestión ¿Qué es derecho? equivale a dar cuenta de lo que está implicado en el concepto de derecho, o bien, a proporcionar el significado del término “derecho”. A su vez, el significado correcto es expresable por medio de un bicondicional analítico que describe el contenido del concepto de derecho.

Hart, en cambio, sostiene que dar el significado del término “derecho” consiste simplemente en señalar instancias claras, ejemplos paradigmáticos de aplicación de dicho término. Ello así porque adhiere explícitamente a la concepción de “significado” de Wittgenstein, según la cual, los términos no pueden ser definidos con exactitud o precisión porque poseen final abierto. En consecuencia, para esta posición, definir equivale a establecer las condiciones para la aplicación de un estándar semántico. La definición de un estándar no necesita ser el resultado de un análisis lógico en términos de condiciones específicas no disyuntivas que sean individualmente necesarias y conjuntamente suficientes. Lo que uno significa está basado en ejemplos o casos paradigmáticos que no producen ese análisis lógico. En tal sentido, las definiciones dependen de ejemplos constitutivos de un estándar de uso que proveen de alguna determinación por exclusión. La tesis de textura abierta o vaguedad es sostenida con el propósito fundamental de demostrar que todo análisis conceptual es relativamente indeterminado y, por ello, resulta insuficiente para acceder a una explica-

ción completa de la naturaleza del derecho¹. El problema central del debate radica en la borrosidad que conlleva la noción misma de vaguedad o textura abierta y que, procuraré describir en lo que sigue.

2.- Vaguedad y Textura Abierta

Si se parte de la hipótesis de que la vaguedad o textura abierta es considerada por Hart un problema, la cuestión que corresponde elucidar es qué tipo de problema constituye. En principio, puede afirmarse que el autor no hace una distinción clara entre vaguedad, ambigüedad y uso analógico del lenguaje. La noción presupuesta por el autor haría referencia a cualquier dificultad en el reconocimiento de ejemplos de términos generales. En tal sentido, sostiene que el uso, ordinario o técnico, de una palabra es “abierto” pues, a veces, alguna de las características relevantes para su aplicación puede estar ausente y, no obstante, usarse lo mismo, dada la presencia de otras propiedades relevantes. Esto es lo que suele denominarse vaguedad combinatoria. También puede ocurrir que los ejemplos de un término general se hallen unidos por analogía, tal como ocurre en el caso, citado por el autor, de la palabra “pie”, usado tanto para hacer referencia al pie de un hombre, como al pie de una montaña. En otros casos, los ejemplos pueden estar unidos por diferentes relaciones con un elemento central, como en los casos de ambigüedad de proceso – producto, en tal sentido Hart menciona el caso del término “saludable”, el cual es usado tanto para aludir a la propiedad de un hombre, como a un signo de su salud, el color de su piel, o a los ejercicios físicos que operan como causa de su estado saludable. Por último, hace referencia a los diversos ejemplos que pueden ser partes diferentes de alguna actividad compleja, en tal sentido cita el caso del término “ferroviario” que puede hacer referencia a un tren, a las líneas, a la estación o a una empresa; este último caso es otro ejemplo de ambigüedad de proceso – producto. (Hart: 1998: 19).

No obstante, para otros autores los problemas mencionados son susceptibles de distinción lógica. En tal sentido, Von Wright distingue las nociones de analogía, ambigüedad y vaguedad. Sostiene que las analogías son intralingüísticas; están basadas en relaciones de afinidad entre significados

¹ En contraposición a esta posición, ver Nicos Stavropoulos quien sostiene que la perspectiva de Hart se halla comprometida con un análisis conceptual que persigue elucidar la comprensión inherente en el uso ordinario del término “derecho” y reflejar las cosas que el término designa, Stavropoulos, Nicos, “Hart’s Semantic”, pg-70.

y no, como la ambigüedad, en accidentes lingüísticos. Cuando establecemos analogías, distinguimos entre significado literal de una palabra y significado analógico o metafórico. De tal modo, la analogía presupone un uso primario de la palabra, con el cual debemos estar familiarizados antes de que podamos comprender y hacer uso de la analogía. Por el contrario, la vaguedad es una característica de los conceptos o significados. Un concepto es vago, según este autor, cuando resulta incierto si alguna cosa puede ser clasificada como cayendo en ese concepto o no y, además, cuando esa incertidumbre no puede ser removida apelando a los hechos del caso ni a la existencia de un criterio de aplicación del concepto. (V.Wright: 1968: 13-15).

Este último sentido de “vaguedad” afecta, según Hart, no sólo a los términos lingüísticos, sino también a las reglas jurídicas cuyas formulaciones lingüísticas incluyen dichos términos. De allí que el autor cuestione la tesis de la teoría tradicional de la función judicial, según la cual, *“los ‘jueces hallan’ y no ‘crean’ el derecho, presentando los fallos como si fueran deducciones ... hechas a partir de reglas... preexistentes, sin que intervenga la elección del juez”* y, continúa afirmando: *“Las reglas jurídicas pueden tener un núcleo central de significado indiscutido. Sin embargo, todas las reglas poseen una penumbra de incertidumbre donde el juez tiene que elegir entre alternativas.”* (Hart: 1998; 15)

La complicación que surge en este punto es que, por un lado, hace hincapié en la cuestión semántica de las diferentes áreas – claridad y penumbra – del significado de un término general contenido en una regla jurídica y, por el otro, a un problema lógico de deducción de consecuencias a partir de ciertas premisas.

En el primer caso, se asume que la vaguedad está asociada a una falta de completitud de las definiciones que hace que las mismas no puedan ser una guía esclarecedora del uso de las palabras en todos los casos. Desde este punto de vista, Hart considera inadecuada la posición clásica, de raigambre aristotélica, que considera las definiciones en términos de condiciones estrictamente necesarias y suficientes. Perspectiva que, según el autor, descansa en el presupuesto dogmático que todo ejemplo de aplicación de un término posee las características señaladas por su definición o criterio de uso. En cambio, el autor atribuye al significado de un término una cualidad dinámica. Sin embargo, es obvio que existen casos marginales tanto en el uso ordinario, como en el técnico, de los términos del lenguaje natural. (Hart: 1998; 18-19).

En el segundo caso, el término vaguedad se aplica a problemas inherentes al razonamiento judicial estructurado conforme a la idea de silogismo aristotélico. La vaguedad hace referencia, en esta oportunidad, a la imposibilidad lógica de inferir consecuencias a partir de ciertas premisas. En este caso el origen de la vaguedad radica en variables que representan términos generales (sub-proposicionales) tales como, siguiendo un ejemplo de Hart, el término “vehículo”. Desde este punto de vista, el problema se exhibe como un problema de lógica de predicados.

Por último, en el seno de la filosofía del lenguaje ordinario fue objeto de debate la cuestión relativa a si la vaguedad es un problema semántico o semiótico. Como sabemos la semántica es una disciplina que analiza la relación entre el signo y su referencia. La semiótica, en cambio, analiza tanto las propiedades de los sistemas de signos que hacen posible la comunicación entre grupos de hablantes, como los defectos o limitaciones que dichos sistemas poseen y que dificultan la comunicación. En tal sentido, C.G.Hempel, siguiendo los argumentos de la teoría general de los signos de C.W.Morris, advierte que el uso de un signo comprende tres factores: el signo mismo, lo que este signo refiere y sus usuarios. Un término estrictamente semiótico es aquel cuya definición debe informar sobre los tres factores aludidos. En contraste, un término semántico es definido dando cuenta de los dos primeros factores, sin consideración a aquellos que usan el signo. Si esto es así, es evidente que Hart se inclina por considerar la cuestión de la vaguedad como una cuestión semiótica.

A su vez, a partir de los análisis de Friedrich Waismann sobre vaguedad, se distinguen dos nociones, a saber: vaguedad y textura abierta. En tal sentido, el autor afirma que un enunciado es vago sólo si es posible la ocurrencia de casos no tipificados, y posee textura abierta cuando es posible que esos casos ocurran. De ese modo, todo enunciado vago tiene textura abierta, pero no viceversa, pues un enunciado no vago puede poseer textura abierta con solo concebir casos que no son típicos y, que nunca hayan ocurrido. Además, considera que la vaguedad puede ser removida por estipulación, pues solamente abarca casos actuales, en cambio, la textura abierta puede ser reducida, pero no totalmente eliminada por estipulación. Ello así porque no podemos de antemano ver todos los casos atípicos que podrían surgir (Williamson: 1994; 90).

Una comprensión adecuada de la obra de Hart no puede ignorar la influencia que en su pensamiento ejercieron algunos filósofos del lenguaje ordinario como Wittgenstein y Waissmann. Al respecto, cabe afirmar que los argumentos fundamentales de Hart heredan la dificultad de compren-

sión propia de los análisis de sus predecesores sobre las nociones de parecido de familia y vaguedad, a los que haré brevemente referencia en lo que sigue.

3.- Bases filosóficas del positivismo convencionalista.

En lo concerniente a las definiciones de términos generales, Hart adhiere explícitamente a la concepción de “significado” de Wittgenstein, según la cual, los términos no pueden ser definidos porque poseen final abierto. De ello se infiere que no hay ninguna conjunción o disyunción finita de condiciones que los definan. En efecto, Wittgenstein, en sus *Investigaciones Filosóficas*, afirma que el lenguaje corriente no satisface el ideal de precisión o exactitud. No obstante, su modelo de semejanzas de familia procura mostrar cómo las palabras pueden, a pesar de poseer una extensión graduable o sujeta a permanente variación, funcionar satisfactoriamente en la comunicación. La expresión “semejanza de familia” hace referencia a la cualidad dinámica que poseen las palabras de variar la extensión de sus aplicaciones a través del tiempo. Según este modelo, el sentido de un término está en permanente desarrollo, lo cual no quiere decir que cambie un significado por otro de tiempo en tiempo (Williamson: 1994; 85).

Cabe aclarar, como lo hace notar Timothy Williamson, que la noción de parecido de familia no conlleva en sí misma vaguedad. Según este autor, Wittgenstein consideró *“erróneo afirmar que todo lenguaje es vago, porque algo es vago sólo si no le alcanza un estándar establecido para el propósito en mano”*. En consecuencia, Wittgenstein no se ocupó del problema de borrosidad o vaguedad implícita en esa cualidad dinámica que atribuye a los términos o expresiones lingüísticas. Sus reflexiones giraron en torno a las nociones de exactitud y precisión (Williamson: 1994; 85-86).

El autor que ejerció mayor influencia en los análisis de Hart sobre textura abierta del lenguaje natural y, la consiguiente clasificación de las instancias de aplicación de términos y/o expresiones en casos claros y casos límite, fue Friedrich Waismann. Dicho autor, asoció la cuestión del significado con el método de verificación. Su propósito fue dar una descripción de la relación entre significado y verificación. Así, afirma que el significado de un enunciado empírico puede identificarse con la clase de experiencia que lo verifica, y un enunciado matemático con la prueba que se requiere para su verdad. En cambio, los enunciados metafísicos, según este autor, carecen de significado porque no poseen ningún método de verificación. En tal contexto de análisis, Waismann no se ocupa centralmente de la noción de vaguedad, sino de la relación que dicha noción tiene con la im-

sibilidad de verificación conclusiva de enunciados empíricos. En efecto, su propósito es remarcar, por un lado, que no hay un número finito de experiencias que, aunque provea de evidencia suficiente para garantizar el enunciado empírico, sea lógicamente suficiente para decidir su verdad o falsedad. Por otro lado, que las experiencias relevantes para la verificación del enunciado, pasadas o futuras, no pueden ser tomadas como algo dado, ignorando los casos en que dichas experiencias dan un giro inesperado, discordante con el significado del enunciado empírico en cuestión. Para esclarecer esta idea Waismann apeló al ejemplo del enunciado “Esto es un gato”, mencionando los casos en que el objeto parecido al gato se esfuma, o crece hasta alcanzar un tamaño enorme, o revive después de muerto. En tales casos nuestra comprensión de “Esto es un gato” no proporciona ningún criterio para decidir entre el enunciado y su negación. Dicho en otros términos, el enunciado no resultaría ni verificado ni falsificado. Concluye diciendo que cuando un enunciado no se sostiene para todos los casos posee textura abierta (Williamson; 1994:89-95)

El propósito de Waismann es usar la noción de textura abierta para mostrar que los enunciados empíricos no pueden ser traducidos a enunciados sobre las experiencias que los verifican. Ello en virtud de que los contenidos de nuestras impresiones sensibles son, en sí mismos, vagos. De igual manera, resultan vagos los contenidos de estados psicológicos tales como creencias, deseos o intenciones. Por todo ello, concluye afirmando que los lenguajes vagos son necesarios para informar sobre nuestras impresiones sensibles, pues, un lenguaje preciso como el de las matemáticas, el cual posee textura cerrada, podría ser totalmente inadecuado para aquél fin. Ello así porque, si el contenido de nuestras impresiones sensibles puede ser tratado como una clase de información, entonces, dicha información puede ser objeto de descripciones diferentes, y aún incompatibles.

En conclusión, el problema de la vaguedad tendría su origen en nuestra incapacidad epistémica de dar una conceptualización completa y precisa del contenido o información proveniente de nuestras impresiones sensibles. Dicho de otro modo, nuestra información perceptual, así como nuestras creencias e intenciones, tendría un contenido vago, por lo cual, sería susceptible de ser expresada a través de descripciones diferentes y, aún, incompatibles. En síntesis, la vaguedad se plantea en la perspectiva de Waismann, por un lado, como un problema inherente a nuestras capacidades cognitivas y, por el otro, como una ventaja del lenguaje natural, pues el uso de lenguaje vago es el único que posibilita la comunicación de conocimiento indeterminado, impreciso o vago proveniente de nuestras limitadas

capacidades naturales. Asimismo, alude a la vaguedad como una cuestión de indefinición de términos, de imprecisión o ausencia de claridad de algunas instancias de aplicación, o de cosas -impresiones, experiencias, representaciones, imágenes, creencias, intenciones- que no tienen una referencia determinada.

Hart heredó este empleo diversificado del término “vaguedad” en su análisis del derecho, pues dicho término es usado para hacer referencia a cuestiones relativas al significado de palabras o expresiones, a la imposibilidad de determinar las intenciones del legislador, o bien a la incapacidad del legislador humano para dar de antemano resoluciones para todos los casos posibles que puedan presentarse en el futuro. También, al igual que Waismann, considera la vaguedad un problema para la resolución judicial de conflictos en ciertas circunstancias y, al mismo tiempo, necesario o deseable que las decisiones legislativas, en ciertos casos, sean deliberadamente “abiertas” o empleen, para su comunicación, lenguaje vago (Hart; 1998: 162).

4.- Indeterminación y concepto de derecho

Por último, como sostuve al comienzo de este trabajo, el propósito de Hart es meta teórico, pues, el objeto de sus análisis no es dar cuenta de la naturaleza del derecho, sino hacer algunas observaciones críticas en relación a los métodos a partir de los cuales algunos teóricos del derecho abordaron sus explicaciones del fenómeno jurídico. En *El Concepto de Derecho*, Hart afirma que, algunas teorías del derecho, por ejemplo la de John Austin, pretenden que proporcionando un concepto de derecho, se logra determinar lo que es derecho. De otro modo, que al determinar el análisis correcto del concepto de derecho, un jurista determina la naturaleza del derecho. Para tales posiciones, cuando el teórico logra proporcionar la definición correcta de “derecho” bajo la forma de un bicondicional analítico que describe el contenido del concepto, da cuenta de lo que está implicado en dicho concepto, o sea, del derecho mismo.

La respuesta de Hart a dichas posiciones surge de su adhesión a la concepción del significado de Wittgenstein. En tal sentido, sostiene que dar el significado del término “derecho” consiste simplemente en señalar instancias claras, ejemplos paradigmáticos de aplicación de dicho término, pues esto es todo lo que puede hacerse con los términos del lenguaje natural, en virtud de que los mismos no pueden ser definidos de un modo totalmente determinado por poseer final abierto. La definición de un término, desde esta perspectiva, no necesita ser el resultado de un análisis lógico en

términos de condiciones específicas individualmente necesarias y conjuntamente suficientes. La designación de una palabra o término general es graduable, pues está en permanente variación. En síntesis, el significado del término “derecho” viene dado por un estándar semántico que guía el uso, el cual está basado en ejemplos o casos paradigmáticos que no producen tal análisis lógico, esto es, no requiere la apelación a relaciones de sinonimia a-priori. Del mismo modo, para Hart, el análisis conceptual tampoco está asociado con cuestiones concernientes a la relación causal entre el término “derecho” y su referente “el derecho”. No trata la cuestión conceptual como un proceso análogo al de descubrimiento en ciencia empírica.

El estándar semántico, o concepto compartido de derecho, establece un núcleo mínimo de significado que guía el uso. Dicho estándar provee de un concepto relativamente indeterminado, pero ello no implica que dicho concepto no sea correcto y completo. Ello así porque, afirma el autor: *“La característica general más destacada del derecho, en todo tiempo y lugar, es que su existencia significa que ciertos tipos de conducta humana no son ya optativos sino obligatorios, en algún sentido”*, pero agrega que la aludida característica no es tan simple como parece, pues, continúa *“.... dentro de la esfera de la conducta no optativa u obligatoria podemos distinguir diversas formas.”* (Hart: 1998: 7-8). Si tal concepto es correcto, como parece serlo, proporciona un núcleo mínimo de significado compartido. Ahora bien, admitir la indeterminación relativa del concepto no impide sostener que es un concepto correcto y completo de “derecho”, aunque no resulte suficiente para explicar la naturaleza del derecho². En efecto, las diferentes formas en que la conducta puede resultar no optativa hacen referencia a los diferentes sentidos en que los filósofos del derecho hacen referencia a “obligación”. En opinión de Hart, el origen de las perplejidades que conllevan los intentos de dar una definición precisa de “derecho”, esto es, los intentos de dar un análisis más determinado que el esbozado en ese núcleo conceptual mínimo, resultan en desacuerdos fundamentales y persistentes sobre la corrección del concepto, y la consiguiente divergencia sobre la naturaleza del derecho. Los desacuerdos teóricos en torno al concepto de derecho, sostiene Hart, versan sobre la clase de relación básica

² En la misma perspectiva, Joseph Raz afirma: “Jurisprudence stipulates that legal systems are systems with a certain structure (including law-making and law-applying authorities). But beyond that, all is contingent.” En *Two Views of The Nature of The Theory of Law. A Partial Comparison*.

que el derecho posee con otros fenómenos sociales – coerción y moral -, o bien, sobre la clase de fundamento que constituye el fundamento correcto del concepto. Las posiciones opuestas que subyacen a tales desacuerdos no son diferencias teóricas triviales, sino posiciones relevantemente diferentes. Tales desacuerdos, en consecuencia, son tan profundos y persistentes que hacen improbable la posibilidad de lograr un consenso. De ello se infiere que dichos desacuerdos no forman parte del concepto de derecho compartido. En síntesis, la indeterminación relativa del núcleo conceptual mínimo aludido, no implica falta de completitud del análisis del concepto. Ello así, porque todo intento de hacer más determinado el análisis produce desacuerdos persistentes y fundamentales acerca del concepto, por lo cual, cabe concluir que tales desacuerdos no forman parte de nuestro concepto compartido.

Hart , en este punto, hace referencia a acuerdos y desacuerdos teóricos, esto es, acuerdos y desacuerdos de personas competentes para articular el criterio de uso correcto del término “derecho”. Por otro lado, los desacuerdos reflejan, explícita o tácitamente, la influencia que en ellos ejercen sus diferentes posiciones sobre el mundo, las cuales redundan en variaciones en sus análisis³. Además, aunque el contenido del concepto es insuficiente, por el grado de vaguedad que posee el análisis, ello no impide que sea suficiente para producir instancias claras de aplicación. En tal sentido, Hart afirma que el “...interminable debate teórico ... contrasta extrañamente con la capacidad de la mayoría de los hombres para citar ejemplos de derecho, con facilidad y confianza...” (Hart: 1998;3). Con ello quiere significar que la identificación confiable de la clase de cosas referida por el concepto no requiere la determinación completa de todos y cada uno de sus rasgos esenciales, sólo requiere una determinación mínima suficiente para distinguir dicha clase, de otras clases de cosas. En otros términos, las definiciones dependen de ejemplos constitutivos de un estándar de uso que proveen de alguna determinación por exclusión.

Hart parece pensar que los desacuerdos entre los diferentes teóricos del derecho son especificaciones de un concepto común relativamente indeterminado de derecho. Ello así, pues las diferentes propuestas teóricas se identifican como análisis del concepto de derecho debido a que comparten

³ Al respecto Brian Leiter sostiene “... there is no such thing as a presuppositionless inquiry, of facts that are ‘theory-free’, and so on.” en *Beyond The Hart/Dworkin Debate: The Methodology Problem in Jurisprudence*.

los rasgos comunes por los cuales sus análisis resultan ser especies del concepto genérico de derecho.

El concepto de derecho subdetermina toda indagación ulterior de la naturaleza del derecho, la cual deberá apelar a métodos suplementarios que incluirán investigación científica o teorización metafísica global⁴. Cualquiera de esos métodos producirá una mayor especificación del concepto de derecho. No obstante, para algunos teóricos, la alternativa a dichos intentos de indagación ulterior será el escepticismo sobre la naturaleza esencial del derecho.

En cuanto a la elección del método suplementario, Hart manifiesta su adhesión al empirismo epistemológico que tiene su origen en Wittgenstein. En tal sentido, no hace referencia al empirismo del escéptico ante las reglas, sino al empirismo como respuesta a la duda del escéptico a propósito de la existencia de las reglas. En efecto, sostiene que el escéptico niega el papel que la práctica del derecho, como fenómeno consistente en el seguimiento de reglas, juega en nuestro sistema de creencias generando certezas que delimitan un ámbito importante de nuestra capacidad reflexiva y crítica para juzgar el comportamiento⁵. Dicha práctica no se puede fundamentar, pero constituye el entramado o estructura básica de nuestra forma “natural” de pensar el derecho.

De ese modo, Hart piensa que la indagación teórica del derecho tiene que partir del análisis de las formas lingüísticas características de la enseñanza, la práctica y la aplicación del derecho. Dicha perspectiva de análisis concilia el punto de vista del teórico con el punto de vista de quienes participan de la práctica del derecho. El análisis del lenguaje normalmente empleado en esa práctica proporciona criterios públicos compartidos que permiten reconocer y determinar las experiencias de quienes han sido educados e informados sobre los hechos típicos que rodean la práctica del derecho (Hart; 1998: 2-3).

⁴ Verónica Rodríguez Blanco en relación a la idea de análisis conceptual no ambicioso, sostiene: “The theorist analyzes concepts but accepts the limitations of conceptual analysis and therefore uses empirical knowledge and substantive arguments to explain, refine, or perhaps refute initial insights provided by intuitions.”, ver *A Defence of Hart’s Semantics as Nonambitious Conceptual Analysis*, *Legal Theory*, 9 (2003), 99-124.

⁵ En esta línea de argumento Susana Badiola sostiene “la insuficiencia de determinadas formas de naturalismo reduccionista, que descartan el tratamiento teórico de ciertos tipos de entidades a las que, de hecho, nos referimos en el lenguaje cotidiano” haciendo referencia a las observaciones de Peter Strawson en *Escepticismo y Naturalismo*, *Introducción*, 2003, pg.21.

En conclusión, la comprensión del fenómeno jurídico no es producto del *conocimiento que tenemos del concepto o significado*, sino de la experiencia de *reconocer ejemplos* o instancias particulares como pertenecientes a cierta clase de carácter general. Sin embargo, admitir esta capacidad humana de reconocer particulares como casos diferentes de una clase idéntica no implica que la clase exista. Dicho de otro modo, no es la aprehensión del significado o concepto lo que guía al miembro de una comunidad lingüística en la aplicación de las expresiones, sino el acuerdo común en la práctica. (Strawson; 2003 : 140-48)

BIBLIOGRAFÍA:

- Hart, H.L.A.,(1977), El Concepto de Derecho, Abeledo Perrot.
- (1977) “American Jurisprudence Through English Eyes: the Nightmare and the Noble Dream”, Georgia Law Review, Vol. 11, n°5.
- (1994) “Postscript”, The Concept of Law, Clarendon Press, Oxford, pgs.238-76.
- Leiter, Brian (2003), “Beyond The Hart/Dworkin Debate: The Methodology Problem in Jurisprudence”, Simposio: Has Law Moral Foundations?, American Journal of Jurisprudence.
- Moser, Paul (1993), Philosophy After Objectivity, Oxford Univ.Press, Oxford.
- Raz, Joseph (2001), “Two Views of The Nature of The Theory of Law. A Partial Comparison”, Hart’s Poscript. Essays on The Poscript to “The Concept of Law”, Ed. Jules L.Coleman, Oxford University Press, ps.1-37.
- Rodriguez Blanco, Verónica(2003), “A Defence of Hart’s Semantics as Nonambitious Conceptual Análisis”, Legal Theory, 9, 99-124.
- Stavropoulos, Nicos (2001), “Hart’s Semantics, Hart’s Poscript. Essays on The Poscript to “The Concept of Law”, Ed. Jules L.Coleman, Oxford University Press, ps.59-98.
- Strawson, Peter F.(2003) Escepticismo y Naturalismo, Machado Libros, Madrid.
- Von Wright, G.Henrik (1968), The Varieties of Goodness, Routledge & Kegan Paul, New York, pps. 13-15.
- Williamson, Timothy (1994), Vagueness, British Library, London.
- (1999), “Schiffer On The Epistemic of Vagueness”, en Philosophical Perspectives 13, 1999: 505-517.

LOS TRABAJOS Y LOS DÍAS EL NACIMIENTO DE LA LEGISLACIÓN LABORAL ARGENTINA.

por Marcela Aspell¹

Resumen: La investigación titulada *Los trabajos y los días El nacimiento de la legislación laboral argentina* analiza las circunstancias históricas que rodearon, en el tránsito de la primera mitad del siglo XIX, el nacimiento del derecho del trabajo argentino estudiando su recorrido desde los tiempos castellano indiano que perduran su influencia más allá de la emancipación. Se han consultado los fondos documentales existentes en diversos archivos tales como el Archivo General de la Nación, Archivos policiales, archivos particulares, prensa y literatura de la época que permiten arrojar una esclarecedora luz sobre esta primera legislación formativa del Derecho Patrio del Trabajo tipificada por una carencia absoluta de una reglamentación orgánica sobre la materia “trabajo”, donde no se legisla sobre el trabajo, sino que se dictan leyes y decretos aislados para determinados trabajadores o mejor aún, para determinados oficios. Con esta excepción, la legislación sobre la materia laboral carece de autonomía y de una regulación propiamente dicha, se la encuentra en normas policiales, militares, civiles y comerciales, estatutos de administración pública, reglamentaciones aduaneras y fiscales, etc. Es recién, a partir del año de 1821, al comenzar a exigirse la redacción por escrito de los contratos de trabajo -y la espontánea acogida que logró entre trabajadores y patronos- con la crecida multiplicación de las papeletas de *conchabo*, que comenzó a insinuarse las primeras características propias en la muy dispersa legislación patria sobre el tema. En este escenario, el cuadro social que hereda la Revolución, a poco de andar, impone a la legislación sobre el tema, matices propios, acentúa quizá el rigor de la represión, pero asimismo existían circunstancias precisas que inexcusable-

¹ 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 Universidad Nacional de Córdoba. Investigador Conicet.

mente imponían su peso: las necesidades de la guerra por la independencia, la remonta de los ejército, la enorme fluidez de la mano de obra decimonónica, que abandonaba su trabajo, amparada en la seguridad de hallar fácilmente otro empleo, los comparativamente altos salarios, o el accesible costo de vida, la multiplicación de los días feriados, la frecuente inmovilización de los brazos útiles que imponían los conflictos bélicos, el escaso éxito de los planes de colonización, conjuntamente determinaron los caracteres económico-sociales del escenario donde actuaría la clase trabajadora de comienzos del XIX. Muy lentamente va desapareciendo el matiz represor en la legislación de los grupos marginales a lo largo que avanzan los tiempos patrios y se transforman también, las condiciones políticas, económicas y sociales, y esta primera necesidad de regular compulsivamente las formas del trabajo para obligar al ocioso a ocuparse, se transforma, luego, en el imperativo de ordenar armónicamente las fuerzas de producción, orientadas para el logro de las políticas que se propusieron los gobiernos del siglo XIX.

Palabras Clave: Derecho del Trabajo-Siglo XIX-Regulación.

Introducción

Nacida de una oscura matriz donde se gestaron primero regulaciones penales y militares, la legislación laboral vio la luz a través de la guía, tutela y amparo de estas normativas y bajo su égida se vaciaría en los primeros moldes fundidos por las necesidades de un Estado tan débil, joven e impreciso como ella misma.

Los azares de la guerra por la independencia política, a los que pronto se sumarían las disensiones intestinas -mantenidas por las lanzas montoneras y los enfrentamientos partidarios- distrajeron la atención de los gobiernos, obligaron a torcer el curso de los empréstitos y adecuarlos a los objetivos de la administración pública, en pro de la seguridad política del Estado.

Mantener a los poderes institucionales en los límites de los cuadros de sus facultades y atribuciones respectivos, resultaba tarea ardua en la pequeña ciudad que había surgido del geométrico damero que trazara Juan de Garay, tan ardua quizá como la organización de la vida y trabajo de sus habitantes.

Hábitos contumaces de antigua tradición hispánica teñían el delantal del artesano con tintes deshonorosos, que ni aún el empeño real había conseguido disolver, y, esta antigua repugnancia al esfuerzo físico continuaba en la Gran Aldea, abonada por la feracidad de sus contornos, que ahorraban a sus habitantes de la preocupación por sobrevivir.

La prodigiosa multiplicación de los primeros ganados traídos por Don Pedro de Mendoza en 1536 o desde Asunción en los años sucesivos, y

que corría libre y cimarrón, bastaba para asegurar el mínimo sustento, y para “*los vicios*”, un esporádico empleo alcanzaba a proveerlos, cuando no, la buena suerte en tabernas y pulperías.

La misma pampa, en sus anchísimas praderas invitaba a la soledad, reñía al trabajador con las ataduras de la dependencia laboral. La abundancia de la tierra conspiraba incluso, contra el desarrollo industrial del país, lo convertía en una feliz Arcadía de pastores, que cuidaban sus rebaños.

La planicie, en su bucólico conjunto privaba a sus habitantes de todo enfrentamiento natural. La pampa no se gibaba en cumbres, no se despeñaba ni se erguía, ningún accidente rompía la monotonía del paisaje. La tierra era redonda, infinita, como infinitos eran sus recursos, el mismo río era infinito, benigno el clima.

Aquella estrechez peninsular que medía por centímetros el suelo, que albergaba ganados en estrechos establos a costa de las privaciones de pastores y labradores se disolvía en América. Hábitos de ahorro, de angustias transferidas de generación en generación, secretos para sobrevivir en el terruño castellano se olvidaban en el esplendor de las cosechas que brotaban mágicas de una tierra jamás roturada.

Las tareas agrícola-ganaderas

La importancia de las tareas agrícola-ganaderas, consideradas como la fuente más lucrativa y honrosa a la que podían aspirar los capitalistas del Buenos Aires de esta primera mitad del siglo XIX, hizo que se multiplicaran los esfuerzos para acceder a la pujante clase social de los propietarios rurales.

La vocación del estanciero, dormida en el alma de todo argentino², adquiría contornos definidos en una ciudad “*en la que todo está recordando al campo próximo*”³.

Este campo que se “*metía*” en las calles de la Gran Aldea, convertía cualquier ocupación en “una actividad transitoria, una vía para acercarse a la estancia, meta final que todos ambicionan”⁴.

La extensa y feraz campaña que rodeaba a la diminuta Buenos Aires, constituía una tentación demasiado seductora, que no pudieron resistir co-

² Ramón J. Cárcano, *Mis primeros ochenta años*. Buenos Aires, 1934, p. 124.

³ José María Mariluz Urquijo, *Notas sobre el empresariado industrial en Buenos Aires (1810-1835)*, Historia núm. 35. Buenos Aires, 1964, p. 35.

⁴ *Ibidem*.

merciantes, industriales, pequeños artesanos y hasta profesionales radicados en la ciudad.

La atracción del campo, los privilegios y la consideración social que rodeaba al “*hacendado*”, fueron motivos suficientes para que aquellos abandonaran sus actividades, una vez reunido el capital que les permitiera adquirir los palmos de tierra suficientes para explotar la “*estancia*”, palabra mágica, que resumía la máxima aspiración de los vecinos de la pacífica aldea del Plata, la llave que abriría por fin el cofre de aquellas fantásticas riquezas en pos de la cual habían llegado a estas playas aventureros y conquistadores.

Pero las faenas rurales imponían precisos ritmos a los productores. La división del trabajo respondía entretanto a una sencilla administración que se resumía en la presencia del capataz y sus peones todo el personal necesario para la buena marcha del trabajo, trabajo que se potenciaba en los tiempos de cosechas y yerra.

Pero leamos a Beaumont y su colorida descripción de las faenas rurales que se llevaban a cabo en las pampas rioplatenses:

“En cada estancia hay un capataz que tiene bajo sus órdenes algunos peones, uno por cada mil cabezas de ganado aproximadamente. Los trabajos de la estancia consisten en pastorear el ganado de vez en cuando, con los perros, y en reunirlo en un sitio, que se llama el rodeo, donde los mantienen por un tiempo y después lo dejan dispersarse. Esto se hace para acostumar al ganado a mantenerse reunido y para quitarle la tendencia a caminar y extraviarse. En otras ocasiones se ocupan de marcar el ganado con la marca del establecimiento; en castrar potrillos y toros jóvenes, en domar potros, y, en invierno y primavera en faenar ganado para sacarle el cuero y hacer sebo y charque”⁵.

En sus crónicas y relatos, los viajeros destacaron la habilidad de los peones rurales en el manejo de los animales de la estancia pampeana, su destreza en la doma y en el uso del lazo y las boleadoras merecieron particular atención.

Relata Gillespie

“Algunos lindos potros se agarraron con bolas, semejantes en principio pero mucho más fuertes que las usadas contra los avestruces que se tiran cuando se está bastante cerca y enredan las patas del animal, que

⁵ J.A.B. Beaumont: “*Viajes por Buenos Aires, Entre Ríos y la Banda Oriental (1826-1827)*”. Cap. IX pág. 285. Librería Hachette S.A. Buenos Aires, 1957

*tratando de librarse se ata más, y por fin cae, y queda a merced del jinete que, sin temor, instantáneamente, lo embrida y monta. Pronto se doma, cabalgando alrededor de una circunferencia señalada hasta que se cansa y así es sometido a la silla”.*⁶

William Mac Cann evocaba, por su parte, haber presenciado una doma, en la que el domador: “*eligió el potro que le pareció mejor y lo enlazó con tanta precisión que dio con el animal en el suelo. Luego le puso el bocado, consistente en una simple tira de cuero que se ajusta bien a la boca del caballo en la quijada y se sostiene con un bozal. Una vez que pusieron el recado al potro, lo hicieron levantar y el jinete montó. Al principio el animal se tuvo quieto, temblante y vacilante, pero en cuanto sintió las espuelas echó a correr precipitadamente por el campo con asombrosa rapidez hasta perderse de vista. No tardó, sin embargo, en volver cubierto de sudor y de espuma y en apariencia vencido*”⁷.

Las actividades rurales aquilataron pues su importancia en una economía donde ganaba espacio la producción ganadera, en tanto el desarrollo de la agricultura era aún incipiente, en establecimientos carentes de alambrados, y provistos a lo sumo de cercos rústicos, en una pampa infinita, donde patronos, peones y esclavos compartían códigos de vida común, y espacios sin mayores enfrentamientos y donde, también, como veremos, dejaron su huella las consecuencias sociales de los aprestos militares que impuso el mantenimiento de los ejércitos de línea, las luchas civiles y la guerra de frontera con el indio.

“*Las fortunas se han logrado con la organización y manejo de las estancias*”, confesaba “*Un Inglés*” en la tercera década del siglo XIX⁸.

Pero la pampa imponía inexorable sus propias leyes. Su vasto contorno, que no conocía límites al igual que la prodigiosa multiplicación de los primeros ganados traídos por don Pedro de Mendoza en 1536 o desde Asunción en los años sucesivos, determinaría su propia impronta: la tendencia al despilfarro y la ruptura de los tradicionales hábitos y conceptos europeos. “*Se perdió en el Nuevo Mundo, el sentido del ahorro adquirido en siglos de paciente aprendizaje*”⁹.

⁶ Alejandro Gillespie: Buenos Aires y el Interior. Observaciones reunidas durante su larga residencia 1806-1807. Buenos Aires, La Cultura Argentina, 1921, pag 125.

⁷ William Mac Cann: “*Viaje a caballo por las provincias argentinas*”. Cap. VII, pág. 119. Ed. del Solar Hachette. Biblioteca Dimensión Argentina. Buenos Aires, 1969

⁸ *Un Inglés Cinco Años en Buenos Aires, (1820-1825)* Buenos Aires, 1962,

⁹ María Sáenz Quesada, *Los estancieros*, cap. I, p. 17. Buenos Aires, 1980.

Sin embargo, la tierra exigía cuidados, dedicación, esmero. Exigía fundamentalmente brazos que la trabajaran, que la amasaran, que extrajeran de sus duros terrones el renovado milagro de la cosecha.

Ello planteó -casi dramáticamente- la cuestión del efectivo empleo de los trabajadores del campo, la necesidad de afincarlos a un establecimiento, impidiendo la ociosidad de los vagos que pululaban por la campaña, trabajando, cuando más, sólo esporádicamente, amparados en la generosidad de sus pobladores y en la gran abundancia de medios para sobrevivir sin mayor esfuerzo.

En 1821, un preocupado “*Hijo de Buenos Aires*”, que decía vivir a cuatro leguas de la ciudad, planteó sin disimulos la cuestión. Afirmaba en *El Argos* del 25 de junio, que la feracidad de la campaña era indudable, en tanto conspiraban contra esta fácil y pronta riqueza la falta de peones suficientes para atenderla debidamente¹⁰.

Y un largo memorial, de inacabables agravios, trataba a continuación sobre la personalidad y grado de laboriosidad de estos trabajadores:

“...porque lleva sobre sí un peso tamaño de vicios y de delitos, puede correr no sólo nuestra provincia sino transportarse a otra misma, al mismo tiempo que un honrado negociante... por consiguiente deja impune su delito con más facilidad que ninguno... Un peón no se halla sujeto a las leyes domésticas y su carácter no le hace miembro de una familia, a la que por sus ejercicios ha vendido sus acciones... Son los peones de ordinario altaneros, insubistentes en sus trabajos y gozan de la perjudicialísima licencia de abandonar sin motivo justo una casa. La ley concede al padre de familia el derecho de corregir las malas acciones de sus hijos y criados... pero no hay ley que conceda al hombre de campo otro igual o equivalente derecho sobre sus asalariados”¹¹.

Y concluía alertando:

“Un pacífico labrador o hacendado se ve en la necesidad de introducir en su casa en clase de peón a un famoso ladrón o a un hombre inmoral y se ve expuesto de un momento a otro a sufrir la triste alternativa de que su casa, hasta entonces el asilo de la virtud, se convierta en el teatro donde se cometen tan feos crímenes o donde se persiguen a sus ejecutores”¹².

A la hora de las culpas, planteaba responsabilidades tanto para los jueces de hermandad a quienes -juzgaba- “*les falta poder*”, como para el

¹⁰ *El Argos*, 25 de junio de 1821.

¹¹ *Ibidem*.

¹² *Ibidem*.

legislador, quien había callado sobre el problema, y la organización policial de la campaña, que no controlaba debidamente los movimientos de vecinos y transeúntes.

El articulista estaba desnudando ante los ojos del público lector una circunstancia que, necesariamente, no debía escaparse a los vecinos de la ciudad del Plata: la endeblez del sistema legislativo y judicial

La crónica reiteración de los Bandos de Gobierno reprimiendo la constante presencia del “vago y malentretido” habla a las claras de su escasa efectividad, circunstancia robustecida por la amplitud de las jurisdicciones a custodiar y la patética falta de medios para la actuación de las “justicias”, sistemáticamente denunciada por ellas mismas a lo largo de esta primera mitad del siglo XIX.

Despotricaba luego, sobre los crecidos salarios que imponía el propio peón con su infrecuencia en el trabajo:

*“Un peón libremente puede pedir 20, 40 o más pesos como compensación por su trabajo, mientras los peones y aún los oficiales del artesanado y la industria porteñas deben atenerse rigurosamente a lo ya establecido por la costumbre”*¹³

y el crecido consumo de los “vicios”:

*“No escandaliza, Señor Argos, que un peón, un hombre sin familia, una persona corrompida, consuma en las cosechas de trigo, en mantención, yerba mate, su salario y 20, y aún 30 reales diarios y que las autoridades toleren este perjuicio público y permitan se fomente, por esta razón la embriaguez, el juego y tantos otros vicios detestables”*¹⁴.

Para paliar la situación aconsejaba como remedio a tantos males, el matrimonio de los peones rurales, en cuya virtud, confiaba, cesarían las insolencias, rapiñas, ebriedad, asesinatos y holganzas que reinaban en “descampado”.

Y como si las bondades de Juno fueran insuficientes, para corregir tanto desaguisado atribuido a los peones rurales, o la celebración de las nupcias no se consumara con la frecuencia que el articulista esperaba, ahí mismo, el verborrágico “Hijo de Buenos Aires”, no vaciló en acusar a las autoridades de mantener políticas donde el celibato se prolongaba demasiado tiempo, de suerte tal que mínimamente “la vigésima parte de los peones resultaba casado”.

¹³ *Ibidem.*

¹⁴ *Ibidem.*

Sin embargo el problema estaba lejos de encontrar solución: Conspiraban para ello la relativamente baja proporción de mujeres que habitaban los medios rurales y la “*presencia de un mercado de mujeres matrimoniales estrecho y oligopólico*” matiz al que se sumaba las propias dificultades de los asalariados rurales para conformar un pequeño capital que les permitiera ingresar a la clase del campesinado y obtener los medios que le permitieran la constitución y el sostenimiento de sus familias.

Sin apelar a las razones o sinrazones expuestas en El Argos, el clamor condenatorio de la enorme fluidez de la mano de obra, que particularmente afectaba a las labores agrícola-ganaderas, los temores de la pérdida de las cosechas, que periódicamente obligaban a remozar el viejo recurso indiano de reclutar vagos, presos, e incluso distraer operarios urbanos, con menoscabo de la industria, fueron argumentos de peso que no desdeñó considerar Rivadavia, cuando se gestaba su proyecto de contratación de peones rurales¹⁵.

Pero las cosechas soportaron una y otra vez la renovada expectativa de su propia pérdida. Peones y jornaleros se resistían a abandonar las delicias del ocio que amparaban las pulperías y las canchas de juego, desesperando a las autoridades que no vacilaron en echar mano al viejo recurso del reclutamiento forzoso de vagos, presos y hasta operarios urbanos empleados en otros trabajos, para volcarlos a las tareas de la siega.

Sin embargo, estas transferencias compulsivas de mano de obra en la que los gobernantes hispánicos habían hallado el remedio para salvar la cosecha, no tardaron en la época independiente en encontrar obstáculos porque conspiraban contra la libertad de trabajo como contra la especialización que buscaba la pequeña ciudad.

Así en 1815, se negó el Gobierno a recurrir al remozado expediente argumentando el respeto que inspiraban “*las particulares inclinaciones*” de los trabajadores.¹⁶

La oposición encontraba empero argumentos más sólidos en la desprotección que significaba para las industrias afectadas el privarles, en determinada época del año de los brazos ocupados en su aliento para favorecer otras áreas de la producción.

¹⁵ Véase la exposición de motivos que antecede a la ley del 17 de julio de 1823, en Aurelio Prado y Rojas, *Leyes y Decretos promulgados en la provincia de Buenos Aires desde 1810 a 1876, recopilados y concordados por...*, t. II, núm. 690, p. 413.

¹⁶ El Mensajero Argentino. 19 de diciembre de 1826 citado por José María Urquijo en “La mano de obra en la industria porteña 1810-1835” en *Boletín de la Academia Nacional de la Historia* T. XXXIII, Segunda Sección, pág. 620. Buenos Aires, 1962.

Una mano de obra diversificada, es la solución que en la época propiciaba Beaumont:

“...Y si tienen manos hábiles para más de una industria, tanto mejor...”¹⁷ razonaba, cuando meditaba sobre las cualidades que debían reunir los trabajadores que decidieran embarcarse para estas playas.

Pero, más allá de los empeños de ministros de estado, artesanos e industriales, una serie de contradanzas guiaba pertinaz e inapelable, la estrella de aquellos que vivían por sus manos.

La guerra trocó, por ejemplo, decisivamente, el destino de la clase trabajadora. Vagos y *malentretenidos* alimentaron hasta la saciedad los batallones remontados para la lucha contra el español y el indio. Los esclavos siguieron también este rumbo y marcharon en la infantería de combate con aquella misma resignación y tenacidad con la que se habían volcado a estas tierras las grandes razas del mundo en los formidables encuentros de los siglos XV XVI.

La condición de los trabajadores

Exceso de vagos, *malentretenidos* y desempleados y falta de trabajadores, fue la contradicción que mantuvo prácticamente todo el siglo XIX, y que lograba su explicación en la idiosincrasia de los habitantes y en la abundancia de medios para sobrevivir sin trabajar.

Esta falta de trabajadores, convencía a Mac Cann que el país atravesaba por una faz “*pastoril*”, superado el primer estadio de la “*caza*”, pero sin alcanzar todavía las etapas de la “*agricultura*” y el “*comercio*”, en las cuales subdividía los afanes del desarrollo del progreso social. Y diagnosticaba:

“*Al presente no hay muy buenas perspectivas para la industria en el país por falta de trabajadores que permitan al capitalista llevar adelante un plan sostenido de operaciones en gran escala*”.¹⁸

Algunos documentos, exhumados de los archivos, nos ilustran sobradamente sobre el tema:

En los albores de la Revolución lo anunciaba Salvador Alberdi, diputado consular por Tucumán, al Consulado de Buenos Aires, imponiéndole el resultado negativo de las gestiones que llevara a cabo, cumpliendo el encargo de las autoridades porteñas, para lograr el envío de cien trabajadores, que se desempeñarían en las obras del muelle de la ciudad, pese a la

¹⁷ J.A.B. Beaumont: op. Cit. Cap. IX pág. 285.

¹⁸ William Mac Cann: op.cit Cap. VII, pág. 119.

lúcida oferta de un salario mensual de ocho pesos y ración de pan, carne y yerba.¹⁹

Razonaba el Comisionado:

*“...tengo por imposible o al menos por muy difícil el envío, en atención a la condición voluble y desidiosa de esta gente, a que se agrega el detalle que tienen hecho aquí de que ninguno se ha de sujetar a trabajo pactado sin que exija primero 3 meses de sueldo por adelantado, cuyo préstamo... muy pocos cumplirán...”*²⁰

retornando, en el consejo que se permitía proporcionar al Prior Consular, la antigua práctica de la recogida de vagos:

“De esta gente hay mucha que pasa la vida en juegos, rapiñas y otros entretenimientos viciosos impunes de todo castigo, por las dificultades que embarazan su remisión a presidios y con superior permiso que puede obtener V.S. los jueces de esta campaña con mucha facilidad pueden hacer una recogida considerable de ellos y el Cabildo, para bien de la sociedad y de los hacendados, encargarse de su envío en las tropas de carretas, con custodia que pueda costearse de los jornales que rinda el trabajo de estos mismos en prorrata, cuya propuesta siempre que se verifique, producirá los efectos siempre favorables para limpiar a los campos de esta ciudad de una porción de holgazanes viciosos, extremadamente perjudiciales a los hacendados y otros pudientes y trasladarlos de estos mismos a otra parte, haciéndolos útiles al estado y a ellos mismos, dándoles ocupación lucrativa y honesta”.²¹

Lo dijo, 8 años más tarde, el General San Martín, en un oficio dirigido al Cabildo de Mendoza, informando que en la fábrica de pólvora establecida en la ciudad:

*“...no pueden emprenderse las labores por absoluta falta de brazos que la activen. Se han tocado varios arbitrios para tener peones pero han sido infructuosos”*²²

encomendando efectuara la institución “una derrama entre los vecinos” para cubrir 20 vacantes, premiadas “con salario ventajoso y la excepción de enganche para las armas”.²³

¹⁹ Archivo General de la Nación. (en adelante A.G.N.) Sala IX, C 4 A 6 N° 4 Fs. 57.

²⁰ Ídem.

²¹ Ídem.

²² Oficio del Gobernador Intendente de Cuyo General José de San Martín al Cabildo de Mendoza del 9 de enero de 1816 en Comisión Nacional del Centenario. Documentos del Archivo de San Martín. T. V, pág. 151. Buenos Aires, 1910.

²³ Ídem.

Por su parte, el Juez de Paz de San Pedro informaba a Rosas en 1832 que tan grande era la población de “vagos y malentretidos” que albergaba aquellos parajes, que cabalgaduras y escoltas resultaban insuficientes para poder apresarlos, custodiarlos y remitirlos al servicio de las armas:

“...y por la escasez arriba expuesta, el que firma no ha tomado las medidas que debe, a más que si V.E. tiene a bien puede ordenar que para cualquier día venga una cañonera o buque que los conduzca, creyendo el que firma, medida más a propósito y menos fácil para la deserción”.²⁴

La situación se mantuvo prácticamente sin variantes. Promediando ya esta primera mitad del siglo, el Juez de Paz del Pilar decía que por todos los medios posibles había tratado de cumplir la orden del Gobierno de incrementar “fatigas y esfuerzos” para perseguir a los vagos

“...Pero V.E. no conoce que este partido tiene 250 leguas y sólo 6 hombres que no pueden cumplir su cometido por la insuficiencia de armas para cumplir”.²⁵

en tanto su colega de Azul, tan desesperanzado e impotente como el anterior notificaba en 1849 que:

“...en la última invasión de Cafulcuré, parte de los indios de Catriel y Cahuel se juntaron a la indiada del primero, robando y matando a la par de ellos y esta convicción da lugar a la emigración de un número de vecinos y jornaleros a otros partidos”²⁶ provocando la diáspora de los vecinos y el consiguiente aumento de los vagos, ociosos y malentretidos y delincuentes, cuya impune presencia se veía obligado a tolerar para no arriesgar desventajosamente la suerte de su escasa guarnición.

“No hay un número suficiente de soldados que inspire miedo a la tropa”.²⁷

Concluía.

El oficio, destaca, de este modo, la inevitable consecuencia que trajo aparejada la precariedad de los mecanismos de defensa y control social.

Poblaciones de frontera, convertidas en tierras de nadie, donde la ley se reducía al peso de los intrépidos fueron el duro precio que oblabaron con su fortuna, su sosiego y hasta con su vida los colonos afincados en los épicos deslindes del “desierto”.

²⁴ A.G.N. Sala X 21-7-4.

²⁵ A.G.N. Sala X 29-4-10.

²⁶ A.G.N. Sala X 29-4-10.

²⁷ A.G.N. Sala X 29-4-10.

La guerra impuso a su vez su propia impronta en el florecimiento de nuevas artes e industrias necesarias para el suministro de los avíos y pertrechos bélicos.

Obligó a la mujer a escapar de los límites impuestos por la placidez de las tareas domésticas y reemplazar la mano masculina que marchaba al combate.

El servicio doméstico, los trabajos directamente vinculados a las faenas hogareñas, o los que por su peculiar naturaleza se ejercían en dicho ámbito, trastocaron, lenta pero inexorablemente el exclusivo y excluyente desempeño femenino, para compartirse con los afanes de una producción económica que interesaba al Estado.

Desde el pintoresquismo de las fugaces “*pobres lecheras*”, cuya presencia conmovía al curioso Berutti, obligadas a efectuar el reparto por las calles de la ciudad en virtud de la ausencia de los jóvenes, a quienes se habían llevado los reclutamientos militares²⁸, el florecimiento de las costureras que abastecieron, con sus menudas puntadas, de uniformes a todo el ejército, los afanes de las curtidoras, talabarteras y tintoreras que encararon la confección de arneses, correas, arcos, curtiendo, cortando y aderezando los cueros y las labores de las primorosas tejedoras de ponchos y mantas, refugiadas en la policromía de sus lanzaderas, las manos femeninas llegaron, incluso a alcanzar la codiciada gracia de una formación industrial, cuyo aprendizaje comenzaron a dispensar, si bien aisladamente, talleres y fábricas de Buenos Aires.

La educación y adiestramiento de la mujer en tareas propias de su sexo, útiles a la sociedad, comenzó a vislumbrarse como una necesidad básica para el progreso social y felicidad de la Nación.

Fue uno de los motivos, si no el principal, que impulsó la luminosa creación de la Sociedad de Beneficencia, su sostenimiento y aliento, como también el de los establecimientos que dependieron de ella.

²⁸ Juan Manuel Berutti: “*Memorias curiosas de los sujetos que han sido gobernadores y virreyes de las provincias del Río de la Plata: como de los señores Alcaldes Ordinarios de 1º y 2º voto y Síndicos Procuradores del Ilustrísimo Cabildo de Buenos Aires desde el año de 1717 hasta este de 1789 en que saqué copia de este un manuscrito original que me prestó un amigo y yo Juan Manuel Berutti lo sigo este presente año de 1790, aumentándole otras noticias más que ocurran dignas de notarse.* En Senado de la Nación. Biblioteca de Mayo. Colección de Obras y Documentos para la Historia Argentina. T. IV Diarios y Crónicas. Buenos Aires, 1960.

La prensa de la época, voceó hasta el hartazgo el descubrimiento de la mujer que escapaba de las armonías de las nanas de Palestrina y el sortilegio de sus agujas para sumarse con animoso empeño, educada y hábil a las tareas de producción.

Así, el 2 de febrero de 1823, *“El Centinela”*, confiaba a sus lectores su secreta esperanza que los esfuerzos de la Sociedad de Beneficencia permitieran:

“...el encuentro en nuestro suelo de muchas Aspacias, que como la de Atenas, admiren menos por su hermosura que por su elocuencia y por las gracias y delicadezas de su espíritu”.³⁰

El adiestramiento de niños y jóvenes en los secretos de la producción industrial fue encarado, por los gobiernos patrios, bajo diversos matices que encontraron su formulación más completa en la ley del 16 de noviembre de 1821, que regulaba por vez primera en el país los pormenores del aprendizaje industrial.

Conscientes del potencial poderío que representaban los brazos de los jóvenes, a quienes todavía su escasa edad dispensaba del servicio militar, y quienes, por otra parte, representaban una posibilidad nada desdeñable de nutrir inmediatamente los despojados talleres, los industriales acogieron con entusiasmo la medida, actitud que compartieron padres y tutores, multiplicándose de este modo los contratos de aprendizaje en los Protocolos Notariales de la ciudad y también en los “policiales”, como veremos a continuación.

La contratación de los trabajadores

Esta consideración de los rasgos generales que matizaron el origen de la legislación laboral en la época independiente nos lleva, sin ambages al análisis de una práctica que se refugió en las Comisarías de Buenos Aires y que consistía en el registro, “protocolización”, o toma de razón de los contratos de trabajo celebrados en el país e incluso en el extranjero, por los cuales, operarios de la más diversa índole contrataban sus servicios a capitalistas radicados en nuestro territorio.

Los contratos se agrupan en series de tomos, bajo la común denominación de *“Registros”*.³¹

³⁰ El Centinela N° 27 del 2 de febrero de 1823. En Senado de la Nación. Biblioteca de Mayo. Cit. T. IX, pág. 8348.

³¹ Policía Federal Argentina. Centro de Documentación Histórica de la Policía Federal. Registros de Contratos, s/n 1834-1844, 1844-1854.

Los Registros son volúmenes encuadernados en cuero, de diversos tamaños, que se conservan hoy muy deteriorados y que registran bajo numeración sucesiva la más curiosa y heterogénea serie de contratos de trabajo de la época. Los Registros encontrados oscilan entre los años 1834 a 1848 y aparecen allí, numerados por orden cronológico:

Contratos de aprendizaje de oficiales con maestros artesanos; de trabajadores rurales para áreas de huertas, quintas y chacras vecinas a la ciudad; de trabajadores extranjeros; de actores, músicos, ilusionistas, titiriteros, gimnastas, domadores de caballo, artistas circenses, volatineros, acróbatas, etc.

La exigencia de la contratación por escrito se había establecido por juegos de leyes sucesivas para los aprendices (ley del 17 de noviembre de 1821), peones de campo (17 de julio de 1823), marineros (25 de enero de 1834), lancheros (7 de abril de 1834), peones de corrales abastecedores y troperos (7 de noviembre de 1834) y trabajadores extranjeros (leyes del 7 de diciembre de 1822, 3 de junio de 1823 y 13 de abril de 1824).

Ninguna de estas leyes disponía empero, la “*protocolización*” del contrato de trabajo, como lo encontramos asentado en estos Registros que transcriben literalmente los convenios laborales, apuntando, en los de formulación más sencilla sus cláusulas principales.

La intervención de la policía, conforme estaba regulada en la letra de las leyes que disponían la contratación por escrito de los trabajadores se reducía al “*encargo*” del cumplimiento de sus mandas *como lo encomendaba la ley de aprendices de artes y fábricas*³², la “*autorización*” de las contrataciones que imponía la ley que reglamentaba la contratación de peones de campo³³, en tanto el visado y registro de las contrataciones y papeletas de los marineros y lancheros del puerto se reservó a la Comandancia de Matrículas³⁴, mientras que los abastecedores, troperos, peones corraleros y acarreadores de ganado quedaban matriculados en los registros que llevaban los jueces de mercado³⁵.

Por su parte, un armónico juego de tres leyes reglamentaba el trabajo de los operarios extranjeros.

³² Leyes y Decretos promulgados en la Provincia de Buenos Aires desde 1810 a 1876 recopilados y concordados por Aurelio Prado y Rojas. T. II, N° 507, pág. 194. Buenos Aires. Imprenta del Mercurio, 1877.

³³ Ídem, N° 696 bis, pág. 413. Ídem, N° 696 bis, pág. 413.

³⁴ Ídem, T. IV, N° 1241, pág. 109 y N° 1285 bis, pág. 149.

³⁵ Ídem, N° 1285 bis, pág. 149.

El 7 de diciembre de 1822 un decreto que llevaba la firma de Martín Rodríguez y Bernardino Rivadavia eximía -respondiendo a los reclamos de “capitalistas”, industriales y hacendados- de las obligaciones del servicio militar a los:

“individuos que en virtud de contratas especiales entren a la provincia, de todo otro punto exterior y existan empleados en el servicio de cualquier capitalista”.³⁶

Los beneficiados debían ser presentados al Jefe de Policía, el cual abriría un “Registro” en el cual se asentarían:

“...los nombres de unos y otros (empleadores y empleados), la clase de establecimientos a que se dedican los individuos contratados y el término en que se hayan convenido”.³⁷

¿Fue éste el origen de los “Registros” o “Protocolos policiales” encontrados en los altos de la Comisaría VII de la Capital Federal?³⁸

No podemos precisarlo con nitidez, formalmente, los Registros no traen ninguna mención al respecto, además los contratos registrados no necesariamente se refieren a convenios laborales de trabajadores “extranjeros”, que ingresan al territorio de la provincia.

La preocupación por evitar el enganche por leva de la mano de obra, que por su idoneidad había sido objeto de una especial selección y posterior contratación venía a compensar de algún modo, los pesares de los empresarios de la ciudad e incluso la campaña, cuya producción había sido severamente amenazada por la frecuencia de las requisas.

La protección del contrato de trabajo, cuya precisa determinación y alcance se buscaba a través de su formal redacción, aquilató su importancia paulatinamente.

El 3 de junio de 1823 se prohibió expresamente la admisión de acciones judiciales:

“...provenientes de convenio o estipulación para prestar y pagar algún servicio, proveer o abonar material o útil alguno sin que conste en una contrata formal y protocolada en el Registro Público”.³⁹

³⁶ Ídem, T. II. N° 352, pág. 353.

³⁷ Ídem.

³⁸ El tema ha sido estudiado en Marcela Aspell: La intervención policial en los contratos de trabajo.(1834-1848 En Revista de Historia del Derecho. Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho Tomo XIII Buenos Aires, 1985.

³⁹ Parado y Rojas cit, T. IV. N° 690, pág. 406.

Con el mismo criterio se prohibía la admisión de “*proposiciones*” de pueblos o individuos a nombre de ellos sin que precedieran de “*un documento legal que lo autorice suficientemente*”.

Y aún admitidas, la consideración de dichas proposiciones quedaba suspendidas, si no hubieran sido redactadas “*en toda su totalidad de un modo terminante y asentadas en instrumento público de contrata*”.⁴⁰

Por último, el cuadro de protección dispensada al trabajador extranjero se completaba con las normas contenidas en el decreto del 13 de abril de 1824 que disponía el sostenimiento por las justicias, “*al riguroso tenor de su letra*”, de todos aquellos contratos por los cuales se introdujeran al país “*artesanos o cualquier otro género de trabajador o poblador*”.⁴¹

El decreto que incluía en sus alcances los contratos regulados por la ley del 7 de diciembre de 1822 se inclinaba decidido en beneficio de la agilidad y economía procesal, prefiriendo para la solución de las diferencias suscitadas entre las partes el juicio verbal “*evitando todo gasto y demora*”.⁴²

Sea por esta y otras causas, fue frecuente la espontánea presentación ante la autoridad policial para que rubricara el contrato de trabajo libremente convenido entre las partes:

“*...pues a pesar de que estamos mutuamente convencidos de nuestra respectiva buena fe, la rúbrica de V.E. dará mayor seguridad a nuestra contratación*”⁴³

dicen Trinidad Ladrón de Guevara y el empresario del Teatro Coliseo cuando se presentan en 1838 ante el Jefe de Policía a protocolizar el contrato de temporada que habían suscripto.

Igualmente en un contrato en que las compañías actorales de Buenos Aires y Montevideo se comprometen recíprocamente a trabajar por cinco meses, cediéndose sus respectivos teatros se dice:

“*Habiendo convenido que dichas contratas sean autorizadas por las policías de ambos Estados, acuerdan de mancomún las partes, el solicitar dicha autorización para de este modo darle valor y fuerza al mencionado contrato*”.⁴⁴

No faltan contratos que expresamente confieran a la intervención policial los mismos efectos que la notarial:

⁴⁰ Ídem.

⁴¹ Ídem, T. III. N° 747, pág. 18.

⁴² Ídem.

⁴³ Policía Federal Registros cit.

⁴⁴ Ídem.

“Todo lo cual nos obligamos ambas partes contratantes del modo más formal, dando a éste el valor que si fuera autorizada por el Escribano y si dicho aprendiz no falla a ninguna de ellas yo estoy en la obligación de darlo oficial y firmamos dos de un tenor”.⁴⁵

Es más, se ha podido encontrar una rara pieza en la que suscribiéndose un contrato de trabajo ante Escribano Público, se la lleva igualmente ante la Policía, para obligar a la “parte deudora” (el trabajador), a un cumplimiento “*más efectivo*”.⁴⁶

En estas manifestaciones se resume claramente la filosofía que llevó a los empleadores a registrar ante las autoridades policiales el contrato de trabajo como el medio más idóneo para asegurarse la efectiva prestación del servicio por parte del operario en un país donde la fluidez de la mano de obra y la falta de contracción al trabajo eran ya características de su folklore.

La práctica se acomodaba sin escozores a la ideología que veía en la formulación del derecho escrito su máxima expresión y garantía.

*“Bueno es escapar al naufragio de la costumbre”*⁴⁷

Pontificaba el polémico “*Argos*”, y en esta pintoresca sentencia se resumían los principios que inspiraban la naciente legislación patria.

Entre tanto... ¿Qué pensaban los obreros? Pues, las entrelazadas cuerdas que tejían la trama sobre la que se modelaba el Derecho del Trabajo los guiaban hacia el mismo fin, y aún cuando no fueran obligados a munirse de la “*papeleta*” exigida por ley, el afán por contar con el “*resguardo*”, de una constancia escrita para mostrar a la partida reclutadora o a la autoridad policial o militar y permitirles demostrar fehacientemente su calidad de “*conchabado*” los empujó a acudir espontáneamente al mismo recurso que afanosos empleadores habían impuesto.

El 19 de julio de 1850, el encargado del Cementerio del Norte, Manuel Cipriano de Ochoa, le hacía saber al Jefe de Policía:

*“Los peones que actualmente desempeñan el establecimiento del Cementerio del Norte, cuyo trabajo dirige el infrascripto, están sin resguardo alguno que acredite su ocupación, por lo tanto si fuera del agrado de V.E. darles una papeleta al efecto cuyos nombres son José Friyero, Benito Rey, Francisco Arena, José Cascallares, Fabián y José Ferreira”*⁴⁸

⁴⁵ Ídem.

⁴⁶ Ídem.

⁴⁷ El *Argos* de Buenos Aires, 12 de mayo de 1821.

⁴⁸ A.G.N. Sala X. Policía 32-8-7.

contestando el funcionario policial con la remisión de las papeletas pedidas, para acreditar la condición de trabajadores de los peones denunciados.

Dos intereses, dispares por su origen, unívocos en su fin, pesaban armónicamente para apuntalar la práctica de contratar por escrito ante la autoridad policial.

A los empleadores los guiaba el temor de perder sus planteles de operarios por las fugas y los incumplimientos de éstos y a los trabajadores la angustia de ser clasificados “*vagos*”, y enviados sin réplica al servicio de las armas o a los trabajos públicos.

Unos y otros acudieron entonces a la institución que creyeron idónea para avalar y proteger sus intereses: la policía.

El contrato de trabajo formulado solemnemente expresado por escrito, registrado ante notario, rubricado por testigos, a veces sellado, autorizado y visado otras por la autoridad policial, asentado quizá policialmente, fue el rasgo característico de una legislación acunada en el regazo de la institución policial.

Y ésta es pues, la nota distintiva y característica, la tímida luz, la primera alborada, la pálida estrella matinal que señala, parpadeante e invencible, tras la Revolución, el nacimiento del Derecho Patrio del Trabajo.

Los salarios

Estudios realizados sobre los salarios abonados en Buenos Aires en las primeras décadas del período independiente demuestran fehacientemente la generosidad de sus montos, que superaban holgadamente a los abonados a los trabajadores de la Europa coetánea.⁴⁹

Quedan así totalmente aventadas las sombrías reflexiones de Luis A. Despontín en el sentido que al desaparecer el tutelar sistema corporativo, tras el triunfo revolucionario⁵⁰, los implacables enfrentamientos entre la ley de la oferta y la demanda determinarían extenuantes jornadas de 12 o 14 horas e insuficientes salarios.⁵¹

Multitud de constancias documentales se pronuncian sin excepción sobre el tema:

⁴⁹ José María Mariluz Urquijo. Op. cit. pág. 617.

⁵⁰ Luis A. Despontín: “La Revolución de Mayo y sus consecuencias en la situación de las clases trabajadoras” en Revista de Historia del Derecho Ricardo Levene (en adelante RIHDRL) N° 7 pág. 78. Buenos Aires. Imprenta de la Universidad, año 1955-1956.

⁵¹ Ídem.

Fue el argumento que esgrimió Rivadavia al explicar las causas por las cuales se regulaba por escrito la contratación de los peones de campo:

“Un país como el nuestro, en que los jornaleros son tan altos, que, bastando a satisfacer más que las primeras necesidades de los que viven en ellos, les pueda dejar un sobrante con que preparar una fortuna propia que los constituya alguna vez independientes”.⁵²

Lo decía un informe de la Administración de Carros Fúnebres y de Carros de Limpieza, al dar cuenta sobre la falta de peones de que adolecía el servicio

“...con motivo de los crecidos jornales que ganan los trabajadores de Buenos Aires es difícil encontrar peones para los carros donde sólo tienen la dotación de cuarenta pesos mensuales”.⁵³

Lo dijeron los viajeros casi unánimemente *“Un Inglés”*, llegó incluso a atribuir el escaso desarrollo de la agricultura a la bondad de los salarios pagados a los peones rurales, sumado a los robos y tropelías que cometían y cuyo producto igualmente los enriquecían, en tanto para los trabajos *“mecánicos e industriales”*, imperaba, en su opinión, la misma premisa: Salarios atractivos que permitían a los obreros *“viviendo moderadamente”*, ahorrar algunos pesos.⁵⁴

Idéntico entusiasmo mostraba William Mac Cann, quien creyó encontrar en los altos salarios y en las múltiples oportunidades de empleo la solución para el problema de la desocupación y la hambruna irlandesa.⁵⁵

También, aunque receloso y desconfiado de las promesas de los criollos, un desengañado viajero que había visto fracasar ruidosamente sus proyectos entre 1826 y 1827 confesaba que adoptando *“ciertas precauciones”*, los trabajadores comunes extranjeros podían trasladarse a Buenos Aires:

“...con alguna certeza de ganar lo suficiente para llevar una vida cómoda con un trabajo moderado”.⁵⁶

En la prensa de la época se registra la misma opinión.

“El Argos” se extendió minuciosamente sobre el tema del salario del peón rural, señalando además el crecido costo que implicaba al hacendado

⁵² Prado y Rojas (Recopilación) Cit. T. II N° 696 bis, pág. 413.

⁵³ A.G.N. Sala X, Policía. Jueces de Paz de Campaña 17-3-3.

⁵⁴ *Un Inglés: Cinco años en Buenos Aires 1820-1825*. Cap. X, pág. 180. Ed. Solar Hachette. Colección El Pasado Argentino. Buenos Aires, 1962.

⁵⁵ William Mac Cann, op. cit. cap. IX, pág. 81.

⁵⁶ J. A. B. Beaumont, op. cit. cap. IX, pág. 285.

el mantenimiento y suministro de los “vicios” que el periódico calculaba en la suma de 20 a 30 reales diarios.⁵⁷

Por su parte, “*El Censor*” encontraba en el exceso de feriados y altos salarios las causas de la ruina de la agricultura y la industria⁵⁸, y el “*Archivo Americano*”, explicaba que:

“si los salarios son altos es más bien como consecuencia de la facilidad que existe para la subsistencia, por la abundancia con que se suministran los principales artículos necesarios para la vida”.⁵⁹

El 12 de febrero de 1816, un indignado fray Francisco de Paula Castañeda se dirigía al Gobierno exponiéndole que todos sus esfuerzos para contratar peones que trabajaran en el acondicionamiento de la “*calle larga de la Recoleta*” habían tropezado con la indiferencia de unos:

“...trescientos mocetones que hay en el Bajo de la Recoleta. Estos badulaques unos tienen la investidura de peones de campo y otros no son más que agregados, pero todos comen, o ayunan cuando no tienen pitanza”.⁶⁰

La oferta hecha por el pintoresco fraile que sumaba al jornal de 4 reales, la provisión del almuerzo y el “*derecho a siesta*”, no logró, empero, tentar a ningún trabajador, por lo que el religioso concluía:

“...suplico a V.E., por la Patria, que mande inmediatamente, con tropas, un Comisionado, que sepa manejar el palo, para que me provea de peones arregle los salarios y vele sobre el trabajo de estos badulaques, merecedores de un presidio”.⁶¹

En ocasiones, integraban el salario del trabajador, tanto la retribución en metálico, como su manutención, alimentación, alojamiento y vestuario, proporcionados al conchabado por su empleador.

El rubro, componía sin excepción la remuneración otorgada al aprendiz y al pupilo, ante quienes, por su menor edad, el maestro artesano y más específicamente el tutor, asumían una verdadera delegación de las facultades paternas. Asistencia espiritual y médica y farmacéutica completaban el espectro de la retribución proporcionada al joven.

La manutención y suministro de los “vicios”⁶², fue asimismo costumbre arraigada en las prácticas de pago de los peones rurales.

⁵⁷ El Argos de Buenos Aires, 25 de junio de 1821.

⁵⁸ El Censor 23 de mayo de 1818.

⁵⁹ El Archivo Americano, 30 de abril de 1845.

⁶⁰ Archivo de la Policía (en adelante AP) L 2 F 84.

⁶¹ Ídem.

⁶² Es decir yerba, azúcar, tabaco, papel de liar, en ocasiones pan y hasta jabón.

Tanto en este supuesto, como en los anteriores encontraba el natural justificativo en la circunstancia en que tanto el aprendiz como el peón vivían junto a sus respectivos empleadores, integrado prácticamente el primero a la vida familiar de su maestro e incorporado el segundo a la vida del establecimiento cuyo propio autoabastecimiento minimizaba la cuestión de la alimentación del trabajador rural.

Un autor que ha estudiado el tema⁶³, agrega por su parte la influencia de “*viejos hábitos tradicionales de convivencia fraternal de maestros y oficiales y prácticas derivadas de la utilización de esclavos*”⁶⁴, pues siendo habitual que el esclavo viviera, generalmente en el mismo lugar donde prestaba servicios, el mantenimiento de una estructura para proveer a su alimentación, era fácilmente extensible a los operarios libres.

Los adelantos o anticipos en el pago del salario fueron una práctica cuyo arraigado ejercicio determinó no pocos abusos que industriales y hacendados se apresuraron a poner de manifiesto a través de la prensa.

El “*anticipo*”, que se justificaba, cuando el trabajador debía emprender algún viaje de consideración para llegar al lugar de prestación de servicios, tal fue el caso del operario extranjero especialmente contratado -que la gran mayoría de los supuestos examinados- contó con el beneficio de esta costumbre, a cuenta de deducciones posteriores no tardó en convertirse en el ineludible requisito que los conchabados exigían cumplir para iniciar la relación laboral.

La abundancia de mano de obra, su ya mencionada enorme fluidez, la facilidad de sobrevivir sin mayores fatigas en un medio donde la mínima manutención se encontraba asegurada casi naturalmente, alimentó la indisciplina e indolencia de la población, cuya pródiga imaginación había encontrado en la burla de los anticipos un recurso nada desdeñable digno de figurar entre los empleados para evitar los sinsabores del trabajo.

Los archivos policiales almacenan sin excepción un considerable número de quejas, denuncias y exposiciones, donde los atribulados patrones narran con lujo de detalles los mil y un recursos utilizados por sus operarios para hacerse de los anticipos salariales y desaparecer sin dejar rastros incumpliendo promesas y contratos.⁶⁵

⁶³ José María Mariluz Urquijo, op. cit. pág. 619.

⁶⁴ Ídem.

⁶⁵ Policía Federal Argentina. Centro de Documentación Histórica de la Policía Federal. Libros Copiadores Varios (años 1821 a 1852).

El anticipo fue utilizado también por los empleados de la Administración Pública, aparentemente sin mayor distinción de categorías, pues tanto hemos registrado solicitudes de anticipos salariales por parte del Capitán Comandante del Presidio, como por parte de los empedradores de las cuadrillas policiales, sargentos y cabos de la policía, empleados de la Aduana, Contaduría, Tribunales de Justicia, etc. Los abusos cometidos en la práctica de las “*anticipaciones*”, obligarían más tarde a una estricta reglamentación de la materia.⁶⁶

Otra circunstancia, digna de mención, es que el salario en alguna ocasión jugó como el preciso límite que determinó la duración del contrato de trabajo.

Tratase generalmente de trabajadores contratados en Europa a quienes su empleador facilitará el adelanto de las sumas necesarias para cubrir los gastos de traslado e instalación del conchabado y su familia. El tiempo que le demandará al trabajador la devolución de las sumas oportunamente adelantadas se convertía así en el límite de la duración de sus servicios.

El mismo recurso aplicó el Estado cuando intervino activamente en las políticas de inmigración, contratando operarios extranjeros.

Adelantó las sumas necesarias para el viaje del operario y su grupo familiar, su manutención e instalación en el país a cuenta de deducciones posteriores en los salarios pactados durante todo el tiempo que fuere menester para cubrir la deuda.

La oportunidad del pago determinaba modalidades tan diversas como el pago del jornal, paga semanal, quincena, salario mensual, salario cobrado íntegramente en forma anticipada, salario a destajo, salario al término del convenio laboral, etc. y en alguna ocasión hemos visto conchabados “a pura comisión”, empleados en áreas específicas de la Administración Pública, tal como el auxiliar contable que el 2 de julio de 1822 se designa para el ramo de lotería.⁶⁷

El descanso dominical. Los feriados. Los horarios de trabajo

Aunque el descanso dominical de los trabajadores no alcanzó formulación expresa en los textos legales de esta primera mitad del siglo XIX, registró a su favor la complacencia de algunos empleadores a quienes los empujaba la consideración de arraigadas prácticas piadosas. Aún así, el descanso dominical no fue una costumbre generalizada.

⁶⁶ Ley del 16-4-1822 y Ley del 12-5-1826.

⁶⁷ AP, L 3 F 5.

La regulación de los días feriados reconocía, empero en la legislación castellana lejanos antecedentes.

La Ley XXXIII del Título III de la Partida III Alfonsina definía los “*días que llaman feriados de tres maneras*”:

“La primera e la mayor es aquella que deuen guardar por reuerencia e por horra de Dios e de los fantos. La fegunda por honrra de los Emperadores e de los Reyes e de los otors grandes señores. La tercera es, por procomunal de todos. Afsi como en aqlllos días en q cogen el pan e el vino. E de cada vna destas maneras, moftremos de como fe deuen guardar”.

La Recopilación de Leyes de Indias, dispuso por su parte, que en las Audiencias de Indias no se guardaran más fiestas “*de las que la Santa Iglesia Romana manda guardar y en la ciudad donde cada una residiera se guardaran*”, disposición que luego, la Real Ordenanza de Intendentes ciñó a los días de precepto.

Siete años más tarde, en 1789, se determinaron prolijamente los días de precepto.

La normativa fue heredada por el derecho patrio y encontró su correspondencia en regulaciones precisas que acotaban los días feriados de precepto religioso.

También algunos contratos de trabajo hicieron expresa referencia al trabajo cumplido en días domingo. Así en el contrato suscripto por Antonio Santa María con el operario Juan Rodríguez quien ingresara al país, proveniente desde Canarias con el dinero que aquel le adelantara para el pago del pasaje, el jornal prometido al trabajador de 3 pesos diarios ascendía a 4, cuando el trabajo se prestara los días domingos.

Otros contratos de aprendizaje prevén además del salario mensual, entregado a los padres del aprendiz, una pequeña gratificación dominical al joven, sujeto claro a la acreditación de la buena conducta registrada durante la semana. Así lo pacta el sombrerero Eduardo Connor, cuando emplea como aprendiz “*al joven Pancho*” hijo de Victorina Ríos quien se obliga:

“...hacer por turnos las guardas acostumbradas los domingos y días de fiesta, únicos días en que saldrá para visitar a su madre y cumplir con las obligaciones religiosas”.⁶⁸

Otro tanto impone el fabricante de sombreros “*de felpa y fula*” J.B.B., a su aprendiz Juan La Rosa a quien permite retirarse “*cada domingo rotativo, luego de la guardia*”⁶⁹, en tanto el maestro carpintero Luis Rum se

⁶⁸ Policía Federal Argentina. Registros cit.

⁶⁹ Ídem.

compromete a respetar el descanso dominical de su aprendiz “y entregarle un peso todos los domingos para sus entretenimientos”⁷⁰, beneficio que no logró alcanzar el menos afortunado Isidro Espinosa, aprendiz de botero a quien su contrata obligaba a trabajar los domingos y días de fiesta hasta las once o doce de la mañana⁷¹.

Más avanzadas resultan las cláusulas que contienen el contrato que suscriben los oficiales del litógrafo y dibujante Baclé en 1837. Allí la jornada de trabajo se pacta en 8 horas diarias en la estación de invierno y 9 en la de verano, mientras que el trabajo prestado en horas nocturnas o durante los días festivos se retribuiría con un salario a convenir que escapaba del pactado para el resto de los días.⁷²

Peor no todo es miel sobre hojuelas, quizá fuera la calidad del trabajo prestado por los oficiales del artista, lo que obligara a excepcionar la regla, porque la mayoría de los contratos de trabajo que hemos examinado acuden, para señalar la duración de la jornada laboral a la conocida fórmula “de sol a sol”, sin especificar limitaciones horarias, o el goce del descanso dominical o el de días feriados.

Tal es el requisito que exige -en todos los contratos que le hemos registrado-, el maestro peinetero Manuel Masculino, en tanto el maestro carpintero Ricardo Álvarez conviene con sus aprendices “el servicio completo y puntual, sin apartarse de su deber, bajo de pretextos frívolos ni de día ni de noche, si el maestro lo impusiera”.⁷³

En la determinación de los turnos de trabajo no podían dejar de influir los hábitos y costumbres de los pobladores de la pequeña Buenos Aires de comienzos del siglo XIX.

La “siesta”, fue, por ejemplo, una institución profundamente arraigada en la vida porteña, decía “Un Inglés”:

“La siesta tiene su estación: empieza en la temporada veraniega, en octubre y termina con el fin del verano en Semana Santa”⁷⁴

Aunque encontraba exagerados los decires populares:

“...que en la hora de la siesta no se ven en la calle más que perros e ingleses”⁷⁵.

⁷⁰ Ídem.

⁷¹ Ídem.

⁷² Ídem.

⁷³ Ídem.

⁷⁴ Un Inglés, op. cit. pág. 80.

⁷⁵ Ídem.

Idéntico paisaje observó Mac Cann en el interior. Refiere sobre Santa Fe:

“En horas de la siesta un silencio sepulcral reina sobre la ciudad; las casas y tiendas se cierran, las calles aparecen desiertas. Llevado por la curiosidad, salí un día a caminar por esas calles durante los momentos de reposo, la cantidad de personas que dormían bajo los árboles en las huertas y en los suburbios, causaba una extraña impresión. Esta costumbre de pasar buena parte del día durmiendo debe importar un inconveniente para el trabajo cotidiano”.⁷⁶

También el padre Castañeda, al contratar jóvenes mocetones que enderezaran los caminos de la Recoleta, les prometió cumplidamente su derecho a la siesta *“desde el almuerzo hasta las cuatro de la tarde”*.⁷⁷

La siesta fue asimismo tácitamente aceptada en la reglamentación de los horarios que cumplía la administración pública. Raro es encontrar que los horarios vespertinos no principien a las 16 horas.⁷⁸

El análisis comparativo de los contratos de trabajo que hemos examinado proporciona la mejor fuente para determinar la extensión de la jornada laboral de un operario porteño de la época, que al parecer cubría un lapso de 11 a 12 horas⁷⁹, término ligeramente inferior a los cumplidos en Europa parte, el siguiente movimiento legislativo.

El 31 de agosto de 1821 se redujeron sensiblemente el número de días festivos que beneficiaban a los empleados de la Administración Pública, los cuales quedaron limitados a 62 incluidos los 52 domingos anuales

“No es necesario enumerar los perjuicios que eroga a la sociedad la porción de días entre semanas, que tienen el privilegio de suspender la Administración de Justicia, y el despacho de las Oficinas Públicas. Los clamores que se repiten contra ese abuso envejecido, son demasiado bien fundados para que dejen lugar a duda y ni aún a la ignorancia”.⁸⁰

Los feriados comprendían tan sólo, además de los días domingos, los feriados de ambos preceptos y los jubileos del 25 de Mayo y 9 de Julio.

El 30 de diciembre de 1833 un nuevo decreto del P.E. establecía al día 1º de enero como nuevo feriado para todas las oficinas de la administración de la Provincia.⁸¹

⁷⁶ William Mac Cann, op. cit. cap. XVI, pág. 233.

⁷⁷ AP L. 2 F 84.

⁷⁸ Leyes sobre reglamentación trabajo en la administración pública.

⁷⁹ Conforme asimismo con José María Mariluz Urquijo, op. cit. pág. 615.

⁸⁰ Aurelio Prado y Rojas (Recopilación) T. II, N° 464, pág. 148.

⁸¹ Ídem, T. IV N° 1238, pág. 107.

Al año siguiente y respondiendo afirmativamente a las solicitudes cursadas por el Obispo diocesano, se declaró día festivo “*de ambos preceptos*” al día de San Juan Bautista del Santoral cristiano.⁸²

El control sobre la asistencia de los empleados a las oficinas públicas alcanzó su pico más alto durante la administración del General Viamonte quien ordenaba el 7 de enero de 1834 el inmediato despido de los oficiales empleados en cualquier oficina pública de la provincia que omitieran su asistencia en las horas de despacho de las mismas, si persistieran en su conducta después de reconvenidos.⁸³

Otro tanto se disponía para aquellos dependientes que faltaran al servicio, durante ocho días consecutivos, sin causa justificada o sin expresa licencia del Superior, Ministro de Jefe respectivo.⁸⁴

El horario de trabajo de las Oficinas y Secretaría públicas del Estado fue cuidadosamente reglamentado por decreto del 22 de enero de 1835, fijándose turnos “*de 9 de la mañana a 3 de la tarde*”, horarios que los oficiales debían cumplir permaneciendo en sus respectivas mesas “*aún cuando no hubiera despacho*”. Se prohibían las ausencias y retiros anticipados sin expreso consentimiento de los Jefes de la Oficina o Departamento.⁸⁵

Además entre 1820 y 1826, diversas órdenes policiales que reconocían su origen en circulares dirigidas por el Gobierno a la Policía reglamentaron los horarios de trabajo de las actividades privadas.

Pulperías y casas de abasto debieron permanecer cerradas desde el 7 de noviembre de 1829 durante los días domingos y días festivos de ambos preceptos “*desde las diez de la mañana hasta las seis de la tarde*”, durante los meses de octubre al marzo y “*desde las diez hasta las cuatro*” en los restantes meses del año calendario.⁸⁶

Medidas similares se arbitraron durante las horas en que se celebraban las revistas y las funciones militares con que se festejaban las fechas patrias.

La multa, para los infractores se fijaba en la crecida suma de diez pesos:

“*...por cada hora de los que tengan abiertas sus casas dentro del tiempo que el prefije*”.⁸⁷

⁸² Ídem, N° 1267, pág. 135.

⁸³ Ídem, N° 1239, pág. 174.

⁸⁴ Ídem.

⁸⁵ Ídem, N° 1302, pág. 174.

⁸⁶ AP L 15 F 99.

⁸⁷ Aurelio Prado y Rojas (Recopilación) T. III, N° 1095, pág. 420.

Ebriedad y desórdenes “*contrarias a las prevenciones generales de la Policía*” se castigaban con multas de hasta cincuenta pesos. Las comisarías de sección fueron cuidadosamente instruidas de la medida, encargándose de su ejecución, excediéndose, en algún caso en el castigo al trasgresor, como le acontece al pulpero Julián Fernández, quien pese a abonar la multa es igualmente detenido.⁸⁸

Las multas percibidas de pulperos y tenderos, por mantener sus casas abiertas durante las horas prohibidas pasaban naturalmente a engrosar las arcas policiales, estando obligados los Comisarios a elevar a la Jefatura Central las relaciones correspondientes, dando cuenta de las multas y los multados, habidos en su sección.⁸⁹

Más tarde, a fin de que no cundieran excesos y malas prácticas en la aplicación de las multas, se modificó totalmente el destino de las sumas percibidas, como ocurrió el 31 de octubre de 1831, cuando el Comisario de Navarro fue notificado de que las multas que recogieran en su jurisdicción, por aplicación de las prohibiciones aludidas

“...*fuera destinada a beneficio de la iglesia para los adelantos de ella que fueran necesarios*”.⁹⁰

El río de protestas que las restricciones horarias imponían al comercio obligó finalmente a disminuir el rigor de las prohibiciones que el 6 de junio de 1831 fueron limitadas para las pulperías y las casas de trato de la campaña, durante el tiempo de celebración de la misa mayor.

Algunos celosos funcionarios, muy adictos a cobrar multas como parece haber sido en 1833 el Juez de Paz de San Pedro, insistieron en la conveniencia de restablecer las viejas prohibiciones, pero el Gobierno, insensible a sus sugerencias y hasta más inclinado a favorecer a pulperos que a alcaldes, recomendó a éstos, la sola aplicación de las multas cuando, exclusivamente, violaran la prohibición de la trata mientras se celebrara la misa mayor.⁹¹

John Miers, con su cáustica pluma, ha dejado esta singular pintura de una misa celebrada con los... feligreses de una pulpería:

“*Es costumbre en toda Sudamérica y, especialmente en las Provincias Unidas, que cada propietario construya, en un punto central de su heredad, una pulpería y una capilla, próximas una de otra, esta última*

⁸⁸ AP. L. 84 F 28.

⁸⁹ AP L 41 F 77 y L 42 F 33.

⁹⁰ AP L 53 F 110.

⁹¹ AP L 62 F 62.

*para atraer parroquianos a la primera, que generalmente es una fuente no despreciable de ingresos. En los días de fiesta la gente viene de cierta distancia a la pulpería, que generalmente, consta de dos habitaciones: una para los simples gauchos y otra para los de calidad. La bebida y el juego se desarrollan sin interrupción hasta que suena la campana anunciando que la elevación de la Hostia se aproxima. En un instante todos se precipitan fuera de la pulpería, abandonan sobre las mesas las apuestas que frecuentemente son considerables, y con rostro recatado se arrodillan ante la Hostia cuya Elevación está a punto de salvar sus almas: oran y claman a la Virgen para que los proteja y, a la vista de su devoción momentánea, un observador podría considerarlos como penitentes y sinceros cristianos. Pero no bien termina el servicio se precipitan fuera nuevamente y los que habían abandonado sus apuestas se atropellan en confusión para salvar su propiedad; en un momento se olvidan de la religión: todos se ocupan de jugar y embriagarse mientras el sacerdote, instrumento de religión de penitencias y salvador de la perdición de sus almas, casi siempre toma parte en la licencia general que ha de continuar hasta la noche”.*⁹²

Y una nueva circunstancia contribuyó además a modificar los límites de la jornada de trabajo: el servicio de las armas.

Porque sumándose a las alteraciones que las levas y requisas castrenses causaron en los trabajadores de la primera mitad del siglo XIX, las llamadas “*fatigas militares*”, es decir la instrucción militar de los reclutas modificaron los horarios y los turnos de trabajo.

Los ejercicios de adiestramiento militar de los cuerpos milicianos, llevados a cabo en la misma ciudad, obligaron a acomodar las jornadas cumplidas en fábricas, talleres, pulperías, casas de abasto, tiendas, etc.

En agosto de 1810 se principió por intentar compatibilizar el cumplimiento de las obligaciones militares con el trabajo que desempeñaban los jóvenes de Buenos Aires, creándose dos compañías que adecuaban las prácticas castrenses con el ejercicio de los oficios y profesiones de sus integrantes.⁹³

En el enrolamiento general ordenado en 1815 se dispuso el cierre de todos los talleres y tiendas de Buenos Aires durante las horas dedicadas a la instrucción de los reclutas, lapso que se extendía desde las siete hasta las nueve de la mañana.

⁹² John Miers: “Viaje al Plata 1819-1824”. Cap. I, pág. 74. Ed. Solar Hachette. Colección “El Pasado Argentino”. Buenos Aires, 1968.

⁹³ Registro Oficial de la República Argentina. T. I, pág. 56. Imprenta La República. Buenos Aires, 1882.

En todas las disposiciones que hemos registrado atinentes a la materia, prima el propósito de causar al comercio un mínimo de dificultades, destinando invariablemente, hasta 1826 las primeras horas de la mañana a la ejercitación militar, además de ello, en 1820 la crítica situación política, obligó al gobernador Sarratea a dictar un Bando que ordenaba el cierre de las casas de abasto a partir de la hora de la oración, bajo pena de aplicársele doscientos pesos de multa.

Dicho Bando extremaba las medidas de seguridad, exigiéndose que las patrullas:

*“...no consintieran que en las pulperías estén reunidos dos hombres más del tiempo preciso para comprar lo que necesiten y aquellos que desobedecieran, cuando se les mande despejar, serán conducidos a presidio directamente para que sean corregidos por el Jefe de las Armas con 200 palos y un mes de detención con grilletes”.*⁹⁴

Bernardino Rivadavia en una nota de fecha 20 de diciembre de 1821, avisándole al Jefe de Policía que están por empezar los ejercicios doctrinales de la Legión Patricia, le ordena: *“que se cierren por las mañanas las casas de negocio hasta que se anuncie por la Fortaleza con un tiro de cañón la conclusión de ellos”*, mientras que por otra nota de fecha 11 de marzo de 1822 le aclara que los ejercicios se extenderían desde las 6 hasta las 8 de la mañana.⁹⁵

El 22 de mayo de 1822 se ampliaron los alcances de la orden comprendiendo entonces *“a toda casa de abasto”* durante el tiempo en que la Legión Patricia permaneciera formada en la plaza de Mayo.⁹⁶

En 1826, los horarios fueron modificados, principiando los ejercicios de milicia activa a las 4:30 de la mañana y concluyendo a las 7:00 horas *“debiendo a las 7:30 horas tirarse un cañonazo que indica la hora en que han de abrirse las tiendas y casas de abasto”*.⁹⁷

Pero ya un año antes, es decir en 1825, al crearse el cuerpo de milicia activa, el cierre de las tiendas se prolongó una hora más, hasta las 9 de la mañana tiempo durante el cual, la milicia reunida en batallones se ejercitaba en diversos puntos de la ciudad señalados por la Inspección General de Armas.⁹⁸

⁹⁴ Aurelio Prado y Rojas (Recopilación) T. II, N° 164, pág. 30. Bando del 14 de marzo de 1820.

⁹⁵ A.G.N. Sala X, Policía 32-10-2.

⁹⁶ Ídem.

⁹⁷ Ídem, 32-10-7.

⁹⁸ Ídem, 32-10-5.

Aún así, fue recién en 1826 cuando aparecieron claramente establecidas las penalidades para los infractores. Por decreto de fecha 3 de enero de ese mismo año se dispuso el arresto por 24 horas de todos los dueños de tiendas y casas de abasto que mantuvieran abiertas sus puertas durante el tiempo en que se practicaban los ejercicios doctrinales.⁹⁹

En el año 1829, cambia el sistema y el cierre de las casas de abasto público es dispuesto a partir de las 17 horas hasta la hora en que cesen “*los ejercicios doctrinales de la milicia activa*”.¹⁰⁰

Se aprovecharon de este modo, para causar un mínimo de desventaja al comercio y a la industria, las últimas horas solares.

La celebración de fechas patrias, como también la conmemoración de los triunfos militares o políticos, daba lugar a que se dictaran disposiciones similares, cerrando el comercio hasta concluirse los fastos recordatorios.

“*Por el Ministerio de Guerra, ha dispuesto el Exmo. Señor Presidente que el día 24 del corriente no se abra desde la hora de las 12, pulperías ni casa de trato alguna hasta concluida la revista y que se observe lo mismo el día 25 desde las 6, hasta que finalice la función de la Iglesia*”.¹⁰¹

Idéntico criterio se adoptaba los días de revista general de tropas. En 1829 el Gobierno ordenó al Jefe de Policía que el día 1 de julio en que se preveía una revista general de los cuerpos de milicia se mantuvieran cerradas las casas de abasto y los talleres “*hasta la una en que concluiré dicha revista*”.¹⁰²

Durante todos estos años, las penas impuestas a los infractores, consistieron generalmente en multas, de cuya aplicación nos informaron minuciosamente las relaciones levantadas por las autoridades policiales.¹⁰³

La Iglesia y la determinación de los días feriados

Por su específica naturaleza y la íntima vinculación de la determinación del día feriado, con la dispensa del trabajo explicable por razones de prácticas piadosas, la cuestión preocupó a la Iglesia quien por su propia iniciativa o a pedido de las autoridades civiles intervino activamente en la regulación de la materia.

⁹⁹ APL 17 F 17.

¹⁰⁰ APL 19 F 104.

¹⁰¹ A.G.N. Sala X Policía 32-10-6.

¹⁰² APL 33 F 191.

¹⁰³ AP Policía Federal Argentina Libros Copiadores, cit.

El 16 de noviembre de 1832 una singular providencia eclesiástica consideraba el tema de los días festivos bajo el doble cristal de las cuestiones canónicas y económicas.

Notables son las razones que esgrimía la Iglesia:

“Que las pasiones, sofocadas por el trabajo entre semana, se ensanchan criminalmente en los días festivos, con notable degradación de la sana moral”.

“Que las artes, el comercio y la agricultura que son el alma de los estados padecen un enorme quebranto con la multiplicidad de los días festivos”.

*“Que no se llenan en ellos los deberes que nos impone nuestra Santa Madre Iglesia”.*¹⁰⁴

La providencia reducía la calificación de días festivos de ambos preceptos a los domingos y días de epifanía, corpus, ascensión, natividad del Señor, anunciación, asunción, concepción, natividad de la Virgen, San Pedro, San Pablo, San Martín y Santa Rosa de Lima.

El indulto que comprendía exclusivamente a los seglares suprimía los días semi festivos con excepción del de San José, las vigiliass de las vísperas, dispensándose a los fieles de la obligación de concurrir a misa en las festividades suprimidas y aún a los sacerdotes celebrarlas *“si su devoción no les estimulara a hacerlo”*.¹⁰⁵

La cuestión que había sido resuelta interinamente por el prelado argentino, alcanzó su confirmación en el Breve que Su Santidad firmó el 9 de julio de 1833 declarando que en los días propuestos por el Obispo, incluyendo por resolución de Mariano Medrano el día de San Juan Bautista debían los fieles *“oír misa y abstenerse del trabajo”*.¹⁰⁶

El Breve, que no tardó en obtener el pase y el exequátur de las autoridades argentinas fue leído en misa, encargando a los sacerdotes *“verbalmente instruyeran al pueblo sobre su contenido”*.¹⁰⁷

En 1849, una nueva providencia eclesiástica respondiendo a pedidos del Gobierno que había expuesto *“con datos de indudable exactitud”*:

“...los males que la multitud de los expresados días ocasiona a la religión, a la moral pública al orden de las familias y a la industria del

¹⁰⁴ Aurelio Prado y Rojas (Recopilación) T. IV, N° 1211, pág. 78.

¹⁰⁵ Ídem.

¹⁰⁶ Ídem, T. IV, N° 1290, pág. 160.

¹⁰⁷ Ídem.

*país... los efectos del ensanche criminal que en los días festivos toman en algunas personas las malas pasiones reprimidas en los de labor*¹⁰⁸

reducía los días festivos de ambos preceptos a cuatro Encarnación de Nuestro Señor, Circuncisión, Festividad de todo Santo, Fiesta del Santo Patrono San Martín, los días suprimidos quedaban en la categoría de “*semifestivos*” con obligación de asistir a misa y “*con facultad de trabajar*” tanto en la ciudad como en la campaña:

“...*siendo tan dispendiosa por lo alto de los jornales y escasez de brazos cualquier interrupción en las faenas rurales y en el beneficio de sus frutos*”.¹⁰⁹

La medida no comprendía a los eclesiásticos de ambos sexos: “*quienes continuarán celebrando los días suprimidos con el mismo rito y con la solemnidad que le es anexa como hasta aquí*”.¹¹⁰

La providencia reglamentaba asimismo los horarios en que los templos de la ciudad y la campaña permanecerían abiertos y los horarios de celebración de la Misa, circunstancias que no sufren significativos cambios en la primera mitad del siglo XIX.

La legislación laboral

Herederos de una sólida tradición jurídica, el Derecho Patrio Argentino se conformó con el rico sustento del Derecho Castellano y del Derecho Indiano y, en la materia que nos ocupa, desde los inicios mismos del gobierno independiente existió una variadísima producción de normas que regularon aspectos específicos y parciales del Derecho Laboral.

Notas particularísimas caracterizan esta primera legislación formativa del Derecho Patrio del Trabajo.

Quizá, la más distintiva sea un matiz que singularizó toda la producción normativa de naturaleza laboral de esta primera mitad del siglo XIX: la carencia absoluta de una reglamentación orgánica sobre la materia “*trabajo*”.

No se legisla sobre el trabajo, sino que se dictan leyes y decretos aislados para determinados trabajadores o mejor aún, para determinados oficios.

¹⁰⁸ Ídem, N° 1465, pág. 403.

¹⁰⁹ Ídem.

¹¹⁰ Ídem.

Encontramos así las ya mencionadas leyes para aprendices¹¹¹, peones de campo¹¹², marineros¹¹³, lancheros¹¹⁴, boteros¹¹⁵, peones de corrales¹¹⁶, abastecedores¹¹⁷, troperos¹¹⁸, carretilleros¹¹⁹, maestros artesanos¹²⁰, alarifes¹²¹, ingenieros¹²², agrimensores¹²³, etc.

Con esta excepción, la legislación sobre la materia laboral carece de autonomía y de una regulación propiamente dicha, se la encuentra en normas policiales, militares, civiles y comerciales, estatutos de administración pública, reglamentaciones aduaneras y fiscales, etc.

Las primeras disposiciones insisten sobre un tema ya clásico en nuestra literatura jurídica, la represión de los llamados “*vagos y malentretenidos*”, cuyas raíces se hunden en el inmediato pasado colonial. En general, toda la legislación laboral nace con un sentido represor: se trata de lograr que el operario trabaje en una relación laboral constante.

La legislación sobre vagos, ocupó de esta forma un lugar de privilegio en la masa de disposiciones atinentes al tema laboral, y puede decirse que en todas las disposiciones que un jurista de nuestro siglo, al examinar la producción legal del siglo XIX asimile a la naturaleza del derecho del trabajo, contienen de algún modo un matiz de tal carácter. Por último, en un contraluz a la figura del “*hombre que vive por sus manos*” se estudió el modelo del “*vago y malentretenido*”, perseguido por las autoridades, obligado a prestar su concurso en el servicio de los fortines de frontera en la remonta de las tropas de línea o en los llamados “*trabajos forzados*”, a ración y sin sueldo, complemento indispensable de las penas de presidio que solían aguardar a los condenados por vagancia.

En este aspecto, la legislación española atinente al tema, continuaría reflejada, prácticamente sin sustanciales variantes, en el escenario indiano,

¹¹¹ Ley del 17 de noviembre de 1821.

¹¹² Ley del 17 de julio de 1823.

¹¹³ Ley del 25 de enero de 1834.

¹¹⁴ Ley del 7 de abril de 1834.

¹¹⁵ Ley del 7 de noviembre de 1834.

¹¹⁶ Ley del 20 de febrero de 1835.

¹¹⁷ Leyes del 14 de enero de 1814; 11-9-1822 y 7-5-1827.

¹¹⁸ Ley del 22 de junio de 1825.

¹¹⁹ Leyes del 7 de noviembre de 1834 y 20-2-1835.

¹²⁰ Leyes del 6-2-1824; 19-11-1830 y 30-11-1852.

¹²¹ Ley del 30 de noviembre de 1822.

¹²² Ley del 7 de diciembre de 1822.

¹²³ Leyes del 28-6-1827 y 15-7-1833.

donde la abundancia de medios para sobrevivir dispensaba la preocupación del trabajo, a la par que las principales actividades de la época: el comercio y la ganadería no requerían una mano de obra abundante y las faenas agrícolas no lograban alcanzar todavía, un desarrollo capaz de ocupar a la masa de desocupados, cuya propia marginación se robustecía en su tenaz negativa a variar de “status”.

La represión de los llamados “*vagos y malentretenidos*” es un tema clásico en nuestra literatura jurídica. En líneas generales, la legislación patria mantiene los términos de las disposiciones castellano indianas que castigaban al clasificado “*vago*” incorporándolo al servicio de las armas. La angustiosa necesidad que padecían nuestros primeros gobiernos patrios de remontar constantemente sus milicias o sus ejércitos de línea con nuevos efectivos afianzó esta antigua práctica de raíz hispánica.

Es recién, a partir del año de 1821, al comenzar a exigirse la redacción por escrito de los contratos de trabajo -y la espontánea acogida que logró entre trabajadores y patronos- con la crecida multiplicación de las papeletas de conchabo, que comenzó a insinuarse las primeras características propias en la muy dispersa legislación patria sobre el tema.

La enorme fluidez de la mano de obra decimonónica, que abandonaba su trabajo, amparada en la seguridad de hallar fácilmente otro empleo, los comparativamente altos salarios, o el accesible costo de vida, la multiplicación de los días feriados, la frecuente inmovilización de los brazos útiles que imponían los conflictos bélicos, el escaso éxito de los planes de colonización, conspiraron conjuntamente determinando los caracteres económico-sociales del escenario donde actuaría la clase trabajadora de comienzos del XIX, signado por la insuficiencia de mano de obra, característica que se constituyó en un obstáculo casi insalvable perjudicando sensiblemente el desarrollo del país.

En conclusión, el cuadro social que hereda la Revolución, a poco de andar, impone a la legislación sobre el tema, matices propios, acentúa quizá el rigor de la represión, pero asimismo existían circunstancias precisas que inexcusablemente imponían su peso: las necesidades de la guerra por la independencia, la remonta de los ejércitos, la lucha contra el indio que exigió enviar una muralla humana a la frontera, que avanzaba y retrocedía por el ímpetu arrollador de los malones.

Muy lentamente va desapareciendo el matiz represor en la legislación de los grupos marginales a lo largo que avanzan los tiempos patrios y se transforman también, las condiciones políticas, económicas y sociales, y esta primera necesidad de regular compulsivamente las formas del trabajo

para obligar al ocioso a ocuparse, se transforma, luego, en el imperativo de ordenar armónicamente las fuerzas de producción, orientadas para el logro de las políticas que se propusieron los gobiernos del siglo XIX.

HERMENÉUTICA Y CAMPO JURÍDICO

por María. C. C. Avendaño* - Eduardo Sota**

Resumen: En este trabajo, se pretende tomar algunos aspectos del pensamiento gadameriano sobre la tradición jurídica bajo la cual se lleva a cabo la aplicación de la norma al caso particular e introducir fragmentos de la teoría bourdieuseana del campo jurídico y sus presupuestos gnoseológicos a los fines de reflexionar acerca de la esfera jurídica, la cual en tanto sistema simbólico está también encarnada en relaciones de poder que funcionan como estrategias dentro de campos de lucha por el reconocimiento y la legitimación. Se intenta, asimismo, mostrar que si bien Bourdieu coincide con Gadamer en cuanto a que la especificidad de la hermenéutica jurídica es estar orientada hacia fines prácticos y resuelta a producir efectos prácticos, desoculta la dimensión agonística, interesada y plural que subyace en el proceso de producción del fallo.

Palabras clave: Hermenéutica – aplicación – prácticas – campo jurídico

Introducción

En contraposición al individualismo metodológico que concibe al sujeto como *locus* de representaciones internas y dando por supuesto que la comprensión se identifica con éstas y las operaciones que efectuamos sobre ellas, Taylor cita otra tradición para la cual “situar nuestra comprensión en las prácticas es entenderla como *implícita en nuestra actividad* y, por tanto, como excediendo de lejos todo aquello con lo que llegamos a formarnos representaciones (...) Nuestra misma comprensión está encarnada. Nuestro

* Ma. del Carmen C. Avendaño es Prof. Titular de la Universidad Nacional de Córdoba e Investigadora del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la UNC.

** Eduardo Sota es Prof. Adjunto de la Universidad Nacional de Córdoba.

saber hacer corporal, y nuestro modo de movernos y de actuar, pueden codificar aspectos de nuestra comprensión del yo y del mundo.”¹

En el marco de esta última tradición Bourdieu puede relacionarse con Heidegger y Gadamer dado que apela, de modo selectivo, a elementos para fundamentar su teoría de la acción en la idea que estos filósofos, en la medida en que son hostiles a la tradición racionalista, han “podido enunciar algunas de las propiedades del pensamiento práctico, con un propósito de rehabilitación de la tradición contra la fe exclusiva en la razón”.² De ahí que la consideración de los seres humanos como seres que se auto-interpretan requiere comprender sus prácticas en relación con el círculo hermenéutico de significados de trasfondo, trasfondo compartido de prácticas significativas.

Por lo tanto, partiendo de esta raíz común, en este trabajo se pretende tomar algunos aspectos del pensamiento gadameriano sobre la tradición jurídica bajo la cual se lleva a cabo la aplicación de la norma al caso particular e introducir fragmentos de la teoría bourdieuseana del campo jurídico y sus presupuestos gnoseológicos a los fines de reflexionar acerca de la esfera jurídica, la cual en tanto sistema simbólico está también encarnada en relaciones de poder que funcionan como estrategias dentro de campos de lucha por el reconocimiento y la legitimación. Se intenta, asimismo, mostrar que si bien Bourdieu coincide con Gadamer en que la especificidad de la hermenéutica jurídica es estar orientada hacia fines prácticos y resuelta a producir efectos prácticos, desoculta la dimensión agonística, interesada y plural que subyace en el proceso de producción del fallo.

Hermenéutica jurídica y aplicación

Antes de la propuesta hermenéutica heideggeriana, la hermenéutica consideraba al entender con un carácter exclusivamente epistémico por lo cual el momento de la aplicación era visto como una actividad posterior a aquél. La aplicación tenía lugar, luego de la operación noética, en disciplinas tales como la jurisprudencia en relación con la aplicación de la ley al caso particular. Gadamer, cree que el conocimiento de un texto jurídico y su aplicación a un caso concreto constituyen un proceso unitario, por ello elige a la hermenéutica jurídica como caso paradigmático a fin de guiar el examen del “problema hermenéutico fundamental” de todas las humanidades: la aplicación.

¹ TAYLOR Ch., *Argumentos filosóficos*, Bs. As., Paidós, 1997, pp. 226-27.

² BOURDIEU, P., *Meditaciones pascalianas*; Barcelona, Anagrama, 1999, p.111.

Por tanto, para Gadamer, entender se corresponde con aplicar y apunta a dar significación a nuestra situación, desde que toda tentativa de entender nos contiene. Por otra parte, la aplicación no es necesariamente una tarea consciente –no depende totalmente de la subjetividad- sino que viene sustentada en la historia de la transmisión. Como notaba ya el primer Heidegger, entramos en “el estado interpretado de nuestro tiempo más por la vía de la costumbre que por medio de una apropiación explícita (...) El carácter histórico de la aplicación excluye la idea de un punto cero del entender (...) vamos adoptando y modificando las perspectivas de sentido de la tradición y de su presencia dentro de nosotros.”³

Heidegger desde su perspectiva analítico existencial, como luego Bourdieu en su teoría de la práctica, “cuestiona la posibilidad y lo aconsejable de hacer totalmente explícita nuestra comprensión cotidiana” y sostiene que las prácticas sólo son efectivas si se mantienen en el trasfondo.⁴ Para la ontología heideggeriana, la comprensión del ser se encuentra en la comprensión de dichas prácticas, “no hay creencias por aclarar: solamente hay destrezas y prácticas (...) no hay nada por explicitar o enunciar. Entonces, lo único que nos queda por hacer es dar una interpretación de la interpretación ya presente en las prácticas”.⁵ En suma, el suelo último de la inteligibilidad reside en el trasfondo compartido de prácticas significativas.

Para el examen de la aplicación como momento del entender, Gadamer recurre a la filosofía práctica aristotélica y a las categorías de *theoria*, *praxis* y *poiesis*. En su análisis, Gadamer se aproxima las determinaciones aristotélicas a través del saber propio de cada una de ellas, para centrarse en la *phronesis* como saber propio de la *praxis*. La *phronesis* es, para Aristóteles, el saber que el hombre tiene de sí, la racionalidad responsable que dirige la *praxis*, mientras que la *tekhne* es el saber, pericia o habilidad con las cosas. Estas disposiciones no implican un saber de tipo abstracto sino que, en ambos casos, se trata de un saber práctico, que Gadamer piensa como una razón social, un entendimiento socio-histórico más que un entendimiento subjetivo. La comunidad social –con sus tensiones y disrupciones- una y otra vez retorna al área común de entendimiento social a través del cual existe.⁶ La *phronesis* posibilita hallar lo que es justo en una determinada

³ GRONDIN, J., *Introducción a la hermenéutica filosófica*; Barcelona, Herder, 1999, pp. 167-69.

⁴ DREYFUS, H., *Ser-en-el-mundo*; Chile, Ed. Cuatro Vientos, 1996, p. 4.

⁵ DREYFUS, H. *op. cit.*, p. 24.

⁶ GADAMER, H., G., “Rhetoric, hermeneutics, and ideology-critique” in W. Jost & M.J. Hyde (Eds.), *Rhetoric and hermeneutics in our time* (pp. 313-334), New Haven, CT: Yale University Press, 1997, p.332.

situación. Es por ello que, en conexión con el problema de la aplicación, interesa a Gadamer profundizar el saber de la *phronesis* y lo hace a través del análisis de la *praxis* jurídica y de la función que cumple en relación con ella la hermenéutica jurídica.

En el Derecho, lo que es justo no resulta de aplicar sin más una ley a un caso concreto. Por ello, Aristóteles habla de la *epikeia* la cual supone que, en determinadas situaciones, es necesario un “ajuste” o “rectificación” de la ley, a veces se impone “suavizar” la ley, lo que no debe confundirse con “no aplicar” el derecho que expresa: “Toda ley comporta una cierta tensión interior en relación con las posibilidades concretas de la acción: una ley es siempre general y no puede implicar toda la complejidad concreta de un caso particular (...) Una ley es insuficiente, no en razón de un defecto intrínseco, sino porque el mundo como campo de nuestras acciones es siempre imperfecto por relación al orden ideal representado por las leyes.”⁷

Por lo tanto, la interpretación radica en la concreción de la ley, es decir, en su aplicación, es claro que para que la concreción sea posible es imprescindible conocer no sólo la ley sino la judicatura. Es factible en principio “concebir el ordenamiento jurídico vigente como tal, lo cual significa poder elaborar dogmáticamente cualquier complementación jurídica realizada. Entre la hermenéutica jurídica y la dogmática jurídica existe así una relación esencial en la que la hermenéutica detenta una posición predominante. Pues no es sostenible la idea de una dogmática jurídica total bajo la que pudiera fallarse cualquier sentencia por mera subsunción.”⁸

En la *praxis* y el saber de la *phronesis* que le acompaña, no opera una aplicación del saber propio de la *theoria*. Si bien sólo se puede aplicar lo que ya se posee sin embargo, en la forma de la *phronesis*, no se alude a un saber tal que primero se dispone de él y luego se lo aplica, se trata de la conducta total del hombre, de aquello que el hombre “ha llegado a ser y es”. Así, la aplicación “no quiere decir aplicación ulterior de una generalidad dada, comprendida primero en sí misma, a un caso concreto; ella es más bien la primera verdadera comprensión de la generalidad que cada texto dado viene a ser para nosotros.”⁹

⁷ GADAMER, H., *El problema de la conciencia histórica*; Madrid, Tecnos, 1993, p. 89.

⁸ GADAMER, H., *Verdad y método*; Barcelona, Ed. Sígueme, 1988, p. 402.

⁹ GADAMER, H., *op. cit.*, p. 414.

Campo jurídico y prácticas

En *Razones Prácticas*, Bourdieu distingue dos aspectos que hacen a su formulación filosófica y que le posibilitan sistematizarla en las que denomina una filosofía de la ciencia y una filosofía de la acción. Dichos aspectos son pensados sólo como momentos del análisis, despejando el camino para abordar las prácticas. El segundo aspecto, que es el que interesa a los fines de este análisis, apunta a una filosofía de la acción que parte de “las potencialidades inscritas en el cuerpo de los agentes y en la estructura de las situaciones en las que éstos actúan o, con mayor exactitud, en su relación”.¹⁰ Esta filosofía se centra en los conceptos de habitus, campo y capital y en la interrelación entre los dos primeros.

Se intenta ahora mostrar por una parte que, para Bourdieu, el juez no opera como un nomoteta sólo provisto del acervo jurídico a la hora de ‘leer’ las peculiaridades del caso en cuestión sino que él mismo está inscripto en un campo de fuerzas concurrentes y en competencia que pugnan por imponer la lectura legítima que se hace eco, además, de otras lecturas y tradiciones que expresan a sectores más vastos de la sociedad civil y política. Por otra parte, en relación con lo anterior, se quiere examinar en qué medida en la interpretación de los textos, que son parte del campo jurídico, también intervienen agentes portadores de otras y/o nuevas maneras de ver el mundo que suponen, al menos en determinadas situaciones, una clasificación distinta de los objetos y relaciones cubiertos por la legislación vigente y que pueden conllevar a una ‘relectura’ de la misma tradición instituida hasta el momento como árbitro último.

El punto de partida bourdieuseano no es distinto al que la hermenéutica le asigna a la tradición jurídica ya que “la interpretación opera la historización de la norma, adaptando las fuentes a las nuevas circunstancias, y descubriendo en ellas posibilidades inéditas dejando de lado lo superado y caduco.”¹¹ Sin embargo, bajo este marco común, lo que se destaca es el ‘conflicto de interpretaciones’ entre agentes posicionados disímilmente en el campo jurídico y que traducen –parcialmente, al menos– conflictos de intereses e interpretaciones en el espacio social.

En este sentido, conviene rever sintéticamente los dispositivos sociológicos que nos brinda Bourdieu para iluminar el campo jurídico. Antes que una desagregación en clases sociales, Bourdieu concibe a la sociedad

¹⁰ BOURDIEU, P., *Razones prácticas*; Barcelona, Anagrama, 1997, p. 7.

¹¹ BOURDIEU, P., “La fuerza del derecho” in *Poder, Derecho y Clases Sociales*; España, Desclée, 2001, p. 184.

como un espacio social en el cual los individuos se posicionan relacional y jerárquicamente de acuerdo a sus propiedades, determinadas por los capitales poseídos, sean estos económicos, culturales, sociales o jurídicos.

Es bajo el marco del sistema posicional del espacio social pero recortado por *algo que está en juego* en un área restringida de ese espacio donde cobra vida la *interacción* de los agentes otorgándole, por lo mismo, especificidad a ese sub-espacio en función de las luchas que allí se establecen. El espacio social se especifica y cobra relevancia metodológica y epistemológica a través del esquema ordenador de la noción de campo social. Se distinguen así multiplicidades de campos sociales, tantos como bienes diferenciados están en juego, sea el campo político, artístico, deportivo, jurídico, etc.

El campo jurídico se instituye allí donde la fuerza física como resolución de conflictos es sustituida por “un universo social relativamente independiente en relación a las demandas externas en cuyo interior se produce y se ejerce la autoridad jurídica, forma por excelencia de la violencia simbólica legítima cuyo monopolio pertenece al Estado y que puede servirse del ejercicio de la fuerza física.”¹² Este universo levanta muros infranqueables, en principio, al profano cuyo vínculo es reductible a la condición de cliente justiciable respecto del cuerpo de expertos para quienes el sentido de equidad de aquél, sujeto al sentido común, no lo califica para reunir el sistema de exigencias –particularmente, una visión del mundo- que se expresa incluso en materia de lenguaje. Así, el conflicto entre partes se traspone a un ámbito reglado donde los expertos que actúan por procuración –conociendo las reglas del campo, escritas y no escritas- pretenden triunfar sobre la letra de la ley. Ahora bien, lo que le da especificidad a este universo o campo particular es la lucha por el monopolio del capital jurídico entre los agentes competentes, que compiten por el derecho de decir qué es lo que tiene que decir el derecho: “La elaboración de un cuerpo de reglas y procedimientos con pretensión universal es el producto de una división del trabajo que resulta de la lógica espontánea de la concurrencia entre diferentes formas de competencia jurídica, complementarias y antagónicas a la vez, que funcionan como otras tantas especies de capital específico y asociadas a diferentes posiciones en el campo.”¹³

¹²BOURDIEU, P., “La fuerza del derecho”, in *Poder, Derecho y Clases Sociales*; España, Desclée, 2001, p. 167.

¹³ BOURDIEU, P., *op.cit.*, p. 175.

A pesar de las posiciones y tomas de posición (estrategias resultantes de la primeras) heterogéneas en cuanto a los intereses que expresan, todos comparten, sin embargo, un mismo interés en el involucramiento en el juego -*illusio* contrapuesta a *ataraxia*-, en el otorgamiento de sentido de lo que allí acaece y, por ende, en el mantenimiento del juego mismo. Este sentimiento del ‘sentido del lugar de uno’ que atraviesa a los jugadores procede de la configuración de disposiciones semejantes, esto es, esquemas de percepción y acción que reproducen, a su vez, procesos de socialización o de inculcación semejantes. Estas competencias sociales jurídicas que son los *habitus* específicos de este campo tienden a reproducir las estructuras objetivas de las reglas que los rigen aunque las estrategias de los dominados pueden llevar a cuestionar las reglas mismas. No obstante, la retórica de la neutralidad, la autonomía y la universalidad que singulariza el lenguaje jurídico es la expresión misma del funcionamiento del campo jurídico. En particular, es la postura universalizante insinuada en el carácter deductivo mismo del enjuiciamiento a partir de un cuerpo de reglas lo que genera la complicidad en las disposiciones.

Al interior de este universo específico, producto de una división del trabajo que varía según las tradiciones jurídicas, es posible distinguir entre las grandes clases de agentes jurídicos –derecho público o privado por ejemplo-, o bien distinguir entre las posiciones del ‘teórico’ orientado a la elaboración doctrinal, monopolio de los profesores, y las posiciones del ‘práctico’ que lleva a cabo los actos de jurisprudencia (magistrado). A su vez, cada una de estas posiciones es homóloga –por lo menos en cuanto a sus intereses- a determinados estamentos sociales que se refuerzan mutuamente ya sea para anular los efectos de una ley o para promulgar una ley.

No fortuitamente la noción de campo bourdieuseana ha sido percibida como un espacio social agonístico, campo de lucha y confrontación bajo el cual, la ley en este caso, es determinada por dichas relaciones encarnadas en las diversas categorías de expertos (magistrado, notarios, abogados, etc.), que expresan sus disímiles intereses correspondientes a las diversas posiciones en este espacio social jerárquico.

Puede examinarse más de cerca lo que son las ‘cartas’ de este juego que es el jurídico: en primer lugar, se debe llegar a una decisión cuya opciones son dicotómicas, ‘blanco o negro’, ‘culpable o inocente’, a continuación, deben ajustarse a un procedimiento y, por último, lo que es más importante para esta indagación, la decisión debe atenerse a las decisiones jurídicas precedentes para concluir jurídicamente, *stare decisis*. La tradición incoada en el *stare decisis* es lo que otorga la apariencia de autonomía

y universalidad del derecho: “La referencia a un corpus de precedentes reconocidos que funciona como un espacio de posibilidades en cuyo interior puede buscarse la solución, es lo que sirve de fundamento racional – haciéndola aparecer como el resultado de una aplicación neutra y objetiva de una competencia específicamente jurídica- de una decisión.”¹⁴

Sin embargo, dicha decisión puede descansar, en realidad, en cualesquiera otros principios ya que los mismos principios pueden ser contruidos de modos diferentes y reclamados para justificar tesis bien diferentes o recurrir al reservorio de precedentes mejor adaptados a la interpretación ya dispuesta. Por todo ello, “hay que guardarse evidentemente de hacer del *stare decisis* una especie de postulado racional apto para garantizar la constancia y previsibilidad, así como la objetividad de las decisiones judiciales.”¹⁵ Es decir, al lado de la norma expresa y explícita hay otros principios no codificados, generadores de las prácticas y éstos son los esquemas prácticos o *habitus* -aquello que la ontología hermenéutica denomina ‘trasfondo’ o ‘mundo pre-interpretado’- de los agentes con los cuales interpretan y reinterpretan lo que significa la regla.

Hasta aquí uno de los primeros aspectos que se pretendía poner de relieve y es aquel por el cual, al menos bajo determinada versión de una hermenéutica jurídica, la interpretación de la ley no depende del acto prudencial del magistrado preocupado por su congruencia con el *corpus* heredado sino que privilegia la visión de una interacción desigual entre exegetas, con pretensiones de legitimar distintas lecturas del mismo objeto de lucha que es el texto jurídico, para apropiarse de su fuerza simbólica a los fines de poner en forma la propia interpretación. Así, como se adelantara más arriba, si bien Bourdieu coincide con Gadamer –en términos de éste, ‘aplicación’- en que la especificidad de la hermenéutica jurídica es su orientación hacia fines prácticos y su producción de efectos prácticos, desoculta la dimensión agonística, interesada y plural que subyace en el proceso de producción del fallo: “el contenido práctico de la ley que se revela en el fallo es el resultado de una lucha simbólica entre profesionales dotados de competencias técnicas y sociales desiguales, por tanto desigualmente capaces de movilizar los recursos jurídicos disponibles por la exploración y la explotación de las ‘reglas posibles’ y de utilizarlos eficazmente, es decir, como armas simbólicas para hacer triunfar su causa; el efecto jurídico de la regla,

¹⁴ BOURDIEU, P., “La fuerza del derecho”, in *Poder, Derecho y Clases Sociales*; España, Desclée, 2001, p. 193.

¹⁵ BOURDIEU, P., *ibid.*

es decir, su *significación* real, se determina en la relación de fuerza específica entre los profesionales.”¹⁶

Por otra parte, hay un segundo aspecto de interés para contrastar, tal vez más inquietante que el anterior en cuanto a los alcances epistemológicos y ontológicos involucrados y es el papel que Bourdieu le asigna al sistema jurídico en tanto universo simbólico. Junto a la ciencia, el arte, el mito, etc. comparten la condición de ser ‘formas simbólicas’. En tanto que ejercen un poder estructurador son ellos mismos estructurados y, en este sentido, ‘construyen’ la realidad en tanto pretenden establecer un orden gnoseológico: “el sentido inmediato del mundo (y en particular del mundo social) supone lo que Durkheim llama el conformismo lógico, es decir, una concepción homogénea del tiempo, del espacio, del número que hace posible el acuerdo entre las inteligencias.”¹⁷ Es esta función de ‘integración social’ la que ha puesto de relieve el estructural-funcionalismo, según Bourdieu. Pero en el marco de esta integración, hay también una lucha entre los diversos agentes –propiamente simbólica– por proveer una definición del mundo social más acorde a sus propias demandas e intereses.

Ahora bien, la especificidad del derecho en tanto forma simbólica es su poder de nominación o de institución. Asigna una identidad a los sujetos, les otorga poder, titulaciones, certificados (de enfermedad, aptitud, etc.), consagra matrimonios, divorcios etc.; esto es, hace todo el trabajo práctico de *world-making*, de clasificación, de hacer ver y creer que está a la base de la institución de los grupos: “el derecho es, sin duda, la forma por excelencia del poder simbólico de nominación que crea las cosas nombradas y, en particular, los grupos.”¹⁸ Es decir, un grupo, etnia, género, región, etc. no comienzan a existir para aquellos que los integran y para los otros sino cuando son designados y consagrados como tales, lo que permite su conocimiento y reconocimiento. Y es en estos actos de legitimación de lo que instituye el veredicto donde Bourdieu advierte la mayor realización de la violencia simbólica: “Hay una eficacia propiamente simbólica de la forma. La violencia simbólica, cuya realización por excelencia es sin duda el derecho, es una violencia que se ejerce, si puede decirse, en las *formas*, poniendo formas. Poner formas, es dar a una acción o a un discurso la forma que

¹⁶ BOURDIEU, P., *op. cit.*, p. 185.

¹⁷ BOURDIEU, P., “Poder simbólico” in *Poder, Derecho y Clases Sociales*; España, Desclée, 2001, p. 92.

¹⁸ BOURDIEU, P., “La fuerza del derecho”, in *Poder, Derecho y Clases Sociales*; España, Desclée, 2001, p. 202.

es reconocida como conveniente, legítima (...) La fuerza de la forma es esta fuerza propiamente simbólica que permite a la fuerza ejercerse plenamente al hacerse desconocer en tanto que fuerza y al hacerse reconocer, aprobar, aceptar, por el hecho de presentarse bajo las apariencias de la universalidad, la de la razón o de la moral.”¹⁹

Es esta violencia simbólica conferida a través de la *vis formae* la que otorga esa permanencia y constancia a las cosas consagradas. Y es la custodia de esta permanencia sobre la que se inclinan los adherentes de la ortodoxia jurídica, el privilegio del texto y de la doctrina con sus correspondientes operaciones de exégesis en el cuidado de compatibilizar las nuevas decisiones con las precedentes que sirven de canon consagrado, de modo de unir el pasado al presente y asegurar que el futuro será a imagen del pasado. “Así inscrito en la lógica de la conservación, el trabajo jurídico es uno de los fundamentos más importantes para la conservación del orden simbólico: mediante la racionalización a las que somete a las decisiones jurídicas, el derecho confiere el sello de la universalidad, factor por excelencia de la eficacia simbólica.”²⁰ Este efecto de universalización provoca también un efecto de normalización, que tiende a imponer universalmente una representación de la normalidad, por la cual las prácticas sociales percibidas como distintas simultáneamente se estigmatizan como desviadas.

Sin embargo, este campo de fuerzas en tensión, con su *corpus* jurídico y su ortodoxia, también presupone sus heterodoxos que se recuestan menos en el texto que en los avances científicos y en la jurisprudencia y en la apertura a los nacientes problemas de la sociedad y de la cultura y a las nuevas formas de derecho pretendidas. Es en este movimiento estratégico de los que poseen menos capital jurídico reconocido, donde advierte Bourdieu también uno de los factores de la dinámica del cambio del hábeas jurídico: “la autonomización pasa, no por un reforzamiento del cierre sobre sí mismo de un cuerpo consagrado a la lectura interna de textos sagrados, sino por una intensificación de la confrontación de los textos y los procedimientos con las realidades sociales consideradas para expresarlas y regularlas.”²¹

En este aspecto, Bourdieu se apoya en la tradición denominada “dis-

¹⁹BOURDIEU, P., *Cosas dichas*, Barcelona, Gedisa, 1993, p. 90.

²⁰BOURDIEU, P., “La fuerza del derecho”, in *Poder, Derecho y Clases Sociales*, España, Desclée, 2001, p. 212.

²¹BOURDIEU, P., *op. cit.*, p. 222.

pute theory” para destacar el trabajo colectivo de ‘categorización’ que lleva a cabo la transición de un clamor percibido a una imputación explícita. Un ejemplo decisivo que incide en la transformación de esta forma simbólica que es el derecho, son los intereses pre-jurídicos de los movimientos sociales que, seguramente en consonancia con las posiciones heterodoxas del campo jurídico, convierten dichos intereses en causas judiciales y nuevas legislaciones, tal el caso del movimiento feminista. En efecto, estos grupos son ‘invisibilizados’ en cuanto a su reconocimiento, especialmente por el Derecho y son puestos de manifiesto precisamente cuando reivindican su visibilidad. Esta revuelta contra una de las formas de violencia simbólica conlleva una alteración de las clasificaciones instituidas, de las categorías de percepción y de apreciación.

Esta ilustración sugiere el carácter complejo, comunal y dialéctico que guarda la tradición jurídica en relación a los cambios, más o menos pronunciados, que exhibe: las nuevas nominaciones y clasificaciones, la transformaciones más o menos profundas que se operan en el *corpus* jurídico.

Conclusiones

En su análisis del conocimiento práctico que vincula al agente con el mundo social, Bourdieu lo describe por analogía con la *orthé doxa* platónica (opinión recta) y, al igual que Gadamer, con la *phronesis*.²² Estas acotaciones sobre la práctica suponen un principio de reflexión ontológica en la construcción sociohistórica de la teoría de la acción de Bourdieu, en la cual considera a la práctica en sus aspectos sociales y al *habitus* en su historicidad. Por lo tanto, no es en la caracterización de la socialización en sí misma, o en el método fenomenológico, que la diferencia entre Heidegger, Gadamer y Bourdieu puede ser encontrada. Todos ellos escriben acerca de los modos de ocultamiento que se encuentran en la subjetividad y las implicaciones de este encubrimiento, socialmente generado, en el ejercicio de la libertad y la autonomía humanas.²³

No obstante, para Gadamer la aplicación es un momento del entender y la aplicación de la ley importa en algún sentido su recta interpreta-

²² BOURDIEU, P. y WACQUANT, *Respuestas: por una antropología reflexiva*; México, Grijalbo, 1995, p. 88.

²³ Cfr. WEINER, J., *Tree Leaf Talk: A Heideggerian Anthropology*; New York, Berg, 2001, pp. 7-8.

ción. De este modo, puede afirmar que “toda aplicación de una ley rebasa la mera comprensión de su sentido jurídico y crea una nueva realidad (...) la interpretación crea y establece nuevas realidades.” De ahí que Gadamer acote que la aplicación de disposiciones legales que “aparece como correcta viene a concretar y precisar el sentido de una ley.”²⁴ Por tanto, Gadamer hace jugar aquí un papel central a la filosofía práctica, a través del poder performativo de la *phronesis*, como virtud de la racionalidad práctica. Por ello es que pone el acento en la interpretación del derecho vigente y no en su creación. El entender puede estar guiado por concepciones erróneas por lo cual debe esforzarse por desarrollar principios adecuados de interpretación: “lo que Gadamer reclama es sólo un entender críticamente reflexivo” es así que, como nota Grondin “se mantiene en el punto medio entre la autoanulación positivista y el perspectivismo universal de Nietzsche”²⁵. Por su parte, Bourdieu, destaca en su momento constructivista, el poder de nominación o de institución del derecho. Y enfatiza que, a pesar del efecto de cierre que sobre sí tiene el campo jurídico, es permeable a las nuevas maneras de hacer y crear el mundo por parte de la sociedad aunque evidentemente, en íntima conexión con las contradicciones homólogas que se producen en el campo jurídico.

Asimismo, es claro que hay diferencias entre Gadamer y Bourdieu en cuanto al enfoque general y nivel de análisis (a pesar que pueden encontrarse en este último reflexiones ontológicas) pues, como puntualiza Dreyfus, en referencia a Heidegger no se trata de “meros hechos susceptibles de ser estudiados *objetivamente* por una disciplina “científica” como la antropología o la sociología (a pesar de que también lo son). En lugar de eso, debido a que contienen una comprensión del ser deben ser estudiados como una *interpretación* y no como una ciencia.”²⁶

²⁴ GADAMER, H., *Verdad y método*; Salamanca, Ed. Sígueme, 1992, Vol. II, p. 301.

²⁵ GRONDIN, J., *op. cit.*, pp. 163-64.

²⁶ DREYFUS, *op. cit.*, p. 21.

Bibliografía

- BOURDIEU, P., *Cosas dichas*, Barcelona, Gedisa, 1993.
- *Respuestas: por una antropología reflexiva*; México, Grijalbo, 1995.
 - *Razones prácticas*; Barcelona, Anagrama, 1997.
 - *Meditaciones pascalianas*; Barcelona, Anagrama, 1999.
 - “Poder simbólico” in *Poder, Derecho y Clases Sociales*, España, Desclée, 2001.
 - “La fuerza del derecho”, in *Poder Derecho y Clases Sociales*, España, Desclée, 2001.
- DREYFUS, H., *Ser-en-el-mundo*; Chile, Ed. Cuatro Vientos, 1996.
- GADAMER, H., *Verdad y método*; Vol. I, Barcelona, Ed. Sígueme, 1988.
- *Verdad y método*; Vol. II, Salamanca, Ed. Sígueme, 1992,
 - *El problema de la conciencia histórica*; Tecnos, Madrid, 1993.
 - “Rhetoric, hermeneutics, and ideology-critique” in W. Jost & M.J. Hyde (Eds.), *Rhetoric and hermeneutics in our time* (pp. 313-334), New Haven, CT: Yale University Press, 1997, p.332.
- GRONDIN, J., *Introducción a la hermenéutica filosófica*; Barcelona, Herder, 1999.
- HEIDEGGER, M., *El ser y el tiempo*; México, FCE, 1951.
- TAYLOR, Ch., *Argumentos filosóficos*, Paidós, Bs. As., 1997.
- WEINER, J., *Tree LeafTalk: A Heideggerian Anthropology*; New York, Berg, 2001.

**EL CONTEXTO DE UNA DEMOCRACIA DELEGATIVA Y
LA CUESTIÓN DE ENTES REGULADORES Y DE CONTROL
INDEPENDIENTES EJERCIDOS POR EXPERTOS. SUS
FACULTADES, EXTENSIÓN Y LÍMITES.***

*por Jorge Edmundo Barbará ***

Resumen: Las políticas de privatizaciones y desregulaciones en la década del noventa en la República Argentina, han sido objeto de severas críticas, a

* El presente trabajo se corresponde con una reelaboración efectuada sobre la ponencia presentada ante el VIII Congreso Internacional organizado por el Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD) y realizado en la Ciudad de Panamá, Panamá, entre los días 28-31 de octubre de 2003.

** Abogado y Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, República Argentina. Cursó estudios de posgrado en la Universidad de Tübingen, Alemania. Ex Decano de la Facultad de Ciencia Política y Relaciones Internacionales de la Universidad Católica de Córdoba, República Argentina. Profesor Titular de las cátedras de “Historia del Pensamiento Político” e “Introducción a la Ciencia Política y a las Relaciones Internacionales”, de la misma Facultad. Profesor Titular de la cátedra de “Derecho Político”, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, República Argentina. Es Miembro del Consejo de la Magistratura de la Provincia de Córdoba. Ha sido Convencional Constituyente y Miembro de la Comisión Redactora de la Convención Constituyente en la Reforma de la Constitución de la Provincia de Córdoba, en septiembre de 2001. Ha sido Consejero Titular del Consejo de Seguridad Ciudadana. Ha sido Miembro de la Comisión Ejecutiva de la Unidad Ejecutoria para la reglamentación de la Ley 8835/00 (“Carta del Ciudadano”) de la Provincia de Córdoba, República Argentina. Ha sido Vocal Director del Ente Regulador y de Control del Sistema Postal de la República Argentina (Comisión Nacional de los Correos y Telégrafos) e Interventor de la Dirección General de Asuntos Jurídicos del Correo Oficial de la República Argentina. Ha sido Secretario de Gobierno de la Municipalidad de Córdoba, República Argentina.

las que no son ajenas por cierto el componente ideológico. El fondo de tales críticas apunta a demostrar que a través de aquellas políticas existió una priorización de los intereses privados sobre los intereses sociales. Concentración económica, monopolios legales y, además, comportamientos monopólicos, ausencia de marcos regulatorios al tiempo de las privatizaciones, laxitud de los controles, defectos en los diseños de los entes reguladores y en sus respectivos funcionamientos, capturas de los entes, desprotección de los usuarios, cláusulas contractuales abusivas, no serían sino indicadores de aquella constatación sobre la asimetría existente en cuanto a los intereses protegidos. Ciertamente que la definición del problema o del cuestionamiento, se resolvería en la respuesta a la pregunta sobre cuál debiera ser el rol del Estado. Esa respuesta creemos que no se obtiene a partir de abstracciones académicas. Antes bien, se resuelve a partir de los instrumentos considerados necesarios para garantizar los intereses sociales sin descuido de los privados. *Regulación y control* sería la respuesta. Pero tal respuesta requiere reflexionar sobre la composición personal técnica de los Entes, la extensión de sus facultades y la posibilidad de revisión de sus decisiones.-

Para conocer a cargo de quién y hasta dónde debe efectuarse la regulación y control, es menester indagar acerca de cómo estuvieron involucrados los poderes estatales, particularmente el Ejecutivo y el Legislativo, en el proceso de privatizaciones de los noventa y cómo, de manera simétrica, reiteran aquel comportamiento en la crisis de ese Estado Privatizador. A partir de allí, se formulan reflexiones acerca de la necesidad de que la regulación y el control se efectúe a cargo de Entes técnicos, cuya justificación, discrecionalidad y límites se reflexionan a la luz de los riesgos que supondría sustituirlos por los poderes institucionales involucrados en las emergencias vividas en Argentina. Por los mismos motivos, pareciera razonable que tales Entes participen en la revisión de lo actuado en la década pasada.

Palabras claves: Delegación de facultades. Congreso Nacional - Emergencia - Crisis estructural - Control y regulación *afuera* de los poderes políticos - Independencia - Expertos - Límites.

1. La República Argentina en emergencia a fines de los ochenta. El proceso privatizador: actores institucionales involucrados. La delegación de facultades del Congreso.

El proceso de privatizaciones de los noventa ha sido sometido a una serie de críticas cuya síntesis puede resumirse en que ese proceso tuvo por resultado la priorización de intereses privados por sobre los intereses colectivos.

Es importante, desde ya, señalar que la reforma del Estado iniciada en 1989 durante la Administración del Presidente Menem, se llevó adelante estando pendiente una previa formulación de los marcos regulatorios que debían presidir cada una de las privatizaciones.

Ciertamente que el contexto político, social e institucional que vivía Argentina en 1989 amenazaba con un aumento progresivo y veloz de las tensiones sociales de imprevisibles consecuencias. Escaso nivel de inversión; desempleo disfrazado bajo ocupación sobredimensionada en el sector público; erogación de los recursos estatales en beneficio de un escaso número de contratistas; virtual inexistencia de reservas para amortizar capital e intereses de la creciente deuda pública externa -e interna-; aislamiento del sistema financiero internacional y advenimiento de una devastadora hiperinflación con la consiguiente pérdida del valor de los salarios, del consumo y de la producción misma, caracterizaban la situación imperante en 1989.

La cosmovisión que se supuso era el remedio para semejante descalabro imponía, en términos universalmente similares a las economías nacionales, políticas antiinflacionarias, equilibrio fiscal, privatizaciones, desregulación de los mercados, apertura comercial y financiera (Mora y Araujo: 1997).

En este contexto se hace cargo de la Presidencia Carlos S. Menem, seis meses antes de expirar el período presidencial de Raúl Alfonsín, obligado éste a renunciar anticipadamente atento el descontrol al cual se había llegado por las circunstancias arriba apuntadas.

Inmediatamente arribado al poder Menem, a escasos treinta días de su asunción, el Congreso sancionó, con el acuerdo generalizado de los partidos políticos representados en el Parlamento, la Ley de Reforma del Estado nro. 23.696. Esta ley, sancionada el 12 de agosto de 1989, promulgada el 18 de agosto y publicada el 23 de agosto de ese mismo año, contiene interesantes disposiciones en las cuales considero necesario detenerme brevemente.

Recordemos que, en virtud de esa ley, se declaró una amplísima “**emergencia administrativa**” abarcativa de la totalidad de los organismos del Estado en materia de prestación de servicios públicos.

En consecuencia con esa declaración, se autorizó al Poder Ejecutivo Nacional a intervenir todos los entes, empresas y sociedades, cualquiera fuere su tipo de propiedad exclusiva del Estado Nacional “*y/o de otras entidades del sector público nacional de carácter productivo, comercial, industrial o de servicios públicos*”. Los únicos organismos del Estado Nacional que fueron exceptuados de ese proceso de intervenciones fueron las Universidades Nacionales (art. 2º, ley nro. 23.696).

En el capítulo específico de las privatizaciones, esa ley facultaba al Poder Ejecutivo Nacional a declarar “*sujetas a privatización*” a todo el

ámbito de las empresas, sociedades, establecimientos o haciendas productivas de propiedad del Estado Nacional, debiendo ser aprobada, esa declaración del Poder Ejecutivo Nacional, por ley del Congreso, asignándose trámite de preferencia para esos proyectos (art. 8° de la ley). Sin perjuicio de ese trámite, la propia ley nro. 23.696 dispuso, en listados anexos, “*sujetas a privatización*” a un considerable número de empresas estatales (art. 8° ib.).

En efecto, la propia ley ahorra todo trámite declarando directamente sujetas a privatización a una serie de empresas y organismos estatales, entre las que se encontraban, la Empresa Nacional de Telecomunicaciones, Aerolíneas Argentinas, Empresas Líneas Marítimas Argentinas, Yacimientos Carboníferos Fiscales, Dirección Nacional de Vialidad, Ferrocarriles Argentinos, Empresa Nacional de Correos y Telégrafos, Yacimientos Petrolíferos Fiscales, todos los medios de comunicación (con excepción de un medio televisivo y un medio radial), subterráneos de Buenos Aires, servicios de prestaciones Culturales, Recreativas y Mantenimiento Urbano de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, Junta Nacional de Granos, Administración de Puertos, Casa de Moneda, Talleres Navales de Dársena Norte, Compañía Azucarera Las Palmas S.A., Gas del Estado, SEGBA, Agua y Energía, Obras Sanitarias de la Nación, Forja Argentina S.A., Carboquímica Argentina Sociedad Anónima Mixta, Petroquímica Río Tercero Sociedad Anónima Mixta.

Como se advierte, los representantes del pueblo en el Parlamento entendieron que el pueblo quería el total desguace estatal, a menos que haya existido algún error por exceso de interpretación acerca del querer social existente en Argentina en ese momento y en esas circunstancias.-

Pero la norma que resulta claramente indicativa de la premura y eficacia con que se pretendía llevar adelante el proceso de desregulación y privatizaciones, es aquella a través de la cual el Congreso delegaba en el Ejecutivo unipersonal su función más eminente, esto es, la de hacer y deshacer leyes. Ello así porque facultó expresamente al Presidente de la República a dejar sin efecto cuantas leyes hubiesen dispuesto sobre la manera en que el Estado debía cumplir sus servicios públicos. Entiéndase bien, si una ley había establecido que el sistema de prestación de determinados servicios públicos -por ejemplo el servicio postal o el servicio telefónico- era monopolístico en favor del Estado, un decreto del Poder Ejecutivo podía derogar tal sistema a través del establecimiento de un mercado abierto y competitivo para la prestación de ese servicio o..... dejar sin efecto ese monopolio estatal para privatizar en cabeza de otro monopolio, pero esta vez privado. Tal era la normativa del art. 10° de la ley nro. 23.696.

Semejante amplitud de los sectores estatales a privatizar y desregular y semejante cesión de facultades al Presidente de la República para perfeccionar, cuanto antes, aquella finalidad, no fue acompañada por ninguna previsión que razonablemente estableciera los marcos regulatorios y los entes que debían tener a su cargo el control -y regulación- de los sectores a privatizar.

Esta fue, pues, la matriz legal del proceso de Reforma del Estado a través de privatizaciones y desregulaciones que tuvieron lugar en los noventa.

Ciertamente que la entrada en vigencia de estas leyes no tuvo nada que ver con el denominado “plan de convertibilidad”, el cual entró a regir después con una distancia mayor a la de un año y medio largo con respecto a aquella ley nro. 23.696.¹

Los Entes Reguladores y de Control fueron creándose, pues, puntualmente, a medida que las privatizaciones de los diversos sectores de servicios públicos se fueron privatizando.² Pero, además, la inmensa mayoría de los mismos fueron creados y diseñados por el Poder Ejecutivo Nacional a través de los respectivos decretos.³

¹ La ley de convertibilidad nro. 23.928 entró en vigencia el 1º de abril de 1991, habiendo sido sancionada y promulgada el 27 de marzo de 1991 y publicada en el Boletín Oficial el 28 de marzo de 1991.-

² El único Ente que se creó por la ley nro. 23.696 fue el Ente Tripartito entre la Municipalidad de Buenos Aires, el Gobierno de la Provincia de Buenos Aires y Obras Sanitarias de la Nación. Sin embargo, ninguna previsión tuvo esa ley respecto de la composición, competencia, facultades, ni extremo alguno relacionado con ese Ente, toda vez que se limitó a su mera creación, en el Anexo I de aquella norma. Recién por decreto del Poder Ejecutivo Nacional nro. 999 del 30 de junio de 1992, se previó su funcionamiento y, como Anexo I de ese decreto, se aprobó el marco regulatorio para la concesión de los servicios de agua potable y desagües cloacales. Por tanto, el poder de policía y de regulación y control del ETOSS en materia de agua potable y desagües cloacales no nace de la ley, sino de un decreto del Poder Ejecutivo Nacional dictado tres años después de aquella ley.-

³ La Comisión Nacional de Telecomunicaciones se creó por decreto nro. 1.185 de fecha 22 de junio 1990, modificado por decreto nro. 2.728 de fecha 27 de diciembre de 1990; el Ente tripartito ETOSS, como se vio, su organización, funcionamiento, facultades, obligaciones, etc., fue efectuado por el decreto nro. 999/92, si bien su mera creación fue efectuada por la ley nro. 23.696; la Comisión Nacional de Correos y Telégrafos, por el decreto nro. 214/92 y por el decreto nro. 2.792/92; la Comisión Nacional de Transporte Automotor, por decreto nro. 104/93; el Órgano de Control de las Concesiones Viales, por decreto nro. 2.039/90; la Comisión Nacional de Transporte Ferroviario, por los decretos nros. 1.836/93, 454/94 y 455/94; el Órgano de Control de las Concesiones de la Red de Accesos a la Ciudad de Buenos Aires, por decreto nro. 1.994/93. Sólo el Ente Nacional

La discrecionalidad con que el Poder Ejecutivo nacional llevó adelante el proceso de reforma del Estado, a través de una amplia y profunda política de privatizaciones y desregulación del mercado, se correspondía con la complacencia del Congreso Nacional respecto de aquella discrecionalidad, particularmente a partir de la delegación de facultades que éste dispuso en cabeza de aquél, resignando la naturaleza misma de sus funciones, esto es, la de legislar, atento la expresa autorización que en tal sentido otorgó al Poder Ejecutivo Nacional por el ya comentado art. 10° de la ley nro. 23.696.

Por tanto, cuando se observa que las privatizaciones y desregulaciones que se llevaron adelante en los noventa tuvieron por resultado, en definitiva, la priorización de los intereses sectoriales privados, por sobre los intereses generales de la población, ello no significa otra cosa que institucionalmente se había resignado, por parte de los actores que efectivizaban el poder de esas instituciones -Poder Ejecutivo y Poder Legislativo- el necesario poder de policía inherente a la existencia del poder estatal en cuanto tal, el cual se suponía que debía ejercerse, de manera previa o siquiera simultánea conforme al diseño legal de dicho proceso de reforma del Estado.

Resulta de claro interés la afirmación de Aspiazu cuando manifiesta que *“la debilidad y precariedad regulatoria que caracteriza a la experiencia privatizadora en Argentina (formulación tardía, limitada y, cuando no, precaria de marcos regulatorios, constitución de débiles agencias reguladoras -muchas veces con posterioridad a la transferencia de los activos-, recurrentes renegociaciones contractuales), los llamados “defectos” o “problemas de diseño” regulatorios que se manifiestan en el campo de los servicios privatizados, han resultado plenamente funcionales a la lógica de acumulación y reproducción del capital de los grandes conglomerados locales y extranjeros que, a partir de su activa presencia en los distintos procesos de privatización, han pasado a constituirse en el núcleo hegemónico del poder económico en el país”* (Aspiazu:2001).

Ahora bien, si la precariedad regulatoria fue funcional a los privilegios empresarios, resulta de interés de primer orden verificar dónde recayó la responsabilidad, a fin de examinar de manera crítica la tendencia de

Regulador de la Electricidad y el Ente Nacional Regulador del Gas, fueron creados y regulados, respectivamente, por las leyes nros. 24.065 del año 1992 y 24.076 también de 1992. Ciertamente que, en la actualidad, algunos de aquellos Entes han desaparecido o se han fusionado con otros, pero también aquí la decisión ha sido por decreto del Poder Ejecutivo.-

focalizar esa responsabilidad únicamente en grupos más o menos pequeños -normalmente el Poder Ejecutivo y vinculados al Poder Ejecutivo-, los cuales, **sin dejar de portar semejante responsabilidad, debieran compartirla, al menos**, con los actores que encarnaron los otros poderes estatales, en el caso, también el Congreso Nacional, independientemente de la que le cabe al Poder Judicial cuya actuación y responsabilidad no es objeto de este trabajo.⁴

Por lo tanto, el examen de todo lo ocurrido en materia de privatizaciones y desregulaciones exige una labor crítica institucional sobre **todos** los actores que se encontraban involucrados, precisamente en el plano institucional.

Circunscribir la temática a la revisión de los instrumentos jurídicos a través de los cuales se efectuaron las privatizaciones y desregulaciones, y el consecuente comportamiento de actores privados y públicos resulta correcto, si **también** se analiza el comportamiento de todos los poderes institucionales en aquellos instrumentos y en aquella materia.

⁴No obstante que la actuación del Poder Judicial durante el proceso privatizador de los noventa no es objeto de este trabajo, estimo necesario hacer mención que también este poder estatal se involucró en dicho proceso más allá de las precisas normas a las que debía atenerse. Resulta emblemático, en tal sentido, la actuación de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el denominado caso "Dromi". En verdad, se trataba del "caso de Aerolíneas Argentinas", en el cual se discutía la privatización de esa empresa estatal. Este caso constituyó el *leading case* del instituto *per saltum* en materia de recurso extraordinario ante la Corte. Se trataba de una acción de amparo deducida por un diputado nacional ante un tribunal de primera instancia. Esto motivó que el Ministro de Obras Públicas de la Nación, Dr. Roberto Dromi, efectuara dos presentaciones directamente ante la Corte Suprema, solicitando el directo avocamiento del Supremo Tribunal, "salteando" las instancias judiciales intermedias y el estado procesal de la causa, en razón, principalmente, de la gravedad institucional que tenía la materia a decidir. La Corte, por primera vez en su historia, no sólo admitió el recurso sino que emitió sentencia sobre el fondo del asunto acogiendo la pretensión deducida por Dromi. El constitucionalista Néstor Sagüés sintetiza la crítica de los diversos autores a ese fallo en los siguientes términos: "*Las observaciones de estos autores son múltiples, en particular: a) La Corte violó las reglas de competencia establecidas por el Congreso (leyes 48 y 4055); b) el escueto escrito apelatorio no era idóneo ni como apelación ordinaria en un amparo, ni como interposición del recurso extraordinario, al carecer de fundamentación autónoma y presentarse directamente ante la Corte; c) no había en la especie extrema gravedad institucional, ya que al prever la ley 16986 la apelación con efecto suspensivo, la sentencia del juez de primera instancia, admisorio del amparo, no se habría ejecutado. Toda esta argumentación es compatible*" (Sagüés:1992).-

2. El control y la regulación *afuera* de los poderes políticos. El conocimiento técnico como condición de independencia.

Posiblemente la consecuencia más seria que implicó la ausencia -o precariedad- de marcos regulatorios y órganos de control oportunos y eficaces haya consistido en la concentración de la propiedad y en la regulación tarifaria, que contribuyeron a debilitar la función de regulación estatal y supusieron un desplazamiento de utilidades a favor del capital concentrado claramente dañino para el usuario argentino y para los intereses colectivos en general.

La pregunta que entiendo deberíamos efectuarnos a esta altura de nuestras reflexiones es la siguiente: Qué hubiera sido necesario para que aquellas asimetrías y deficiencias no se produjeran o, al menos, hubieran sido obstaculizadas razonablemente.

Si los poderes Ejecutivo y Legislativo aparecen involucrados como *partners* -o asociados-, en las deficiencias de las privatizaciones y desregulaciones, la respuesta debería buscarse *afuera* de estos poderes.

Aparece aquí la necesidad de Entes Reguladores y de Control independientes. Pero la independencia institucional no garantiza, por sí misma, un comportamiento independiente del Ente respecto de los poderes políticos y respecto, además, de poderes no políticos, como pueden ser el de los grupos empresariales o, quizás, de las propias corporaciones de usuarios, consumidores o clientes.-

Posiblemente si los Entes hubieran existido con independencia institucional de jerarquía legal, descentralizados y autárquicos, pero, además, constituidos por expertos con conocimiento “*experticio*” en el sector a controlar y regular, previsible y precisamente por ese conocimiento, hubiera supuesto al menos un obstáculo a las influencias provenientes tanto de los poderes políticos cuanto de las fuerzas sociales con intereses sectoriales. Hipotéticamente, al menos, si ello hubiera ocurrido, el proceso de privatizaciones y desregulaciones hubiera transcurrido por otros escenarios.

Pero esta hipótesis de trabajo carecería de interés concreto si este requerimiento no fuese imperioso de ejecutar también en el presente, y para el futuro, en Argentina, según insistiremos más abajo en este trabajo.-

3. La República Argentina en emergencia en 2002. Actores institucionales involucrados. La delegación de facultades del Congreso.

A fines de 2001 se desató una profunda crisis en Argentina que obligó al Presidente Fernando de la Rúa a resignar su investidura. Una recesión

prolongada -aproximadamente unos cuatro años de recesión-; un aumento progresivo de la desconfianza en el cumplimiento de la deuda externa que hacía ascender vertiginosamente el índice de “riesgo país” con el consecuente efecto psicológico que ello traía aparejado a la sociedad argentina; críticas crecientes al plan de convertibilidad -algunas ciertamente interesadas en favorecer determinados sectores de la economía nacional-; una tasa creciente de desempleo y subocupación; cuestionamiento también creciente a los actores que efectivizaban los poderes ejecutivo, legislativo y judicial, era el marco referencial en el cual transcurría el año 2001.

Semejante situación motivaba no sólo a una desconfianza profunda a los sectores de inversión externa, particularmente en el sector financiero, sino también de los más diversos sectores domésticos. Esto último se revelaba a partir de la fuga de capitales al exterior, toda vez que no se necesitaba ser experto en materia económica para advertir la inseguridad e incertidumbre por las que transitaba el país.

Precedida por el colapso que significaba el “corralito” financiero dispuesto en el mes de diciembre de 2001, con fecha 7 de enero de 2002 se publicaba en el Boletín Oficial la ley nro. 25.561 que establecía una nueva emergencia pública en la Argentina, a poco más de una década de haberse declarado la emergencia anterior también por el Congreso Nacional a través de la ley nro. 23.696 antes comentada y a sólo tres meses de haberse establecido la intangibilidad de los depósitos a través de la ley del Congreso nro. 24.566.

Esta nueva ley nro. 25.561 declaraba, en su art. 1º, “*la emergencia pública en materia social, económica, administrativa, financiera y cambiaria...*”.

Ahora bien, de la misma manera que la ley nro. 23.696 había delegado en el Poder Ejecutivo Nacional las más extensas facultades de naturaleza y jerarquía legislativa, a través del ya referido art. 10, esta ley nro. 25.561 efectuaba una nueva delegación aún más generosa en cabeza del Poder Ejecutivo Nacional, toda vez que le otorgaba las más amplias facultades fijándole bases, pero no límites -salvo en lo temporal-, para decidir cuantas medidas considerara pertinentes.

En efecto, el art. 1º de la ley nro. 25.561 se expresaba de la siguiente manera, a continuación de la transcripción arriba efectuada de aquella misma disposición normativa:

“...delegando al Poder Ejecutivo nacional las facultades comprendidas en la presente ley, hasta el 10 de diciembre de 2003, con arreglo a las bases que se especifican seguidamente: 1. proceder al reordenamiento del

sistema financiero, bancario y del mercado de cambios. 2. Reactivar el funcionamiento de la economía y mejorar el nivel de empleo y de distribución de ingresos, con acento en un programa de desarrollo de las economías regionales. 3. Crear condiciones para el crecimiento económico sustentable y compatible con la reestructuración de la deuda pública. 4. Regular la reestructuración de las obligaciones, en curso de ejecución, afectadas por el nuevo régimen cambiario instituido en el artículo 2°.” (sic, art. 1°, ley nro. 25.561).

Como se ve, el marco referencial dentro del cual se facultaba al Poder Ejecutivo Nacional para actuar era tan amplio que, virtualmente, el Presidente quedaba autorizado para actuar discrecionalmente intentando cuantas políticas creyese conveniente, aún cuando fuesen contradictorias, toda vez que las doctrinas más diversas y heterogéneas, particularmente en materia económica, ofrecen sustento como para suponer que, a través de cualquiera de ellas, se persigue el “*crear condiciones para el crecimiento económico sustentable y compatible con la reestructuración de la deuda pública*” que determinaba la ley.

A poco que se repare que la Constitución Nacional coloca en cabeza del Congreso de la Nación las atribuciones de “*arreglar el pago de la deuda interior y exterior de la Nación*” (art. 75, inc. 7, Constitución Nacional); de “*contraer empréstitos sobre el Crédito de la Nación*” (art. 75, inc. 5); de “*hacer sellar moneda, fijar su valor y el de las extranjeras; y adoptar un sistema uniforme de pesos y medidas para toda la Nación*” (art. 75, inc. 11); “*establecer y reglamentar un banco federal con facultad de emitir moneda, así como otros bancos nacionales*” (art. 75, inc. 6), se advertirá que las facultades que delegaba al Poder Ejecutivo eran precisamente aquellas que la Constitución preveía que fueran atribuciones específicas del Congreso Nacional.

De manera, pues, que a través de la emergencia nuevamente invocada y declarada, el Poder Legislativo resignó aquello que era suyo -legislar y regular-, sin fijar mayores límites ni precisiones para su cumplimiento.

Ce lui qui délégue, abdique, reza un famoso aforismo jurídico que revela la restricción de libertad y facultades que supone el virtual renunciamento, aunque fuere temporario, que significa la delegación.

4. El control y la regulación afuera de los poderes políticos.

Las preguntas que cabe formularnos ahora son las siguientes:

1) ¿Pueden tener confianza *los usuarios* en sus representantes, esto es, en los actores que constituyen el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo respecto de la tutela de sus intereses?

2) ¿Pueden tener confianza *los operadores privados* en aquello que se denomina *compromiso regulador*, esto es, el compromiso consistente en garantizar un espacio de previsibilidad y continuidad de políticas, que reviste particular importancia para que el sector privado genere inversiones en el ámbito respectivo de prestación de servicios?

A través del análisis que hemos efectuado arriba en función de la reflexión crítica de los actos normativos de los Poderes Ejecutivo y Legislativo, no parece que la respuesta pueda ser afirmativa respecto de cualquiera de las preguntas arriba formuladas.

La gravedad radica en que no se trata que de la Administración Menem, o de la Administración de la Rúa, o de la Administración Duhalde, o inclusive de la Administración Kirchner, se deba expiar sin más, esto es, como órganos de decisiones y de poder aislados, las responsabilidades por los defectos de las políticas aplicadas y, en definitiva, por la crisis fenomenal desatada en Argentina.

La gravedad radica en el Congreso Nacional, esto es, los actores que efectivizaron el poder de esa función estatal, también son responsables por no haber ejercido -y no ejercer-, precisamente, el poder que por la Constitución y por el sistema político les asiste. Y la gravedad radica, entonces, en que precisamente el Legislativo es el máximo poder de control y regulación de un Estado de Derecho Democrático, el cual, según se vio, de manera reiterada, resignó semejante poder.

Ciertamente que la desconfianza existente en usuarios y operadores privados, y la inseguridad jurídica correlativa e inherente a aquella desconfianza, no son sino especies dentro del género de ruptura de los contratos político y jurídico que sostuviéramos en nuestro trabajo publicado en el Anuario VII (2002-2003) del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, especie que se vincula, precisamente de manera específica, con la regulación y el control sobre el que, a partir del proceso de privatizaciones, recae el mayor peso en cuanto que las falencias que presentaron fueron funcionales, en definitiva, a sectores empresariales privilegiados y contrarias al interés general.

Una vez más, se impone que dirijamos nuestra mirada a órganos que se encuentren, en lo posible, *afuera* de la órbita de los poderes políticos, y que sean independientes de los mismos.

Ahora bien, las relaciones que median en la prestación de servicios públicos de gestión privada requieren de conocimientos técnicos

para comprender su naturaleza, sus alcances y sus eventuales consecuencias contrarias al interés general.

Cualquier prestación de servicios públicos a cargo de operadores privados supone una relación jurídica entre estos operadores, por una parte, y el Estado, por la otra, a través del instrumento utilizado para hacer efectiva la privatización de servicios. Pero, por otro lado, supone una relación entre el operador privado y el usuario de ese servicio, relación en la cual, atento la naturaleza pública del servicio que se presta, el Estado -allí- tampoco puede estar ausente.

La idea a la que obedece la creación de entes reguladores y de control independientes, reside en que quien controla y regula no debe ser el mismo que concede el servicio de que se trata, de allí que el rol de los entes reguladores debe ser diferente al del Estado que concede aquel servicio, por imperativo de transparencia, de igualdad y de justicia en el sistema. Pero ese criterio de independencia es meramente formal u organizacional, pues, en sustancia, la independencia depende del acierto y rigurosidad del control y de la regulación, y ello, a su vez, depende del conocimiento técnico o experticio que posee y aplica el Ente.

Esto es, la composición del Ente Regulador y de Control requiere de conocimientos técnicos en su estructura, en su personal, en sus instrumentos, en sus funcionarios. Ello es imprescindible para el adecuado ejercicio de sus funciones de control y de regulación.

El desconocimiento técnico que el Ente demuestre previsiblemente va a ser funcional a los intereses de los concesionarios, permisionarios, licenciatarios u operadores privados de servicios públicos, los cuales, naturalmente, poseen ese conocimiento como condición de su existencia y progreso.

En Argentina, ese desconocimiento tuvo consecuencias negativas para el interés general y operó a favor, en general, de algunos sectores privados beneficiarios de privatizaciones.

El conocimiento específico requerido, cobra particular importancia en el caso de Entes Reguladores y de Control, porque la razón misma de su existencia ha consistido en la especialización que se requirió del poder de policía estatal con motivo de la especialización que se iba produciendo en el mercado a medida que avanzaba el proceso de privatizaciones en las respectivas áreas de prestación de servicios públicos. La sectorización que impuso la trilogía operador(es) privado(s), usuarios y Estado, impuso a éste la necesidad de especialización en el control y la regulación del específico mercado -o ámbito- comprendido entre aquellos operadores privados y usua-

rios según fuere el servicio público sobre el que había recaído el proceso privatizador.

La necesidad de que los Entes Reguladores estén constituidos por expertos, resulta, pues, de la razón misma que da existencia a los Entes y a la problemática que deben encarar.

Sin embargo, en un país en el cual los contratos sociales básicos se encuentran rotos y en esa fractura los actores que efectivizaron el poder de los tradicionales Poderes Ejecutivo y Legislativo -además, como ya se dijo antes, también del Poder Judicial- portaron -y portan- responsabilidad fundamental en la crisis estructural que significa ese rompimiento contractual, los expertos debieran *también* poseer atribuciones en cuanto definidores de políticas del sector donde actúan, esto es, debieran devenir en *políticos* en razón de los intereses colectivos que están obligados a regular y en razón, particularmente, del compromiso regulador consistente, como ya se dijo, en garantizar un espacio de previsibilidad y continuidad de políticas (Barbará, 2002).

La función de regulación y de control de los servicios privatizados se encuentra mejor resguardada por órganos independientes que obran conforme al conocimiento experto que da sentido a aquella independencia y que torna esperable un espacio de previsibilidad y continuidad.

5. Discrecionalidad y límites de la decisión técnica.

Pero es desde la perspectiva de la revisión de sus decisiones -o de los límites a esas decisiones- donde el carácter técnico del Ente juega un rol determinado.

Si los Entes son independientes de los poderes políticos y, para ello, es sustancial que los mismos estén a cargo de expertos -que cumplan también aquella función política en relación al interés general-, debemos verificar en qué medida se asegura su independencia respecto de la revisión de sus decisiones si los mismos son confiados a expertos.

Para ello debemos partir de la premisa que los Entes han sido previstos, aquellos creados por ley, como entidades autárquicas de la Administración general.⁵ Como se verá, esta autarquía es importante que se reconozca a los demás Entes, aún cuando su creación haya sido por decreto del Poder

⁵ La ley nro. 24.065 de creación del Ente Nacional Regulador de la Electricidad (ENRE) goza de autarquía en virtud del art. 55 de esa ley. La ley nro. 24.076 de creación del Ente Nacional Regulador del Gas (ENARGAS) dispone la autarquía de éste en su art. 51.-

Ejecutivo Nacional, práctica que, por lo demás, ha merecido siempre nuestro reparo (Barbará, 2002).

Ello nos lleva a destacar la importancia de la decisión de un Ente, precisamente por constituir un acto técnico producido por técnicos, es decir, por expertos. La decisión del Ente, ya sea ésta regulatoria o jurisdiccional⁶, supone una clara restricción en la revisión de esa decisión, sea por parte de la Administración, sea por parte del Poder Judicial, precisamente por su carácter técnico.

Por lo tanto, en lo técnico, el poder del Ente es discrecional y, en principio, no revisable, ni siquiera judicialmente.

Es claro que la discrecionalidad con que cuenta el Ente en materia técnica o de conocimientos especializados requiere de algunas precisiones en razón de encontrarse sometidos a la racionalidad inherente a un Estado de Derecho democrático.

La revisión de un acto de naturaleza técnica está vinculado al carácter de la cuestión. En otras palabras, no es lo mismo la aplicación de reglas técnicas de consenso universal dentro de la comunidad científica, que la aplicación de reglas técnicas o complejas y discutibles, las cuales trasuntan reglas de probabilidad y no de certeza dentro de aquella misma comunidad. En el primer caso, en caso de no aplicación de la regla técnica o científica reconocida como universalmente válida, el caso resultaría revisable. En el segundo caso, se impondría una revisión de la razonabilidad de la pauta técnica escogida como contenido del acto.

Sesín (2000), de manera precisa, en relación a la discrecionalidad de la administración en la transformación regulatoria y a la posibilidad del

⁶ El Ente ejerce función jurisdiccional cuando efectiviza su facultad de imponer penas -es decir, ostenta poder sancionatorio- o resuelve, como tercero imparcial, un conflicto de intereses entre dos partes (Buján:2000). La actividad regulatoria se vincula a la atribución de los Entes de dictar normas reguladoras de actividades desarrolladas por prestadores privados de servicios públicos, “con la finalidad esencial de armonizar el interés público con los derechos particulares comprometidos. Se pretende, en este contexto, que los entes reguladores ejerzan las competencias que se le atribuyen en relación con la ordenación y supervisión del sector **de manera independiente**. Esto quiere decir que el objetivo de estos entes -y que justifica su existencia- es la neutralización de la gestión. Que no actúen con razones políticas sino técnicas” (Monti:2000).-

control judicial de los actos técnicos discrecionales, nos señala las pautas antes expresadas.⁷

La razonabilidad del criterio científico o técnico contenido en el acto constituye un requisito de su legitimidad y de allí, pues, el control jurisdiccional a que dicho acto está sujeto.⁸

En consecuencia con lo expuesto, podemos afirmar que al Ente le asiste una competencia técnica que debe ejercer con exclusividad, estando facultado el órgano judicial -y el eventual órgano de alzada en sede administrativa- para revisar sólo los límites a la discrecionalidad en el ejercicio de aquella competencia.

6. La competencia técnica de los Entes en los intereses colectivos.

Por último, hemos afirmado que en el modelo pragmatístico que hemos sugerido como composición y dinámica de actuación del Ente, el experto debiera actuar, también, como político, en razón de los intereses sociales que está obligado a regular.

Pues bien, el carácter técnico que inviste permite posicionarlo en forma privilegiada acerca de la relación prestador-usuario, particularmen-

⁷ Sesin, en su libro "Administración Pública. Actividad Reglada, Discrecional y Técnica. Nuevos Mecanismos de Control Judicial" (2ª. Edición Lexis Nexos, Depalma, Buenos Aires, 2004), discrimina sistemáticamente, de manera rigurosa, los diversos supuestos de juicios técnicos científicos y del conocimiento empírico, expresados por la Administración, y que resultan revisables jurisdiccionalmente. A ese respecto, estimo particularmente valiosas, a los efectos del punto específico del presente trabajo -límites de la discrecionalidad del Ente en materia técnica o de conocimientos especializados-, las precisiones de Sesin referidas al "Control por las reglas de universal consenso: técnicas, científicas, estándares y de experiencia" (págs. 393 y sigtes.) y las reglas que formula en el Capítulo sobre "Conclusiones Generales", a partir de la pág. 450 in fine. Remito a la lectura de la valiosa obra. Sólo reproduciré, a continuación, la siguiente apreciación de Sesin: "En síntesis, si el propio orden jurídico da claras directrices respecto de quién debe integrar la indeterminación específica y presupone implícitamente la dificultad de su operatividad, es lógico suponer que el margen discrecional lo tiene el operador referido, es decir, la Administración especializada y no el juez" (pág. 452).-

⁸ Dice Cassagne: "La legitimidad se compone de dos facetas distintas que conjugan armónicamente el proceder del órgano administrativo. Por una parte la legalidad, que procura ajustar el obrar administrativo al ordenamiento jurídico positivo, mediante la limitación o el condicionamiento del poder jurídico del órgano que lleva a cabo la función administrativa. Del otro lado, la legitimidad comprende también la razonabilidad o justicia de la actuación administrativa, en cuanto exige que los actos y conductas estatales posean un contenido justo, razonable y valioso." Cassagne, Juan Carlos, "Derecho Administrativo", Tomo II, p. 526, 7ª edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2002.-

te en orden a la evolución de las circunstancias reales en que se enmarca la tarifa del servicio público en cuestión.

Un caso judicial -y su respectivo comentario- pueden ilustrarnos y darnos fundamento acerca del temperamento que consideramos el Ente debe asumir en resguardo de los intereses sociales.

En el caso “Maruba S.C.A. Empresa de Navegación Marítima c/ Estado Nacional - Ministerio de Obras y Servicios Públicos - Secretaría de la Marina Mercante s/ incumplimiento de contrato”, el concesionario de un servicio público reclamó indemnización por los perjuicios que le causaron las modificaciones tarifarias dispuestas por la Administración, las cuales, a su criterio, se efectuaron en violación del contrato de concesión y de la ecuación económica-financiera prevista en el mismo.

Tanto el Juez Primera Instancia cuanto la Cámara Nacional de Apelaciones intervinientes habían acogido la demanda y condenado al Estado Nacional a pagar una suma varias veces millonaria en dólares (U\$A 13.785.906,58, con más intereses que, por el prolongado lapso que debían pagarse, aumentaban considerablemente esa suma). Llegado el caso a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en fallo del 30 de junio de 1998, revocó la sentencia y rechazó la demanda, imponiendo las costas en todas las instancias al concesionario actor.

El meollo de la cuestión que ponderó la Corte para rechazar la demanda consistió en que, si bien la resolución de la autoridad regulatoria que modificó las tarifas originarias produjeron un cierto menoscabo de la rentabilidad empresaria, los ingresos obtenidos por la empresa por la explotación de las concesiones de los servicios de remolque habían sido razonables, *“no detectándose elementos concretos según los cuales la actora haya tenido quebrantos en la explotación de las concesiones portuarias sino que, por el contrario, hubo utilidades al acumulado”*.⁹

De acuerdo al fallo, entonces, no se trata de que el prestador carezca de derecho para obtener la indemnización de los daños y perjuicios devengados de una modificación tarifaria. Se trata de que ese derecho le asiste si se ve privado de una utilidad razonable y no en caso contrario. Por tanto, no se tiene derecho a una tarifa determinada, fija e inmutable, sino que la Administración -o el Ente Regulador- pueden modificar la tarifa siempre que se asegure al prestador una razonable utilidad.-

⁹ El caso “Maruba S.C.A. c/ Secretaría de la Marina Mercante” puede verse en “Suplemento de Jurisprudencia de Derecho Administrativo”, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, 17-12-99, p. 12 y sigtes..-

Ciertamente que compartimos el criterio de la Corte.-

El fallo mencionado es comentado por Ariel Caplan quien, también con todo acierto, advierte que si al concesionario le asiste el derecho de reparación patrimonial cuando las modificaciones tarifarias lo privan de una utilidad razonable, también le debe asistir a los usuarios ese derecho resarcitorio cuando es el concesionario quien obtiene ganancias excesivas a costa de tarifas elevadas, injustas e irrazonables.

Tal fallo y tal comentario otorgan fundamento bastante para sostener que el carácter técnico del Ente también lo habilita para equiparar, en un mismo nivel, a prestador de servicios públicos y usuario de esos servicios, recomponiendo las asimetrías existentes y, particularmente, las que hayan existido.-

Y si es cierta la crítica central que afronta el proceso de privatizaciones de los noventa y que destacáramos al inicio de este trabajo, esto es, que ese proceso ha priorizado los intereses privados de los grandes operadores favorecidos con las privatizaciones efectuadas en detrimento de los intereses colectivos o sociales de los argentinos, cabe a los Entes cumplir un rol de innegable trascendencia después de la crisis del Estado Privatizador.

De ser cierta esa crítica, correspondería una satisfacción a los usuarios argentinos por las ganancias írritas en que habrían incurrido tales empresas, asumiendo éstas una responsabilidad de características diferentes a una deuda social o política, toda vez que se trataría de cuantificar, técnicamente, cuál fue el volumen de las ganancias por sobre la utilidad razonable, y la diferencia constituiría el derecho indemnizatorio de los usuarios argentinos.

También la seguridad jurídica es un derecho de los usuarios. Y el Ente, si procediera de la manera expuesta, no estaría comportándose de acuerdo a una supuesta utopía sino que, en verdad, estaría cumpliendo con la propia Constitución Nacional, cuyo art. 42 se inaugura con la cláusula que establece: *“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”*, y se coloca en cabeza de las autoridades, específicamente de los Entes Reguladores y de Control, *“proveer a la protección de esos derechos”*.

Ya hemos afirmado (Barbará:2001) que ese art. 42 se adscribe a la cosmovisión del Estado Social de Derecho, no a la del Estado Neoliberal, a pesar de su inclusión constitucional cuando esta última cosmovisión aparecía como hegemónica.

En consecuencia, por el imperativo constitucional expuesto, por la cosmovisión que gobierna ese imperativo constitucional, pero, particularmente, por el carácter técnico que hemos insistido debe gobernar la actividad de los Entes como condición de independencia de los mismos frente a los poderes políticos y a las fuerzas sectoriales interesadas, corresponde a los Entes el examen y conocimiento del deber y del haber de las empresas y de los usuarios en los noventa, determinando, en su caso, la extensión cuantitativa de lo perdido por los usuarios argentinos, si es que el “derecho a seguridad e intereses y de trato equitativo y digno de los usuarios” que determina el art. 42 de la Constitución Nacional no son también cláusulas utópicas.

No escapa a nuestro criterio que ello puede traducirse en una revisión generalizada de las privatizaciones dispuestas en los noventa.

Pero después de haber analizado en el presente las responsabilidades de los políticos poderes Ejecutivo y Legislativo en las emergencias que desataron una de las crisis más fenomenales de nuestra historia, nos parece más apropiado que semejante revisión se efectúe por un órgano que se encuentre afuera de esos poderes políticos -aunque creado por aquéllos- y compuesto por expertos especializados, y cuya existencia se justifica, precisamente, por ese conocimiento especializado que invisten, y no por aquellos poderes, o por comisiones ad hoc creadas por los mismos.

No serían de temer extralimitaciones de las decisiones de los Entes, toda vez que ya hemos visto que la discrecionalidad que les asiste en materia técnica, también tiene sus limitaciones.-

Bibliografía

ASPIAZU Daniel: *“Las privatizaciones en la Argentina ¿Precariedad regulatoria o regulación funcional a los privilegios empresarios?”*, Documento presentado en el VI Congreso Internacional del CLAD, Buenos Aires, Argentina, 5-9 de noviembre de 2001.-

BARBARÁ, Jorge Edmundo: *“Criterios Constitucionales para el Control Social en la Regulación”*, en Anuario VI (2001-2002), Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, Argentina.-

- *“República Argentina: Ruptura de Contratos Sociales y la cuestión de Entes Reguladores independientes”*, en Anuario VII (2002-2003), Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, Argentina.-

- BORGOÑA Vanesa y “*La independencia de los entes reguladores y el recurso de alzada*”,
- FAIRSTEIN Carolina: Revista Jurídica La Ley, Suplemento de Jurisprudencia de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 15 de octubre de 2001.-
- BUJÁN Néstor H.: “*El caso Angel Estrada*” en “*La transformación regulatoria, la seguridad jurídica y los contratos de gas*”, Compilación efectuada por Argia, Información Jurídica Estratégica, La Ley, Buenos Aires, 2001.-
- CAPLAN Ariel R.: “*La visión de los usuarios sobre un fallo de la Corte*”, nota al fallo “*Maruba S.C.A. c/ Secretaría de la Marina Mercante*” en “*Suplemento de Jurisprudencia de Derecho Administrativo*”, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, 17-12-99.-
- CUIÑAS RODRÍGUEZ Manuel: “*Cláusulas Abusivas de Telefonía fija y móvil*”, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, 16-09-99.-
- MONTI Laura: “*Facultades Reglamentarias de los Entes de Control*” en “*La transformación regulatoria, la seguridad jurídica y los contratos de gas*”, Compilación efectuada por Argia, Información Jurídica Estratégica, La Ley, Buenos Aires, 2001.-
- MORA Y ARAUJO Manuel: “*Los nuevos actores políticos en el proceso de democratización y reforma económica. El caso argentino*” en “*Los actores sociales y políticos en los procesos de transformación en América Latina*”, Manuel Mora y Araujo (Compilador), Konrad Adenauer Stiftung, CIEDLA, Buenos Aires, 1997.-
- SAGÜÉS Néstor Pedro: “*Recurso Extraordinario*”, Tomo 1 y 2, Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1992.-
- SESÍN Domingo J.: “*Rol del Estado en la Post privatización. Discrecionalidad de la Administración en la transformación regulatoria*”, Conferencia publicada en “*La transformación regulatoria, la seguridad jurídica y los contratos de gas*”, Compilación efectuada por Argia, Información Jurídica Estratégica, La Ley, Buenos Aires, 2001.-
- “*Administración Pública. Actividad Reglada, Discrecional y Técnica. Nuevos Mecanismos de Control Judicial*”, 2ª edición, Lexis Nexis, Depalma, Buenos Aires, 2004

TRANSFORMACIONES EN LA PROFESIÓN JURÍDICA: DIFERENCIACIÓN Y DESIGUALDAD ENTRE LOS ABOGADOS*

*por María Inés Bergoglio***

Sumario: El artículo analiza la profesión jurídica desde una perspectiva sociológica, revisando recientes cambios en su organización social en Argentina, mostrando cómo confluyen hacia una mayor desigualdad entre los abogados.

Por una parte, la expansión de la educación superior ha contribuido a ampliar los contingentes de abogados y ha hecho más variada su composición social. Al mismo tiempo, la expansión del poder judicial asociada a la democratización y el desarrollo de grandes empresas jurídicas acentúan la diversidad en las inserciones ocupacionales de estos profesionales. Esta diversificación implica una tendencia a la salarización, convirtiendo en menos frecuente el tradicional ejercicio independiente de la profesión.

El análisis de datos provenientes de las encuestas de población recogidas por el INDEC entre 1995 y 2003 confirma estas tendencias, y revela la creciente desigualdad en los niveles de ingresos característicos de distintos segmentos de la profesión.

Resulta claro que, como en la sociedad en su conjunto, la experiencia neoliberal ha dejado en la profesión jurídica un saldo de mayor desigualdad, en tanto los letrados han compartido la suerte de sus clientes.

Palabras clave: Desigualdad - diversidad ocupacional - profesión jurídica

1. La profesión jurídica: visiones desde la teoría sociológica

Los primeros análisis sociológicos de la profesión jurídica fueron hechos por Weber, quien atribuyó a las diferencias de organización profe-

* La investigación fue posible gracias al subsidio brindado por la Secretaría de Ciencia y Técnica de la Universidad Nacional de Córdoba. En el equipo de la investigación intervinieron también Julio Carballo, Mariana Sánchez, Lucas Vilanova y Jerónimo Carballo.

** Doctora en Ciencia Política (UCC) y Especialista en Sociología Política (Centro de Estudios Constitucionales, Madrid). Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Córdoba, Argentina. Correspondencia relativa a este artículo a mibergoglio@arnet.com.ar

sional las diferencias entre el derecho anglosajón y el continental. Mientras el Derecho anglosajón se caracterizó por sus organizaciones profesionales relativamente autónomas, muy pendientes del servicio al cliente, el derecho continental ha tenido mayor influencia de los académicos, y se ha caracterizado por propuestas racionalizadoras. En este esquema de análisis, se subraya que la forma de organización del trabajo profesional incide sobre los estilos de pensamiento jurídico, de gran influencia en la cultura y la sociedad, y la forma de organización social de la profesión jurídica se convierte en un tema de investigación significativo.

Weber contemplaba a la organización profesional de los abogados como un recurso que los actores emplean para mantener una posición en un mercado estructurado en gran medida por el Estado, pero controlado por los productores privados. En su búsqueda de prestigio y éxito económico, los actores intentan protegerse de la competencia. Las profesiones se caracterizan por buscar esa protección a través de una estrategia de monopolio de sus mercados, y de control del comportamiento de sus miembros a través de la organización. En esta concepción, la profesionalización se entiende como un proyecto de control del mercado que apunta a la movilidad social colectiva, y los profesionales, como los titulares de estrategias auto-interesadas y conscientes.

Esta manera de entender la posición social de la profesión conduce a observar a los abogados como un grupo relativamente autónomo, movilizable para diferentes proyectos políticos, y en particular, para los de signo moderno, asociados a la profundización del proceso de racionalización formal. Así se entiende su fuerte presencia en las asambleas de la Revolución Francesa, observada por el propio Weber¹, y su destacado papel en las luchas por la independencia latinoamericana y en la construcción de los Estados Nacionales (PÉREZ PERDOMO, 2002).

Este enfoque sobre la profesión es el más difundido en América Latina, y aparece tanto en los trabajos de Pérez PERDOMO (2002, 2003) como en los de SILVA GARCÍA (2001). En este contexto, los abogados aparecen

¹ La importancia de los abogados en la política democrática fue señalada claramente por WEBER: "*Si se examina la composición ocupacional de los miembros de la Asamblea Francesa, se encontrará – aunque sus miembros eran elegidos mediante sufragio igualitario- un solo proletario, muy pocos empresarios burgueses, pero juristas de todas clases, en masse. Sin ellos sería inconcebible la mentalidad específica que inspiraba a estos intelectuales radicales y a sus proyectos. Desde la Revolución Francesa el abogado moderno y la democracia están íntimamente ligados.*" (énfasis en el original) (WEBER, 1966, edición original 1919, p.60-61).

como un grupo autónomo, que persigue sus propias metas políticas y económicas, cuyo papel en los proyectos de transformación social es variable y debe ser explicado en cada momento histórico. La independencia política que postula este modelo tiene claras bases en la autonomía de trabajo de los abogados, posibilitada por el ejercicio liberal de la profesión.

En el análisis de la profesión jurídica hecho por Parsons, el rol político de los abogados adquiere gran importancia. Para él, la profesión legal se encuentra en una posición intersticial en la estructura social, como consecuencia de su ambigua relación con el Estado. La ve 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). Su discusión de las diversas funciones de la profesión - custodia de una tradición cultural, mecanismo de control social – subraya su contribución a la conservación del orden social, ya que en su conjunto, *“la profesión legal es una especie de línea de defensa secundaria contra las consecuencias desorganizadoras del conflicto”* (p.326).

En la mirada de Parsons, influida tanto por Weber como por Durkheim, los profesionales constituyen una comunidad homogénea en valores y creencias, que ayuda a reducir el vacío entre los individuos y el Estado en las sociedades donde la división del trabajo se ha profundizado. La organización profesional no es el resultado de una estrategia de mercado, sino más bien el fruto de una negociación con la sociedad como conjunto, que les concede el monopolio de su área de conocimiento a cambio de su compromiso de servicio público. Aquí se subraya la importancia del rol político de los abogados, que se desempeña a partir de su lealtad a valores colectivos como los implicados en la noción de servicio público.

En este análisis se destaca el carácter unitario de la profesión, cuyos miembros Parsons ubica, como otros graduados universitarios, en el estrato medio alto. Los análisis empíricos parecían confirmar la adecuación de este enfoque: su origen social era similar – la mayoría provenía de los niveles medios o altos-, y la fuerte coherencia de la educación jurídica acentuaba la homogeneidad. El hecho de que la enorme mayoría de ellos se insertaba en el mercado laboral como profesional independiente, trabajando en estudios unipersonales o compartiendo despacho con dos o tres colegas, contribuía a perfilar a la profesión como un grupo coherente, de similar ubicación en la estructura social. Las semejanzas, tanto de orígenes sociales como de formas de inserción laboral, se prolongaban en la estabilidad de las definiciones sociales del rol del abogado.

Este esquema conceptual, poco usado en América Latina, no resulta útil para avanzar en la comprensión de la desigualdad entre los abogados, tal como ocurre en general con los esquemas teóricos de cuño funcionalista. Para analizar la situación actual de la profesión en América Latina, necesitamos recurrir a perspectivas sensibles a las dinámicas que introduce la desigualdad en las relaciones sociales. Aquí vale la pena recordar a Wright Mills, quien describió la posición de los abogados en su estudio sobre las clases medias en Norteamérica. A diferencia de Parsons - que enfatiza los aspectos políticos del rol profesional - Mills subraya la importancia de las dimensiones ocupacionales de ese papel, y analiza la posición de los abogados en el mercado de trabajo.

Esta perspectiva le permite observar en esa obra, escrita en 1951, la tendencia al crecimiento de las oficinas jurídicas orientadas a empresas: “...*el abogado con éxito ha creado una oficina a imagen y semejanza de las grandes compañías a las que ha venido a servir y defiende. A causa del incremento de las actividades de la abogacía y de la concentración de la práctica de ésta, la oficina del abogado ha crecido de tamaño, rebasando todo lo soñado por los abogados del siglo XIX. Esta centralización del talento jurídico (...) significa que muchos individuos que practicaban la abogacía se quedan aislados, mientras otros se convierten en agentes asalariados de los que están arriba.*” (WRIGHT MILLS, 1973, e.o.1951, p.164).

La tendencia al aumento de tamaño de las empresas jurídicas desemboca en lo que llama la *factoría jurídica*: burocracias de mediano tamaño, que procesan conflictos masivamente e inauguran un estilo particularmente impersonal de relación con los clientes. En la visión de Mills, el avance de los procesos de burocratización y especialización ocupacional profundiza el contraste entre los modos de ejercicio profesional en las grandes firmas jurídicas, y los de quienes siguen ejerciendo liberalmente la profesión. Estas transformaciones presionan hacia la segmentación de la profesión como grupo social.

En esta perspectiva, se supone que la fragmentación social de la profesión jurídica significa una acentuación de la concepción social del Derecho como un instrumento. Las competencias de los abogados para defender racionalmente una causa se trasladan con facilidad a la política, y Mills señala que los distintos segmentos de la profesión se identifican políticamente con los intereses de los clientes a quienes sirven.

Este enfoque es sensible a las consecuencias de los cambios en la inserción ocupacional de los abogados, pero presta poca ayuda para comprender su rol político, en tanto tiende a considerar a los grandes actores

colectivos como protagonistas centrales de las mutaciones sociales. Como muchos análisis realizados desde el conflictivismo, conduce fácilmente a una mirada escéptica sobre la contribución autónoma del derecho y sus operadores a los proyectos de cambio social.

Otras perspectivas recientes elaboran miradas diferentes sobre los abogados, fundándose en nuevas concepciones sobre el derecho. Maureen CAIN y Christine HARRINGTON (1994) parten de considerar al derecho como un discurso que moldea la conciencia, creando las categorías a través de las cuales el mundo social adquiere significado; el derecho es parte de la vida social, no algo que esté por fuera o por encima de ella.

Desde esta perspectiva, el derecho opera en la sociedad de modos diferentes, y la ideología legal puede ser interpretada de muchas maneras, tanto en el sentido de reforzar las relaciones de dominación como generando espacios de resistencia para esas mismas relaciones. La tarea del abogado es la *traducción discursiva*, expresando en lenguaje jurídico los intereses y metas de sus clientes. Al hacerlo, juegan un rol creativo, constitutivo de las mismas relaciones sociales. Esta concepción ve en los juristas a *imaginativos negociantes de palabras*². Reconoce que en la práctica cumplen esta tarea principalmente para quienes pueden pagar sus servicios, pero observa igualmente que algunos profesionales se comprometen en la traducción de los intereses y metas de los oprimidos.

Esta conceptualización no mira a la profesión jurídica como una totalidad comprometida con el servicio público, en la ingenua visión parsoniana. Tampoco se limita a concebirla como un instrumento de la lucha de clases, perspectiva que puede haber resultado adecuada en el siglo XIX, cuando la universidad era un espacio exclusivo de la aristocracia, pero que resulta poco útil cuando la democratización de la enseñanza universitaria apunta a la creciente heterogeneidad social de los juristas. La perspectiva de Cain y Harrington ve a los abogados no sólo como ingenieros de las relaciones de negocios, sino en un sentido más amplio, ingenieros de relaciones que son tanto políticas como sociales, que están preñadas de aspiraciones por una sociedad mejor. El ejercicio de este papel de mediadores al servicio de distintos sectores puede ser una tarea creativa, que no se limita a la aplicación mecánica de las normas, sino que va configurando los vínculos sociales al mismo tiempo que contribuye a definir su sentido.

² En inglés, *imaginative traders in words*.

2. Tendencias en la evolución de la profesión

Los análisis comparados han puesto de relieve la presencia de factores que presionan hacia la diferenciación social de la profesión jurídica. En primer lugar, debe señalarse que en la segunda mitad del siglo XX, la expansión de la enseñanza universitaria ha contribuido a ampliar los contingentes de abogados y ha hecho más variada su composición social, tanto en términos de género como de afiliaciones étnicas o pertenencia de clase (PÉREZ PERDOMO y FRIEDMAN 2003). Este proceso, que implica una democratización del acceso a la educación, resulta fácil de observar en la masiva incorporación de las mujeres a las Facultades de Derecho.

El crecimiento del número de profesionales ha acentuado la competencia entre ellos por las posiciones en el mercado de trabajo, estimulando la búsqueda de nuevas formas de inserción laboral, tanto en el sector público como en el privado, más allá del tradicional despacho del profesional independiente. La fuerte tendencia al crecimiento del tamaño de las empresas jurídicas ha acentuado estos cambios en el horizonte laboral. Inicialmente un fenómeno típico de los países anglosajones, los grandes despachos se han ido extendiendo también en las naciones de tradición civilista (ABEL, 1997).

HEINZ, NELSON, SANDEFUR y LAUMANN (2005) han analizado detalladamente estas tendencias al crecimiento de las firmas jurídicas. Su comparación de los despachos de abogados de Chicago en 1975 y 1995 les permitió mostrar cómo el aumento de la demanda de servicios jurídicos por parte de las empresas motorizó esta expansión. Con la internacionalización de la economía, los grandes estudios experimentaron la necesidad de acompañar las operaciones de sus clientes, cada vez más orientados hacia el mercado global. Para mantener estos clientes interesantes, las firmas de abogados debieron abrir nuevas sucursales en el país y en el extranjero y tomar más personal. Ello dio origen a un proceso de crecimiento de tamaño de las firmas, en el que las fusiones y adquisiciones tuvieron un papel importante. En este sentido, la expansión del tamaño de las empresas jurídicas aparece asociada a los procesos de internacionalización económica³.

³ Para una descripción del proceso por el cual las firmas jurídicas norteamericanas se expandieron en el mercado internacional de servicios legales, ver SILVER (2001). La autora señala que, hasta la década del 70, eran muy pocas las firmas americanas con sucursales en el extranjero; el proceso de apertura de filiales se acelera en estas firmas a partir de 1985.

Cuadro 1 - Crecimiento de los estudios jurídicos

Tamaño de las firmas	Entre 25 y 50 abogados		Más de 50 abogados	
País	1999	2004	1999	2004
Estados Unidos	s/d	2460	901	2139
Francia	20	19	14	80
Alemania	31	67	9	176
España	s/d	29	12	60
Italia	s/d	58	12	68

Fuente: Martindale – Hubbell (www.martindale.com)- Datos para 1999 de Junqueira (2003^a)

Las grandes firmas de abogados instalan una forma de ejercicio profesional completamente diferente. Sus clientes no son ya personas comunes, sino otras empresas que actúan en un espacio económico que involucra más de un orden jurídico, más interesadas en recibir asistencia jurídica de carácter preventivo que en litigar. Estos clientes requieren servicios muy especializados, por lo que la división del trabajo en el interior de las grandes firmas jurídicas se profundiza. Como ocurre en otras organizaciones que expanden su tamaño, la informalidad retrocede y aumenta la jerarquía en las relaciones entre abogados socios, asociados y empleados. Las brechas en los ingresos entre estas categorías de profesionales remarcan y acentúan estas desigualdades.

Por otra parte, el funcionamiento de estas grandes empresas jurídicas requiere considerables inversiones, tanto en infraestructura como en el mantenimiento de complejas redes de comunicaciones, para asistir a clientes que se mueven en un espacio cada vez más amplio. En consecuencia, la presión por mantener un nivel suficiente de ganancias resulta más fuerte, y las clásicas tensiones que se presentan en el ejercicio profesional entre interés público e interés privado, entre intereses del cliente y del abogado, tienden a expresarse de nuevas formas, a medida que la organización de los grandes despachos asume un estilo claramente empresarial (HEINZ et al 2005).

Además, los cambios tecnológicos en el procesamiento de palabras han posibilitado la litigación “en serie”, lo que ha estimulado la litigiosidad y, al mismo tiempo, la rutinización de diversas áreas del trabajo jurídico. Estas nuevas oportunidades han sido aprovechadas especialmente por las empresas jurídicas medianas, incentivando las tendencias a la salarización de los abogados (BORDONE 2003).

La diversidad de las formas de organización del trabajo jurídico profundiza la estratificación interna de la profesión. El contraste entre lo que HEINZ y LAUMANN (1997) llamaban los dos hemisferios de la profesión se acentúa: por una parte están los abogados que trabajan siguiendo los modelos clásicos, atendiendo variados conflictos de personas y pequeñas empresas, y recibiendo ingresos similares a los de sus clientes. Por otra parte, quienes ejercen en las grandes firmas jurídicas, prestan servicios altamente especializados a empresas que operan en un espacio multinacional y obtienen altos ingresos.

En resumen, puede decirse que en las sociedades industriales avanzadas, la clásica figura del abogado que trabaja de manera independiente, o asociado con dos o tres colegas, deja de ser el modo dominante de ejercicio profesional⁴. La diversidad de inserciones laborales de los abogados se traduce en una creciente estratificación de la profesión, cuyos segmentos difieren significativamente no sólo en tipos de tarea, sino, muy especialmente, en grados de especialización y niveles de ingreso.

Tanto la expansión de las grandes empresas jurídicas como la estratificación creciente entre los abogados debilitan a sus asociaciones profesionales. La creciente heterogeneidad de las formas de trabajo de sus miembros dificulta a los colegios profesionales cumplir con su tradicional papel de limitar la competencia de sus miembros en el mercado de servicios legales, como se ha mostrado para el caso norteamericano (HEINZ et al. 2005). Tal como señalara lúcidamente ABEL (1997), la extensión de estas tendencias implica que el relativo aislamiento de los abogados de las relaciones capitalistas de trabajo está en vías de desaparecer, y que el proceso resulta ya irreversible.

3. La situación de la profesión jurídica en Argentina

También en Argentina resultan visibles los cambios en la profesión jurídica. Tradicionalmente, la profesión ha sido un grupo predominantemente masculino, proveniente de las capas superiores de la sociedad, con buenos vínculos con las élites políticas. Su homogeneidad provenía tanto de los orígenes sociales compartidos, como de los valores impartidos en la educación jurídica. En los últimos años este panorama se ha modificado, debido a los cambios en la educación superior, que han ampliado los contingentes de abogados y extendido su origen social. Igualmente, la creciente diversi-

⁴ En el estudio de Chicago, la proporción de abogados que ejercen individualmente (solo practitioners), que era del 21% en 1975, cayó al 15% en 1995 (HEINZ et al., 2005).

ficación ocupacional de los abogados desalienta la homogeneidad entre los juristas.

Como en el resto de América Latina, la expansión de la educación superior en las últimas décadas ha sido notable en Argentina, ampliando los contingentes de jóvenes que se acercan a las aulas universitarias (LISTA 2001). Consecuentemente, el número de graduados en derecho ha aumentado a un ritmo muy superior al del crecimiento general de la población.

El crecimiento en el número de profesionales ha estado asociado también a cambios en su composición interna. La presencia de las mujeres entre los juristas tiende a acentuarse; entre los estudiantes de Derecho, las mujeres superan en número a los varones⁵. También ha mejorado en los últimos años la accesibilidad geográfica de la educación jurídica, con el surgimiento de programas universitarios más allá de las grandes ciudades, lo cual reduce los costos educativos y facilita el acceso a las aulas de sectores de clase media.

Estos datos no deben dar lugar a evaluaciones exageradamente optimistas. Aunque no tenemos estudios sobre las desigualdades en términos económicos, probablemente éstas persisten entre los estudiantes de Derecho así como en el resto del sistema educativo, tal como lo sugieren las contundentes cifras de un reciente estudio de la CEPAL (2004). Podría resumirse la situación diciendo que la expansión de la educación universitaria ha contribuido a diversificar los contingentes de estudiantes de Derecho en términos geográficos y de género, aunque queda mucho por hacer aún respecto a las desigualdades de raíz más claramente económica.

No obstante, aún si los cambios pueden considerarse modestos desde la perspectiva de la equidad educativa, resulta claro que los tradicionales perfiles de la profesión jurídica, como un grupo predominantemente masculino, de fuerte anclaje en las élites, se han ido modificando. Hoy encontramos en ella abogados y abogadas provenientes de diversos sectores sociales.

Por otra parte, la expansión de la matrícula universitaria ocurrida en los últimos años ha estado acompañada de una persistente caída de la calidad de la enseñanza en algunas instituciones, deterioro que, como en otras naciones latinoamericanas, vicia esta democratización de la educación⁶. Estas observaciones indican que la expansión de la enseñanza jurídica es,

⁵ De acuerdo al Censo 2001, los varones son en Argentina el 54% del total de graduados en Derecho. El informe 2003 del PMSIU consignaba que el 42% de los estudiantes en las facultades de Derecho argentinas son varones.

finalmente, un fenómeno difícil de evaluar, en tanto llega más gente a la universidad para recibir una educación de peor calidad.

La expansión de la matrícula en las Facultades de Derecho, la devaluación de las credenciales educativas y la heterogeneidad social de los estudiantes han tenido además otra consecuencia significativa: el título de abogado ya no es suficiente para garantizar el acceso a las élites, principalmente políticas⁷, y las cuestiones conectadas con la inserción ocupacional resultan crecientemente significativas. Tanto en el campo público como en el privado, aparecen algunos rasgos nuevos en la inserción profesional de los juristas.

En el país, la profesión jurídica ha cumplido un papel destacable en la construcción del estado nacional, y en este sentido, resulta claro que el campo de lo público ha sido una de sus principales fuentes de trabajo, donde se desempeñaban como ministros, legisladores o funcionarios ejecutivos de alto nivel. Así, analizando la formación de los dirigentes que han integrado los elencos de conducción política entre 1936 y 1961, De Imaz (1964) encontró que el 73% eran abogados; esta proporción era aún más alta en los períodos en que gobernaron los conservadores.

En las últimas décadas del siglo XX, sin embargo, el progresivo debilitamiento de la vinculación de la profesión con los estratos altos, así como la competencia de economistas comenzó a desplazar a los abogados de su sitio prominente en la administración pública⁸. Con la democratización, en cambio, el Estado les ha ofrecido nuevas oportunidades ocupacionales. Y es que siguiendo una tendencia observada también en otros países (TATE y VALLINDER 1995), el peso de los jueces en el escenario político se ha acentuado. La creciente importancia política del poder judicial le ha permitido absorber una proporción mayor de los recursos del Estado, y emprender variados proyectos de modernización. Este proceso de reforma judicial ha contado asimismo con el decisivo impulso financiero de actores internacionales, y forma parte de los esfuerzos para exportar e importar el Estado de Derecho en los últimos años, descritos por GARTH (2000).

⁶ Este proceso ha sido observado también en Colombia (SILVA GARCÍA, 2003), Brasil (JUNQUEIRA 2003b), y Venezuela (PÉREZ PERDOMO 2003).

⁷ AGULLA (1968) ha descrito detalladamente cómo el título de abogado obtenido en la Universidad de Córdoba, Argentina, garantizaba el acceso a la élite política en la primera mitad del siglo XX.

⁸ Ver PÉREZ PERDOMO (2002).

La mayor importancia social y política del poder judicial en Argentina resulta particularmente visible en el crecimiento de los recursos económicos que se le destinan. El presupuesto judicial se duplicó en valores absolutos durante la década del 90, tanto en el campo de la justicia nacional como en las provinciales. Dedicar este flujo de recursos a la justicia exigió un esfuerzo creciente al país: así, mientras en 1991 el gasto consolidado en justicia representaba el 0,65% del producto bruto interno, en 2002 llegó al 1,07%. La expansión del poder judicial se tradujo en un aumento del número de jueces, que creció en un 30% durante la década⁹. Se crearon entonces nuevas oportunidades ocupacionales para los abogados, caracterizadas por alto nivel de ingresos, y estabilidad laboral.

Las transformaciones de la administración de justicia no son, sin embargo, suficientes para proveer inserción ocupacional al creciente número de graduados en Derecho, que se han orientado entonces hacia el ejercicio privado de la profesión. En este campo se encuentran los cambios más llamativos en los últimos años.

Tradicionalmente, los abogados trabajaban solos, en despachos individuales o compartidos con un pequeño grupo de profesionales, muchas veces pertenecientes a una misma familia o ligados por estrechos vínculos personales. Tales oficinas no constituían generalmente auténticas empresas, sino que eran apenas asociaciones para compartir gastos, pero no los ingresos devengados por la actividad profesional¹⁰. Estas formas de práctica jurídica resultaban apropiadas para una sociedad en la que los lazos entre el cliente y su abogado estaban fundados en relaciones personales, y donde el capital social del profesional era uno de los ejes centrales que garantizaba su éxito.

En las últimas décadas, sin embargo, la plétora de abogados ha incentivado la competencia entre ellos, y estimulado diversas estrategias para posicionarse en el mercado de servicios legales. La creciente especialización por ramas del Derecho, así como la tendencia a asociarse con otros

⁹ Ver el Informe *Unidos por la Justicia*, 2003.

¹⁰ En la tipología de TREVES (1988), son llamados despachos *colectivos*, por oposición a los despachos *asociados*. En estos últimos el bufete, y no el abogado individual, asume impersonalmente el caso y percibe las remuneraciones correspondientes. Treves observaba también la existencia de despachos *empresariales*, donde el profesional empresario organiza distintas competencias profesionales según esquemas tomados de la producción industrial, con el fin de prestar servicios a las grandes instituciones económicas y sociales. Este último tipo de despacho coincide con el que aquí hemos llamado empresas jurídicas.

profesionales han sido algunos de estos mecanismos, que han derivado en una tendencia al crecimiento del tamaño de las firmas jurídicas.

Las rápidas transformaciones económicas de la década del 90 han acelerado esta tendencia, y han aparecido grandes firmas jurídicas, organizadas según el modelo norteamericano. Los datos del Cuadro 2 permiten observar la intensidad de estos cambios, que se registran igualmente en otros países latinoamericanos: el número de despachos que reúnen más de cincuenta abogados se ha doblado entre 1999 y 2005, pese a la severidad de la crisis económica.

Una revisión de las características generales de estas firmas, tal como aparecen en los directorios jurídicos, muestra que todas ofrecen servicios para empresas, en más de un idioma, y tienen buenos vínculos con el extranjero. Las fórmulas de estas relaciones son variadas. En algunos casos se trata de despachos tradicionales que se han asociado con firmas similares en España, u otros países latinoamericanos, manteniendo sin embargo su independencia operativa. Existen algunos pocos bufetes, con casa matriz local, que han abierto sucursales en Europa o los Estados Unidos¹¹. Como es obvio, también están presentes las multinacionales de servicios jurídicos, con filiales en la mayoría de los países latinoamericanos; son mayoría entre ellas las firmas con casa matriz en los Estados Unidos.

Cuadro 2 –Grandes Empresas Jurídicas en América Latina

País	1999*	2005*	
		Total	Extranjeras
Argentina	9	16	4
Brasil	8	29	9
Chile	1	6	1
México	5	20	12
Venezuela	2	5	3

* Se han incluido las firmas que reúnen 50 abogados o más.

Fuente: Cifras de 1999 de PÉREZ PERDOMO y FRIEDMAN (2003) – Cifras de 2005 tomadas de Martindale – Hubbell (www.martindale.com)-, y depuradas para evitar la mención repetida de diversas oficinas de una sola firma, ubicadas en distintas ciudades de un mismo país.

¹¹ Por ejemplo, Allende y Brea - un tradicional estudio porteño-, ha abierto sucursales en Miami y Atlanta.

La diversificación de las oportunidades ocupacionales abiertas para los abogados, tanto en el campo público como en el privado conduce a la heterogeneidad dentro de la profesión jurídica. Las tendencias a la profundización de las desigualdades sociales y regionales, particularmente agudas en el país en la última década, deben haber agravado esta tendencia a la segmentación, en tanto los abogados tienden a compartir la suerte económica de sus clientes. Muy probablemente, los profesionales con una cartera de clientes compuestas por miembros de los estratos medios, así como pequeñas y medianas empresas, han sufrido en los últimos años la misma caída de ingresos que sus asistidos. En cambio, quienes atienden los intereses de las grandes empresas, especialmente multinacionales, deben haber resultado beneficiados con los procesos de concentración del ingreso registrados en el país. Es posible por lo tanto suponer que en Argentina las tendencias a la heterogeneidad social se registren fuertemente en la profesión jurídica, tal como ha ocurrido en la sociedad en su conjunto. Esta cuestión se revisa en los apartados siguientes, utilizando datos del INDEC.

4. Los abogados argentinos: precisiones conceptuales y metodológicas

Para trazar un panorama de la situación de los abogados en el país, conviene comenzar con una pregunta simple, aunque no sencilla de contestar: Quiénes y cuántos son los abogados? Esta pregunta tiene distintas respuestas según identifiquemos como abogados a aquellos que ejercen la profesión privadamente, o a todos los que poseen una titulación universitaria en Derecho.

El Informe 2001/2002¹² del Ministerio de Justicia estima en 128.000 el total de abogados matriculados en los colegios profesionales del país. Esta información se refiere a quienes ejercen la profesión libremente, y no abarca a los magistrados, quienes también poseen titulación en Derecho. En el año 2000, había en el país 4.106 jueces, incluyendo tanto a la justicia federal como a la de las provincias¹³. Por su parte, de acuerdo a datos

¹² El informe: ARGENTINA: El Sistema Judicial, 2001/2002, del *Ministerio de Justicia y Derechos Humanos*, p. 31, consigna la existencia de 64.000 matriculados en las 75 entidades agrupadas en la Federación Argentina de Colegios de Abogados. Este total no abarca a los 64.438 inscriptos en la Capital Federal. Con estos datos, el informe oficial estima en 128.000 el total de abogados. Es posible que la cifra real sea bastante menor, ya que probablemente muchos colegiados en la Capital Federal lo estén también en la provincia de Buenos Aires.

censales, en el año 2001 había en el país 133.471 personas que habían completado la carrera de Derecho.

En lo que sigue, usaremos el vocablo abogado como sinónimo de graduado en Derecho, ya que esta característica ha sido utilizada para identificar a los letrados en los datos utilizados para esta investigación¹⁴.

Se trabajó con las bases de la Encuesta Permanente de Hogares¹⁵, correspondientes a mayo 1995 y 2003. Codificando la información cualitativa con el programa estadístico STATA, fue posible individualizar en ese conjunto 414 abogados, y describir su condición ocupacional y sus niveles de ingresos. De este modo, fue posible analizar los cambios laborales de los abogados durante una época de profundas transformaciones en la estructura económica del país¹⁶.

5. Cambios recientes en la inserción ocupacional de los abogados

Los datos muestran cómo los procesos de expansión y reforma del poder judicial han acentuado la inserción ocupacional de los abogados en el campo de lo público: la proporción de graduados que trabajan en el ámbito del Estado prácticamente se triplicó en ocho años.

El incremento de las oportunidades ocupacionales en la esfera estatal es una tendencia que singulariza a los abogados dentro del conjunto de la población, pues a lo largo de la década, el empleo público ha decrecido en Argentina, como en el resto de los países de la región (PORTES Y HOFFMANN 2003). Esta tendencia resulta especialmente marcada en las áreas metropolitanas, como consecuencia de la centralización de la administración de justicia.

¹³ El total incluye la justicia de todas las provincias, con excepciones de Misiones, Entre Ríos y San Juan, que no proporcionaron el dato. También abarca la justicia federal. Los datos figuran en Información y Justicia, documento elaborado por la organización UNIDOS POR LA JUSTICIA, 2003.

¹⁴ Este mismo criterio es seguido por SILVA GARCÍA (2001), cuyo estudio sobre la profesión jurídica incluye tanto a abogados como a jueces. En cambio, FUCITO (2000) abarca en su análisis de la profesión sólo a quienes ejercen la profesión de manera independiente, y se encuentran matriculados en un Colegio de Abogados.

¹⁵ El INDEC lleva a cabo la Encuesta Permanente de Hogares dos veces al año, en 31 aglomerados urbanos diferentes. En cada medición se releva la situación de aproximadamente 100.000 personas, distribuidas en 20.000 hogares.

¹⁶ En ambos análisis, se utilizan las ponderaciones elaboradas por el INDEC con el fin de ajustar los datos muestrales a las estimaciones relativas a la población general derivadas de los Censos Nacionales. Por ese motivo los resultados se informan en porcentajes.

TRANSFORMACIONES EN LA PROFESIÓN JURÍDICA...

Los datos de la EPH revelan la profundidad de los cambios en la profesión jurídica en los últimos años, pues el ejercicio independiente de la profesión ha dejado de ser la forma preferida de trabajo de los abogados. La proporción de los que hacen de ello su medio de vida pasó del 51% en 1995, a un 33% en 2003. El cambio ha sido especialmente fuerte en las ciudades grandes, donde la proporción de los que trabajan por su propia cuenta se redujo casi a la mitad en ocho años.

Cómo se han insertado en el mundo del trabajo estos abogados que abandonan el tradicional ejercicio independiente de la profesión? La mitad de ellos revista hoy como asalariado: la proporción de juristas en esta condición creció doce puntos en este período de ocho años, pasando a constituir prácticamente la mitad de los ocupados. Esta expansión se vincula tanto al crecimiento de las oportunidades de trabajo en la administración de justicia, como a un proceso de salarización en el campo privado. En este último terreno, el desarrollo de las grandes empresas jurídicas y la difusión de un estilo de organización empresarial en los despachos de abogados, cualquiera sea su tamaño, hace cada vez más frecuente la contratación de estos universitarios como asalariados. La gran disponibilidad de graduados jóvenes acentúa esta tendencia.

Cuadro 3 - Inserción ocupacional de los abogados

<i>Tipo de establecimiento</i>	<i>1995</i>	<i>2003</i>
Público	13,7%	37,6%
Privado	86,3%	62,4%
Total	100,0%	100,0%
<i>Condición de los ocupados</i>	<i>1995</i>	<i>2003</i>
Patrón o empleador	11,3%	17,9%
Trabajador por su cuenta	51,2%	32,7%
Empleado	37,6%	49,4%
Total	100,0%	100,0%
Datos obtenidos de la Encuesta Permanente de Hogares, realizada por el INDEC, Mayo 95 y Mayo 2001. N = 414 abogados		

El marcado impulso de los despachos jurídicos para organizarse en forma empresarial resulta también evidente en las cifras de abogados registrados como empleadores: en los últimos ocho años, pasó del 11 al 18%. El

cambio es especialmente notable en las áreas metropolitanas, donde se ubican los mayores estudios jurídicos. Allí la proporción de abogados que actúan como patrones se duplicó, llegando a alcanzar el 23%.

Estas modificaciones en las condiciones de trabajo acentúan los contrastes entre los estilos de vida propios de diversos grupos de abogados, tal como se refleja en el análisis de las remuneraciones profesionales. El ingreso promedio de los abogados encuestados, que era de 1.549\$ en 1995, descendió a 1.218\$ en 2003, en el contexto de la severa crisis económica vivida por el país. Esta caída, superior al 20% en términos absolutos, resulta mayor si se considera el aumento del costo de vida¹⁷.

Como se observa en la tabla adjunta, en 1995 las diferencias en los ingresos promedio de los distintos segmentos de la profesión no excedían el 5%. La crisis económica asociada a la salida de la convertibilidad amplió la brecha entre las remuneraciones de quienes trabajan en el campo público y en el privado, que se estiró hasta el 20% en 2003. Así, el contraste entre los estilos de vida que pueden llevar un juez y un abogado que ejerce la profesión se acentuó.

Cuadro 4 - Ingresos medios de los abogados

Año	Campo de trabajo	Ingresos profesionales
1995	Público	1607,76
	Privado	1538,00
	Firmas hasta 50 *	1544,66
	Firmas más de 50*	1492,82
	<i>Total general</i>	<i>1549,68</i>
2003	Público	1405,09
	Privado	1106,59
	Firmas hasta 50 *	1077,37
	Firmas más de 50 *	1678,95
	<i>Total general</i>	<i>1218,84</i>
Fuente: EPH Nacional, Mayo 95 y Mayo 03. Datos en pesos argentinos. En 1995, un peso equivalía a un dólar; en 2003, un dólar se cotizaba a 2,92 pesos. *El dato sobre tamaño incluye abogados y personal administrativo.		

¹⁷ Los datos sobre ingresos están expresados en pesos argentinos. En 1995, un peso equivalía a un dólar; en 2003, un dólar se cotizaba a 2,92 pesos. La caída de los ingresos es por lo tanto mucho mayor si se la expresa en moneda constante.

En el interior del campo privado, el proceso de pérdida de las remuneraciones afectó especialmente a quienes trabajan en firmas medianas o pequeñas, que vieron recortarse sus ingresos en más de un 30%. En cambio, los que prestan servicios en las firmas grandes lograron aumentar sus entradas en un 15%.

La diversificación de inserciones ocupacionales, la menor importancia de las formas tradicionales de ejercicio de la profesión y la creciente salarización de los abogados muestran que el desarrollo de relaciones capitalistas de trabajo se aceleró entre estos profesionales en los últimos años. Estas transformaciones están asociadas a una mayor desigualdad de ingresos entre los diversos segmentos de la profesión.

Síntesis general

Los análisis efectuados hasta aquí han mostrado que la inserción ocupacional de los abogados tiende a diversificarse. La expansión del poder judicial ocurrida durante los noventa ha aumentado sus oportunidades de trabajo en el campo público. Por este motivo, así como debido a la tendencia a la organización empresarial de los estudios jurídicos, el número de abogados que revistan como asalariados ha aumentado decididamente.

Una primer consecuencia de estos hechos es la reducción del grupo de profesionales independientes, que pasan a ser una minoría. El abandono de los modelos tradicionales de ejercicio profesional, y el desarrollo de relaciones capitalistas de trabajo, ya muy avanzado en otras carreras como las de médicos e ingenieros, se aceleraron entre los abogados en los últimos años, y constituyen transformaciones significativas.

En los últimos años, las dificultades económicas vividas por el país han significado una caída general de los ingresos. Los juristas no han permanecido ajenos a esta tendencia, que ha afectado de maneras muy diferentes a los distintos segmentos de la profesión. Han aumentado los contrastes entre quienes trabajan en el campo público y en el privado, entre quienes tienen como clientes a las personas comunes y quienes atienden a las empresas, entre los que viven en las provincias y en la capital. Estas transformaciones conllevan una mayor desigualdad de ingresos entre los diversos sectores de la profesión.

La estratificación dentro de la profesión se profundiza con estos cambios¹⁸, tal como ocurre en la sociedad argentina en su conjunto. En el país,

¹⁸ La tendencia a la desigualdad creciente dentro de la profesión jurídica no es exclusiva del caso argentino. Refiriéndose a América Latina en su conjunto, PÉREZ PERDOMO (2003, p.12) sostiene: “...la profesión de abogado será cada vez más estratificada. Ya lo está. (...)Todo hace pensar que vamos en la dirección de incrementar las diferencias.”

el aumento del empleo informal y de la desocupación han acentuado la precarización laboral y la erosión de las clases medias en los últimos años. Al mismo tiempo, la concentración del ingreso en los sectores sociales más altos ha llevado los niveles de desigualdad medidos por el coeficiente de Gini a los valores registrados en los años 70 (HOFFMAN y CENTENO, 2003).

Esta tendencia a la desigualdad creciente en la sociedad argentina en su conjunto - que certifica el fracaso de las políticas neoliberales - hace sencillo comprender el aumento de desigualdad entre los letrados, ya que éstos tienden a compartir la suerte de sus clientes. Los profesionales que asesoran a miembros de los estratos medios, así como a pequeñas y medianas empresas, han sufrido la misma caída de ingresos que sus asistidos. En cambio, quienes atienden los intereses de las grandes empresas, especialmente multinacionales, han resultado beneficiados con los procesos de concentración del ingreso registrados en la región. Así, es posible hipotetizar que el carácter asimétrico de la globalización acentúa en la profesión legal las tendencias a la heterogeneidad social, tal como ha ocurrido en la sociedad en su conjunto.

Referencias

- ABEL R., (1997) *Lawyers: a critical reading*. The New Press, New York.
- AGULLA, JUAN CARLOS (1968) *Eclipse de una aristocracia*, Ed. Libera, Córdoba.
- BONDONE, DAFNE (2003) *Information Technology and Changes in Law Practices: A Pilot Study in Milan*, tesis de Master, Instituto Internacional de Sociología Jurídica, Oñati.
- CAIN MAUREEN Y HARRINGTON CHRISTINE (1994) *Lawyers in a Post-modern World: Translation and Transgression*, New York, New York University Press, 1994.
- CEPAL (Comisión Económica para América Latina) (2004) *Panorama social de América Latina 2004*. Accesible en <http://www.eclac.cl>
- DE IMAZ JOSÉ LUIS (1964) *Los que mandan*, Eudeba, Buenos Aires.
- HEINZ JOHN Y LAUMANN EDWARD (1997) "Chicago Lawyers: The Social Structure of the Bar", in *Lawyers: a critical reading*. R. Abel (editor), The New Press, New York.
- 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, (forthcoming).
- HOFFMAN KELLY Y CENTENO, MIGUEL ANGEL (2003) "The Lopsided Continent: Inequality in Latin America", *Annual Review of Sociology*, 2003. 29:363-90.
- JUNQUEIRA ELIANE B. (2003a) "Brasil: obstáculos en el camino hacia una justicia total", 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

- JUNQUEIRA ELIANE B. (2003) *Ensino do Direito no Brasil: realismo ou pessimismo?*, Contribución al Seminario sobre educación jurídica, 14-16 de febrero de 2003, Petrópolis, Brasil.
- LISTA CARLOS A. (2001) *Ingreso, matrícula y egreso de las carreras de abogacía de Argentina: tendencias y perspectivas*. Libro del II Congreso Nacional de Sociología Jurídica, Univ. Nacional de Córdoba, Córdoba, pp.805-816.
- MILLS, WRIGHT (1973) *White Collar: las clases medias en Norteamérica*, Ed. Aguilar, Madrid. Ed. original de 1951.
- 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* – Ediciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, Santiago de Chile.
- PÉREZ PERDOMO, ROGELIO (2003) *Abogados, Escuelas de Derecho y Globalización en la Perspectiva Latinoamericana*, Contribución al primer Congreso latinoamericano Justicia y Sociedad, Bogotá, octubre 2003, accesible el 24/2/05 en <http://www.conlajusticiaysociedad.net/ponencias>
- PÉREZ PERDOMO, ROGELIO Y FRIEDMAN, LAWRENCE (2003) "Latin Legal Cultures in the age of globalization", capítulo en *Legal Culture in the Age of Globalization: Latin America and Latin Europe*, L. M. Friedman y R. Pérez-Perdomo (editores) Stanford University Press.
- PORTES ALEJANDRO Y HOFFMAN KELLY (2003) "Las estructuras de clase en América Latina: composición y cambios durante la época neoliberal", Serie Políticas Sociales, cuaderno 68, CEPAL, Santiago de Chile, 2003. Accesible el 24/2/05 en Internet en <http://www.eclac.cl>
- SILVA GARCÍA GERMÁN (2003) *Prospectiva Sobre La Educación Jurídica en Colombia*, Contribución al Seminario sobre educación jurídica, 14-16 de febrero de 2003, Petrópolis, Brasil.
- SILVER, CAROLE, (2002) "The Case of the Foreign Lawyer: Internationalizing the U.S. Legal Profession", 25 *Fordham Journal of International Law* 1039-1084.
- TATE NEAL Y VALLINDER TORBJORN (1995) *The global expansion of Judicial Power*, New York University Press, New York.
- TREVES, RENATO (1988) *La Sociología del Derecho: Orígenes, investigaciones, problemas*, Ariel Derecho, Barcelona.
- WEBER, M. (1966) *El sabio y la política*. EUDECOR, Córdoba. Edición original alemana de 1919.

Informes estadísticos

- ARGENTINA - MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS, SECRETARÍA DE JUSTICIA Y ASUNTOS LEGISLATIVOS (2002) *El Sistema Judicial, 2001/2002*. Accesible el 24/2/05 en Internet en: <http://www.justiciaargentina.gov.ar/>
- UNIDOS POR LA JUSTICIA (2003) *Información y Justicia*, documento elaborado por

LA RESTITUCIÓN DE LA DIMENSIÓN POLÍTICA EN EL DISCURSO. ANÁLISIS DEL DISCURSO DEL PRESIDENTE KIRCHNER

Por María Susana Bonetto y Mariana Terminiello* **

Resumen: El artículo es parte de una investigación dedicada al análisis de los discursos del presidente Néstor Kirchner desde su asunción y durante todo el año 2002, donde constatamos la emergencia de nuevos sentidos en el campo político y la disputa del orden discursivo hegemónico desde la década del 90. Para esto continuamos con una perspectiva teórica que considera al discurso político como una forma particular de discurso ligada al proceso de institucionalización política y que colabora en la construcción de la realidad, en el marco de una discusión abierta y permanente del Estado y del poder.

Para esto se analizan los lexemas “Estado”, “política”, “tiempo” y “cambio” que integran el campo semántico “política”. La jerarquía de estas formas en el índice lexical señalan la sustitución de la primacía de los sentidos provenientes del campo económico, y la consecuente transformación del campo político en “la” esfera de discusión para la posible conformación de un nuevo modelo.

Palabras claves: discurso político – Estado - cambio

* Dra. en Derecho y Ciencias Sociales. Categoría I en Programa de Incentivos Docentes. Investigadora. Directora del Doctorado en Ciencia Política, Centro de Estudios Avanzados (UNC). Ex Directora del CIJS. Directora de Proyectos de Investigación de proyectos subsidiados por Secyt. Autora de publicaciones nacionales e internacionales. Profesora y Conferencista en las Universidades de Valladolid, Carlos Tercero, Rey Juan Carlos y de Burgos en España. Profesora de post grado en Maestría en Relaciones Internacionales, Gestión para la Integración Regional, Partidos Políticos y Gestión para el desarrollo Local en el Centro de Estudios Avanzados (UNC)

* * Licenciada en Comunicación Social. Becaria de CONICET. Doctoranda en Semiótica y Alumna de la Especialización en Investigación, Centro de Estudios Avanzados (UNC). Integrante de equipos de investigación subsidiados por la Secyt.

1. Introducción

En este trabajo se realiza una presentación parcial de los resultados obtenidos en un proyecto de investigación subsidiado por la Secretaría de Ciencia y Técnica de la Universidad Nacional de Córdoba (Secyt) en torno al discurso del presidente Néstor Kirchner durante su primer año de gestión (2003). Allí hemos constatado la emergencia de nuevos sentidos en el campo político y la discusión del orden propuesto por el discurso neoliberal desde la década del 90 en la Argentina a partir de nuevos sentidos en torno a la política, al Estado, a su relación con la sociedad, a un conjunto novedoso de valores que actúan como condicionantes de la práctica política en reemplazo de la performatividad y eficacia neoliberal, la reaparición de los colectivos como sujetos legítimos y el despliegue de la acción en un marco temporal y ya no en la atemporalidad del discurso neoliberal.

Estas transformaciones deben entenderse como huellas de nuevas condiciones de producción que remiten al agotamiento y discusión del modelo neoliberal, a la crisis del 2001, al marco de incertidumbres (políticas, institucionales, jurídicas) que ésta instaló y a la consecuente necesidad de restauración de un orden posible.

El colapso del modelo hace evidente que los mapas que guiaron y determinaron el orden en los '90 ya no explican hacia dónde ir.

En este contexto el discurso del presidente Kirchner, si bien se presenta como la inversión de los sentidos del discurso neoliberal, debe ubicarse en el camino iniciado en el campo político por las asambleas legislativas del 2001 y algunos de las propuestas de los candidatos en las campañas presidenciales de 2003¹, pero también debe vincularse con las impugnaciones al modelo emanadas desde el campo ciudadano durante todo el 2001 (reclamos gremiales, de piqueteros) y que culminaron en la demanda del “que se vayan todos”.

Pero el discurso de Kirchner no se queda en ese programa disolvente sino que toma de allí las demandas de retorno del Estado y de su práctica reguladora de las relaciones sociales, y fundamentalmente, su visión de la necesidad de construcción de un programa integrador como única posibilidad de salida de la crisis.

¹ Ver MARTINEZ, F (2004): “Partidos del Estado, partidos del mercado: los discursos preelectorales de la campaña argentina del 2003”. En BONETTO, M.S., CASARIN, M. y PIÑERO, M.T. (eds): *Escenarios y nuevas construcciones identitarias en América Latina*. Centro de Estudios Avanzados, Córdoba.

2. Marco Teórico. Sobre el discurso político

La construcción de la realidad se realiza en la semiosis social: pues si bien la producción de sentido es el fundamento de las representaciones sociales, no hay organización material de la sociedad o estructuración de los modos y de las relaciones de producción sin ella.

La única manera de acceder a los mecanismos imaginarios y simbólicos asociados al sentido de una práctica o institución es el análisis de los discursos sociales. Por eso la necesidad de describir las condiciones de producción que determinan el funcionamiento de un sistema de relaciones sociales en una situación dada.

Para Bourque y Duchastel es en el discurso político que los sujetos discuten el ordenamiento de la sociedad. Ya no hay una fundamentación última, sea mítica o natural, sino que cada grupo busca imponer por medio de sus discursos una propuesta sobre el ordenamiento político.

Estos investigadores definen el discurso político como una forma particular de discurso ligada al proceso de institucionalización política que contribuye a la producción de la sociedad moderna y que tiene como principal función representar las relaciones de fuerza y de poder, el espacio, la comunidad y una ética de la existencia social, evolucionando junto con las transformaciones del Estado². Lo consideran también como uno de los aspectos fundamentales del universo discursivo que participa de la construcción y la reproducción de las sociedades.

La designación del discurso político como un tipo particular coincide con la hipótesis de Verón sobre la posibilidad de establecer una tipología de los discursos sociales. En este sentido Bourque y Duchastel rechazan la concepción simplificadora que lo ubica como producido por los actores e instituciones del Estado. Para ellos el discurso político se asocia con un tipo de Estado, el moderno, y en relación a las instituciones democráticas.

Así, el discurso político no puede aparecer más que en el marco de una sociedad donde la esfera política se plantee autónoma, donde no tengan cabida las referencias a una garantía religiosa o mítica, donde el Estado constituye el lugar de organización (a partir del derecho) y de articulación (desde la separación de lo privado y lo público) de un conjunto de instituciones ligadas al poder y a la dominación. Y la discusión sobre las condiciones de producción, las relaciones de poder y la resolución de conflictos

² BOURQUE, G. DUCHASTEL, J. (1992): "Le discours politique néo-libéral et les transformations actuelles de l'État". En *Discours social / Social Discourse*, CIADEST, vol.4, Montreal, Canadá, pag 1

de la sociedad sólo es posible a partir de la conformación del Estado de derecho, democrático y liberal.

Aunque plantean una concepción amplia del discurso político, debe entenderse que la representación de las relaciones de fuerza y poder aparecen, a nivel del contenido, en relación a un espacio territorial y de la comunidad nacional³, y a nivel de la forma, se presenta como un discurso público, polémico, contradictorio, dinámico y segmentado.⁴

3. Corpus y metodología

Para nuestra investigación relevamos los 99 discursos emitidos por el presidente Kirchner desde su asunción el 25 de mayo de 2003 hasta el fin de ese año. Nos concentramos en ellos en la medida que creemos que es durante este período que se presentan los principales fundamentos de toda propuesta en relación tanto a su lectura del pasado, su ubicación en el presente y sus programas de transformación.

Para ello utilizamos un programa de análisis lexicométrico, SATO (Système d'Analyse du Discours) que permite un estudio exhaustivo y metodológicamente riguroso de conjuntos textuales extensos en los niveles léxico y semántico. La primera operación corresponde a la incorporación de la totalidad de los discursos en una base de datos para luego poder obtener un índice lexical jerárquico. De allí se seleccionan aquellas palabras plenas (omitiendo artículos, proposiciones) que ocupan las posiciones más significativas y se conforman campos semánticos.

Para este trabajo hemos realizado una selección de algunos lexemas (*política, Estado, cambio, tiempo*) que integran el campo semántico “política” para poder hacer una presentación breve pero exhaustiva de los resultados obtenidos.

La ventaja de este programa de interrogación es que permite el retorno a la base de datos original evitando la descontextualización. Por eso, en la medida que nuestra presentación se concentra en resultados obtenidos a nivel semántico partimos de una noción central: un término no tiene un sentido sino empleos, cuyo sentido se define por el lugar que ocupa en el

³ Otra definición, tal vez aún más clara sostiene que el discurso político moderno “permite así ver una sociedad particular como una totalidad histórica atravesada por relaciones de fuerza en el seno de un espacio –territorio nacional- y de una comunidad –la nación- en nombre de la cual se ejerce el poder.” BOURQUE, G. y DUCHASTEL, J. op. cit, pag 8.

⁴ BOURQUE, G. y DUCHASTEL, J. op. cit, pag 4.

sistema de relaciones sintagmáticas y paradigmáticas con otras. O sea, que el sentido se construye sólo en una red de significados

Las relaciones y redes de relaciones⁵ en que se organizan los contextos son:

1) redes de relaciones temáticas o nocionales, que se dividen en asociaciones (relaciones sintagmáticas contextuales) y en oposiciones (las oposiciones formales, las parejas antinómicas, las constelaciones alrededor de una misma palabra);

2) relaciones de identidad (sustitutos semánticos, son palabras o sintagmas que en ciertos contextos precisos pueden llegar a ser intercambiados);

3) redes de calificaciones (que comprenden todo aquello que indica ser o manera de ser de un sujeto o agente, ya sea un sintagma nominal o verbal);

4) red verbal (que expresa la acción o hacer del sujeto o agente y se divide en “acción de” o “acción sobre”)

Para la conformación de los campos semánticos se extrajeron las frases donde se encuentra el término que se quiere estudiar, luego se efectuó el análisis del campo semántico del término en cada una de las frases.

En relación a los programáticos trabajaremos, además, a partir de la distinción entre programáticos consumatorios e instrumentales, basada en los programas de uso y de base de Greimas⁶. Se considera consumatorios a aquellas promesas que definen programas de acción general, de alcance amplio, que involucran a varios sectores.

En tanto los programáticos instrumentales son aquellos que contienen promesas puntuales destinadas a un sector específico y que, en algunos casos, aparecen como condición para la realización de los programáticos consumatorios.

La instrumentalidad de estas categorías se evidencia en que permite distinguir dentro de las cuestiones a las que aluden las propuestas (genera-

⁵ Estas categorías las tomamos de GOLDMAN, N.: *El discurso como objeto de la historia. El discurso político de Mariano Moreno*. Hachette, Buenos Aires, 1989, pp 47-48, pero para las definiciones en torno a la red verbal nos basamos en VITALE, A. op cit. Ambas autoras citan un antecedente metodológico común, el trabajo de DUBOIS, J. *Le vocabulaire politique et social en France, de 1869 à 1872*, París, 1962, p. 88.

⁶ BONETTO, M. MARTINEZ, F. y PIÑERO, M.: “La construcción de lo político en períodos pre-electorales: los discursos de Menem y Angeloz”. En Anuario del Centro de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Córdoba, 1994.

les, económicas, políticas o sociales) cuáles pueden aparecer como condicionantes y relacionar a qué temas éstas aluden.

4. Análisis del discurso de Néstor Kirchner

4.1. *La política como decisión*

A pesar de la carga polémica que tiene el concepto de formación discursiva en un sentido más próximo a la concepción de Pêcheux (1969) entendemos que los discursos analizados, por las connotaciones del lexema *política* y por su fuerte articulación con el lexema *Estado*, representan una formación discursiva contrahegemónica a la neoliberal.

La construcción discursiva de la *política* le restituye a ésta dos sentidos fundamentales: el de *decisión* y el de orientadora al *bien común*. Estamos entonces ante un escenario diferente al del discurso neoliberal donde la *política* aparecía subordinada a la persecución de objetivos económicos, fundamentalmente macroeconómicos.

Aquí es la *política* activa la condición de posibilidad de un nuevo proyecto de país, uno que a su vez se hace cargo de las consecuencias sociales del modelo neoliberal. Lo que aparece es una estrategia política integral que apunta a una interdependencia entre la política social y la económica, a partir de la introducción de la revalorización de lo social que deja de ser un componente desplazado y sujeto a los resultados económicos.

El análisis de la red verbal evidencia un extenso catálogo de la potencialidad de “hacer” de la *política*. En ese hacer hay un predominio de acciones orientadas a dar una respuesta a la sociedad, a pesar de los condicionamientos fundamentalmente económicos planteados en la “función sobre” la política. Así, la *política* se orienta a *consolidar el proceso de reconversión económica; determinar la orientación económica; construir un país mejor; recuperar la memoria colectiva; consolidar la política comercial como una política de Estado; concretar el sueño colectivo de cambio; tener iniciativa; construir un país diferente*.

El poder de la *política* se traduce entonces en prácticas concretas en un escenario donde la estructura de representación se ha desparramado y es necesario un planteo en que se relacione con la ciudadanía y la opinión pública.

El análisis de la red de relaciones temáticas del lexema *política* permite un despliegue mayor de los espacios de acción recuperados. Para una mejor definición hemos desgranado las asociaciones positivas de la política según los ejes institucional, socioeconómico y axiológico

En el primero, a diferencia del discurso neoliberal que concibe la política como mera gestión administrativa del funcionamiento del mercado, la *política* aparece como escenario de la *decisión* y el *cambio*, así como de orientación de los procesos sociales. Es un eje, a su vez, atravesado por lo axiológico donde se proponen valores asociados con la democracia, con la equidad y justicia social, con los derechos humanos fundamentales y con un restablecimiento de la representación a partir de la vigencia de la “accountability” tanto a nivel vertical como horizontal y también social (*autoridad y responsabilidad política de las instituciones; instituciones trabajando en forma conjunta y solidaria; servicio del bien común; reconciliación de la política con la sociedad; recuperación de valores de justicia social y solidaridad; mejoramiento de la calidad institucional; reconstrucción de la honestidad y la confianza; como pensamiento para mejorar la calidad de vida de la gente*)

La ruptura con el modelo neoliberal es clara: los valores propuestos revalorizan la ética política, la democracia, la ciudadanía, el bien común y la equidad social. Todas estas marcas muestran la necesidad de diferenciarse del pasado neoliberal en cuanto a cómo se presentan las cargas de los costos de la crisis en un intento de reequilibrar la balanza a favor de los sectores excluidos y la reestructuración simbólica de la reivindicación de los ausentes del modelo neoliberal.

En el eje socioeconómico se advierte una propuesta productivista e industrialista que le da contenido a un modelo económico que busca recuperar actualizándolo el modelo nacional popular y sus sentidos redistributivos (*ayudar a la producción argentina; consolidar el trabajo y la producción nacional: obra pública y reconversión productiva; diversificación de la producción agroindustrial; recreación del empresariado nacional; política de inversión; recuperación de servicios públicos, vuelta al crédito; consolidación de un modelo económico incluyente de los sectores excluido*).

Aquí comienza a verse con claridad una propuesta claramente diferenciada del determinismo económico neoliberal a partir de la inversión de la esfera subordinada: es la política la que se hace cargo de la definición de un modelo económico que remite al programático principal de todo el discurso: *proyecto nacional de trabajo, producción y crecimiento sustentable*. Se busca también implementar políticas socioeconómicas como taponés igualadores a las tendencias desigualadoras de la economía neoliberal a través de la apuesta a la producción y el trabajo.

Si bien los ejes anteriores están impregnados por una fuerte carga de valores este sentido se refuerza con los calificativos éticos – axiológicos que hacen referencia a una política democrática en un escenario nacional. También aquellos que hacen referencia a un cambio transformador del modelo neoliberal. Son las calificaciones que remiten a otro modelo de hacer política: *responsable, incluyente, activa, constructora de consensos, legitimada socialmente, integradora, justa, solidaria, participativa, honesta, ética*.

Todas estas asociaciones positivas de la nueva *política* capaz de generar cambios se refuerzan, a su vez, a partir de las oposiciones de la *política* con las estructuras determinantes del viejo orden neoliberal y con los actores involucrados y beneficiados en aquel proceso. En consecuencia, la *política* se opone a: *la consolidación de la pobreza y la condena de millones de argentinos a la exclusión social; la ganancia de los grupos más concentrados de la economía; la fragmentación social; endeudamiento externo; la mera administración de los decisiones de los grupos de poder económico; políticas de los lobbies; la mecánica empresaria de la política; la concentración económica y la exclusión; pérdida de valores de la solidaridad y la justicia social*.

Estas oposiciones hacen más que definir el proyecto antagonista, despliegan todo un conjunto de disvalores que son atribuidos como consecuencia del modelo de los '90.

En síntesis, se revaloriza la *política*, a diferencia de la anterior “antipolítica” del neoliberalismo. Ahora esta puede romper viejos moldes y generar cambios, quebrando la idea de “administración” en la cual la *política* sólo podía hacer lo posible sin problematizar las estructuras existentes.

Plantea una propuesta confrontativa, agonística, casi con una entonación épica. Frente al modelo neoliberal que la relegaba a ejecutora de los planes económicos la *política* vuelve a ser el espacio de lucha y discusión del orden posible.

4.2 El retorno del Estado

De todos los lexemas vinculados al campo semántico articulado en torno a política hemos seleccionado *Estado* no sólo por su presencia privilegiada en el índice lexical sino por condensar las transformaciones más importantes propuestas desde el discurso del presidente Kirchner en sus primeros meses de gobierno en tanto aparece como principal agente para llevar adelante los programas propuestos.

Dos enunciados son paradigmáticos para comprender el sentido de *Estado* en esta formación discursiva: *el Estado somos todos los argentinos no sólo la burocracia, y la presencia o ausencia del Estado constituye toda una actitud política*

En el primero nos encontramos con una concepción arquetípica del estado desarrollado con particular solvencia y fundamentación por H. Heller en su *Teoría de Estado* del año 1932. Esta es anticipatoria de la concepción del Estado de bienestar que opone a la idea de “Estado–aparato” articulado con la identificación del Estado en su estructura burocrático–política, la idea de “Estado-organización” constituido por todas las acciones sociales reales potenciadas por el poder del estado que se nutre del accionar de todos: gobernantes y gobernados y los articula en un conjunto de acciones organizadas, lo que potencia su poder. Esto sirvió de base de legitimación del Estado intervencionista keynesiano, que con esa función orientadora lograba la integración social. Desde esta mirada el Estado se legitima por ser una construcción de todos dirigida al bienestar de todos.

El segundo hace referencia a la idea de superación de la “satanización” del Estado como causante de efectos negativos postulados por el neoliberalismo. Esta idea extendida hegemónicamente desde los 80 pretende revertirla por una visión positiva del Estado. Por eso su presencia pasa de ser un elemento negativo a constituirse en una presencia necesaria. Por ello ambos enunciados tienen una estrecha articulación para la construcción de nuevos significados políticos.

Este discurso constituye un escenario que estuvo ausente en los discursos neoliberales de los últimos años. Esto es: una fuerte dimensión institucionalista – estatal, de recuperación de la capacidad del Estado para dar sentido a la vida social, hacerse cargo de las demandas, regenerar lazos sociales deteriorados. Es decir, la recuperación de una idea de orientador de un orden y la recuperación de ciertas capacidades fundamentales del estado.

Desplegaremos tres ejes para caracterizar los programas atribuidos al *Estado*: el proyecto económico reparador y centrado en el trabajo y la producción, la dimensión ética que atraviesa todos los componentes y el sentido prescriptivo de las prácticas. Estas distinciones las realizamos únicamente con fines expositivos pues todos los elementos se encuentran fuertemente articulados al interior del discurso kirchnerista.

De estas capacidades la que más se destaca es la de intervención y orientación de los procesos socioeconómicos. En ellos se produce una inversión del discurso neoliberal: la política orienta con sentido social (al

bien común) a la economía, desapareciendo la racionalidad técnica y autoritaria de las relaciones, al tiempo el *Estado* que abandona su función de garante de equilibrios macroeconómicos y propiciador de la libre competencia para erigirse como un activo agente reparador de las consecuencias del modelo neoliberal (*que necesitan la mano reparadora del Estado*).

La postulación de un *proyecto nacional de producción, trabajo y crecimiento* aparece como el principal programático consumatorio que condensa todas las acciones del Estado (*promueve el progreso social; protege a los sectores más vulnerables; aprende de organizaciones comunitarias; restaura el equilibrio social; distribuye con justicia las riquezas; cambia la sociedad; hace inversiones; arbitra las relaciones sociales; representa el bien común; promueve la economía; recupera el trabajo; pone en marcha la producción; asegura el crecimiento*)

Esto claramente determina un nuevo eje para el plan económico: recuperación del trabajo, acento en el consumo, en la redefinición de los planes sociales, la inversión como opuesta a la especulación, el desarrollo de la industria nacional frente a las empresas privatizadas en manos de capitales extranjeros

Y un proyecto tan incluyente y reparador no puede admitir más que contradestinatarios pertenecientes al campo económico (*sabemos que el mercado organiza económicamente pero no articula socialmente, debemos hacer que el estado ponga igualdad allí donde el mercado excluye y abandona*). Ahora bien, durante los 90 los economistas eran los sujetos a cargo del delineamiento de las políticas públicas por sobre los actores políticos, y los empresarios constituían los modelos de actores en cuanto a prácticas y valores. Pero la construcción del antagonista presenta una distinción fundamental en la heterogénea conformación del campo, porque si bien aquel pertenecerá al ámbito económico deberá distinguirse entre aquellos que comparten una identidad (*empresarios nacionales, trabajadores argentinos*) de los lobbies y los capitales extranjeros. (*el Estado debe velar por que cumplan aquellos que no han cumplido*) Esto establece una diferenciación de actores dentro del campo y se explica por necesidad de mantener una estrategia inclusiva en el momento de instauración de un proyecto que plantea el regreso a bases de identidad, de historia y pertenencia común.

También se recupera toda una reivindicación axiológico-normativa de las funciones del *Estado* tanto en la protección de los derechos humanos cuanto en su función social constructora de equidad.

El *esfuerzo*, el *trabajo* y la *solidaridad* aparecen como los principales valores asociados a la posibilidad de acciones desde el Estado subvir-

tiendo uno de los principales criterios del discurso neoliberal, aquel que se centraba en la performatividad, la funcionalidad y la mercantilización impuesta a los individuos y la prescripción de la eficiencia para el desarrollo de prácticas funcionales a un mundo estructurado desde una lógica mercantilizada e individualista. Y lo principal es su aparición como valores perdidos tanto a nivel individual como societal, aunque sólo su recuperación en el plano colectivo es lo que hace posible el futuro dibujado (*es la cara de la Argentina que queremos construir entre todos los argentinos con pluralidad, consenso, armonía y convivencia; es la cara de la Argentina de la producción y el trabajo, pero partiendo de la base de que son muchos años de retroceso que ha vivido nuestra patria*)

Solidaridad entendida no como un sentimiento y una práctica individual sino conectada al logro del bien común. Lo que incorpora es “una dimensión política, que trasciende la buena conciencia individual y hace referencia a la necesidad de construcción dialógica de una ética social más amplia”⁷

Estos valores son éticos y humanistas, nociones como *trabajo, esfuerzo, dignidad, solidaridad, optimismo, vida, esperanza, justicia, pluralismo, educación, humildad, honestidad, salud, paz social* estructuran un sistema de relaciones semánticas que dan coherencia a la propuesta.

Estos valores definen, a su vez, los límites, actores y programas del proyecto propuesto, pero fundamentalmente hacen referencia a los sueños de los inmigrantes, más que de los *padres fundadores*, en la medida que esos deseos fueron cumplidos en la Argentina anterior a los 70 y se ofrecen como un mapa importante de referencia para la acción.

Por último debe destacarse la inscripción de las acciones del *Estado* en un marco deóntico y por el cual debe lucharse. No aparece el imaginario de un “destino manifiesto”, propio del discurso menemista, sino de un futuro que merecer y que necesita del regreso a los valores del pasado, a la necesidad de aprender de nuestra historia y nuestros antepasados (*debemos hacer que el Estado ponga igualdad allí donde el mercado excluye y abandona; debe recuperar su rol en materia de planificación; impone que se asuman políticas de Estado; tenemos que volver a tener una política integrada en todos los aspectos sino no tendremos futuro*)

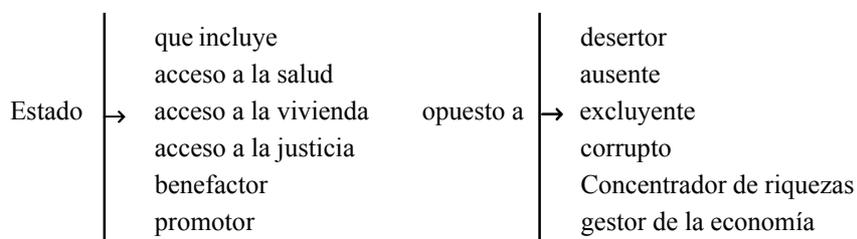
En síntesis es la propuesta de un *Estado* como fruto de un proyecto colectivo que “además de asegurar la legitimidad del gobierno, impulsar un

⁷ GARCIA DELGADO, D (2000): *Estado Nación y globalización. Fortalezas y debilidades en el umbral del Tercer Milenio*. Norma, Buenos Aires, pag 210.

proceso de acumulación eficiente y garantizar la integración social de la población, debe también promover la identidad, el sentido de pertenencia y el destino común”⁸.

Este discurso ofrece un retorno a elementos aglutinadores y valores igualitarios como *educación, trabajo y movilidad social*, que estuvieron presentes en los dos primeros modelos de Estado (el liberal y el Post-social), e hicieron posible procesos de identidad nacional. Es claramente la definición de un programa que se opone en su totalidad al modelo neoliberal que se encargó de desarticular todos estos principios.

Así, puede definirse un modelo de Estado propuesto a partir de la inversión absoluta del escenario de los 90:



4.3 Un cambio inscripto en el tiempo

Además de la ruptura con el paradigma neoliberal hay un punto que marca la especificidad en la propuesta de construcción política: la pretensión de ubicación como heredero de los ideales de los '70 y la “pasión por el cambio”⁹.

El *cambio* se plantea desde la política pero toma sus valores y su fuerza de un tiempo, los '70, y desde una visión que se alimenta de la idea de lucha (*por mandato popular, por comprensión histórica y por decisión política estamos ante la oportunidad de un cambio moral y cultural profundo*) y también se nutre de vida y no de muerte, que es una de las lecturas posible de aquellos años: la que se vincula con la vida, la política como construcción, la intención de cambio, la ética y no la asociada a la muerte y la violencia¹⁰.

Esta referencia a los '70 no es caprichosa pues los valores que articulan no sólo la propuesta de *cambio* sino todo el discurso, remiten más a los

⁸ GARCIA DELGADO, D: op cit, pag 203.

⁹ NATANSON, J. (2004): *El presidente inesperado*. El gobierno de Kirchner según los intelectuales argentinos. Homo Sapiens, Rosario, pag 56.

¹⁰ NATANSON, J: op. cit, pag 65

sentidos de aquellos años que a los de la transición democrática. Y son los sentidos predominantes en el lexema *tiempo* los que permiten la vinculación entre el pasado lejano (los '70), el pasado próximo (los '90) y el futuro, expresado en la imperiosidad del *cambio*.

En el lexema *tiempo* vemos que el sentido predominante remite a la instauración del modelo neoliberal y las descripciones están atravesadas por el conocimiento de las consecuencias económicas y sociales, más que políticas. A la vez que las adjetivaciones cargan positiva o negativamente los *tiempos* referidos

Mientras que *mucho, tanto y largo* (*paralizadas durante mucho tiempo por el marco de la crisis que nos tocó vivir; ese ajuste interno que se hizo en nuestra República, al cual nos vimos sometidos durante largo tiempo*) remiten al pasado, *nuevo* es el que refuerza la articulación con el cambio (*un nuevo tiempo se está viniendo y va a venir para la Argentina; espere-mos que en este tiempo nuevo que se inicia este procedimiento pueda funcionar en forma perfecta, que los ciudadanos argentinos recuperen la credibilidad; tengamos el coraje y la decisión de que nuestro pueblo nos vea construyendo la senda del nuevo tiempo*)

El *cambio* aparece como un programa central en todo el discurso, y se configura como equivalente de los principales programáticos. Así aparece como ineludible (*hay temas centrales, fundamentales, que no podemos eludir por mucho tiempo más; un nuevo tiempo se está viniendo y va a venir para la Argentina*) impregnado por la dimensión del deseo profundo (*yo sé que podemos enarbolar los sueños y el amor de consolidar nuestra familia; esperamos con el tiempo pueda ir recuperando la alegría, los sueños y las esperanzas perdidas*) y de tipo incluyente (*sabemos que cuesta tiempo pero los argentinos de una vez por todas queremos que hacer una Argentina con todos y para todos*)

Lo que se plantea no es un cambio de modelo político y económico, sino un cambio cultural y moral, lo cual se evidencia por los adjetivos que lo acompañan (*profundo, conceptual*). Si bien las demandas de la sociedad impugnaban el modelo neoliberal y sus consecuencias en todos los niveles la propuesta comienza por la impugnación de los valores que lo sostuvieron como condición de una alternativa (*queremos ser la generación de argentinos que reinstale la movilidad social ascendente, pero que también promueva el cambio; el cambio no debe sólo reducirse a lo funcional, debe ser conceptual; el cambio de conductas y pautas culturales es el signo de la construcción de una Argentina estructurada para bien de todos; el cambio*

requiere un compromiso personal social profundo, necesita de la sumatoria de hechos cotidianos que derroten el inmovilismo)

Así aparece que si bien las definiciones apuntan a un cambio de valores, el campo de decisión es la esfera política. Aquí se marca una nueva ruptura importante con el discurso de los 90 en la medida que deja de ser el campo económico el que impone las prácticas y que la inversión de este orden pasa por ubicar a la política como el campo que sobredetermina a los otros.

5. Conclusiones

En el discurso del presidente Kirchner hay una clara intención de ruptura con los supuestos “inevitables” del discurso neoliberal: discute sus principios, deslegitima a sus actores, invierte los valores condicionantes y propone un orden asentado en programas que privilegian la dimensión política por sobre cualquier otra.

Así, reubica a la política en el centro del centro del escenario al postularla como “la” esfera de decisión, rechazando su rol puramente administrador propio de la antipolítica neoliberal y revierte la subordinación a la economía. Es un nuevo discurso que se orienta a una transformación de lo dado, planea el hacer, se planta como posición “ofensiva” buscando construir otro modelo.

Se imprime una nueva orientación a la política económica: aparece la preocupación por reivindicar un discurso de reparación moral y social y se plantea como programa principal un proyecto nacional de trabajo, producción y desarrollo industrial, pero que se diferencia del antiguo modelo nacional popular porque este está en un escenario de economía abierta.

Pero no se limitó a invertir los sentidos sino que requirió de una elaboración acerca del conflicto y la reconstrucción de sentidos en un nuevo escenario a partir de una nueva forma de organización social con eje en la repolitización de las relaciones sociales y en la posibilidad de reintroducir transformaciones en términos de un nuevo conjunto de valores. Igualmente hay que hacer constar una serie de oposiciones que definen un escenario y un futuro claramente distinto al del neoliberalismo: *política/economía; Estado/mercado; sociedad/individuo; bien común/eficacia; esfuerzo/performance; inclusión/exclusión; estrategia de crecimiento/ derrame; proyecto histórico/ajuste estructural; voluntad de cambio/ libre devenir.*

Por otra parte su discurso se orienta a instalar nuevos temas en la agenda y no seguir administrando la constituida como inevitable en los '90,

tal como hizo la Alianza y que la condujo al fracaso ante la incapacidad de dar respuesta nuevas frente a un nuevo escenario (en ese momento de desgaste del modelo, ahora caracterizado como post-colapso)

El discurso de Kirchner tiene una dimensión confrontativa y conflictiva, a veces con cierta entonación épica, a lo que se agrega una dimensión ausente en los discursos de los '90: la propuesta de recuperación de la capacidad del Estado para dar sentido a la vida social y hacerse cargo de las demandas sociales para regenerar los lazos deteriorados. La restitución del Estado como espacio privilegiado no se limita a las iniciativas económicas y sociales sino que lo reinstala como fuente de los principios de organización y legitimación.

La propuesta de cambio contiene, por lo tanto, la propuesta de un vínculo que se plantea la reconstrucción del lazo social, roto por el modelo y profundizado por la crisis y las demandas

6. Bibliografía

- ARMONY, V. (2002): "El país que nos merecemos: mitos identitarios en el discurso político argentino". En *Designis*, abril de 2002. Gedisa, Barcelona
- BONETTO M.S. et al (2005): *Los discursos del Poder Ejecutivo (2003). Hacia una transformación del modelo neoliberal*. Informe de investigación, mimeo
- BONETTO, M. S., MARTINEZ, F. y PIÑERO, M.T (2002): *Argentina otro país. Consecuencias del modelo neoliberal*. Advocatus, Córdoba.
- BOURQUE, G. y DUCHASTEL, J. (1992): "Le discours politique néo-liberal et les transformations actuelles de l'État". En *Discours social/Social Discourse*, CIADEST, vol.4, Montreal, Canadá. Traducción Fabiana Martínez
- CHARAUDEAU, P. y MAINGUENEAU, D. (2005) (dir): *Diccionario de análisis del discurso*. Amorrortu, Buenos Aires.
- DELICH, F. (2002): *La crisis en la crisis. Estado, Nación, Sociedad y Mercados en la Argentina Contemporánea*. Eudeba, Buenos Aires.
- GARCIA DELGADO, D. (1994): *Estado y sociedad. La nueva relación a partir del cambio estructural*. Norma, Buenos Aires.
- (2000): *Estado Nación y globalización. Fortalezas y debilidades en el umbral del Tercer Milenio*. Norma, Buenos Aires.
- (2003): *Estado Nación y la crisis del modelo. El estrecho sendero*. Norma, Buenos Aires.
- GOLDMAN, NOEMI (1989) *El discurso como objeto de la historia. El discurso político de Mariano Moreno*. Hachette, Buenos Aires.
- GRIMSON, A. (2004) "La experiencia argentina y sus fantasmas". En: GRIMSON, A. (comp.) *La cultura en las crisis latinoamericanas*. CLACSO, Buenos Aires.

- MARTINEZ, F. (2002): “Los nuevos sentidos de la política: la construcción del paradigma discursivo neoliberal en Argentina”. Ponencia presentada en el II Encuentro de investigadores de la Escuela de ciencias de la Información, mimeo.
- (2004): “Partidos del Estado, partidos del mercado: los discursos preelectorales de la campaña argentina del 2003”. En BONETTO, M.S., CASARIN, M. y PIÑERO, M.T. (eds): *Escenarios y nuevas construcciones identitarias en América Latina*. Centro de Estudios Avanzados, Córdoba.
- NATASON, J. (2004): *El presidente inesperado. El gobierno de Kirchner según los intelectuales argentinos*. Homo Sapiens, Rosario.
- SADER, E. y GENTILI, P. (2001) (comps): *La trama del neoliberalismo. Mercado, crisis y exclusión social*. CLACSO-Eudeba, Buenos Aires.
- VERON, E. (1987): *La semiosis social*. Gedisa, Barcelona
- (2003): *Perón o muerte. Los fundamentos discursivos del fenómeno peronista*. Eudeba, Buenos Aires.
- VITALE, A (1994): “Las instituciones en dos formaciones discursivas ante el golpe de estado de 1966”. En MANGONE, C. y WARLEY, C.: *El discurso político, del foro a la televisión*, Biblos, Buenos Aires.

EL RÉGIMEN LEGAL DEL LIBRO ARGENTINO Y SU PROMOCIÓN A NIVEL LOCAL

por Susana Borgarello, Francisco Cipolla **
y Carlos A. Juárez Centeno***

Resumen: La importancia del libro radica en la conformación de la cultura de un país, ya que es el que con más fuerza contribuye a la construcción de la identidad nacional. De allí que el Estado no debe dejar librado al azar la regulación de su publicación. Es desde esta perspectiva que encaramos la regulación legal del fomento y la lectura del libro argentino y que tiene su basamento en el Preámbulo de nuestra Constitución. En relación a la provincia de Córdoba no existe una ley específica que directa y concretamente se refiera a los libros editados o de autores cordobeses, si bien se han dictado otras normativas que en definitiva han significado un reconocimiento a esta actividad de promoción hacia el libro, sin hacer referencia al aspecto local sino a lo cultural en general

Palabras claves: Régimen legal del libro- Libro Argentino- Protección del libro

La comunicación es la transmisión de mensajes que difunden el patrimonio de conocimientos que la humanidad va acumulando, y que *informan* nuestro mundo con una proyección de futuro. Concebimos la información como una “*comunicación social difusora de cultura*” y de allí la im-

* Doctora en Derecho y Ciencias Sociales, Profesora adjunta de dedicación exclusiva de Historia del Derecho y Derecho de la Información en la Escuela de Ciencias de la Información de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba.

** Abogado, Jefe de Trabajos Prácticos de Legislación de la Comunicación. ECI, Facultad de Derecho y Cs. Sociales de la UNC.

*** Director de la Maestría en Relaciones Internacionales del CEA –UNC. Profesor Titular del CEA-UNC. Profesor de Derecho Político y Derecho Constitucional de la UNC.

portancia del libro como soporte de la misma. Es decir que el libro puede ser considerado desde una doble perspectiva, si bien ambas íntimamente conectadas: como medio de expresión y como soporte transmisor de valores culturales. La primera perspectiva del libro se relaciona con el campo de la libertad de expresión; la segunda, con la temática de fomento del libro por parte del Estado.

La importancia del libro radica en la conformación cultural de un país, ya que es el que con más fuerza contribuye a la construcción de la identidad nacional. Razón por la cual el Estado no debe dejar librado al azar la regulación de su publicación, la cual tiene su basamento en el Preámbulo de nuestra Constitución y en el artículo 75 de la misma donde entre las atribuciones que se le fija al Congreso de la Nación está el inciso 18 *“Proveer lo conducente a la prosperidad del país...y al progreso de la ilustración”* ... y el 19 *“proveer lo conducente al desarrollo humano ... a la investigación y al desarrollo científico y tecnológico y su difusión y aprovechamiento”*..... *“Dictar leyes que protejan la identidad y pluralidad cultural, la libre creación y circulación de las obras del autor; el patrimonio artístico y los espacios culturales”*

Para analizar la normativa respecto a la protección del libro –particularmente del libro Argentino- y el hábito de la lectura es que hacemos referencia a la posibilidad de reglamentación que tiene el Estado, es decir el llamado poder de policía como soporte de la libre expresión

En rigor, el “poder de policía” es el poder del Estado de “reglamentar los derechos constitucionales” de modo que su ejercicio sea factible por todos los miembros de la sociedad, evitando así el caos y el avance de unos sobre los derechos de otros. Tal poder compete exclusivamente al Poder Legislativo o Congreso de la Nación (en el orden nacional), a la Legislatura (en el orden de las provincias) y a los Concejos Deliberantes (en el orden municipal). De modo que tal poder se expresa por medio de leyes nacionales, de leyes provinciales o de ordenanzas municipales, respectivamente. ¿Puede el Estado, en cualquiera de sus formas dentro de nuestra estructura federal, reglamentar como mejor le plazca los derechos constitucionales? Indudablemente que no, pues la Constitución Nacional sabiamente ha puesto límites a los eventuales desvíos o excesos de poder y su art. 28 configura el límite infranqueable de tal poder de limitación de los derechos individuales o sociales, de modo que las declaraciones, derechos y garantías de la Constitución Nacional no pueden ser “alterados” por las leyes que reglamenten su ejercicio. Un exceso o desvío del Estado en tal función faculta la intervención del Poder Judicial para declarar su inconstitucionalidad.

El concepto clásico del Poder de Policía lleva implícita la idea de límites dentro de los cuales la reglamentación hace posible el regular goce de derechos y libertades iguales por parte de todos los habitantes pero en nuestro caso debemos combinarlo con la fórmula del “bienestar general” y la cláusula de “prosperidad” cuando el Estado Moderno deja de tener el rol de gendarme en el ejercicio del Poder de Policía. En aplicación de este poder de policía así entendido -a nivel nacional- es que en nuestro caso en análisis, se dicta por el Congreso de la Nación una legislación tendiente a la protección y fomento de la lectura y el libro argentino. Los gobiernos provinciales, por delegación reciben el fundamento legal para dictar los instrumentos pertinentes y útiles acomodados a la realidad local¹.

En cumplimiento de ese poder de policía el Congreso de la Nación dictará distintas leyes tendientes a promover el desarrollo cultural, y específicamente en la temática que nos ocupa, legislará sobre la lectura y el libro argentino. Entre ellas podemos mencionar a la ley 18573 durante el gobierno de facto de Onganía, destinada a la promoción librera pero su intento se vio frustrado debido a que no contempla los problemas de la industria editorial, sector que venía sufriendo una fuerte declinación ya que carecía de fondos provenientes de la acumulación de utilidades previas necesarias para desgravar invirtiendo. Con el objeto de superar los problemas estructurales a fin de estimular los pensamientos creadores de los autores argentinos es que se dicta la ley 20380 en 1973, cuyo objeto era la promoción y desarrollo de las industrias gráficas y editoriales, así como de las actividades conexas tendientes a favorecer y estimular la producción, circulación, comercialización y difusión del libro argentino. Pese a implementar una excelente política crediticia los gobiernos de turno se sucedieron sin cumplir con los preceptos implementados por esta ley. Finalmente la ley 20380 fue derogada en 2001 por entenderse que dicha norma nada había logrado en torno al fomento del libro y su lectura. La nueva ley que reemplaza a ésta pretende ¿suplir estas deficiencias?, nos referimos a la ley 25.446 titulada “Ley del fomento del libro y la lectura”, cuyo texto es publicado en el Boletín oficial el 26 de Julio de 2001 – y unos días después -1/8/01- se publicó una fe de erratas por haberse cometido errores de imprenta en la primigenia publicación. Es por ello que nos cuestionamos si la nueva Ley vino a suplir esas deficiencias, ya que al ser vetado por el Poder Ejecutivo

¹ Así lo estipula, por ejemplo, el art. 186 inc. 13 de la Constitución de la Provincia de Córdoba

todo lo específico destinado a fomentar la industria librera nacional, el tema que da nombre a la ley ha quedado en los buenos deseos. La ley anterior era mucho más completa, ya que además de contemplar el fomento de la industria local de libros definía conceptos como libro, libro argentino, libro clandestino, librería -entre otros-, buscando aunar conceptos y en la idea de contemplar una política integral del libro, cuya actual ley carece.

Principios que informan la actual ley.

Entre los principios generales que informan esta ley hoy en vigencia, podemos mencionar:

- El principio **federal** expresado en el art. 6 y 7 donde se hace referencia a la Comisión Asesora del Libro. La misma está integrada entre otros representantes por los titulares de los máximos organismos de Cultura de las provincias.

- El carácter de **internacionalidad** que se le asigna a la promoción del libro argentino fundamentalmente a través de su Artículo 21 que establece la Catalogación en fuente, la cual amplía las posibilidades de inserción en distintos mercados, tanto internos como externos, al brindar datos bibliográficos exactos sobre una obra solicitada o adquirida por una librería, distribuidora, biblioteca, etc., o porque puede ser incorporada en cualquier base de datos. Además de la especial mención al MERCOSUR y los demás países latinoamericanos

- El principio **protector y difusor del patrimonio literario nacional**. a través de la referencia -como complemento- de la ley 23.351 sobre la creación de bibliotecas populares sancionada en agosto de 1986 y publicada en el Boletín oficial el 8 de octubre de 1986

-El referido a la **protección del derecho de autor y a la libertad de expresión**: establecida específicamente en los arts. 14 y 15

- El de **promoción**, al reconocer la necesidad de promover la cultura como una obligación del Estado Moderno, concretamente expresado en el art. 1 y 3.

- El de **igualdad de oportunidades**, al incorporar expresamente a los discapacitados al fomento del hábito de lectura expresada en el art. 3 de la ley.

Objeto y análisis de la ley

Esta ley comprende la actividad de creación intelectual, la producción, la edición y la comercialización del libro. Bajo este concepto general se engloban -conforme el art. 4- los libros, fascículos e impresos similares, cualquiera sea su género y su soporte

En relación al fomento sólo se establece como obligación de la Secretaría de Cultura de la Presidencia de la Nación, el Fomento de la demanda editorial y de los hábitos de lectura, la organización de concursos literarios, exposiciones y ferias en el orden nacional, regional, provincial, municipal y del MERCOSUR; la adquisición de obras con destino a las bibliotecas públicas y populares, archivos y centros de documentación; la modernización de todos los centros bibliográficos; la adopción de toda medida conducente a la democratización del acceso al libro y la lectura.

La Autoridad de Aplicación que ejerce la Política Integral del Libro y la Lectura, es la Secretaría de Cultura de la Presidencia de la Nación, con la asistencia de una Comisión Asesora del Libro, presidida por el Secretario de Cultura de la Presidencia de la Nación. La ley sancionada por el Congreso contemplaba la forma de fomentar la industria editorial a través de créditos bancarios, (artículos 11 al 16), lamentablemente el Poder Ejecutivo vetó estos artículos quedando sólo el referido a exenciones tributarias (nos referimos al art. 13. – “Los autores que editen y/o comercialicen sus propios libros, quedarán exentos de todo tipo de obligación tributaria directamente vinculada con este hecho”.) por lo que el fomento se torna ilusorio. En ese sentido era muy completa la ley 20380 por cuanto contenía objetivos integrales que contemplaban no sólo el aspecto cultural sino el financiero necesario para hacer efectiva esa promoción del libro, estableciendo –además de las pautas de protección jurídica para la preservación de los derechos de autor- todo lo relativo al crédito a la producción y a la comercialización o al equipamiento, al disponer que las instituciones bancarias oficiales establecerían anualmente sistemas de promoción para incrementar la producción y facilitar la comercialización de libros argentinos, tendientes en especial a aumentar las exportaciones, también contemplaba -para hacer efectivo el equipamiento de las editoriales -que se podría otorgar exenciones totales o parciales de derechos de importación a las máquinas, equipos y repuestos, con destino a los procesos de preparación, impresión y encuadernación de libros, a cuyo efecto se reglamentarían los requisitos y condiciones para la importación de dichos elementos, estableciéndose también los recaudos para acreditar la afectación del destino invocado, pero por desgracia las interesantes posibilidades de créditos bancarios que establecía aquella se verían coartados - en los hechos- por la realidad económica del país.

En cuanto a la “circulación”, entre las medidas instrumentadas por la vieja ley para promover la circulación del libro se establecía que el libro argentino gozaría de tarifa postal reducida en las condiciones que establez-

can la Ley de Correos, su reglamentación, los convenios postales internacionales, los reglamentos postales internos y demás legislación vigente. Para el transporte de libros argentinos, tanto en el orden interno como en el internacional, las empresas argentinas de transportes cobrarían la tarifa de carga mínima compatible con la economía de su explotación y dándoles igual trato que a los productos perecederos. La exportación de libros argentinos estaría exenta de todo gravamen y gozarían de un estímulo similar al dispensado a los productos manufacturados no tradicionales con mayor grado de elaboración y tecnología. La importación de libros impresos en castellano cuyo proceso gráfico se hubiese realizado en países cuyo idioma parlante no fuese el español, sólo se efectuaría por vía aduanera abonando un derecho nunca inferior al mayor gravamen o recargo establecido en el arancel de importaciones para la posición 48.01.02.01 que reconoce el papel para impresiones.

En cuanto a las medidas para la protección del derecho de autor, tanto la ley anterior como la actual las contemplan con el objeto de hacer efectivo ese resguardo. Así, en la 20380 se establecía que en todo libro impreso o editado en la República Argentina se hará constar el lugar y fecha de su impresión, número de la edición y cantidad de ejemplares, y el nombre y domicilio del editor e impresor, a lo que la actual ley le agrega el número del sistema internacional normalizado para los libros (ISBN) y la ficha de catalogación en fuente. En cuanto a las sanciones algo novedoso de la nueva ley es que se considera infractor y no gozará de los beneficios legales, todo libro que no incluya los datos requeridos o los incluya de manera incompleta o inexacta. El mismo tratamiento se dará a aquellos libros impresos, editados y reproducidos sin autorización o con incumplimiento de las normas establecidas por la Ley 11.723, por lo que en virtud de esta legislación, **se prohíben las fotocopias de libros.**

La ley 20380 además define conceptos a los efectos de unificar criterios, situación que no está prevista por la ley actual y que lamentablemente deroga. Así la ley anterior definía -además del Libro Argentino, al Libro en general, la coedición, la empresa gráfica argentina, la empresa editora argentina y librería.

A través del análisis comparativo con la ley anterior se observa que la actual legislación no permite la concreción de sus objetivos al ser vetados los basamentos financieros para su realización. No obstante, esta nueva ley es interesante en cuanto establece los actuales métodos de catalogación en fuente, el reconocimiento del MERCOSUR, la necesidad de fomento de la lectura, la prohibición de fotocopiar libros y fundamentalmente el reco-

nocimiento expreso de la libertad de expresión sin censura previa. Además, esta ley ha sido aplicada eficazmente por nuestros tribunales con el objeto de proteger los derechos de autor entre otros, en el caso Mogus, Juan Victor s/ recurso de revisión² resuelto por el Tribunal Nacional de Casación Sala Penal II el 02/04/02.

Propiedad Intelectual

Con el objeto de aprehender el sentido de protección legal a la actividad intelectual es que debemos analizar también la ley de Propiedad Intelectual, la cual es dictada en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 17 de la Constitución Nacional, en el sentido de la protección de la propiedad del autor o inventor de una obra por el tiempo que determine la ley. En torno a ella se dicta -en 1933- la ley 11723, actualmente en vigencia con sus modificatorias. Esta ley de propiedad intelectual dispone entre otras cuestiones y exclusivamente en lo relevante a nuestro objeto de estudio lo siguiente: define el concepto de Propiedad intelectual³ con un carácter que debe entenderse meramente ejemplificativo y no taxativo. Resguarda la propiedad del autor al establecer que “Nadie tiene derecho a publicar, sin permiso de los autores o de sus derechohabientes, una producción científica, literaria, artística o musical que se haya anotado o copiado durante su lectura, ejecución o exposición públicas o privada” si bien establece las excepciones cuando autoriza a que “cualquiera puede publicar con fines didácticos o científicos, comentarios, críticas o notas referentes a las obras intelectuales, incluyendo hasta mil palabras de obras literarias o científicas u ocho compases en las musicales y en todos los casos sólo las partes del texto indispensables a ese efecto...” En materia de registro de la propiedad intelectual, dispone la creación del Registro Nacional de Propiedad Intelectual dónde deberá depositar el editor, tres ejemplares completos de toda obra publicada, dentro de los tres meses siguientes a su aparición. Si la edición fuera de lujo o no excediera de cien ejemplares, bastará con depositar un ejemplar. En cuanto a las sanciones por trasgresión a la ley de propiedad Intelectual, es decir, al que de cualquier manera y en cualquier forma defraude los derechos de propiedad intelectual que reconoce la misma, se dispone la pena establecida por el Artículo 172 del Código Penal (un mes a seis años de prisión).

² Suplemento 26/02 (AJ 5-26/02) Pag. 5

La ley 23.351 y la creación de bibliotecas populares.

La ley de fomento del libro y la lectura hace referencia, como complemento de la misma, a la ley 23.351 y la creación de bibliotecas populares sancionada en agosto de 1986 y publicada en el Boletín oficial el 8 de octubre de 1986. Disponiéndose que “las bibliotecas establecidas o que en adelante se establezcan por asociaciones de particulares en el territorio de la Nación y que presten servicios de carácter público, podrán acogerse a los beneficios establecidos en esta ley, Para ello deberán ser oficialmente reconocidas como Bibliotecas Populares y ajustarán sus estatutos a las normas que determine la respectiva reglamentación.”

Se establece -en materia de Bibliotecas Populares- un amplio pluralismo ideológico y traza como misión “canalizar los esfuerzos de la comunidad tendientes a garantizar el ejercicio del derecho a la información, **fomentar la lectura** y demás técnicas aptas para la investigación, la consulta y la recreación y promover la creación y difusión de la cultura y la educación permanente del pueblo.⁴

Las Bibliotecas son clasificadas por categorías, atendiendo a las siguientes pautas: a) La cantidad de títulos de obras. b) El movimiento diario de los mismos; c) La cantidad de personal capacitado en funciones. d) La

³ La enumeración del art. 1 de la ley 11723 es abierta y las que no se mencionan no están excluidas.

Las leyes y los tratados internacionales usan la misma fórmula para describir los derechos comprendidos dentro del derecho de autor (“Trat. Sobre Prop. Literaria y Artística del Congreso Sudamericano de Montevideo de 1.889”, “Convención sobre Propiedad Literaria y Artística de Buenos Aires de 1.910”, “Convención de Berna para la Protección de Obras Literarias y Artísticas” – Actas de Bruselas de 1948 y de París de 1971.

El Acuerdo de los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (ADPIC o TRIPS) de la OMC, obliga a proteger los programas de ordenador y compilaciones de datos en el art. 10 que reza: “Los programas de ordenador, sean programas fuentes o programas objeto, serán protegidos como obras literarias en virtud del Convenio de Berna (1971). 2. Las compilaciones de datos o de otros materiales, en forma legible por máquina o en otra forma que por razones de selección o disposición de sus contenidos constituyan creaciones de carácter intelectual, serán protegidas como tales. Esa protección, que no abarcará los datos o materiales en sí mismos, se entenderá sin perjuicio de cualquier derecho de autor que subsista respecto de los daños materiales”. El nuevo “Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor” (sigla inglesa WCT) que no ha entrado en vigor, dispone en el art. 4º: “Los programas de ordenador están protegidos como obras literarias en el marco de lo dispuesto en el art. 2º del Convenio de Berna. Dicha protección se aplica a los programas de ordenador, cualquiera sea su modo de expresión”.

⁴ La negrita tiende así a resaltar el complemento de esta ley con la ley 25446.

calidad de las instalaciones y equipamiento técnico; e) El método de procesamiento de materiales; f) Las actividades culturales que desarrollen.

Asimismo, las Bibliotecas Populares reconocidas gozarán -sin perjuicio de otros que obtengan o que sean otorgados- de los siguientes beneficios: a) Franquicia postal; b) Liberación de todo gravamen establecido en la ley de impuesto de sellos (t.o. 1981 y sus modificaciones); c) Tarifas reducidas en los servicios prestados por empresas del Estado; que resulten imprescindibles para el mantenimiento de las mismas; d) Liberación de todo gravamen fiscal nacional que recaiga sobre la propiedad privada; e) Subvención para el mantenimiento de las instalaciones, aumento del caudal bibliográfico remuneración y perfeccionamiento del personal bibliotecario-profesional, auxiliar y de maestranza- modernización del equipamiento y actualización del procesamiento técnico de materiales; f) Concesión de préstamos de fomento; g) Contratación de Seguros de la Caja Nacional de Ahorro y Seguro, sin costo.” A los efectos de la asignación de los beneficios establecidos en los apartados e), f) y g) y tomándose en consideración la categorización, se tendrán en cuenta: a) La necesidad social de los servicios en la zona de influencia de la Biblioteca Popular; b) Las necesidades específicas para el crecimiento de las bibliotecas más carenciadas c) El mayor esfuerzo acreditado en la prestación de sus servicios.

También se crea por esta ley, una Comisión Nacional Protectora que funcionará en la jurisdicción del Ministerio de Educación y Justicia a través de la Secretaria de Cultura y será la autoridad de aplicación de la presente ley en todo el territorio de la Nación

Dentro de esta Comisión funcionará una Junta Representativa como organismo técnico, asesor y consultivo de la Comisión Nacional Protectora para la canalización de los requerimientos provinciales y locales en la formulación de los planes de acción y la coordinación de actividades, integrado por representantes de las distintas provincias. Se crea el Fondo Especial para Bibliotecas Populares destinado exclusivamente para el otorgamiento de beneficios directos a las Bibliotecas Populares.

El libro, la cultura y su promoción a nivel local.

No existe a nivel provincial una ley que directa y concretamente se refiera a los libros editados o de autores cordobeses. Si bien se han dictado otras normativas que en definitiva han significado un reconocimiento a esta actividad de promoción hacia el libro, sin hacer referencia al aspecto local sino a lo cultural en general., conforme lo establecido en el art. 166 de la Constitución Provincial.

Esa finalidad se cumple en la Provincia de Córdoba, a través de la ley 8790 (del año 1999), que aprueba el Estatuto de “Agencia Córdoba Cultura Sociedad del Estado” el cual tiene entre sus objetivos difundir el desarrollo de las disciplinas artísticas y los valores culturales en todas sus manifestaciones, implementar políticas específicas para cada disciplina artística, establecer programas de premios, becas, subsidios y créditos para el fomento de las actividades culturales y artísticas (art. 3 incs. f, n, o, del Estatuto). Con anterioridad (Boletín Oficial 26-10-95) la Provincia había publicado la ley 8500 sancionada el día 5 de Septiembre mediante la cual el poder legislativo de la provincia reconoce anualmente con el premio “Córdoba reconoce a sus Cordobeses” a las personas o grupos de trabajo destacados en investigación científica , cultura, deporte y comunicación social.⁵

También podemos mencionar la ley 8016 referida a las normas para el funcionamiento de las bibliotecas populares promulgada el día 14 de diciembre de 1990, actualizando los contenidos históricos de la ley provincial 4042. El objetivo de estas bibliotecas populares es el de garantizar el derecho a la información, el fomento por la lectura y demás técnicas aptas para la investigación, la consulta y la recreación, así como promover la difusión de la cultura y la educación permanente del pueblo. Es en este contexto que el libro que fomenta la cultura local puede tener acogida, dependiendo de los recursos económicos, el interés localista, y la creativa imaginación de los responsables.

De igual manera indirecta, existen otras leyes provinciales que hacen el mismo trabajo promotor del libro en general, pero abordando el tema desde una perspectiva más específica. Esas leyes son:

Ley 8201: Donde mediante la cultura se intenta la integración social del discapacitado visual brindando el servicio de biblioteca braille y del libro hablado o biblioteca parlante. Otra modalidad interesante es la biblioteca circulante, y su posibilidad de hacer extensiva la iniciativa fuera del territorio provincial.

Ley 8569: Otorga personería escolar y personería jurídica a las Cooperativas escolares y juveniles respectivamente. Entre los objetivos que tienen estas cooperativas figura la de complementar y perfeccionar el proceso de enseñanza y aprendizaje.

Ley 7355: establece la enseñanza obligatoria del folklore en las escuelas dependientes de la provincia.

Ley 7938 de creación de la Dirección para promoción y ejecución de la educación del adulto para favorecer todas las modalidades de educación

⁵ La ley no tiene reglamentación.

del adulto que favorezca su participación activa en todos los aspectos socio-culturales.

Ley 8366 de creación de la carrera de nivel terciario para el medio ambiente. El Ministerio de Educación y Cultura de la provincia elabora los planes de estudio y tiende a formar técnicos especializados en la problemática ambiental con el objeto de lograr su inserción como agentes educadores y fiscalizadores.

Ley 8813 de creación de escuelas hospitalarias para garantizar la continuidad educativa de quienes se encuentran en la etapa de educación obligatoria.

Acuerdo reglamentario A 512/1999 del Superior Tribunal de Justicia por el que se crea el “Centro de Documentación Histórica del Poder Judicial de la Provincia de Córdoba”- para preservar los documentos con valor histórico emanados del Poder Judicial y que aún no pueden ser propiedad del Archivo Histórico de la Provincia-,⁶ como una oficina especializada de la Dirección de Archivo de los Tribunales, dicho Centro tendrá a su cargo, la función de seleccionar, resguardar y administrar el Fondo Documental histórico del Poder Judicial, además dispondrá de las acciones pertinentes para preservar el patrimonio documental con valor histórico emanado del Poder Judicial de esta provincia.

En materia de **legislación municipal**, el libro halla un espacio particular, sea que se refiera a él de manera directa o indirecta, lo cierto es que no ha podido pasar por alto este aspecto de cultivar una sociedad democrática a través de la información que llevan los libros. Analizaremos el contenido de los documentos municipales que más estrechamente están vinculados a la lectura y al libro.

Ordenanza n° 10010: Reglamenta la Actividad Docente y es sancionado el 15-12-1998, Son atinentes los artículos 6 y 7 esta Ordenanza referidos a los derechos y deberes en la educación ya que para que exista interés en los libros, éstos deben referirse a temas que, a través de los educadores, despierten adecuadamente la lectura de sus contenidos y para ello nada hay

⁶ El carácter de “histórico” otorgado a una documentación emanada de los organismos del Estado Provincial, y su consiguiente resguardo en el Archivo Histórico de la Provincia, sólo es adjudicado por las leyes a aquella cuya antigüedad es mayor a cuarenta años, y tal coto produce un vacío legal respecto de la documentación que habiendo sido excluida del acervo permanente del Archivo General mediante el expurgo legal —efectuado a los veinte, diez o cinco años de su archivo, según el caso— no ha cumplido aún los cuarenta años exigidos por la ley.

más apropiado que ampliar la solvencia de quienes son responsables de transmitir los conocimientos.

Ordenanza n° 10066, sancionada el 24-5-1999, denomina “Universidad Libre del Ambiente Ciudad de Córdoba” a la “Universidad Libre del Ambiente” creada mediante Decreto n° 2536 94 del Órgano Ejecutivo Municipal., decreto que menciona la difusión “... de valores ecológicos por medio masivos de comunicación, como así también a través de la realización de cursos, seminarios, mesas redondas, **publicaciones** y gacetillas...”

Ordenanza n° 8705, sancionada el 15-4-1992 establece el Programa de Creación de Centros de Apoyo Bibliográfico, en los barrios de la Ciudad de Córdoba.

Ordenanza n° 7685, sancionada el 2-3-1983 y promulgada el 2-3-1983 crea la Biblioteca Municipal Arturo Capdevila con libre acceso a toda la comunidad.

Ordenanza n° 9447, sancionada el 4-6-1996, crea el Servicio de Biblioteca Informática. El servicio tiene por objeto promover y facilitar el acceso a redes informáticas y bancos de datos Nacionales e Internacionales por parte de la Municipalidad de Córdoba y Usuarios en general, con fines académicos, culturales, comerciales y de promoción institucional del Municipio y actividades oficiales y privadas.

Ordenanza n° 8808 y su Decreto reglamentario 1831, crean el Fondo Estímulo a la Editorial de Córdoba. La Municipalidad a través de la Comisión respectiva distribuye en forma gratuita a todas las bibliotecas que supervisa un ejemplar de las obras premiadas en los concursos literarios que organice y o auspicie la Municipalidad.

Críticas a la ley nacional y reflexiones acerca de la industria librera

No hay disposiciones específicas relativas a la regulación del libro tanto en el orden provincial como municipal por lo que sólo está regulado a nivel nacional con el agravante que esta ley es un retroceso en relación a la anterior ya que todo lo específico destinado a fomentar la industria librera nacional ha sido vetado por el poder ejecutivo nacional. Por tanto el tema que da nombre a la ley ha quedado en los buenos deseos. Nos preguntamos por qué fue derogada la anterior dónde el acceso al crédito para los involucrados con la empresa librera estaba muy bien reglamentada y expresaba un interés palpable del Estado de fomentar la industria librera ¿Es que acaso se temía que el librero reclamara vía amparo una protección legítima de una herramienta tan importante para construir nuestro ser nacional tan vapuleado por las concepciones mal entendidas de globalización de nues-

tros gobernantes y que en la realidad disfrazan posturas de entrega y sumisión al capital extranjero?.

Hoy es una evidencia que la industria del libro ocupa, en todo el mundo, un espacio cada vez menos importante dentro de la industria de la cultura. Y esto es así tanto desde el lado de la oferta (por la competencia de los medios audiovisuales) como desde el lado de la demanda (por las transformaciones de la estructura del tiempo libre en las sociedades desarrolladas). Esta situación ha reforzado el aspecto específicamente empresarial de las editoriales; ha acentuado el carácter del libro como mercancía frente a la condición del libro “como bien cultural”. Entre otras críticas a la crisis editorial se señala que la industria editorial no supo incidir en la nueva distribución del tiempo libre como verdadero crecimiento de la lectura dentro del conjunto de las ofertas para el ocio. Al no crecer y renovarse el número de lectores, y con una red de librerías estancada, se genera un encañamiento de situaciones que agrava los problemas de la industria editorial, y en consecuencia perjudican aún más al lector.

Dentro del análisis de la problemática general del libro podemos afirmar que no habrá libros de calidad literaria si no existen editoriales fuertes, de la misma manera que no habrá editoriales independientes si no logran ser rentables.

Ahora se trata de encontrar la forma en que la mercancía no destruya a la literatura, y que se respete al libro como bien cultural y como mercancía al mismo tiempo. Cuando ambos aspectos convivan armoniosamente, habremos avanzado hacia una situación un poco más próxima a la de ese tan deseado y vapuleado Primer Mundo

Este ingreso sólo podrá darse en la medida que el Estado tome conciencia de la importancia del libro argentino en la construcción del “ser nacional” y elabore efectivamente una política de fomento del libro argentino a través de una legislación realista y no transformada en meras expresiones de deseos como lo es la presente ley a raíz del veto de los artículos que podrían haber llegado a hacer realizable dicho ideal.

En síntesis, los últimos años han sido signados en el país por la crisis que llegó a la cultura, y concretamente al libro. Los libros y la lectura están en baja en la Argentina no obstante que los precios descendieron entre un 15 y 20%, mientras que otros artículos colegiales subieron un 100%, y mantienen su venta gracias a un motivo de moda⁷.

⁷ Diario La Voz del Interior, miércoles 16 de abril 2003, pág. 13^a.

El Estado se ha encontrado a veces ausente de la cultura y de la educación por falta de recursos o por canalizarlos indebidamente. Pero, aún cuando fuera por ausencia de recursos ha faltado imaginación para seguir fomentando la cultura. Basta recordar la eliminación de la reducción tarifaria en los envíos postales de las obras escritas, para demostrar cómo nos hemos quedado fuera de época, signada por el mundo globalizado. El Estado, de haber mantenido la reducción tarifaria, aunque no efectuado inversiones hacia la cultura, hubiera servido a la comunicación consagrada como un derecho humano de tercera generación

Nunca estuvo el libro en peor situación en la Argentina que hoy, y no sólo como consecuencia de la brutal crisis que trastorna todos los aspectos de la vida del país, y que además viene de lejos. Tan lejos, quizás, como aquella declaración famosa “Alpargatas sí, libros no”. Lejos estamos, hoy, de aquella prosperidad editorial, que convirtió a nuestro país –cinco décadas atrás- en el primer país editor en lengua hispana, no solo en cantidad, también en calidad, y en el principal proveedor de libros para toda Iberoamérica. Hoy ocupa un modesto cuarto lugar, siempre en descenso, detrás de colosos editoriales como España, México y Colombia.

Distintos indicadores están señalando que los libros y la lectura están en baja hoy en la Argentina. Lo que nos lleva a preguntarnos si habría aquí y ahora un específico problema del libro, ¿O es parte de un problema o conjunto de problemas mucho mayor, que abarca desde el sistema educativo y se proyecta hacia todo el entramado social?.

El divorcio de la clase política y la cultura, salvo rarísimas excepciones es, sin duda, una de las causas profundas de la tragedia argentina; los cincuenta años de ensayo políticos anti-democráticos mucho ayudaron toda vez que sus escritores, editores y lectores –es decir los ciudadanos argentinos- fueron limitados y cercenados en sus derechos, cuando no perseguidos, torturados, exilados o asesinados. Y desgraciadamente, los veintidós años de democracia no han alcanzado para curar esas heridas y reparar las grietas.

Con total certeza, podemos afirmar que en la visión de los hombres del 80, la educación -cimiento de la cultura- era la herramienta para edificar el gran país soñado. Ofrecieron los medios para concretar ese sueño y el inmigrante, a menudo analfabeto, supo aprovecharlos, y hasta se sintió orgulloso de sus hijos argentinos, que aprendieron a leer y escribir y a predominar en las más diversas disciplinas. La educación primaria gratuita y obligatoria, las bibliotecas populares, las colectividades y los sindicatos -

los de antes- pusieron la lectura al alcance de todos. Y hasta cierto momento, el sistema funcionó admirablemente.

Se hace necesario el desarrollo urgente de políticas públicas activas del Estado en materia de edición de libros y campañas de lectura, en pro de un objetivo como es recuperar el hábito de lectura.

LOS PIQUETEROS: UNA NUEVA FORMA DE PARTICIPACIÓN

*por Claudia Roxana Dorado**

Resumen: En esta investigación se cuestiona acerca de si los piqueteros constituyen o no un movimiento social y cómo se construye la identidad piquetera. La identidad piquetera no es fácil de dilucidar desde el punto de vista social, sin embargo siempre implicó puntos fijos de referencia donde el actor social afianzó su ser. En un mundo globalizado la identidad se complejiza; no obstante ello, es posible sostener que los piqueteros no tienen una identidad homogénea, sino que hay diferencias en relación al origen de los distintos grupos.

También se examina la organización piquetera, la relación de éstos con el Estado y los medios, desde las entrevistas efectuadas a miembros del movimiento piquetero.

Palabras Claves: Piqueteros- movimiento social-identidad

Introducción

El interés por la temática de la participación política, es decir por aquella que se ocupa de la "...intervención de los ciudadanos en los asuntos públicos..." (Guerra García, 1980, 1988); o en las decisiones de carácter "histórico", las que cambian de manera directa el destino del grupo humano que ese poder estatal dirige u organiza (Carlos Franco, 1988), fue

* Es Abogada y Magister en Ciencias Sociales Mención Investigación Social por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Es Además Escribana egresada de la Facultad de Derecho de la Universidad de Morón. Ha realizado tareas de investigación científica en CONICOR y CONICET. Es docente universitaria, desempeñándose en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales en la Cátedra de Sociología Jurídica.

analizada desde la década del sesenta en los Estados Unidos, en Europa y posteriormente en el contexto Latinoamericano, por diversos autores. Asumiendo diversos intereses con relación a un mismo fenómeno. Esto se debe a que el fenómeno de la participación es de carácter complejo, ya que siempre aparece vinculado con otros objetos.

La participación alude a la inclusión de los actores sociales en el *todo social*, o en la realidad social. Lo cierto es que si bien parece ser un fenómeno fácilmente alcanzable o realizable, no lo es tanto en la praxis social. Esto se debe a que la participación se vincula con el *modelo de democracia* que impera en un Estado, lo cual lleva a distinguir entre mecanismos convencionales o no convencionales para que se canalice la participación.

A partir del proceso globalizador, el cual se puede o no consensuar o “imaginar” aceptar en el sentido que le asigna García Canclini, se comienza a cuestionar el concepto mismo del Estado Nación. Es decir el concepto tradicional de Estado como el que decía Max Weber “ejerce el monopolio legítimo de la coacción” o como aquel que en la modernidad se caracterizó por tener un territorio, una población y un gobierno, ha quedado trascendido. Con la globalización el Estado observa que se han ido desarticulando las empresas nacionales, frente al avance de industrias internacionales o multinacionales con las que no puede competir.

El Estado al verse muchas veces convertido en subsidiario de aquellas empresas, permite que en los países en desarrollo la sociedad sufra de un alto nivel de desocupación, pobreza, marginación, entre otros males. El Estado Nación que ya no es plenamente “soberano” debe aceptar y acatar decisiones que exceden sus propios marcos jurídicos normativos, los cuales muchas veces provienen de entidades supranacionales o permitir que vivan dentro de sus límites territoriales desdibujados antes que no respondan a él.

Frente a este Estado limitado o reducido aparecen nuevos actores sociales que luchan por sus derechos. Algunos de estos actores sociales se han ido aglutinando a través de distintos grupos, como es el caso del movimiento de piqueteros en la Argentina, entre otros.

Los piqueteros: ¿un movimiento social?

Enrique Del Acebo Ibañez (2002) sostuvo que en el tránsito al siglo XIX se identificaba a los movimientos sociales con los movimientos obreros, pero esa identificación va desapareciendo a medida que aparecen otra clase de actores sociales y de reclamos.

Actualmente los movimientos sociales, incluyen a todos aquellos procesos de protesta contra determinadas situaciones sociales, dirigiéndose no tanto a las causas como a las consecuencias.

Paris Pombo¹ sostiene que los movimientos sociales pueden ser *simbólicos o comunitarios*. Los primeros tienen un reducido número de miembros, no tienen demandas concretas y poseen valores innegociables; en tanto que *los comunitarios*, son más masivos, tienen prácticas instrumentales, realizan demandas más concretas y su orientación principal es la necesidad de lograr una identidad basada en lazos de solidaridad y cooperación. La mayoría de los movimientos que surgieron en nuestro país se deben a cambios económicos, políticos o sociales; en lo profundo de estos movimientos se hallan ideas compartidas, y situaciones de tensión; donde el impulso a la acción se encuentra vinculado a la vulnerabilidad estructural, pero fundamentalmente es un fenómeno cultural.

Además es posible sostener que estos nuevos movimientos sociales surgen por las necesidades de incorporarse al sistema, asumir un rol de sujetos políticos con un espacio propio, desplegar una “acción colectiva”. Entonces, los movimientos sociales surgen como respuesta a oportunidades para la acción colectiva que el medio ofrece, pero su desarrollo se ve firmemente determinado por sus propias acciones (Mc Adam, Mc Carthy et al, 1999). Estos nuevos movimientos sociales surgen, pues, ante la crisis de los modelos anteriores para dar un espacio a la “acción colectiva” o como diría un piquetero: “...los partidos políticos ya venían trabajando con la gente pero fueron perdiendo credibilidad. Entonces se buscan líderes naturales, surgen entonces...surgen después de esos quiebres múltiples partidos...buscando quedarse con la idea de quien era el mejor...Con el desmanejo político, de precios, y que se lo deben también a los partidos políticos descubrieron que estos movimientos no se desbarrancan y se reinventaron algunos líderes como una cuestión de contener la masa...” (Entrevista 1).

Según Roberto Reyna² en nuestro país las luchas de caceroleros y piqueteros generaron un escenario de movilización social inédito, después de décadas enteras de hegemonía neoliberal y si bien es fácil unirse para oponerse no lo es tanto en hacerlo para construir un proyecto positivo. Se produjo pues en nuestro país una ruptura de la empatía social, en el sentido

¹ En Apuntes de Antropología Socio-cultural, año 2002. ECI.UNC.

² En Apuntes de Seminario Interno del Grupo Tercera Vía, año 2000. Derecho, UNC.

atribuido por Silvia Bleichmar (2002), en el sentido de que se desconoció que hay un “otro” que existe y que tiene necesidades.

Los piqueteros como nuevos actores sociales, cobran protagonismo desde los sucesos de Cutral- C6, Plaza Huincul o de Tartagal en Salta, entre otros, en donde se produce el llamado “desmantelamiento” de las empresas del Estado o como sostiene Barbetta y Bidaseca (2004) dado el deterioro creciente desde los inicios de la d6cada del 90 de las condiciones de vida, laborales, el incremento de la desocupaci6n y las marcas que dej6 el proceso de privatizaci6n, sobre todo en aquellos lugares en que la industria fue el centro de la vida comunitaria. Tambi6n podemos mencionar los piquetes en nuestra provincia de C6rdoba en Cruz del Eje. Es decir que en nuestro pa6s podemos visualizar tal como lo dice Svampa y Pereyra (cit. en Massetti; 2004; pp10) que hay piqueteros que provienen de la “matriz sindical” es decir que son ex empleados de la Administraci6n P6blica y otros que no provienen de aquella matriz, sino que surgen de sectores urbanos o suburbanos(desocupados territoriales, pobres estructurales y /o nuevos pobres). En esta 6ltima categor6a se encuentran los piqueteros de Cruz del Eje y de C6rdoba Capital en general. En una entrevista realizada en marzo del 2005 un piquetero nos dec6a: “...soy piquetero...no soy desocupado...soy maestro..” (Entrevista 2).

La identidad

Al momento de cuestionarse c6mo se construye la identidad piquetera o si hay una “identidad de piquetero” o c6mo se neutralizaron las identidades previas; se observa que no hay homogeneidad entre los autores acerca de 6sta tem6tica, y que no existen caracter6sticas que permitan identificar a los piqueteros, en C6rdoba, como un grupo socialmente cohesionado y diferenciado de otros actores sociales. En tal sentido se hace necesario partir de una de-construcci6n de la categor6a de “piquetero”. As6 “piquetero” no es sin6nimo de “desocupado”, como muchas veces se lo consider6 ni tampoco es necesariamente sin6nimo de “corte de ruta o piquete” como se lo cosific6 y en este sentido tiene raz6n Massetti(2004). Es decir que hay una serie de pr6cticas que van desde el piquete o corte de ruta hasta las protestas, reclamos u otra clase de manifestaciones sociales. En una entrevista(1) realizada a un piquetero nos dec6a:

“...hacemos un pedido formal y esperamos...todo tiene un tiempo de espera...si no se da tomamos una medida...somos parte de una realidad que ustedes no quieren ver...aquel que no reclama no tiene derecho...”

Indagando acerca de si hacen piquetes nos decían: “...es así, ante una necesidad de respuesta si uno quiere mostrar fuerza...”

Siguiendo a Martín Barbero (citado en Massetti; 2004, pp3) “la identidad no es, pues, lo que se atribuye a alguien por el hecho de estar aglutinado en un grupo- como en la sociedad de castas- sino la expresión de lo que da sentido y valor a la vida del individuo...”. Es decir que la identidad depende de, y por lo tanto vive del, reconocimiento de los otros. La identidad se construye como un diálogo e intercambio.

Consideramos que la identidad es una construcción social y no algo dado, y que esa construcción se hace en el interior de los marcos sociales que determinan la posición de los agentes y que por lo tanto orientan sus representaciones y elecciones, diremos, entonces, que la identidad es una construcción que se elabora en la relación que opone un grupo a los otros con los cuales entra en contacto.

Siguiendo a Alberto Melucci(1994) en la sociedad de la información, la identidad individual y social se enfrentan continuamente con la incertidumbre generada por el flujo de la información, ya que los individuos pertenecen en forma simultánea a una pluralidad de sistemas con una multiplicidad de marcas espaciales y temporales. Esto lleva a que la identidad deba ser reestablecida y renegociada continuamente.

Massetti(2004) considera que en la identidad piquetera, hay una orientación a la lucha, la idea de lo territorial y la noción heterogénea de desocupado. En esta investigación se detectó que hay también una orientación hacia la lucha, una estrategia territorial. En Córdoba decía un piquetero en una entrevista (1): “...se trabaja boca a boca, buscando y detectando las necesidades del barrio, ...que los mismos vecinos sean ellos los generadores de la solución...nos alejamos del paternalismo...”

“...nos movemos en el ámbito territorial...ese es nuestro fuerte.El MTD trabajamos en base a nuestra propia impronta ideológica...”

Con relación a “desocupado” hay que deconstruir el término para sacar esta cosificación social, ya que ellos dicen: “...no somos desocupados, trabajamos y hacemos contención política-social con mucha gente que lo es...”(entrevista 2) “...somos un grupo político y social, tenemos un proceso selectivo, dentro del grupo tiene que haber una homogeneidad para poder trabajar...”(entrevista 1)

Es decir que en la identidad piquetera se ponen en juego un conjunto de estrategias que van cambiando dentro de cada grupo piquetero, según las circunstancias contextuales, ya que la identidad es un lugar en el que se ponen en juego luchas sociales de “clasificación” según la expresión de

Bourdieu, cuyo objetivo es la reproducción o la inversión de las relaciones sociales de dominación. En igual sentido A. Melucci (1994) sostiene que la identidad permite que los individuos se reconozcan como productores del sentido que le atribuyen a los hechos y que desafíen su manipulación por los aparatos de poder. Sin embargo los actores sociales son libres para definir su identidad según sus intereses materiales y simbólicos del momento, aunque las clasificaciones o tipificaciones de los otros grupos a veces los estigmatizan o los obligan a autodefinirse o afirmarse frente a ellos.

La Organización Piquetera

Al cuestionar qué organización tienen, se detectó que los piqueteros más allá de que trabajan “*territorialmente*” tienen una organización. En una entrevista (1) decía un piquetero: “...*hay de todo. En lo ideológico es como un imán vamos...en lo metodológico se discute todo, hay una mesa de trabajo...*” Como sostiene Barbetta y Bidaseca(2004) una de las formas organizativas que tienen estos movimientos son la democracia directa y el principio de horizontalidad, todo se decide en Asamblea ya que nadie está por encima de nadie.

Melucci (1994) sostiene que estos movimientos funcionan como “espacios abiertos” donde se hacen contratos continuamente renegociables, y en donde sus integrantes están en el grupo no por decisiones definitivas o irreversibles sino porque continúan eligiendo estar entre distintas opciones y asumen la responsabilidad que ello implica.

Los piqueteros nuevos actores sociales, y nuevas relaciones con el Estado(Gobierno)

Al tratar de interpretar cómo son las relaciones que se encuentran entre el Estado y los piqueteros, es posible sostener que las mismas pueden caracterizarse por un conjunto de incesantes demandas que los segundos realizan a aquel, las cuales tienen bajo grado de receptividad. En la mayoría de sus demandas, los piqueteros identifican al Estado con el Gobierno, reduciéndolo a éste último. De ahí que asuma para ellos un rol protagónico las personas que ejercen el Gobierno, como Duhalde o Kirchner, entre otros.

En una entrevista realizada en el año 2005 a un piquetero le preguntamos que pensaba del actual Presidente Señor Kirchner y nos decía : “...*como primera persona cuando era peronista me gustaba...lo veía como “zurdo”, al tratar de ayudar a la gente a pensar...*” (entrevista 1)

La relación con los Medios

Según Alberto Melucci(1994) a lo largo de la historia las sociedades se han ido articulando en torno a recursos que alimentan cada sistema viviente, como materia, energía e información. Así en la Sociedad de la Información, la forma en que circula la información unifica potencialmente al sistema mundial, al mismo tiempo que plantea nuevos problemas de carácter transnacional relativos al control, circulación, manejo e intercambio de información. La información es un recurso de naturaleza simbólica, un “bien”, que para ser producido e intercambiado requiere de una capacidad de simbolización y decodificación. Es decir que solo es demandado por un grupo social cuando otras necesidades ya han sido satisfechas y cuando la capacidad de producción simbólica se ha vuelto suficientemente autónoma de las constricciones de la reproducción. Esto lleva a entender porqué la relación de los piqueteros con los Medios es *paradójica*, a veces les conviene vincularse con ellos y mostrarse para lograr fuerza y otras, generalmente como receptores; tratan de desvincularse porque no les interesa como un “bien” o es un bien que no tiene una utilidad marginal o si la posee es “negativa”, ya que tienen otras necesidades básicas que deben ser satisfechas. En tal sentido se interrogó a un grupo piquetero del MTD, en Córdoba, con relación a los programas radiales que más escuchaban y respondieron que: *“...estoy convencido que la opinión de Mario Pereyra llega a 25 ó 30 cuadras , el resto de la Ciudad donde ya se complica la información(no las villas), su opinión está devaluada; ya que la gente come lombrices o busca una gotita de agua.Ellos saben que el Gobierno no está, que la Empresa no está a su favor y si deben pedir deben ir con la cabeza gacha...”(entrevista 1).*

En relación a la prensa escrita, en la misma situación de entrevista, decía *“...no leen...”(entrevista 2).*

Conclusión

Reflexionando acerca de los interrogantes que guiaron este trabajo, se puede sostener que los “piqueteros” en Córdoba, en cuanto nuevos actores sociales, buscan una forma distinta de hacer y de ser en relación a “lo político”, prefiriendo más acciones de tipo solidario y por canales considerados “no convencionales” socialmente. Al momento de actuar se presentan como un movimiento social organizado, con toma de decisiones en Asambleas acercándose a estrategias típicas de la democracia directa o semidirecta, respetando como un principio fundamental la “horizontalidad” y la actuación “territorial”. Efectúan sus reclamos a un Estado, reducido al Gobier-

no, exigiendo y haciendo responsables a actores “individuales” por la desaparición de un Estado Benefactor.

La relación con los medios de comunicación es paradójica o ambivalente, ya que solo consideran a la información como un recurso o un bien, cuando sus otras necesidades básicas están satisfechas.

Por último con relación a la identidad piquetera, si buscamos una identidad homogénea como la que fuera producto de un Estado Moderno, nos daríamos cuenta de que la misma no existe como tal. Lo que si es posible sostener es que cada grupo “piquetero” construye sus propias estrategias identitarias, que no son fijas, uniformes o definitivas sino negociadas o renegociadas en lo social. Sin embargo existen un conjunto de rasgos compartidos que afloran en los juegos estratégicos, como una orientación a la lucha, la solidaridad, la idea de lo territorial, la organización horizontal y una fluctuante noción de “desocupado”.

Bibliografía

- ALVAREZ GUERRERO, Osvaldo et al (1989) “Estrategias de profundización de la democracia en América Latina y Europa”. Nueva Sociedad.
- ANDERSON, Benedict (1993) “Comunidades Imaginadas”, Fondo de Cultura Económica. Bs. As.
- AUGÉ, Marc (1992) “Los no lugares”. Ed. Gedisa.
- (1996) “ El sentido de los otros” . Ed. Paidós.
- BAR CENDON (1981) “La participación política”. Rev. De Estudios políticos. Nro. 23. Madrid.
- BLEICHMAR, Silvia (2002) “Dolor país”, Ed. del Zorzal. Argentina.
- CASTELLS, Manuel (1997) “Nuevos movimientos urbanos” Ed. Siglo XXI.
- CHONCHOL, Jacques (1996) “La globalización” Seminario permanente de trabajo, sindicalismo y doctrina social de la Iglesia en los albores del siglo XXI. Santiago, Chile.
- DEL ACEBO IBAÑEZ, Enrique et al (2002) “Diccionario de Sociología”. Editorial Claridad.
- DENYS Cuhe “La noción de cultura en las Ciencias Sociales” (1999) Ediciones Nueva Visión.
- DORADO, Claudia (1999) “*Las actitudes y los comportamientos participativos*” en el Anuario IV del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, UNC.Córdoba.
- GARCÍA CANCLINI, Nestor (1999) “La globalización imaginada”. Ed. Paidós.
- LISTA, Carlos (1992) Cuadernos de Sociología. Ed. Atenea.Córdoba.
- MASSETTI, Astor (2004) “Piqueteros. Protesta social e identidad colectiva”. Editorial de las Ciencias, Folios de Estudios Sociales.Flacso.Argentina.

LOS PIQUETEROS: UNA NUEVA FORMA DE PARTICIPACIÓN

- MC ADAM Doug, John D. Mc Carthy y Mayer N. Zaldd (editores)(1999) “Movimientos sociales: perspectivas comparadas”, Istmo, Madrid.
- MELUCCI, Alberto (1994) “¿Que hay de nuevo en los nuevos movimientos sociales? en Enrique Laraña y Joseph Gusfield “Los nuevos movimientos sociales”, Editorial CIS, Centro de Investigaciones Sociológicas.Madrid.
- SARLO, Beatriz (1996) “Escenas de la vida postmoderna. Intelectuales, arte y videocultura en Argentina”.Ed. Ariel.
- WEBER Max (1992) “Economía y Sociedad”. Fondo de Cultura Económica.

Entrevistas:

- Entrevista 1: Entrevista en profundidad realizada en Marzo del 2005 a un dirigente piquetero del MTD en Córdoba.
- Entrevista 2: Entrevista en profundidad realizada en marzo del 2005 a un piquetero del MTD en Córdoba.
- Entrevista 3: entrevista realizada a un piquetero del MTD en marzo del 2005.
- Entrevista 4: entrevista realizada a un piquetero en marzo del 2002.

ADOLESCENTES INFRACTORES A LA LEY PENAL: LA DEFENSA TÉCNICO JURÍDICA*

*por María Inés Laje, Cecilia López Ariza,
Andrea Lupiañez, Mariana Pinque,
María Eugenia Valle, Ana Salvadores y Marysel Segovia***

Sumario: La preocupación que promueve el presente artículo se relaciona con lo que interpretamos puede ser uno de los pilares básicos de promoción de cambios sustanciales y concretos en relación con los derechos de niños y adolescentes en conflicto con la ley penal, como es el ejercicio de la defensa técnica-jurídica tanto pública como privada en los procesos correccionales.
Palabras Claves: Infancia - Adolescencia en Conflicto con la ley penal - Administración de Justicia de Menores - Derechos

* Este artículo se ha realizado teniendo en cuenta las conclusiones de la investigación que lleva el mismo nombre, aprobada y financiada por la Secyt, U.N.C., año 2003-2004, con asiento en el Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho (Cijs). Investigación que analizó datos de Protocolos de Sentencias, Expedientes y entrevistas a actores involucrados, tanto institucionales como privados.

** Miembros del Equipo de Investigación. La Dirección a cargo de M. Inés Laje y la codirección de Jorge Perano.

LAJE, María Inés. Licenciada en Antropología Social, egresado de ENAH México. Doctora en Sociología. Universidad de París 8, V. Saint Denis. Investigadora y directora de proyectos de investigación sobre Infancia/Juventud, desde 1984, acreditados y subsidiados por Conicet, Conicor, Secyt, Agencia Córdoba Ciencia. Dirige y dicta el Seminario Interdisciplinario de los Derechos del Niño en el C.I.J.S., desde 1996.

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.

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 Dere-

Como resultado de la investigación que desarrollamos, hemos observado que se siguen manteniendo por parte de la administración de justicia, las prácticas sustentadas en el paradigma de la situación irregular¹ que involucran a niños y adolescentes. Si bien consideramos que el cambio fundamental en la concepción de la infancia está vinculado a la modificación de políticas públicas, creemos que un aspecto importante del mismo cambio se relaciona con la producción de jurisprudencia que aplique los principios consagrados en la Convención Internacional de los Derechos del Niño² - teniendo en cuenta que la legislación interna³ vigente es inconstitucional-. Esta jurisprudencia solo se produce como consecuencia de la aplicación del principio del contradictorio en el proceso correccional en el que se respete “la condición jurídica del niño” que implica necesariamente la presencia y el accionar de defensores tanto públicos como privados conforme a la nueva mirada sobre la infancia reconocida en la Constitución Nacional e impuesta por el Paradigma de la Protección Integral.

cho de la U.N.C. Investigadora en proyectos acreditados y subsidiados por la Secyt, U.N.C.

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.

SALVADORES, Ana Silvia. Abogada, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la U.N.C.. Adscripta a las Cátedras de Criminología y Derecho Penal –Parte General- de la Fac.Derecho y U.N.C. Investigadora en proyectos acreditados y subsidiados por la Secyt, U.N.C.

SEGOVIA, Edna Marysel. Abogada, egresada de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la U.N.C.. Adscripta a la Cátedra de Criminología de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la U.N.C. Investigadora en proyectos acreditados y subsidiados por la Secyt, U.N.C. Miembro de la Comisión Directiva de la Asociación Civil Casa del Liberado, desde 2000. Coordinadora del Seminario-Taller “Distintos Paradigmas sobre la Condición Jurídica de la Infancia”, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, U.N.C.

VALLE, María Eugenia. Abogada, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la U.N.C.. Adscripta a la Cátedra de Criminología Facultad de Derecho, U.N.C. Investigadora en proyectos acreditados y subsidiados por la Secyt, U.N.C. Coordinadora del Seminario-Taller “Distintos Paradigmas sobre la Condición Jurídica de la Infancia”, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, U.N.C.

¹ GARCÍA MÉNDEZ, E. “*Infancia y ciudadanía en América Latina*”. Pág. 56 y 57. Año 1993.

² Convención que tiene jerarquía constitucional desde 1994.-

³ Leyes Nacionales 10.903 y 22.278, y Ley Provincial de Córdoba 9053.-

En este sentido, del análisis de la práctica llevada a cabo por los defensores, expondremos aspectos teóricos-conceptuales que surgen de la reflexión sobre sus intervenciones.

1) Características del sistema judicial de niños y adolescentes infractores a la ley penal

El actual Sistema Correccional de Menores, mantiene todavía una fuerte estructura tutelar tanto en la consagración legal, como en las prácticas judiciales. De lo señalado se desprende que el sistema correccional de menores vigente actualmente en la provincia de Córdoba, responde al Paradigma de la Situación Irregular, cuyo origen se remonta al Positivismo Criminológico, del que se deriva un “*sistema de justicia de menores que justifica las reacciones estatales coactivas frente a infractores (o potenciales infractores) de la ley penal a partir de la idea de tratamiento, la resocialización y finalmente de la defensa de la sociedad frente a los peligrosos*”⁴.

Dicho Paradigma se asienta en la recientemente derogada Ley Nacional 10.903 “Patronato del Estado” de la que surgen facultades ilimitadas para los Jueces de Menores de disponer de los mismos, ya sea que éstos se encuentren acusados de delitos o contravenciones, fueren víctimas de delitos, o si se encontraran en riesgo o abandono material o moral.⁵ Como es de notar, no establece diferenciación alguna entre menores delincuentes y abandonados, lo que provoca⁶: “*una socialización de las cuestiones penales (en el sentido de pérdida absoluta de garantías) y una penalización de las cuestiones sociales*”.

En consecuencia, la aplicación efectiva de las garantías procesales se ve obstaculizada por la impronta tutelar que se sostiene en los Juzgados de Menores Correccionales, y que se remonta a las prácticas del siglo XVII, con “la cultura del secuestro de los conflictos sociales”, una de las características de esta cultura es la indeterminación del tiempo de reclusión, y la reclusión del conflicto social mas allá del delito, donde locos, viciados, incorregibles, lunáticos, holgazanes, prostitutas, entre otros, eran encerrados por acción del estado o a pedido de sus familiares para evitar que constituyesen un peligro para su núcleo familiar, para la sociedad en general y al

⁴ BELOFF, Mary A. *La Aplicación Directa de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño* – Soporte de Internet.

⁵ Art. 21 Ley 10903.

⁶ GARCÍA MÉNDEZ, E. *El menor abandonado-delincuentes, en torno a los orígenes de una contradicción anunciada*. Revista Pibes Unidos.

mismo tiempo aprendiesen la rutina y los métodos del trabajo asalariado. El tiempo de la privación de la libertad está sujeto a la modificación de la conducta, a la cura, al aprendizaje de un oficio o a la voluntad arbitraria de quien decidió la reclusión⁷.

Si bien una de las características de la implementación del modelo del Estado Liberal de Derecho y del desarrollo del pensamiento Iluminista consistió en la aplicación de penas privativas de la libertad por tiempo determinado, dejando atrás los castigos corporales del antiguo régimen, esta “supuesta conquista⁸”, no fue seguida en los procedimientos penales que involucran a “menores⁹”. De la misma manera, tampoco fueron reconocidos los demás principios nacidos bajo dicha concepción como son: los de ley previa, determinación y proporcionalidad de la pena, inviolabilidad de la defensa en juicio y la culpabilidad fundada en el acto delictivo, entre otros - todos beneficios de la Revolución Francesa del S.XVIII.

En relación con los principios y garantías, de los que se excluyó el niño, resulta trascendente mencionar la del “derecho penal de acto”, desconocida no sólo en las prácticas judiciales actuales, sino también en la última reforma legislativa provincial¹⁰, la que continúa inscripta dentro del Paradigma Positivista que sostiene el “derecho penal de autor¹¹”; donde la justicia se atribuye a sí misma la función no ya de castigar las infracciones de los individuos sino de corregir sus virtualidades¹².

⁷ GARCÍA MÉNDEZ, E. Opúsculo de Derecho Penal y Criminología, N°48, *Infancia y Ciudadanía en América Latina*. Marcos Lerner Editora, Córdoba, pág. 56 y 57. Año 1993.

⁸ Con esto queremos decir que si bien con las ideas iluministas se humanizó el derecho penal y las penas dejaron de recaer sobre el cuerpo del condenado, la creación de la prisión tuvo su origen en una necesidad económica basada en ideas capitalistas de aumentar la producción mediante el uso del trabajo de los condenados.

⁹ Dicha exclusión se debe a que pese a que los niños formaban parte de la producción, éstos no ingresaron en las cifras oficialmente reconocidas y por ende privados de estas “conquistadas” democráticas. Como la legitimidad de la pena se basaba en el concepto jurídico de imputabilidad, toda una categoría heterogénea de locos, mujeres, menores, etc., eran considerados inimputables, por lo que para ellos no había penas (ciertas temporalmente), sino medidas de seguridad (cuya duración depende de la situación de cada caso en particular).

¹⁰ Ley Provincial 9053, en vigencia desde noviembre de 2002.

¹¹ Hacemos referencia a que en el actual sistema minoril el delito es tomado como excusa para indagar para atrás sobre la vida “del menor en conflicto con la ley penal” y su culpabilidad se fundamenta en sus circunstancias personales (personalidad, contexto socio-familiar, etc.)

¹² FOUCAULT, Michel. *La verdad y las formas jurídicas*, Conferencia Nro. 4. Gedisa.

Otro aspecto del positivismo, que se ve fuertemente arraigado en el derecho penal minoril, es el concepto de “tratamiento” como contenido de las medidas tutelares y de ejecución. De acuerdo con lo expresado por Zaffaroni¹³ en cuanto a que la “ideología del tratamiento” fue utilizada en América Latina, frente a la inexistencia de un Estado Providente, como pretexto para disminuir la seguridad jurídica, y aumentar el margen de arbitrariedad. Esto disminuye la certeza en la aplicación del derecho, ya que el tratamiento apenas se intentó por la inexistencia de recursos financieros y por lo tanto se tornó vacío de contenido.

La aplicación de este Paradigma se materializa en la determinación de las medidas a aplicar en los casos de jóvenes en conflicto con la ley penal, ya que las mismas encuentran su origen y fundamento casi exclusivamente en aspectos tales como su personalidad y su contexto socio-familiar, elementos éstos propios del abordaje positivista; considerándolo desde un enfoque criminológico que responde tanto a la corriente etiológica¹⁴ como a la estructural funcionalista¹⁵.

Las cualidades que caracterizan al Sistema Correccional de Menores, es la de ser *residual, informal*¹⁶, *discrecional* y *generador de inseguridad jurídica*.

Consideramos que la cualidad de *residual* se relaciona, con la insuficiente trascendencia que tiene el destinatario de este sistema –niño, adolescente- un sujeto que no tiene espacio social, que no participa en las decisiones que lo afectan, que no tiene espacio público para ser escuchado.

¹³ ZAFFARONI, Raúl E. *Política Criminal Latinoamericana*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, año 1982, pág.106.

¹⁴ Ver en MARCO DEL PONT, Luis, *Manual de Criminología -Un Enfoque Actual-* y LARRAURI, Elena *La Herencia de la Criminología Crítica* Ed. Siglo XXI, 1991.

¹⁵ Idem.

¹⁶ Ello surge –entre otras cosas-, del análisis de las entrevistas realizadas a Asesores Letrados y Abogados Particulares “... *informalidad del fuero... los jueces penales no comprenden que en menores hay problemas de todo tipo para solucionar y que hace falta más que técnica, buena voluntad, vocación y preparación psicológica...*” Se posiciona en el “Paternalismo Ingenuo” del Modelo Correccional Represivo. Entendemos que si bien algunos asesores en las entrevistas, consideran la informalidad del proceso como la posibilidad de dar respuestas “mas blandas”, nosotros advertimos que la falta de formalidad genera como riesgo la aplicación de criterios subjetivos tanto en el desarrollo del proceso como en la decisión de las medidas a adoptar. Las señaladas entrevistas fueron realizadas a finales de 2003 y durante el año 2004.

Con respecto a la *informalidad* de la estructura judicial que lo aborda, existen en el fuero de menores menos controles de sus prácticas; lo que hace que la represión del conflicto sea fácilmente efectiva sin necesidad de demasiada estructura¹⁷; cumpliendo la función que lo caracteriza de “secuestro del conflicto social”. Además, los procesos correccionales se prolongan en forma indefinida por la inexistencia de plazos fatales o perentorios en relación con los actos procesales; lo que no da respuesta ni certeza a los sujetos involucrados en el conflicto (imputado, víctima). Asimismo, existe un escaso volumen de audiencias de debate y de sentencias que ponen fin al proceso, correspondiendo la mayoría de las sentencias a sobreseimientos por prescripción o por inimputabilidad, generalmente en causas por las cuáles los jóvenes infractores no se hallan privados de libertad.

Esto no sucede en el derecho penal de adultos donde actualmente se invierten más recursos destinados a maximizar la estructura judicial, ya que el Estado se ve exigido a cumplir con garantías legales y procesales que lo autolimitan en el ejercicio del control punitivo con relación a los adultos. Existen para esto una estructura judicial, propia de un Sistema Penal Acusatorio, que incluye la existencia de un Fiscal de Instrucción que practica la investigación penal preparatoria, un Juzgado Correccional o Cámara en lo Criminal que resuelve poniendo fin al proceso y de Juzgados de Control quienes ejercen el control del cumplimiento de las garantías mencionadas¹⁸. Mientras que en el Fuero de Menores es el mismo Juez quien dirige la investigación penal preparatoria, dispone las medidas a aplicar y decide sobre la condena, propio de un Sistema Penal Inquisitivo¹⁹.

Son *discrecionales* toda vez que existe una gran variedad de procedimientos y criterios aplicados a causas de la misma o similar naturaleza que llevan a cabo cada una de las Secretarías.

De todo lo expuesto es dable advertir que dichas prácticas generan *inseguridad jurídica*, máxime teniendo en cuenta que la gran mayoría de los jóvenes que han estado privados de libertad, si bien ingresaron al siste-

¹⁷ El fuero de menores adolece de recursos humanos y materiales (vacancias de los cargos de magistrados y asesores de menores, falta de salas de audiencias, no se encuentran creadas las Cámaras de Menores, etc.)

¹⁸ Ley 8123. Código de Procedimiento Penal de la Provincia de Córdoba.

¹⁹ Si bien las Cámaras de Menores (con competencia para conocer y resolver sobre los delitos atribuidos a menores) están creadas por la ley, no han sido hasta el momento puestas en funcionamiento.

ma por la supuesta infracción a la ley penal, al no existir resoluciones definitivas en la mayoría de los casos, han permanecido privados de libertad por aplicación directa de una medida tutelar, columna vertebral de este Sistema.

2) Rol de la defensa jurídica en el procedimiento penal

Como se expresó, el actual sistema correccional de menores en Córdoba, mantiene todavía una fuerte estructura tutelar, además de las causas señaladas, creemos que otro de los motivos fundamentales por lo que esto sucede se relaciona con el hecho de que **la figura del asesor promiscuo es uno de los principales sustentos del sistema tutelar en el procedimiento penal de menores.**

De acuerdo al Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil el joven es considerado un sujeto de derecho que debe responder penalmente sólo por la comisión de un delito comprobado legalmente, sin importar sus condiciones personales, familiares, económicas y sociales. En este sentido es necesario destacar que muchos de los asesores provienen en el ejercicio de su función del ámbito prevencional y advertimos que esto influye en el modo de abordar la función correccional. Es clara la intervención en asuntos que no están tipificados penalmente o que deberían –según la Convención- salir de la órbita judicial, los asesores no se sienten comprendidos por los jueces penales que aparecerían por su rigor formal como indiferentes a los problemas sociales y se confunden al considerar las especiales situaciones de los niños en vulnerabilidad con la compasión, represión, o con el intervencionismo absoluto del juez de menores frente al “riesgo” del menor. Como expresa Gómez Da Costa y Susana Iglesias, la retracción del Estado y sus políticas sociales llevó a utilizar la herramienta de control social que existía –que eran los Juzgados de Menores- para paliar la inexistencia de políticas; esto explica por qué termina siendo necesario –según lo expresan los Asesores- que “...los empleados judiciales sean un poco psicólogos y asistentes sociales”; donde el conocimiento jurídico no alcanza a cubrir las necesidades del caso, utilizando así el criterio personal, el cual torna subjetiva la resolución de un conflicto jurídico-penal.

Por esto, en un sistema garantista, **resulta innecesaria la existencia del asesor promiscuo**, que en su función declarada de “proteger los intereses del menor”- los que son definidos desde su mirada y vistos como incapaz-, y de ser “colaborador del juez” -como ellos mismos lo expresan en algunas de las entrevistas- es funcional a la idea de considerar al joven infractor como un objeto de protección, por “padecer” una situación irregu-

lar, donde se devela el mantenimiento de los postulados del Defensismo Social. Se suma a esta idea la preponderancia que algunos asesores promiscuos, técnicos y defensores particulares dan al contenido de los “informes técnicos” en relación con la libertad del joven, siendo esta Situación Irregular considerada a los fines de la privación de libertad para “satisfacer sus necesidades” y no operando en “clave de vulnerabilidad”, es decir como disminución del reproche por el acto. El hecho de que se tomen decisiones sobre el futuro del joven basándose, en algunos casos, en la impresión que surge de los informes técnicos, nos remite a un procedimiento propio del Sistema Inquisitivo. Por lo tanto, la **presencia del Asesor Promiscuo en el procedimiento penal obstaculiza que se hagan efectivos, en las prácticas judiciales de menores, los principios de la Convención Internacional de los Derechos del Niño²⁰**.

En relación con la **actividad desarrollada por los asesores de menores en su carácter de defensores técnicos²¹** de jóvenes infractores a la ley penal, es insuficiente con relación a la salvaguarda y aplicación de las garantías que los protegen respecto de la injerencia del Estado y a la investigación propia del hecho penal que se les imputa. Esto surge de la casi nula participación en los actos instructorios, como también del escaso ofrecimiento de pruebas y recursos judiciales presentados por éstos. ¿Cuál sería entonces el sustento de la defensa penal?. Asimismo pudimos observar que algunos abogados particulares²² se encuentran en una situación de desventaja en relación con los Asesores públicos que ejercen la misma función, esto se debe a la cercanía de éstos últimos con el tribunal, a la posibilidad de acceder más fácilmente a los expedientes, etc., esto se debe a la confu-

²⁰ BELOFF, Mary. “Los recursos en el ámbito de la justicia de menores”, pag. 181, dice: El Asesor de Menores es el representante “promiscuo” de los incapaces. Representa por eso los “intereses” del menor pero, a la vez, cumple con la función tutelar propia del patronato del estado. Por eso sus intervenciones se identifican con las del juez, en el sentido de contribuir a la “tutela” del menor en los términos de la ley 10903. Así, su función de proteger al menor suele traducirse en la conformidad con la imposición de una medida coactiva, pues sus intereses son los del estado en su función tutelar y no los intereses del niño tutelado en cuanto titular de derechos y garantías.

²¹ El carácter de insuficiente, merece, para algunos casos, exceptuar a quienes dotan a su tarea de esfuerzos comprometidos procurando revertir la lógica imperante.

²² Deseamos destacar que hay abogados particulares que realizan prácticas comprometidas con la defensa y garantía de los derechos de los jóvenes en conflicto con la ley, como sucedió en la presentación que se hiciera de habeas corpus correctivo por la situación de más de 100 chicos alojados en precintos.

sión que existe respecto de no considerar a los defensores públicos como contrapartes en el litigio de menores y en donde en la práctica su importancia procede de su antigüedad en el fuero y su relación de proximidad con los otros sujetos del proceso.

El **ejercicio confuso tanto del rol de promiscuo como del técnico** por una misma persona, aunque sea en distintas causas perjudica también el desenvolvimiento de este rol²³, ya que como surge de la investigación no se plantean estrategias comunes. Teniendo en cuenta, como ya dijimos, que el aspecto tutelar es preponderante respecto del penal propiamente dicho en los procesos judiciales en cuestión, puede suceder que los algunos asesores no puedan desprenderse de la lógica de pensamiento del Patronato de Menores, descuidando así el contenido de la actividad propia del ejercicio de la defensa penal. Nos preguntamos entonces por qué estos roles están desdoblados, creemos que la existencia de leyes como la del Patronato de Menores, explican esta doble función, a la vista innecesaria ¿Qué estará salvaguardando el rol del Asesor Promiscuo tal como se lo define en la ley si ya está el del defensor técnico y estamos hablando de causas penales?.

Asimismo el ejercicio de la defensa en el procedimiento correccional de menores, **no implica un contradictorio** –función esencial de la misma-. Esto, además, se desprende de la casi inexistencia de oposiciones y recursos presentados ante resoluciones jurisdiccionales por parte de los defensores. Tal vez esto último, se deba a que la mayoría de las resoluciones de los Jueces de Menores han favorecido las peticiones de los Asesores, principalmente en su rol de promiscuos. Ya que en este trabajo pudimos observar que generalmente el Juez resuelve apartándose de principios y garantías constitucionales rectores en la materia; podemos inferir que en alguna medida los Asesores de Menores –los que tienen primordialmente en cuenta los resultados de los informes técnicos al elaborar sus vistas-, son responsables del contenido de las decisiones judiciales que hoy se toman respecto de los jóvenes infractores, como ya lo mencionamos.

Por otro lado advertimos, en relación con las Medidas Recursivas, que se plantea esta posibilidad como algo inútil y como una trampa sin salida a la que no se recurre porque no se encuentran respuestas satisfactorias y se plantea la posibilidad de que las Cámaras del Crimen -no especializadas en la temática minoril- sienten una jurisprudencia perjudicial para el fuero, siguiendo los mismos criterios de los Jueces de Menores, (ya que

²³ Sin embargo hemos observado que en algunos casos pasan de un rol a otro dentro de la misma causa.

la inexistencia de las Cámaras de Menores, aunque presentes en la ley, es vista como un obstáculo, lo que también habla de la orientación de las Políticas de la Infancia respecto del presupuesto).

Observamos que los defensores optan por estrategias especiales para lograr ciertos objetivos que favorezcan la vigencia de la Convención, porque a veces pareciera que luchar con las armas de la ley en este sistema es más peligroso; de todos modos es extraño que no planteen las mismas reservas para las decisiones de los Jueces de Menores, pareciera que ellos no trabajan desde teorías ya superadas, ni impusieran medidas tutelares, por razones si no iguales, seguro bastante semejantes, además se contradice con muchas otras de sus expresiones a lo largo de la entrevista en relación a este tema. De lo observado en nuestro trabajo pudimos apreciar que **el rol de los asesores**, - tanto en su representación promiscua como técnica-, **en relación al control de las medidas de ejecución es escasamente significativo**, y cuando intervienen lo hacen sólo solicitando permisos o salidas, o dictaminando en las vistas que se le corren en relación a los informes técnicos confeccionados por profesionales que trabajen en el tratamiento dentro de la institución (psicólogos, trabajadores sociales, etc.); se limita a una **actividad** que avala la implementación de este tipo de “tratamiento”. Si bien en algunos casos justifican dicho accionar en la inadecuada implementación de respuestas alternativas a la internación, de tal forma, están consintiendo la “legitimidad e inevitabilidad de las prácticas de institucionalización”²⁴, sin cuestionar su contenido, ni utilizar los instrumentos legales a su disposición como son las vías recursivas, para evitar la aplicación de medidas violatorias de derechos conforme a la Convención de los Derechos del Niño.

Lo mismo sucede respecto a la obligación legal de realizar visitas a los Institutos Correccionales, las que son poco frecuentes, y si de ellas surge una situación de falencia esto no produce ninguna consecuencia ni modificación de la realidad, sino que se deja constancia de ello en un informe, que tanto a nuestro entender como en la opinión de los asesores cumple un

²⁴ Nos referimos a las medidas de privación de la libertad- entendiendo por estas “toda forma de detención o encarcelamiento, así como el internamiento en un establecimiento público o privado del que no se permita salir al menor por su propia voluntad, por orden de cualquier autoridad judicial, administrativa u otra autoridad pública”- conforme lo estipulan las Reglas de Naciones Unidas para la Protección de Menores Privados de Libertad, Anexo II-11 b). Esta medida debería ser “el último recurso” disponible dentro de las distintas consecuencias jurídicas aplicables a jóvenes infractores.

requisito meramente formal exigido por la ley. Al decir de Zaffaroni: “...esta actitud importa una notoria degradación de la actividad de la agencia judicial, que se vacía de toda ética, reduciéndose a una función totalmente burocrática como parte de un mecanismo deslegitimado por su arbitrariedad selectiva. El discurso jurídico penal se des-etiza en el peor sentido de la expresión, pues el jurista renuncia a todo contenido ético en su conducta, operará la agencia judicial del Sistema Penal sin atender a ningún reclamo ético...”²⁵.

Hemos observado que existe en el Fuero “**espíritu de cuerpo**”, esto se puede advertir debido a que en la mayoría de los casos los defensores acuerdan con los criterios de los otros agentes del fuero sin plantear una opinión diferenciada acorde al rol que deben desempeñar (principio del contradictorio). Consecuente con ello, existe una falta de cuestionamiento a los contenidos de los informes de los técnicos, sobre los cuales los asesores fundamentan sus dictámenes, sin apartarse en general de los criterios empleados por aquellos ni de sus sugerencias con relación a las medidas a adoptar sobre los jóvenes. Tampoco surgen, ni de los expedientes ni de las entrevistas, opiniones que discrepen con la modalidad del ejercicio de la función del juez de menores ni de ningún otro actor. En general las críticas surgidas con respecto al funcionamiento del sistema de menores están referidas casi exclusivamente a la ausencia de recursos económicos de la cual sería responsable a nuestro entender el Poder Ejecutivo sin que se cuestione ni problematice el contenido de las leyes ni de las prácticas judiciales. Entendemos que estas actitudes contribuyen a conservar y mantener inalterable el desempeño de los distintos cargos dentro del Fuero y responden al enfoque descrito por García Méndez del “conservadurismo jurídico”.

En relación con los abogados particulares, de las entrevistas realizadas a los mismos, hemos encontrado diferencias sustanciales entre los que se formaron en el ejercicio de su profesión como defensores antes de la vigencia de la Convención Internacional de los Derechos del Niño y los que lo hicieron con posterioridad a la vigencia de la misma. Así entre los primeros observamos una marcada internalización de los principios del Paradigma de la Situación Irregular, lo que surge de lo manifestado por éstos²⁶ y

²⁵ ZAFFARONI, Eugenio, *En busca de las penas perdidas* Ed. Ediar, tercera reimpresión, Bs. As. 2003, pág. 88.

²⁶ Ver Análisis cualitativo del informe de Investigación, en el que se realiza un pormenorizado análisis de contenido de las entrevistas realizadas. Informe Secyt UNC, 2003/2004.

mientras que los que se encuentran en el segundo grupo se visualiza una postura más crítica y acorde a al Paradigma de la Protección Integral.

Con relación a las medidas alternativas distintas a la institucionalización, no se visualizan como viable porque consideran que lo público está colapsado y sólo serían posibles siempre y cuando exista una estructura estatal predispuesta para que funcionen y sean controlados. Se sigue optando por las viejas respuestas fracasadas como la privación de libertad, olvidando que es “el último recurso” disponible dentro del espectro de medidas. No alcanza la consagración de garantías procesales negativas (como lo plantea Baratta), sin la existencia de garantías positivas, que hagan viables los cambios planteados en la Convención²⁷. No alcanza con insertar sanciones alternativas y métodos de reconciliación, sin discusión, dentro de un “modelo punitivo”, porque ellas serán desnaturalizadas y sólo tendrán un rol marginal²⁸.

Consideraciones finales

Consideramos que la Defensa Jurídica desarrollada en el Sistema Correccional de Menores de la Ciudad de Córdoba se ejerce de un modo que contribuye a fortalecer su carácter **predominantemente tutelar que continúa inmerso en el Paradigma de la Situación Irregular.**

En el procedimiento correccional de menores, el **“tratamiento tutelar” desplaza y relega a una posición secundaria a la investigación penal del hecho delictivo por el cual se inició el proceso judicial** y que da base a la acusación, perdiéndose de vista el único motivo que debería activar el funcionamiento del control punitivo del Estado en un Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil conforme a la Convención Internacional de los Derechos del Niño.

Consideramos que tanto **las prácticas** de los agentes judiciales²⁹, - entre ellos las de los asesores de menores- y de algunos abogados particula-

²⁷ Garantismo positivo: entendido como políticas integrales de protección de derechos. Garantismo negativo: protección del individuo contra la injerencia negativa del Estado.

²⁸ PIREZ, Alvaro, “La línea Maginot en el derecho penal”, En *NDP*, traducción de Beloff, Mary y Durandeu, María Laura. Artículo publicado en Raffaele De Giorgi (Ed.). Italia, 2000.

²⁹ Hacemos notar que hay casos en los que se pide la absolución por falta de pruebas relativas al hecho y sin embargo solicita que se continúe con medidas tutelares privativas de la libertad en Institutos de máxima contención. En otros casos solicitan el diferimento de la condena hasta la mayoría de edad, continuando el joven con la medida tutelar. Con

res, como el contenido que estos mismos actores dan a los principios estructurantes del Paradigma de la Protección Integral como son los de “Interés Superior del Niño³⁰” y “Protección Integral³¹” no se han modificado como consecuencia de la vigencia de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, a pesar del tiempo de su vigencia- 14 años desde que nuestro país la ratificó y 10 años desde que adquirió rango constitucional- como así tampoco el contenido de la última ley provincial que regula la temática –ley 9053³²-.

Con relación a las políticas del Estado seguidas en el tema de la Infancia- Adolescencia infractores a la ley Penal podemos considerar diversos aspectos: no se destinan partidas presupuestarias al Sistema Judicial de Menores y eso se evidencia en la falta de recursos humanos y materiales que queda plasmado, entre otras cosas, en el excesivo volumen de causas que llevan los asesores y en el origen de la última reforma correccional que -como ya mencionamos- surge de los mismos operadores del sistema. Tal vez, como plantea Foucault, quizás en este caso no se separó el poder de verdad de las formas de hegemonía social, económica y cultural dentro de las cuales opera en el presente: es decir los jueces de menores; el régimen político, económico e institucional de producción de la verdad, no se cam-

respecto a las intervenciones tendientes a impugnar las resoluciones del Juez, luego de un análisis de veintiún expedientes con sentencia, encontramos un solo caso donde se interpuso un recurso de casación contra la calificación legal del hecho y la participación del adolescente en el mismo.

³⁰ Siguiendo a Cillero Bruñol el Interés Superior del Niño es un principio jurídico garantista que supone la satisfacción “simultánea” de todos los derechos de los niños. Tiene carácter interpretativo, reconociendo el carácter integral a los derechos. Permite arbitrar “conflictos jurídicos de derecho”, tomando aquella medida que asegure la máxima satisfacción de los derechos que sea posible y la menor restricción de ellos.

³¹ Como lo expresa Baratta: las medidas de protección no son sanciones negativas y por ende nunca pueden consistir en limitaciones de derechos. Por el contrario, representan un fortalecimiento de los derechos del niño y de las condiciones materiales y sociales de su ejercicio. Las medidas de “protección” son decididas y administradas por organismos **Administrativos** con el concurso de organismos comunitarios o mixtos.

³² Al respecto consideramos que esta ley inconstitucional es informal. Sin embargo algunos Asesores adujeron que la misma debería ser más flexible y menos burocrática debido a que fue proyectada por gente poco contacto con la realidad. Esto no se condice con el origen real de la nueva ley, que nace de ideas de jueces de menores que se supone que están en contacto directo y cotidiano con la realidad. Tal vez los vicios de la ley tienen que ver con los vicios de la práctica de este fuero; al quitarle formalismo al procedimiento de menores se corre riesgo el olvidar las garantías procesales en el camino, como viene sucediendo desde siempre en los Juzgados de Menores.

bió con la nueva ley. La misma es coyuntural y no fija políticas y nace en medio de una lucha por porciones de poder entre la esfera administrativa y la judicial –característica que se repite a lo largo de la historia del control socio-punitivo de la minoridad- y parafraseando a Lucila Larrandart “*en el fondo no hay discusiones acerca de que hacer o cuáles son los objetivos de la intervención del Estado sino de quien es el titular del poder*”.

Nos preguntamos entonces ¿qué fines existen en la actualidad para que todo ese aparato judicial se ponga en marcha e intervenga en la vida de los niños y adolescentes que llegan ahí?. Creemos que es indispensable el planteamiento de una política integral de la infancia con reordenamiento en las Instituciones y mejora en las formas de atención directa, porque solo con lo procedimental y judicial no se puede dar respuesta a una problemática compleja.

Finalmente siguiendo a Eugenio Raúl Zaffaroni³³ coincidimos en que: “*...el tribunal de menores no puede ser un tribunal paternal y desjuridizado, en el que solo cuenta la peligrosidad y se pasan por alto las garantías individuales y la cuantía de la lesión al derecho inferida por el menor. Semejante criterio como cualquier derecho “tutelar” ha sido pretexto de casi todos los derechos penales autoritarios idealistas, y el derecho del menor se ha acercado fuertemente a dichos extremos, llegando a privar de defensa al menor- so pretexto de no ser necesaria, ya que no “pena” sino que “tutela”. Los abusos de esta “desjuridización” del derecho del menor han levantado una justificada ola de críticas y han dado lugar a un movimiento contrario por la “juridización” del niño que se encuentra actualmente en su apogeo...*”.

BIBLIOGRAFIA

- BELOFF, Mary y MESTRES, José Luis (1997) “Los recursos en el ámbito de la justicia de menores”, en Martín Abregú y Christian Courtis (compiladores) *La aplicación de los Tratados sobre Derechos Humanos por los Tribunales Locales*, Editores del Puerto Buenos Aires.
- CILLERO BRUÑOL, Miguel, “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los derechos del niño, en García M., E. y Beloff M.(comp..) *Infancia, Ley y Democracia en América Latina*. Ed. Temis/Desalma, Santa Fé de Bogotá/Buenos Aires, 2º edición.

³³ ZAFFARONI Eugenio *Tratado de Derecho Penal*, Parte General Tomo I. Año 1983.

- FOUCAULT, Michel “La Verdad y Las Formas Jurídicas”, Conferencias III y IV. Editorial Gedisa.
- GARCIA MENDEZ, Emilio “El menor abandonado delincuente: en torno a una contradicción anunciada”, Revista Pibes Unidos.
- GARCIA MENDEZ, “Infancia y Ciudadanía en América Latina”, (1993) en Opúsculo de Derecho Penal y Criminología 48 ED. Marcos Lerner
- GARRIDO GENOVES, V. (1995) *Técnicas de Tratamiento para Delincuentes*, Editorial Centro de Estudios Ramón Arces, Madrid.
- LAJE, María Inés, REARTES, Julia (comp..)(2000) “Libro de Ponencias de las II Jornadas de Investigación Social sobre Infancia y Adolescencia, la C.I.D.N. y las Prácticas Sociales”, Córdoba.
- LARRANDART, Lucila, (1993) “El Control de la Infancia y la doctrina de la situación Irregular – La realidad Argentina” en *Nullum Crimen...* Revista de ciencias Penales y Criminológicas Año II N° 2.
- LARRAURI, Elena (1991) *La Herencia de la Criminología Crítica*. Ed. Siglo Veintiuno de España Editores, tercera edición, Madrid.
- LEGISLACIÓN INTERNACIONAL : “Derechos – UNICEF”: Ley 23.849: C.D.N. 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).
- LEGISLACIÓN NACIONAL : Patronato de Menores, ley 10.903. Régimen de Penal Aplicable a Menores Incursores en Delitos, ley 22.278
- LEGISLACIÓN PROVINCIAL: Estatuto de la Minoridad, ley 4873. Proc. Correc. de Menores, ley 8498. Protec. Judicial del Niño y el Adolescente, ley 9053. Asistencia Juríd. Gratuita, ley pcial. 7982.
- MARCO DEL PONT, Luis (1989) “Manual de Criminología” Ed. Marcos Lerner.
- PIRES, Alvaro (2000). “La línea Maginot en el derecho penal: La protección contra el crimen versus la Protección contra el Príncipe”, en NDP, trad. Beloff ,M.y M. L. Durandeu. Art. Raffaella De Giorgi (ed.): Papers in honnour of Alessandro Baratta, Leche. Edizioni dell 'Università di Leche. Italia,
- ZAFFARONI, Eugenio (1983) *Tratado de Derecho Penal*, Parte General, tomo I, Ed. Ediar, Bs As.
- (1982). *Política Criminal Latinoamericana*. Editorial Hammurabi, Buenos Aires, año
 - (2003) *En busca de las Penas Perdidas*. Ed. Ediar 3° reimpresión Buenos Aires.

CLAVES PARA UNA HISTORIA JURÍDICA DE LA UNIVERSIDAD DE CÓRDOBA (1767-1807)

*por Esteban F. Llamosas **

Resumen: El artículo presenta algunas claves para realizar el estudio de las ideas jurídicas en la Universidad de Córdoba durante la regencia franciscana (1767-1807). Se analiza la relación entre derecho y teología, el impacto de las reformas universitarias españolas, el rol de los derechos romano y real en la cátedra de Instituta, y se enumeran las fuentes para realizar la investigación. A modo de ejemplo, se analizan brevemente las ideas jurídicas en las Constituciones de San Alberto de 1784.

Palabras claves: Universidad - Ideas jurídicas - Regencia franciscana - Constituciones de San Alberto.

Un buen modo de aproximarse a las ideas jurídicas de una sociedad colonial es estudiar las doctrinas difundidas desde la enseñanza universitaria. Vía de recepción, pero también de reelaboración y difusión de las corrientes de pensamiento, se presenta como un excelente laboratorio para analizar el pensamiento jurídico y sus posibles consecuencias en la práctica local. Este tipo de investigación, junto al estudio de las corrientes predominantes en las bibliotecas institucionales y privadas de la época¹, y al tipo de justicia, que en Córdoba era capitular y con escasa presencia de abogados, ayuda a configurar el panorama cultural de la jurisdicción.

(*) Doctor en Derecho y Cs. Ss. de la U.N.C., doctorando del Departamento de Historia del Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, becario postdoctoral 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 FOMEC y SeCyT.

¹ LLAMOSAS, E. *La cultura jurídica de Córdoba del Tucumán en el siglo XVIII. Estudio de las bibliotecas corporativas y particulares*. Tesis inédita, Facultad de Derecho y Cs. Ss., Universidad Nacional de Córdoba, Noviembre de 2003.

Este breve artículo pretende esbozar algunas claves, a modo de plan de trabajo, para realizar una investigación de estas características en la Universidad de Córdoba, especialmente en un período controvertido como el que siguió al destierro de los jesuitas.

Es historia conocida que después de la expulsión de la Compañía de Jesús, la Corona reglamentó con minucia el proceso de sustitución ideológica, mandando repetidas veces seguir unos autores y textos que aseguraban la enseñanza de unas doctrinas favorables a sus intereses. También es conocida la particularidad de Córdoba, donde no se siguió la Instrucción del Conde de Aranda referida a la expulsión, que mandaba “sustituir los directores y maestros jesuitas con eclesiásticos seculares, que no sean de su doctrina”. Por la oposición del obispo Abad Illana, que desconfiaba de los seculares por su educación jesuítica, la regencia del antiguo Colegio Máximo fue entregada a la orden de San Francisco, iniciándose una disputa por el control de los estudios que duraría cuarenta años. Lo cierto es que al poco tiempo de la expulsión la enseñanza fue encargada a los franciscanos, “sujetos ejercitados en impugnar las extravagancias del probabilismo y demás doctrinas laxas”², y los autores que se utilizaron para tal empresa pertenecieron a la orden de Santo Domingo.

Este período, que tiene algunos matices a pesar de la aparente unanimidad ideológica que se nos presenta a primera vista, concluyó a fines de 1807, cuando el virrey Liniers decidió ejecutar la Real Cédula dada por Carlos IV en diciembre de 1800, creando la Real Universidad de San Carlos y Nuestra Señora de Monserrat, y separando de su dirección a los religiosos de San Francisco.

El período siguiente, a cargo del clero secular y con la figura relevante del deán Gregorio Funes como rector, es también muy rico para el análisis por las reformas del plan de enseñanza.

La primera clave para iniciar el estudio de las ideas jurídicas en la etapa franciscana, como debe serlo para cualquier trabajo de historia jurídica de la época, es la comprensión de que el derecho no sólo se encuentra en sede legal, sino que comparte su asiento (y a menudo ésta es más importante) con la teología. Muy reducido, muy incompleto sería el intento de analizar las ideas jurídicas del período utilizando sólo como fuente la enseñan-

² La opinión es del deán de la catedral de Córdoba en el tiempo de la expulsión de los jesuitas, Antonio González Pavón. Cit. por PEÑA, R. *Los sistemas jurídicos en la enseñanza del derecho en la Universidad de Córdoba (1614-1807)*, Academia Nacional de Derecho y Cs. Ss., Córdoba, 1986, pp. 97-98.

za en la cátedra de Instituta, erigida en 1791. El derecho estaba en la Universidad desde antes, desde la época jesuita, y no solamente en los estudios de Cánones, cuando se analizaban los textos legales de la Iglesia y sus comentaristas, sino también en las cátedras de Teología Moral. Los fundamentos del derecho, la autoridad política, las clasificaciones de la ley, la licitud de la usura, se explicaban teológicamente según las tesis de cada escuela: del probabilismo jesuita primero, del rigorismo de los escritores dominicos después³.

Si se considera la estrecha relación entre el orden jurídico y los órdenes de la moral y la religión, cuyas fronteras eran a menudo difusas; si se entiende el derecho secular impregnado de “derecho divino”, no puede descuidarse el estudio de la literatura teológica para comprender la cultura preceptiva de la época. La religión no sólo funcionaba legitimando el derecho, sino que además era un orden disciplinador previo y más importante. El derecho constituía un orden mínimo de disciplina; entonces, para conocer esa cultura preceptiva no basta conocer el pensamiento de los juristas y sus textos, sino que es necesario manejar las autoridades teológicas. Como expresa B. Clavero, no se trata de “encerrarse en el Derecho, sino abrirse a la Religión”⁴.

³ El probabilismo, corriente de la teología moral sostenida por la escuela jesuita durante el siglo XVII y enseñada en sus cátedras hasta el destierro, consistía en seguir una opinión probable frente a un dilema moral o caso dudoso en la conciencia, aunque existieran opiniones más seguras. Esta flexibilidad, este intento de adaptar la regla general al caso particular, tuvo importantes derivaciones jurídicas vinculadas a la consideración de las circunstancias en materia penal y a la búsqueda de la equidad. El abuso del probabilismo, llamado laxismo, fue muy criticado por las escuelas teológicas opuestas a la Compañía de Jesús, y se halla entre las causas utilizadas para justificar su expulsión.

La doctrina contraria, el rigorismo moral, se inclinaba siempre por seguir la opinión o la solución más segura y rigurosa frente a los dilemas planteados en la conciencia.

Una buena fuente para analizar esta polémica de escuelas teológicas es la lectura de los manuales de confesores, literatura que en la época recogía las directivas para administrar el sacramento de la penitencia, momento en que solían manifestarse al sacerdote estos dilemas. Para este último tema, ver LLAMOSAS, E. “Notas sobre una corriente jurídica no tradicional: los manuales de confesores en la biblioteca jesuita de Córdoba”, *Primer Congreso Internacional sobre Historia de las Universidades en América y Europa*, tomo II, Córdoba, 2003, pp. 201-212.

⁴ CLAVERO, B. “Beati dictum. Derecho de linaje, economía de familia y cultura de orden”, *Anuario de Historia del Derecho Español (AHDE)*, tomo LXIII-LXIV, Madrid, 1993-1994, p. 118.

Para las relaciones entre los órdenes jurídico y teológico, CLAVERO, B. *Antidora. Antropología católica de la economía moderna*, Giuffrè, Milán, 1991; CLAVERO, B. “Re-

La segunda clave radica en enmarcar el pensamiento jurídico universitario dentro del debate producido en la Iglesia española en la segunda mitad del siglo XVIII, referido a la cuestión jansenista. Este debate, que fue teológico pero también político, está vinculado a los intereses del reformismo ilustrado que rodeaba al rey, y no debe desconocerse a la hora de analizar la expulsión de los jesuitas y las reformas universitarias de tiempos de Carlos III.

El jansenismo, término que hacía referencia a una herejía del siglo XVII relacionada al papel de la gracia y la predestinación en la salvación del hombre, ya en el siglo siguiente remitía a un entramado de ideas que en pocos casos guardaba conexión con el primer significado. El ambiente ideológico de la época incluía regalismo, rigorismo moral opuesto al probabilismo jesuita, episcopalismo y conciliarismo como formas de exaltar la autoridad de los obispos nacionales y los concilios frente a la Santa Sede, y un retorno a la austeridad y disciplina de la Iglesia antigua. Las ideas y los escritores seguidos y fomentados por este grupo, que tenía en común con los primitivos jansenistas su ferviente antijesuitismo, fueron tomados como referencia a la hora de reformar las universidades.

Ningún estudio sobre el panorama cultural de las universidades americanas del período debería menospreciar los motivos y las consecuencias de este conflicto político - religioso ocurrido en la península, ya que su recepción y manifestación local fue evidente.

La tercera clave, que se desprende de la anterior, consiste en no descontextualizar los cambios universitarios cordobeses de la etapa 1767-1807, y seguirlos a la luz de las reformas que por esos años habían ocurrido en España. Aunque las modificaciones en Córdoba tuvieron peculiaridades, para que éstas resalten conviene compararlas con las peninsulares, de las que evidentemente derivan.

Aunque las reformas españolas promovidas por los funcionarios reales de Carlos III se dieron gradualmente, mantuvieron una coherencia otorgada por el afán centralizador y la imposición de unos textos de estudio de inspiración rigorista en moral y regalista en cuanto a la relación Iglesia - Corona. Las mismas materias que se privilegiaron en los planes, como la Teología Práctica, Historia de los Concilios, Historia de la Iglesia, Conci-

ligión y Derecho. Mentalidades y paradigmas”, *Historia. Instituciones. Documentos*, 11, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1984; y HESPANHA, A. *Introduzione alla storia del diritto europeo*, Il Mulino, Bologna, 1999.

lios nacionales, Legislación previa al Decreto de Graciano, también son indicativas del deseo real de propiciar una enseñanza que favoreciera sus posiciones. En las Facultades de Leyes, y esto será importante para comprender luego lo sucedido en Córdoba, el interés real pasaba por introducir el estudio del derecho patrio, y con ese fin se utilizaron textos de derecho romano que posibilitaban su comparación en el bachillerato, y se impuso el estudio directo de las leyes reales en la licenciatura⁵.

La cuarta clave pasa precisamente por el modo en que debe abordarse el estudio de las ideas jurídicas en la cátedra de Instituta. Erigida por auto virreinal de Arredondo en 1791, con ella la enseñanza jurídica sumó una sede legal en la Universidad de Córdoba, aunque esto no finalizó, ni mucho menos, con la presencia del derecho en la Facultad teológica. Aquí debemos ser precisos y evitar las conclusiones apresuradas que pudiesen surgir de un análisis a primera vista sobre el rol del derecho romano y las tesis políticas defendidas en la cátedra. Es evidente, después de los aportes de Roberto I. Peña⁶, que los alumnos de Victorino Rodríguez sostenían la doctrina política del despotismo ilustrado, del derecho divino de los reyes, que bajo la guía de Bossuet se oponía al pactismo sostenido por los jesuitas. ¿Pero es esto todo lo que había en la cátedra de Instituta? Cuando se menciona el autor y el libro que el propio auto virreinal mandaba seguir, esto es, el *In quatuor Institutionum Imperialium commentarius academicus et forensis* del holandés Arnolfo Vinnio, se suele hacer hincapié en el carácter humanista de este escritor y en el ingreso de la enseñanza del derecho romano. Pero el estudio que interesaba, tal como sucedía en España, y que aquí se menciona sin darle la verdadera dimensión, es el del derecho real. Es probable que los historiadores, preocupados por señalar la erección algo tardía de una cátedra de derecho secular en la Universidad, no hayan sido minuciosos al describir el rol actuado por el derecho de Roma y el libro de Vinnio. Su utilización sirvió como puerta de ingreso al derecho real, por vía comparativa, del mismo modo que había ocurrido en España ante la resistencia de las universidades para enseñarlo directamente. Lo curioso es que al crearse la cátedra de Instituta ya habían pasado veinte

⁵ Para las reformas universitarias de Carlos III, PESET REIG, M. y PESET REIG, J. *El reformismo de Carlos III y la Universidad de Salamanca*, Universidad de Salamanca, 1969; y ALVAREZ DE MORALES, A. *La ilustración y la reforma de la Universidad en la España del siglo XVIII*, Ediciones Pegaso, Madrid, 1985.

⁶ PEÑA, R. *Conclusiones jurídicas defendidas en la Universidad de Córdoba a fines del siglo XVIII*, Imprenta de la Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 1952.

años desde las reformas peninsulares y ya existía un manual panorámico de derecho real muy utilizado⁷, con lo que el recurso a la comparación a través de Vinnio no resultaba ninguna innovación. La voluntad de enseñar el derecho patrio, lo que disculpa menos la omisión de algunos historiadores, surge clara de una lectura completa del auto de Arredondo: “...estará obligado a explicar el texto de las *Instituciones de Justiniano con el comentario de Arnol de Vinnio advirtiéndole de paso las concordancias o discordancias que tengan con nuestro derecho real, para que desde luego vayan los estudiantes instruyéndose en éste, que es el único, que en materias temporales nos rige y gobierna...*”

Bajo esta óptica se comprende mejor la enseñanza de derecho romano, y se aleja la tentación de concluir que con Vinnio y Heineccio⁸ ingresó la doctrina del humanismo racionalista a los estudios.

El estudio directo del derecho real, al igual que en España, se dio en la licenciatura, donde para obtener el grado había que aprobar unos puntos sobre las Leyes de Toro, comentadas por el célebre jurista Antonio Gómez.

Otro dato importante, para vislumbrar hasta que punto en esta época ya tardía el derecho y la teología se pensaban como órdenes emparentados, son los cursos a que debían asistir obligatoriamente los matriculados en Instituta. Los estudiantes de Leyes debían concurrir a las lecciones de Moral y Cánones.

La última clave radica en mitigar la tentación de explicar el pensamiento jurídico del período sólo por sus corrientes principales, descuidando las líneas secundarias y las pervivencias de la etapa anterior. A pesar de la voluntad real, es muy difícil que las nuevas ideas sustituyan completamente las previas, que suelen sobrevivir, larvadas, débiles, pero de las que es posible hallar manifestaciones. Un punto importante de la investigación será rastrear las posibles influencias del probabilismo jesuita en la etapa franciscana. Además, una cosa es el deseo real manifestado a través de unas políticas y unas leyes, y otra su efectiva concreción en la realidad. ¿Hasta que punto se logró cumplir en Córdoba el plan del reformismo borbónico?, ¿qué límites encontró?, ¿hubo algún rasgo modernizador, ilustrado, en las reformas?

⁷ Las *Instituciones del derecho civil de Castilla* de Ignacio Jordán de Asso y Miguel de Manuel y Rodríguez.

⁸ Una de las ediciones del texto de Vinnio utilizada fue la comentada por el alemán Juan T. Heineccio. La otra fue la corregida por el valenciano Juan Sala.

Para realizar este trabajo y comenzar a responder las preguntas planteadas, contamos con una buena cantidad de fuentes. Algunas todavía no analizadas, otras ya estudiadas, pero que conviene releer bajo los criterios de las claves apuntadas.

En primer lugar tenemos la numerosa normativa de la Corona posterior a la expulsión de los jesuitas, indicadora de unos claros lineamientos ideológicos. Con un grado de detalle que incluía la mención de los libros y escritores a seguir, la Corona produjo una minuciosa legislación sustitutiva de la doctrina jesuítica. La Instrucción inicial del Conde de Aranda; el mandato de seguir la obra del dominico Mas de Casavalls; la orden para estudiar a San Agustín, Santo Tomás, Melchor Cano, Natal Alejandro y Daniel Concina enviada por el Fiscal del Consejo de Indias; la prohibición de los autores jesuitas Calatayud, Busembaum y Cienfuegos; los juramentos universitarios de rechazo a la doctrina del regicidio; la orden de separar de la biblioteca "*las obras de doctrina relaxada*", son un claro testimonio en este sentido.

Otra fuente es la lectura de los textos mandados seguir a los escolares. Aquí no se presentan las dudas que suelen plantear las investigaciones sobre cultura jurídica colonial efectuadas a través de las bibliotecas antiguas. En éstas siempre resultará difícil comprobar que los libros presentes en los estantes eran efectivamente leídos y por tanto sus doctrinas circulaban; pero en la enseñanza universitaria, y en especial con las reformas borbónicas que imponían unos textos, la lectura está comprobada al ser obligatoria. Y esto se reafirma con los datos del archivo universitario. Así, deberán leerse con atención las ediciones de Pedro Parras, rector franciscano de la Universidad y autor de una obra de clara tendencia regalista; Daniel Concina, teólogo dominico y principal impugnador de las tesis probabilistas; y también de los dominicos Amat de Graveson y Natal Alejandro.

Un testimonio ya trabajado, y que por no relacionarse con los otros muchas veces ha sido culpable de la impresión de unanimidad de ideas en la etapa estudiada, son las conclusiones defendidas en acto público universitario por Jerónimo de Salguero y Cabrera en 1793⁹. Alumno de Victorino Rodríguez, amparado en Bossuet defendió la licitud de los recursos de fuerza, impugnó el regicidio y negó la autoridad papal en asuntos temporales. Esta

⁹ PEÑA, R. *Conclusiones jurídicas...*; y BENITO MOYA, S. *Reformismo e Ilustración*, Centro de Estudios Históricos "Prof. Carlos S. A. Segreti", Córdoba, 2000, pp. 358-380.

importante fuente, que sin duda marca una ideología clara, debe cotejarse con las otras para enriquecerse y ser bien comprendida.

Los fondos de la biblioteca universitaria, especialmente en este período en que sufrieron tantos avatares, deben observarse también. Más allá de la historia de vaivenes y traspasos, debe leerse con atención la lista de autores comprados durante la regencia franciscana, que indican una evidente tendencia regalista y rigorista¹⁰.

Los planes de reforma universitaria españoles tampoco pueden obviarse. Sus motivos, objetivos y consecuencias ayudarán a comprender los cambios cordobeses, que más allá de algunas particularidades, siguen su línea. Así también, deberán observarse las reformas de algunas casas americanas vinculadas a Córdoba, como las de San Marcos de Lima y Charcas.

En el Archivo de la Universidad, que no cuenta con demasiada información para una investigación de este estilo, ya que son pocos los datos sobre textos y autores utilizados en los estudios, encontramos sin embargo información de utilidad. Algunas actas de los claustros, algunos documentos, algunas menciones incidentales, en ocasiones brindan pistas sobre las materias y líneas seguidas, y en otros casos confirman o matizan lo que mandaba la legislación.

También es posible analizar el ambiente ideológico a través del pensamiento de algunas figuras representativas relacionadas a la Universidad. El mencionado Parras, rector y autor de una obra cuyas posiciones primaban en la época; el primer catedrático de Instituta, Victorino Rodríguez¹¹; el obispo Angel Mariano Moscoso, a quien Salguero y Cabrera dedicara sus ya famosas conclusiones¹²; y en especial las ideas del obispo José Antonio de San Alberto, visitador de la Universidad en 1783 y autor de unas constituciones para la casa de estudios al año siguiente.

Las Constituciones de San Alberto, más allá del debate sobre su efectiva vigencia, son una excelente fuente para estudiar el panorama ideológico universitario a la luz del programa establecido.

¹⁰ Testimonio de 1806 del rector Pantaleón García, citado por 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.

¹¹ LUQUE COLOMBRES, C. *El Doctor Victorino Rodríguez*, Imprenta de la Universidad, Córdoba, 1947.

¹² LLAMOSAS, E. "Una biblioteca regalista en la Córdoba del siglo XVIII: Las lecturas jurídicas del obispo Angel Mariano Moscoso", *Actas del XIV Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*, Lima (Perú), 23 al 26 de septiembre de 2003.

Fray José Antonio de San Alberto, de la orden de los carmelitas descalzos, fue obispo del Tucumán entre 1778 y 1785, aunque entró a Córdoba en 1780. Sucesor de Juan Manuel Moscoso y Peralta, luego fue nombrado arzobispo de Charcas. En su breve paso por Córdoba dejó claras sus posturas ideológicas, tanto en la Visita efectuada a la Universidad entre 1783 y 1784 designado por el virrey Vértiz, que se manifiesta en las Constituciones que redactó, como en sus famosas Pastorales para los feligreses de su diócesis.

Su Pastoral de abril de 1784, publicada luego en Madrid en 1786 por la Imprenta Real, dato que indica el interés de la Corona en fomentar su difusión, fue conocida como *Catecismo real*. Algunas de sus proposiciones son las siguientes:

- El Rey es una potestad temporal y sagrada, instituida por Dios para gobernar los pueblos con equidad, justicia y tranquilidad.

- El rey no está sujeto al pueblo, pues esto sería estar sujeto la cabeza a los pies.

- La magestad del rey deriva de la de Dios. El rey es persona sagrada, ungida y Cristo del Señor.

- Los súbditos tienen la obligación moral de delatar toda conjuración contra el monarca.

- Aun cuando los conjurados fueran amigos, ...hermanos o padres, hay obligación de delatarlos...porque los respetos debidos al rey... son superiores a todos los vínculos de la sangre y de la amistad.

- Es proposición condenada por errónea, herética, sediciosa y escandalosa sostener que es lícito matar al rey tirano.

Esta Pastoral, que terminaba con una Instrucción en que se exponían las obligaciones de los súbditos hacia el rey, es clara respecto a la posición política del obispo. La obra, dividida en veinte lecciones, explica primero el tema con argumentos más elevados y luego se formulan preguntas y respuestas breves sobre el origen del poder de los reyes y su potestad. Esto respondía a un doble objeto: “continuar con la política de propagación de la buena doctrina entre la gente culta..., y enseñar el abecé del buen vasallo, ignorado en América por la población de las zonas rurales diseminada en chacras y estancias, a las niñas de la Casa por él fundada en Córdoba”.¹³

La influencia de Jacobo Benigno Bossuet es notoria, con una evidente reelaboración de conceptos tomados de su *Politique tirée des propres*

¹³ RÍPODAS ARDANAZ, D. *Refracción de ideas en Hispanoamérica colonial*, Ediciones Culturales Argentinas, Buenos Aires, 1983, p. 105.

paroles de l'Esriture Sainte, que éste redactara para el hijo de Luis XIV. Las ideas de San Alberto, monárquicas, regalistas, avalan el absolutismo de raíz divina y representan la doctrina contraria al pactismo y origen mediato del poder real de la escuela jesuita. En efecto, el obispo condena en su Pastoral el laxismo y probabilismo, sosteniendo que la posibilidad de matar al rey tirano es errónea, herética y sediciosa.

El estudio de las Constituciones otorgadas por San Alberto a la Universidad¹⁴, que al parecer nunca fueron aprobadas por el Virrey, pero de las que hay varias noticias de que se siguieron, es muy útil para conformar mejor el ambiente ideológico que dominaba la época, y es una muestra de cómo se pueden rastrear ideas jurídicas donde aparentemente sólo hay una regulación universitaria.

Ya en la exposición de motivos inicial, después de explicar su forma de trabajo, y de advertir que fue el mismo rector quien solicitó la Visita, aclara que su primer cuidado fue “suprimir y separar todo lo que en ellas hacia dependiente el gobierno de la Universidad de los Superiores de la que llamaron Compañía de Jesús...”

En la constitución veintiocho, luego de criticar la falta de método para el estudio de la moral, ordena que en el cuarto año de la Facultad de Teología se estudie un “compendio de la moral más sana”. Ésta es una evidente referencia, por oposición, a las doctrinas “seguras” y contrarias a las tesis jesuitas, varias veces calificadas de “relajadas”.

De la constitución treinta a la treinta y cinco, cuando ordena los exámenes para obtener grados en la Facultad de Teología, establece un programa de estudios en la misma línea de los llamados jansenistas españoles: “La 1ra. Parténica tendrá 16 questiones, que ha de señalar el cancelario en esta forma: 2 de Historia eclesiástica: 2 de Escritura: 2 de Lugares Theologicos: 4 de la primera parte de Sto. Thomas: 2 de lib. 1 de las Decretales. dos de Moral; y 2 del Real Patronato de las Indias.” Con esta parténica se obtenía el grado de bachiller, y resulta evidente la conexión con las reformas españolas de los planes de Teología, que fomentaban los estudios de las Escrituras y la Historia eclesiástica, y reducían los de legislación pontificia, como los de Decretales.

Para el grado de licenciado los escolares debían examinarse en cuestiones escolásticas de la “Prima secundae de S. Thomas: en la 3^a. de la

¹⁴ *Constituciones de la Universidad de Córdoba*, Universidad Nacional de Córdoba, Instituto de Estudios Americanistas, No. VII, Imprenta de la Universidad, Córdoba, 1944, pp. 199-238.

secunda secundae, y en la 4ª. de la tercera parte; y asimismo las cuestiones canonicas seran del 2, 3, y 4 de las Decretales”

Para el grado de doctor, en la Ignaciana (nombre que no se cambió, así como San Ignacio siguió siendo el segundo patrono de la universidad), se debía exponer al Maestro de las Sentencias, Pedro Lombardo.

La constitución cincuenta y seis, para conferir los grados, hacía jurar a los estudiantes “defender la Concepción Inmaculada de María Sma..., y de impugnar, y detestar la doctrina del Tyranicidio, de obedecer al rector de la Universidad...”. Este juramento repetía otro que ya se hacía en la Universidad, en el que se aceptaba la condena que el Concilio de Constanza de 1415 había efectuado a la posibilidad de matar al rey tirano.

En la constitución noventa hallamos una clara muestra de control ideológico hacia los profesores, para que dictaran los puntos que favorecieran las posiciones reales: “los catedráticos no han de ser árbitros para leer las materias, que ellos quieran elegir: las elegirá el rector, y acabados los exámenes anuales le dará a cada uno... una cédula con la asignación de la materia, o tratado, que ha de leer en el siguiente año...”

La constitución noventa y tres es el más elocuente ejemplo de las ideas de la enseñanza teológica, opuesta a la escuela jesuita. Pidiendo tratados teológicos, manda se traigan el compendio de Gonet o la Suma tomista, y para la moral “los compendios de Concina, Echarri, Kiclet, Ferrer ó Larraga ilustrados todos en estos últimos años, y reducidos a una doctrina sana y segura en todas sus partes...”. Otra vez encontramos la referencia a la doctrina “sana”, ahora acompañada de los autores recomendados, entre los que figura el ya citado Concina, célebre impugnador del probabilismo.

En la constitución noventa y seis hay otro claro ejemplo del control a las ideas difundidas desde la Universidad, cuando se afirma “quando llegue el caso de cesar la escritura...jamás se permita a Lector alguno, que con pretexto de conclusiones, ni actillos dicte alguna question en publico, o privadamente; sino que...deberán defender las aserciones de los autores que dan en las clases.. Y cuando alguno de distinguido talento quiera, y convenga que se explaye más, el rector ha de ser quien le señale los authores, en que pueda ver algunas otras cuestiones para defenderlas.” Ya había existido una regulación de este tipo, cuando en junio de 1783 el virrey Vértiz, quejándose de unas conclusiones de filosofía moderna defendidas y publicadas sin noticia del rector, mandó a los lectores, colegiales y estudiantes “que para la impresión de iguales actos literarios, o conclusiones manuscritas que se reparttan deveran no solo por un efecto de urbanidad sino de obligacion presentarlas antes al Rector de la Universidad, y cole-

ESTEBAN F. LLAMOSAS

gio, con el fin de que las enmiende, o corrija..., para precaver el que no se defiendan doctrinas peligrosas, relajadas y laxas, inconvenientes al Estado...»¹⁵

En estas apretadas palabras hay unos materiales y una técnica. Hay probabilismo, rigorismo y regalismo. Hay derecho y teología. Y hay unas claves para su lectura. De su buena vinculación dependerán los resultados de la investigación planteada.

¹⁵ AGHUNC; Serie Documentos, libro 3; fs. 179-180.

GÉNERO Y PROFESIÓN JURÍDICA*

*por Mariana N. Sánchez ***

Resumen: Las prácticas legales de la profesión jurídica han cambiado fuertemente en los recientes años y estos cambios se han concentrado en dos fenómenos fundamentales: la composición por género de la profesión jurídica y la emergencia de las grandes firmas legales como consecuencia de la mayor concentración de capital. La incorporación de las mujeres ha modificado no sólo la composición social sino también las prácticas de la profesión jurídica; más especialmente en un país como la Argentina, donde el proceso de feminización de la profesión es uno de los más altos de América Latina. Con datos recabados de la EPH (1995 y 2003) se revisan estos cambios generados a partir de la inclusión de las mujeres en el terreno de la práctica jurídica, detectando fuertes desigualdades por géneros -en especial- en el ámbito económico.

Palabras claves: profesión jurídica, género, desigualdad, empresas jurídicas, brechas salariales.

1.- Introducción

Durante mucho tiempo -y hasta épocas recientes- las mujeres fueron excluidas de la profesión legal, ya sea por impedimentos legales o por res-

* El artículo resume parte de los resultados del proyecto de Investigación “Transformaciones en la Profesión Jurídica: diferenciación y desigualdad entre abogados” bajo la dirección de la Dra. María Inés Bergoglio; y cuenta con el apoyo de la Secretaría de Ciencia y Técnica de la Universidad Nacional de Córdoba.

** Abogada, egresada de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Becaria del Consejo de Investigaciones Científicas y Tecnológicas de Córdoba (CONICOR) durante el período 1995-1999. Magister en Métodos y Técnicas de Investigación en Ciencias Sociales, título otorgado por la Universidad Blas Pascal. Jefe de Trabajos Prácticos por concurso público en la cátedra Sociología Jurídica de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNC. Investigadora categorizada dentro del Programa Nacional de Incentivos.

tricciones culturales y/o sociales. Las 7 Partidas declaraban expresamente la prohibición de que las mujeres fuesen abogadas¹, y aunque en Argentina no ha existido norma jurídica alguna que prohibiera la inclusión de las mujeres en las Facultades de Derecho, durante el siglo 19 sí prevalecían normas sociales que las mantenían alejadas de la carrera jurídica. Más especialmente en este terreno, la educación estaba reservada a hombres de ciertos y altos estratos sociales.

La situación cambia notablemente durante el siglo 20 en los países occidentales, época en la que el avance de la mujer en la educación y en la vida pública, se hace sentir con fuerza. La segunda mitad del siglo 20 ha sido testigo del cambio sustancial que protagonizaron las mujeres en el acceso a la educación, a la profesión legal y asimismo a las nuevas empresas jurídicas. Aunque dicho cambio -no podemos asegurar- haya modificado sustancialmente las posiciones de poder, prestigio o ingresos de las mujeres en relación con los hombres.

Con relación al acceso a la educación jurídica y con el profundo proceso de *democratización de la educación*² operado en las últimas décadas del siglo 20, las mujeres -junto con otros grupos y capas sociales también excluidas en el pasado de la educación universitaria- logran ingresar a las carreras jurídicas universitarias. A tal punto que en la actualidad de las naciones industrializadas de occidente, sostienen algunos autores (Kay, Hagan - 1995), las mujeres representan entre las terceras partes y hasta más de la mitad de los estudiantes de derecho.

En Latinoamérica, la situación es notoria en los recientes años. Las mujeres en algunos países, superan en número a los varones estudiantes en las carreras de Derecho. En la Universidad de Buenos Aires, por ejemplo, constituían el 34 % de los estudiantes de Abogacía en 1964, en tanto que en 1980 superaban el 50%. Según los datos consultados en el año 2003 en Argentina, las mujeres conformaban el 58% del total de los estudiantes de las carreras de Derecho; siendo junto con Venezuela uno de los países donde la incorporación de la mujer en este grupo ha sido detectado con mayor vigor.

Si bien como aún se sostiene en América Latina (García Guevara, 2002) el contenido de la educación femenina y en especial la superior, con-

¹ Tercera Partida. Título 6: *...porque no es honesto ni apropiado que las Mujeres tomen oficio de varón, mezclándose con Hombres para razonar por otros...* citado en Perez Perdomo (2002).

² Perez Perdomo (2002).

tinúa refiriéndose a capacidades reconocidas como más apropiadas culturalmente para las mujeres, es evidente que éstas comienzan a educarse más para incorporarse en el mercado laboral y no sólo para reproducir sus papeles tradicionales. En este sentido y en el ámbito de los profesionales del Derecho, la incorporación de las mujeres ha modificado no sólo la composición social sino también las prácticas de la profesión jurídica; más especialmente en un país como la Argentina, donde el proceso de feminización de la profesión es uno de los más altos de América Latina.

2.- Desigualdades por género en la profesión jurídica desigual

La fuerte inclusión en las últimas décadas de la mujer dentro de la profesión jurídica, considerada tradicionalmente como profesión masculina y de ciertos grupos de elites, genera nuevas preguntas acerca de las dinámicas de las desigualdades por género entre los profesionales del Derecho. En especial, en profesiones jurídicas que han atravesado paralelos o conjuntos procesos de transformaciones.

Las prácticas legales han cambiado fuertemente en los recientes años y estos cambios se han concentrado, tal como sugieren Kay y Hagan (1995) en dos fenómenos fundamentales: la composición por género de la profesión jurídica y la emergencia de las grandes firmas legales como consecuencia de la mayor concentración de capital. Los autores sugieren que las problemáticas de género y las dinámicas de las firmas jurídicas se encuentran fuertemente entrelazadas, puesto que el ingreso más fuerte de las mujeres a la profesión coincide con la emergencia y el crecimiento de las empresas legales y con el cambio histórico de las pequeñas empresas y estudios jurídicos a las grandes sociedades de abogados jerárquicamente estructuradas.

La expansión de la enseñanza universitaria y el consecuente mayor número de profesionales ha promovido no sólo una diferente composición social entre los abogados, sino una mayor competencia para la inserción laboral y nuevas formas de ejercicio profesional, más allá del tradicional despacho del abogado independiente. El incremento de las empresas jurídicas (consideradas ampliamente dentro de la profesión legal como una marca de éxito en la práctica privada) y su dinámica interna, manifiestan la existencia de serios criterios de desigualdad (jerarquías, ingresos, prestigio) que han elevado considerablemente los niveles de estratificación interna de la profesión.

Estos cambios en las estructuras, prácticas y clima profesionales impactan más duramente sobre las abogadas que, presentes en número en la

categoría profesional y deseosas de insertarse en su estructura, cargan con un criterio de desigualdad adicional. Las mujeres han notoriamente aumentado su participación en las ocupaciones profesionales, pero los roles y posiciones que éstas asumen distan de ser considerados en situación de igualdad con el género opuesto. En un entorno en el que la productividad es medida en mayor grado por la disponibilidad horaria, nuevos y adicionales obstáculos se les pueden presentar a las mujeres con responsabilidades familiares.

Numerosos estudios descriptivos de países americanos (Abel, 1988; Fiona Kay -1997/99/02; Hull y Nelson -2000; Hagan -2003) encuentran evidencias de discriminación de género horizontal y vertical dentro de la práctica del derecho, pese a la rápida integración numérica de las mujeres en la profesión desde la década del 70. Los resultados más relevantes de dichas investigaciones pueden reseñarse en los siguientes:

- Comparando las carreras de hombres y mujeres abogados se observa que las mujeres son más jóvenes en el ingreso a la profesión, pero - con el tiempo- logran obtener menos experiencia de trabajo profesional.

- Hay marcadas diferencias en los campos de práctica profesional: mientras que las mujeres son más representativas en el campo del derecho de familia, están mucho menos presentes en las áreas más lucrativas como el Derecho de Empresa.

- Las abogadas ejercen su profesión mayormente en el sector público; que les ofrece menor carga horaria (compatible con las responsabilidades familiares) a costa de menos perspectivas de ascenso en ingresos y prestigio.

- Las mujeres tiene mayores dificultades que los hombres para lograr convertirse en socias de las firmas legales o empresa jurídicas. Entre principios de los años sesenta y la mitad de los ochenta, el porcentaje de mujeres en la profesión legal americana se incrementa del 3 al 14%, pero sólo representan el 5% de mujeres socias en las 100 empresas jurídicas más grandes de la nación. En la actualidad, siendo que las mujeres representan entre el 30 o 40% de los graduados universitarios abogados en EEUU y Canadá, el porcentaje de mujeres socias de las empresas jurídicas no llega al 10%.

- Las mayores dificultades no se encuentran en el ingreso a las empresas sino en su posibilidad de ascenso dentro de las mismas. Mientras que similares porcentajes de hombres y mujeres abogados ingresan en las empresas jurídicas, al cabo de los años son aquéllos los que en mayor porcentaje concluyen ascendiendo a la categoría de socios.

- En la práctica privada es más usual que las mujeres ejerzan su profesión asociadas a una firma legal y no como socias en empresas jurídi-

cas. Y aún más, las investigaciones evidencian que las mujeres se concentran en posiciones laborales y especializaciones jurídicas que son menos prestigiosas y remunerativas dentro de las empresas.

□ Aún así, cuando logran ocupar posiciones prestigiosas, adquieren la categoría de *socias*, o se desempeñan en áreas tradicionalmente masculinas, los ingresos que perciben no son equivalentes a los masculinos en las mismas posiciones o áreas.

Las desigualdades aparecen paralelamente en un contexto de desigualdad mayor. Los análisis comparados muestran igualmente la presencia de factores que presionan hacia la diferenciación social de la profesión jurídica, no sólo en su composición por género, conformando una compleja red de estratificación profesional. Estos intrincados criterios de desigualdad impactan más duramente sobre las mujeres abogadas, presentándoles nuevas barreras que limitan su avance en la profesión.

3.- Género y Profesión Legal en Argentina

Los análisis de desigualdad de género en las carreras profesionales sugieren que las mujeres continúan retrasándose detrás de los hombres fundamentalmente en cuanto a ingresos y posibilidades de progresión en la carrera. Aunque los modelos de desigualdad varían por contextos sociales y características del mercado laboral. En Argentina, la fuerte caída de los ingresos que afectó diferenciadamente a los grupos ocupacionales y su consecuente profundización de las desigualdades entre los mismos, nos sugiere un contexto especial. Fundamentalmente para las mujeres que pese a la crisis o -más precisamente- a causa de la misma han incrementado su participación en el mercado de trabajo, el que -a la vez- ha sostenido los criterios de discriminación laboral y discriminación salarial entre hombres y mujeres (Arraigada -CEPAL, 1994. Olivero, 1997).³ Entre los profesionales del derecho, los efectos también pueden vislumbrarse. Los niveles económicos de los clientes se asocian con las desigualdades intraprofesionales en los ingresos, y las nuevas características del mercado profesional acenúan los niveles de competencia y desigualdad, y proclaman una nueva forma de ejercicio tanto en sectores públicos como privados, con fuertes tendencias a la salarización.

³ En la diferencia de ingresos entre hombres y mujeres promediando la década del 90, el porcentaje que se atribuye de discriminación por género en Latinoamérica varía, según el país, entre 10 y 85% y tiende a ser mayor que 50% en los países en desarrollo como el nuestro. Informe de la CEPAL, 1994.

Observemos en primer término, algunas características de la composición por género de los profesionales jurídicos argentinos, de acuerdo con los datos que hemos trabajado provenientes de la EPH para los años 1995 y 1993.

Podríamos señalar que la composición por sexo de la profesión jurídica argentina se encuentra bastante equilibrada. En especial de acuerdo al dato que nos brinda el año 1995. No obstante, y de acuerdo a las tendencias que hemos venido marcando a lo largo de este trabajo, las mujeres -con una creciente participación en la educación superior- pasan de conformar el 35,7% de la profesión en 1995 a más del 64% en el año 2003; con una escalada que ampliamente supera a la masculina.

Los abogados argentinos se localizan y concentran en mayor proporción, tanto hombres como mujeres, en áreas urbanas de más de un millón de habitantes. La accesibilidad geográfica a los centros físicos en los que se desarrollan las actividades profesionales, brinda la lógica explicación de los resultados. No obstante, se observa un claro descenso en los porcentajes de estos profesionales en los dos puntos temporales analizados. En el año 2003 los profesionales que se localizan en regiones más pobladas disminuyen, en especial el dato es más notorio entre las mujeres; y se incrementa la presencia de abogados en áreas menos pobladas. Del 7,3% de mujeres abogadas que se localizaba en 1995 en localidades de menos de un millón de habitantes, el porcentaje se eleva a más del 35%, superando incluso al porcentaje de abogados.

La expansión física del Poder Judicial a localidades menos pobladas en estos recientes años puede ayudar a entender las variaciones de estos porcentajes; aunque es claro que en el caso especial de las abogadas, las mismas están insertándose en otros contextos regionales más que los hombres, detectando así diferenciadas maneras de ejercicio profesional.

Mientras que la categoría de mujeres abogadas no revela mayor impacto de la desocupación en su estado ocupacional, aunque sí mayor inactividad que los hombres; el dato más significativo, quizás, está relacionado con el ámbito de trabajo que hombres o mujeres optan para su ejercicio profesional. Las mujeres se encuentran sub representadas en la práctica privada y sobre representada en la esfera pública, en relación con el sexo opuesto⁴.

Si bien ambas observaciones temporales muestran porcentajes mayores de mujeres en ámbitos públicos, la tendencia es visiblemente marcada en el 2003, en el que casi proporcionalmente las abogadas se reparten entre los establecimientos públicos y privados de trabajo.

Esta tendencia ya ha sido observada en el conjunto total de los profesionales del Derecho, que frente a inestables períodos de trabajo, optan por el ejercicio profesional en el campo público, en el que gozarán de salarios razonables, beneficios sociales seguros y estabilidad laboral. En el caso de las profesionales mujeres, lo señalado se condimenta con las posibilidades

⁴ El resultado es coherente con muestras de datos de otros países no sólo Latinoamericanos. En este sentido, investigaciones de EEUU y Canadá, por ejemplo, se revelan de igual forma. (Hull y Nelson -2000).

La Tabla precedente que nos muestra las características ampliadas del ámbito de trabajo diferenciadas por género, evidencia resultados interesantes. Los hombres trabajan en establecimientos públicos o privados integrados por menor cantidad de personas en mayor proporción que las mujeres. Y complementariamente, las abogadas están mayormente representadas en establecimientos públicos o privados compuestos por gran cantidad de personal. Vemos cómo a partir de la fila de la Tabla precedente que abarca los establecimientos de más de 50 integrantes, las tendencias por género se invierten, revelando que son las profesionales femeninas quienes están en

mayor proporción en grandes establecimientos profesionales públicos o privados, en los que la rutinización del trabajo y las desigualdades originadas por la mayor competencia, se hacen más notorias para las que ocupan niveles de baja y mediana jerarquía o se desempeñan como asalariadas.

La Tabla que se presenta a continuación reproduce la tendencia que venimos describiendo a lo largo de este trabajo: la notable reducción del número de profesionales independientes y la fuerte tendencia hacia los procesos de salarización de los abogados. Si observamos ahora los datos que nos proporciona la EPH desagregados por género, confirmamos las direcciones de análisis que anticipaban estudios comparados. Como corolario central, las mujeres trabajan menos la profesión liberal que los hombres. Los abogados que trabajan por cuenta propia si bien se reducen en porcentaje de 1995 a 2003; del 54,8 al 37,7%; siguen siendo mayores en número que las abogadas independientes. Pero además, en éstas, los procesos de salarización se han intensificado más que en los hombres profesionales, cuestión que se descubre con claridad a partir de los datos de la Tabla. Mientras que de 1995 a 2003 el incremento de abogados en la categoría ocupacional de *empleado* ronda el 6%, en el mismo período el incremento de las abogadas en condición de asalariadas casi alcanza el 20%. El dato es inequívoco y muestra que la palpable tendencia hacia la salarización se evidencia más fuertemente en el campo de las profesionales del derecho.

Las desigualdades de género se vienen incrementando también en relación con la posibilidad femenina de acceder a cargos más prestigiosos, de mayor jerarquía y claros niveles de ingreso. El hecho de que a lo largo de estos años las medidas de mujeres que se desempeñan como *empleadoras* se hayan mantenido promediando el 8%, y en el caso de los hombres se haya incrementado más de 10 puntos, lo confirma con elocuencia.

Puede suponerse que estas condiciones se entrelazan con otros crite-

rios de desigualdad. Los estudios muestran no sólo que las abogadas están subrepresentadas en la categoría de empleadoras, sino además que están relegadas a ciertos tipos de trabajos, que es menos probable encontrarlas como *socias* en las empresas jurídicas, que se les asignan los clientes menos deseables y menos lucrativos (por su menor disponibilidad horaria) y que son más propensas a ser retenidas como asociadas permanentes en empresas privadas, con serias dificultades en sus carreras de ascenso profesional (Kay - Hagan, 1995). Los enfoques de diferenciación de género en las carreras profesionales se entrelazan, asimismo, con criterios de discriminación laboral que son soportados más por las mujeres abogadas.

Aún más, los criterios de discriminación salarial o de ingresos, también se entrecruzan para completar este entramado. La caída de los ingresos, evidente en ambas categorías de profesionales, es palpable hacia el 2003. Pero la brecha de la desigualdad por ingresos no se mantiene constante a lo largo de estos años sino, muy por el contrario, aumenta; dejando en mayores niveles de desventaja a las profesionales.

Las 2 últimas tablas muestran que la transición ha sido muy distinta

para los hombres que para las mujeres profesionales del Derecho. En un contexto en el que las desigualdades sociales y del ingreso se han incrementado en Argentina, los hombres logran mejorar su categoría ocupacional (de trabajadores por cuenta propia a empleadores) y las mujeres no. Podría suponerse que, como hemos revisado en el punto 6 c), los procesos de salarización de las mujeres fueron más frecuentes en el sector público que en el privado y como consecuencia las desigualdades salariales no se presentaría tan marcadamente entre hombres y mujeres. Los datos de la tabla precedente, deniegan esta hipótesis. Los niveles de ingreso se han desarrollado en sentido inverso a la notable tendencia hacia los empleos públicos; mientras que los hombres han mejorado su situación salarial por la inclusión en el empleo público, las mujeres siguen soportando grandes diferencias salariales a pesar de haber compartido con los hombres el mismo proceso.

En este sentido, hemos de considerar que los procesos de salarización femeninos se registraron entonces con más peso, en las empresas jurídicas. En éstas, la metáfora del *techo de cristal* suele explicar las barreras de género en relación con los niveles de ingreso y prestigio diferenciados entre hombres y mujeres. Esta barrera invisible les permite a las mujeres identificar los objetivos de su carrera de ascenso profesional y sus ansiados niveles de ingreso, pero tropezar con la imposibilidad desalentadora de efectivizarlos.

4.- Explicaciones Teóricas de las Diferencias de Género en la Profesión Jurídica

La estratificación y desigualdades de género dentro de las ocupaciones profesionales puede intentar explicarse a partir de tres modelos teóricos diferentes: el modelo de asimilación, el de elección, y el del constreñimiento u opresión. La rápida integración de género y los profundos cambios en la estructura ocupacional de la profesión jurídica también logran comprenderse a partir de sus esquemas conceptuales.

El *modelo de asimilación de género* (Kazal, 1995 – Rumbaut, 1997)⁵ supone que un normal proceso demográfico logrará equilibrar las carreras profesionales de hombres y mujeres. Pidiendo prestados conceptos a la literatura sobre raza o etnicidad las interpretaciones sugieren que, dado que un mayor número de mujeres han comenzado a integrar la profesión jurídi-

⁵ Citados por Hull y Nelson (2000), *Social Forces* 79, 1. p.229-264.

ca, un natural proceso de convergencia demográfica se producirá entre las carreras femeninas y las masculinas. El mayor caudal de mujeres que ingresa a la profesión concluirá, más tarde o más temprano, equilibrando las diferencias de género. En este modelo de reemplazo de cohortes se espera que las mujeres más jóvenes sufran menos los efectos de las diferencias a medida que vayan avanzando en la carrera profesional.

Estas interpretaciones no nos permiten explicar los datos aquí presentados. Hemos precisamente detectado que las desigualdades de género, en especial en lo relativo a ingreso y prestigio, se han mantenido e incluso incrementado sostenidamente en estos años; a pesar del gran avance de las mujeres en la conformación del grupo profesional de abogados.

Los *modelos de elección* localizan las fuentes de las desigualdades de género de las carreras profesionales, en las opciones de las propias mujeres que trabajan. Estos abarcan interpretaciones basadas en la teoría del capital humano, el feminismo cultural y las teorías de socialización diferenciada.

La teoría del capital humano atribuye resultados diferenciados en el mercado de trabajo a las diferencias en la educación, las habilidades, el entrenamiento y la experiencia que distinguen a mujeres de hombres (Becker, 1964)⁶. Estas diferencias de género se conciben como el resultado de decisiones conscientes de las mujeres que deciden ejercer en carreras que les permiten sostener un mayor y mejor equilibrio entre los roles domésticos y los profesionales. En este sentido, la perspectiva defiende que son las mayores responsabilidades domésticas las que reducen el compromiso de las mujeres con su carrera profesional y su esfuerzo laboral, ocasionando como consecuencia predecible la disparidad de ingresos y prestigio con el sexo opuesto.

El feminismo cultural y las teorías de socialización por género también predicen que las mujeres están expuestas a diferentes elecciones cuando enfrentan el mercado de trabajo; pero estas opciones no son simples respuestas racionales como sugiere la teoría del capital humano. El primero argumenta que las diferencias de género o son innatas o productos de procesos de socialización tan tempranos que operan como si lo fuesen. Sustenta que los valores femeninos y los procesos cognitivos de las mujeres prestan un énfasis especial a la lactancia, el cuidado de los hijos, y las responsabilidades familiares (Ruddick, 1989)⁷.

Los datos presentados en este acápite que muestran las desigualda-

⁶ Idem.

⁷ Idem.

des de género en el campo de las profesiones jurídicas, evidencia las principales líneas de interpretación de éstas corrientes teóricas. Las diferencias ocupacionales en los campos profesionales y las de ingresos nos inspiran reflexionar sobre un complejo entramado normativo de género que cae más pesadamente sobre las mujeres, manteniéndolas en desventaja en relación con los hombres al menos en estas áreas. Futuros trabajos cualitativos nos ilustrarán sobre motivaciones y percepciones que las propias protagonistas construyan de su situación profesional.

La teoría de la socialización también sostiene diferencias de género en valores, intereses y procesos de pensamiento; aunque entiende estas diferencias como producidas socialmente y reforzadas durante el curso de la vida, en lugar de verlas como características innatas. Así, la socialización por género influye en la elección ocupacional de las mujeres, en la especialidad profesional y en las condiciones de trabajo, consiguiendo que ellas prefieran trabajos que se asemejen a los apropiados para su género (Fan y Finley – 1996)⁸. Estos procesos de socialización también explican las dificultades de las mujeres en adquirir las habilidades de los trabajos “preferentemente” masculinos y refuerzan y adecuan las mayores responsabilidades domésticas que tienen las mujeres.

Los *modelos de opresión* sustentan sus explicaciones no en las características innatas, psíquicas o aprendidas de las profesionales, sino en las elecciones y las conductas de los empleadores sobre ellas. Las corrientes interpretativas pueden distinguirse entre: las que dan énfasis a las situaciones de discriminación, hostigamiento y violencia que reciben las mujeres en su ámbito laboral, y generalmente de una manera muy sutil; y las que sugieren la existencia de barreras institucionales de género que son reproducidas mediante las prácticas cotidianas de los superiores. Como por ejemplo las que suceden en las prácticas en la contratación, los requisitos de ingreso, las políticas de asignación de las tareas, la antigüedad, el sistema de ascensos. Las reglas de género en los contextos de trabajo, operan como un super esquema cultural que influye en las percepciones de competencia de los profesionales, en este caso, y refuerzan la existencia de desigualdades. Estas prácticas institucionalizadas presionan sobre aquellos profesionales que necesiten equilibrar responsabilidades profesionales y familiares, en especial, las mujeres.

Los datos empíricos trabajados no nos permiten reflexionar profun-

⁸ Idem.

damente desde estos últimos contextos teóricos, de los modelos opresión. Suponemos que las tendencias generales de discriminación revisadas en la literatura comparada se harán presentes en los futuros estudios cualitativos que afrontará este trabajo, a través de las entrevistas en profundidad que explorarán las definiciones del rol de los abogados y abogadas en diferentes segmentos y estratos de la profesión.

BIBLIOGRAFIA GENERAL

- ABEL R., (1997a) "The transformation of the American Legal Profession", in *Lawyers: a critical reading*. R. Abel (editor), The New Press, New York.
- ABEL R., (1997b) "Lawyers in the Civil Law World", in *Lawyers: a critical reading*. R. Abel (editor), The New Press, New York.
- ARRAIGADA Irma (1994), Transformaciones del Trabajo Femenino Urbano, Revista de la CEPAL N° 53.
- BERGOGLIO María Inés y CARBALLO Jerónimo (2005), "Segmentación en la profesión jurídica: Cambios ocupacionales de los abogados argentinos, 1995 - 2003", *Academia*, revista publicada por la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires (en prensa).
- FUCITO, Felipe (1997) *El perfil del abogado de la provincia de Buenos Aires. Investigación cuantitativa*. Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires, La Plata.
- FUCITO, Felipe (2000) *Perfil del Abogado bonaerense*, Fundación Cijuso, La Plata, Vol. I y II.
- GARCIA GUEVARA Patricia (2002), La Participación de la Mujer en la Educación, Revista Géneros, Año 9, Número 26, Centro universitario de Estudios de Género, Universidad de Colima, México.
- HEINZ J. y LAUMANN E. (1997) "Chicago Lawyers: The Social Structure of the Bar", in *Lawyers: a critical reading*. R. Abel (editor), The New Press, New York.
- HEINZ J., R.L. NELSON, E. O. LAUMANN (2001) *The Scale of Justice: Observations on the Transformation of Urban Law Practice*, *Annual Review of Sociology*, 27: 337-362.
- HULL K Y NELSON R. (2000), "Assimilation, Choice or Constraint? Testing Theories of Gender differences in the Careers of Lawyers". *Social Forces* 79, 1:229-264.
- KAY Fiona (1997), "Flight from Law: Competing Risks Model of Departures from Law Firms", *Law and Society Review*, vol. 31, 2:301-335.
- KAY Fiona y Hagan Jhon (1999), "Cultivating Clients in the Competition for Partnership: Gender and the Organizational Restructuring of Law Firms in the 1990s", *Law and Society Review*, 33, 3: 517-555.
- KAY Fiona y BRPOCKMAN J (2000), "Barriers to gender equality in the canadian

- legal establishment”, *Feminist legal Studies* 8:169-198.
- KAY Fiona (2002), “Crossroads to innovation and diversity: The careers of women lawyers in Quebec”, *McGill Law Journal*, vol. 47 4:669-745.
- KAY Fiona y John HAGAN (1995), “Changing opportunities for partnership for men and women lawwers during the transformation of the modern law firm”, *Osgoode Hall Law Journal*, 32, 3:413-456.
- LAMARCA LAPUENTE Chusa (2004), “Ella para él, él para el Estado y los tres para el Mercado: Globalización y Género”, disponible en <http://www.politicaset.org/articulos/geneglobal.htm>
- LISTA C. A. (2001) *Ingreso, matrícula y egreso de las carreras de abogacía de Argentina: tendencias y perspectivas*. Libro del II Congreso Nacional de Sociología Jurídica, Univ. Nacional de Córdoba, Córdoba, pp.805-816.
- OLIVERO María Pía (1997), “La Dinámica de la Participación Femenina en el Mercado de Trabajo”, *Novedades Económicas*, Año 19 N° 100.
- PEREZ PERDOMO, R. (2002). *Las Profesiones Jurídicas en América Latina: del Desarrollo a La Globalización*, contribución al Seminario CIDE, México, marzo.
- PEREZ PERDOMO, R. y FRIEDMAN, L. (2003) “Latin Legal Cultures in the age of globalization”, capítulo en *Legal Culture in the Age of Globalization: Latin America and Latin Europe*, L. M. Friedman y R. Pérez-Perdomo (editores) Stanford University Press.
- SILVA GARCIA, G. (2001) *El mundo real de los abogados y de la justicia*, Vol. I al IV, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

EL VALOR SOCIAL DEL TRABAJO EN LA CIUDAD DE CORDOBA, ARGENTINA*

*por Leopoldo Schapira***

Resumen: La investigación fue realizada para referenciar la temática del Congreso Internacional sobre la Cultura del Trabajo y Los Valores en el contexto de la ciudad huésped.

En Córdoba, el trabajo es uno de los valores fundamentales que los padres intentan transmitir a sus hijos pues lo consideran base de supervivencia, fuente de dignidad e instrumento formativo. Se notan claras diferencias entre los valores que les fueron transmitidos a hombres y mujeres dentro de sus familias. Aún hoy, los valores que se enfatizan en los hombres están más vinculados al trabajo y a ganarse la vida que en las mujeres.

Al menos en lo manifiesto, la población rechaza las formas no éticas de resolver sus economías. Esta actitud puede servir de punto de apoyo para combatir las distintas formas de corrupción.

Finalmente, se ha detectado que la percepción de la intensidad de la crisis económica afecta la consideración como trabajo de actividades que tradicionalmente pudieron haber caído dentro de la categoría de mendicidad. También afecta a la opiniones sobre el peso relativo en la responsabilidad de la condición de desempleado que puede tener el contexto socioeconómico o la actitud de cada individuo. Por cierto que estos cambios afectan a la consideración de la necesidad o no de la existencia de planes sociales.

*Trabajo presentado en el Congreso Internacional sobre la Cultura del Trabajo y Los Valores – 28 y 29 de Abril de 2005

**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).

La lenta recuperación de los niveles de empleo, la amenaza del crecimiento sin trabajo que reporta la OIT, plantean la necesidad de elaborar políticas sociales dirigidas a los sectores más vulnerables que, naturalmente, deberán basarse y tener en cuenta los cambios detectados en las actitudes ciudadanas hacia el desempleo.

Palabras Clave: Trabajo, valores, género, educación familiar, opinión pública

Introducción

En la Fundación Inclusión Social Sustentable, se planteó la necesidad de contar con información sobre la situación de la temática del Congreso en la opinión pública de la ciudad huésped. En la tarea de operacionalizar el objetivo de la investigación, se solicitaron las opiniones del Lic. Néstor Carola, de la Dra. Inés Riego.

El Congreso realizado en la Ciudad Universitaria de la Universidad Nacional de Córdoba, contó con la adhesión del Rectorado, de la Secretaría de Extensión Universitaria y de las Facultades de Filosofía y Humanidades y de Psicología. Las autoridades del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, apoyaron la efectivización de esta investigación dentro de su ámbito institucional.

En este documento se presenta una selección de la información expuesta en el Congreso. Sólo se consideran los tópicos que fundamentan las principales conclusiones.

DEFINICIONES

Los valores fueron descriptos como “una creencia perdurable sobre que un modo de conducta específico o estado final de la existencia es personal o socialmente preferible a un modo de conducta o estado final de la existencia opuesto o inverso”¹.

Los valores se diferencian de las actitudes, que son creencias sobre un objeto, persona o situación específica. Las actitudes son menos duraderas que los valores y ocupan una posición más periférica en el sistema cognitivo de una persona.

El término “valores” puede aplicarse a un número de diversas áreas como ética y moral u orientaciones religiosas y espirituales. Este ensayo se centra en los valores sociales, o la conceptualización de valores de metas de vida.

¹ HERCHE Joel, *Measuring Social Values: A Multi – item Adaptation of the List of Values*, Marketing Science Institute, Cambridge, Massachusetts Working Paper, Report 94-101, 1994

FICHA TÉCNICA

Los datos fueron obtenidos a partir de una encuesta aleatoria domiciliaria de 400 casos en la ciudad de Córdoba, Capital. Los casos fueron seleccionados por cuotas de nivel socioeconómico, edad y género de una muestra probabilística polietápica. El error estándar para los totales es de $\pm 5\%$ con un nivel de confianza del 95%.

El trabajo de campo se efectivizó en la segunda semana de Abril de 2005. La aplicación del cuestionario estuvo a cargo de voluntarios de Inclusión Social Sustentable, supervisados por personal de Perspectivas Sociales.

PRINCIPALES HALLAZGOS Y CONCLUSIONES

El trabajo forma parte de los valores que la sociedad considera más importantes y, por eso, se preserva mediante la transmisión de padres a hijos.

Valores mencionados (recibidos de los padres, que resultaron útiles para moverse en la vida e importantes para legar a los hijos).

El trabajo es base de supervivencia, fuente de dignidad y tiene un valor formativo

Fuente: Elaboraciones propias en base a la Encuesta domiciliaria Abril 2005.

Aún a comienzos del Siglo XXI, se establecen diferencias en la formación de hombres y mujeres. Las mujeres, en mayor medida que los hombres, reconocen haber recibido de sus padres valores vinculados a la humildad, la constancia, el amor a la familia, etc. En tanto, los hombres perciben más mensajes paternos asociados al trabajo y la lucha por la vida, incluso la viveza criolla.

Fuente: Elaboraciones propias en base a la Encuesta domiciliaria Abril 2005.

Al menos en lo manifiesto, los entrevistados rechazan las “formas alternativas” de ganarse la vida.

Fuente: Elaboraciones propias en base a la Encuesta domiciliaria Abril 2005

Ante la sospecha de que estas prácticas “alternativas” son más frecuentes que lo que declaran los encuestados, caben dos lecturas posibles.

La negativa, que habla de cierta hipocresía social que hace que los entrevistados manifiesten lo contrario de lo que practican; y la positiva, que dice que hay una buena base para iniciar un proceso que mejore la calidad de vida encausada en la honestidad y el trabajo.

Por otro lado, dentro de nuestra concepción actual del trabajo, se hace evidente la necesidad de plantear políticas para evitar el crecimiento sin empleo o los efectos sicosociales de una lenta recuperación de los niveles de empleo².

En tanto esto ocurra, creemos que es previsible el funcionamiento de los mecanismos de adecuación de los valores del trabajo a la realidad (vía la consideración fluctuante de la calidad de trabajo de distintas categorías y de la también fluctuante distribución de la responsabilidad del no trabajar entre el contexto y el individuo) por su particular impacto en la aceptación social de los planes de solidaridad social con el desempleo.

En efecto, frente a los distintos estadios de la crisis, la sociedad cambia de actitudes. Cuando se percibe con mayor dramática, la sociedad cordobesa reconoce la importancia de los aspectos contextuales en la determinación del estado de desempleo de un trabajador, amplía la franja de

actividades que se consideran trabajo y acepta en mayor proporción la existencia de subsidios solidarios hacia los que están en peores condiciones. Por el contrario, apenas se percibe un mejoramiento en la situación, hace caer en la actitud del individuo la responsabilidad de su situación laboral, aumenta los requisitos para considerar que una actividad es trabajo y rechaza con mayor fuerza el otorgamiento de subsidios.

Esta afirmación se desprende de la información que sigue que comprara la presente investigación con otra realizada en 2002³.

Fuente: Elaboraciones Propias en base a la Encuesta domiciliaria Abril 2005

Los subsidios de desempleo

Fuente: Elaboraciones propias en base a la Encuesta domiciliaria Abril 2005.

Fuente: Elaboraciones propias en base a la Encuesta domiciliaria Abril 2005.

Fuente: Elaboraciones propias en base a la Encuesta domiciliaria Abril 2005.

Colofón:

Lamentablemente, la sociedad argentina no está habituada al debate de los temas de su Agenda Social.

La lenta y a veces fluctuante recuperación del empleo (La onda de Mayo 2005 de la EPH, muestra un ascenso del desempleo) y el peligro del crecimiento sin empleo, hacen pensar en un proceso largo hasta lograr un nivel de empleo e inclusión semejante al de los inicios de la década del '90.

Así, resulta previsible que las políticas públicas de atención a los desempleados deban prolongarse por un tiempo y que para ello requerirán del apoyo de la opinión pública.

Para lograr un apoyo sostenido y maduro es necesario generar una deliberación ciudadana clarificadora que tenga en cuenta los cambios en la percepción de la población sobre en lo que se considera tener empleo y, por ende, inversamente, estar desempleado, y sobre lo que se percibe como la responsabilidad de los desempleados en haber llegado a esa situación, todo

LEOPOLDO SCHAPIRA

lo cual se encuentra unido a los cambios en la opinión pública sobre lo procedente o no que se repartan los subsidios que reciben estos grupos.

² MUÑOZ, Agustín, Director Regional de la OIT para América Latina y el Caribe, *El Panorama Laboral en 1994*, OIT . En esa publicación se responde a la pregunta: “¿estamos entrando en una etapa de crecimiento sin empleo?”

La respuesta es que “pese a la finalización del ciclo recesivo que afectó en 2002 a varios países de la región, particularmente a Brasil y Argentina, 19 millones de trabajadores urbanos están actualmente desocupados en América Latina y el Caribe.

Si bien el llamado “riesgo regional”, o lo que es lo mismo el promedio regional de los “riesgos- país” ha disminuido en 2003, el “riesgo laboral”, aquel que surge como consecuencia del déficit de trabajo decente y que se traduce entre otras cosas en alto desempleo y subempleo, bajísimos índices de protección social y niveles inadecuados de diálogo social, continúa siendo inaceptablemente elevado.

La tasa de desocupación femenina y la tasa de desempleo de los jóvenes tiende a agravarse en la región dibujando un panorama de inequidad social y hasta de discriminación laboral. Prosigue la informalización del empleo: de cada 10 nuevos ocupados desde 1990, 7 han sido informales. Se mantiene la tendencia a la precarización del empleo: 9.4 de cada 10 nuevos ocupados trabajan en el sector servicios”.

³ Se trata de la investigación realizada por Perspectivas Sociales en Agosto 2002 en el marco de la Iniciativa de Periodismo Cívico como insumo para el Foro Ciudadano sobre el Empleo en Córdoba. En la iniciativa participaron La Voz del Interior, Cadena 3 y Canal 12. Los resultados fueron publicados por La Voz del Interior

LEOPOLDO SCHAPIRA

EL VALOR SOCIAL DEL TRABAJO EN LA CIUDAD DE CÓRDOBA, ARGENTINA

A(R)MÁNDONOS: ALTA POLÍTICA EN EL ESCENARIO INTERNACIONAL, 1898-1914¹

por Enrique E. Shaw*

Resumen: En este trabajo, analizaremos los artículos que fueron publicados en *La Revista de Derecho, Historia y Letras (La Revista)* fundada y dirigida por Estanislao S. Zeballos, en el periodo entre 1898 a 1914 con temática referente a armamentos en general, que reflejaron tanto la postura de Zeballos como de *La Revista* y de la situación internacional del momento.

Palabras Claves: historia - relaciones internacionales - política internacional - poder - armamentos.

La segunda mitad del Siglo XIX, estuvo caracterizada, entre otras cosas, por el surgimiento y consolidación de los Estados Nacionales y algunos también Imperiales. América no fue una excepción. El Estado Nacional Argentino, nace jurídicamente a partir de 1853 con "...un espacio ampliado de soberanía"², pero recién en 1862 queda "dibujado", parcialmente, su espacio territorial soberano con la incorporación de la provincia de Buenos Aires. Insertándose en el plano internacional al conjunto de otros Estados y estableciendo relaciones cordiales con ellos y friccionales con los vecinos que comenzaron a disputarle "su espacio", espacio que a partir del '80 comenzó a expropiar a "otros" espacios.

¹ Este trabajo forma parte de un proyecto más amplio sobre "Estanislao Zeballos y la *Revista de Derecho, Historia y Letras*, que abarca el periodo 1898 a 1914", tiene el aval académico de la SECyT (UNC) para el Programa de Incentivos Docentes.

* Lic. en Historia, UNC. Magíster en Relaciones Internacionales, CEA, UNC. Prof. Adjunto -Fac. de Derecho y Cs. Sociales y CEA- Investigador del CIJS. Profesor Titular de Política Internacional en la Maestría en Relaciones Internacionales del CEA, UNC y otros postgrados del CEA, UNC. Investigador, Categoría II.

² ANSALDI, Waldo y MORENO, José Luis. *Estado y sociedad en el pensamiento nacional*. Ed. Cántaro. Buenos Aires, 1989. p. 54.

Este proceso de construcción del Estado conllevó, también, a la construcción de la Nación³, por parte de la clase dirigente. Estas se dieron conjuntamente permitiendo la formación de una Identidad Nacional, que como fruto o producto de un proceso histórico, fue y es dinámico.

Este proceso generó enfrentamientos tanto en ámbito interno –doméstico- como el externo o internacional, en el sentido que la creación de un Estado con una Nación propia, significaba para algunos la pérdida de “su” territorio y este fue uno de los problemas más importante que llevaron al enfrentamiento a los Estados en todo el mundo, entre otras cosas. En el Cono Sur de América esta situación se materializó de una forma real y concreta que muchas veces llevaron a los actores internacionales a la guerra o a una escalada bélica.

Argentina, mantuvo conflictos limítrofes con sus principales vecinos y rivales, como Chile y Brasil. Esta rivalidad, sobre todo con Brasil por la hegemonía regional, lo llevara –como veremos- al borde del conflicto armado, pero la rivalidad entre los tres desarrollará una escalada bélica sin sentido desviando recursos necesarios para la construcción de la Nación hacia la compra y adquisición de material bélico. La importancia de este tema se vio plasmada en *La Revista*⁴ como veremos a continuación.

El enfrentamiento se debió a varios factores, uno de ellos propio del proceso de construcción del país; otro a la carrera armamentista que se manifestó por ese hecho y por el contexto internacional de estudio que abarcó en el mismo la competencia por la hegemonía europea entre Inglaterra y Alemania post Bismarck y en plena *Weltpolitik*⁵ y, entre la primera y los Estados Unidos por la hegemonía en América y también la competen-

³ Cfr. SHAW, Enrique E. *Zeballos y la imaginación de la Argentina, 1898-1906*. Ed. Centro de Estudios Avanzados, UNC. Córdoba, 2003. *passim*. LA BIBLIOGRAFÍA CITADA ES LA UTILIZADA. FUENTES Y REPOSITARIOS: *Revista de Derecho, Historia y Letras*. Años 1898 a 1914. (Hemeroteca de la Facultad de Derecho y Cs. Sociales y Hemeroteca de la Facultad de Filosofía y Humanidades de la UNC. *Compendio de Legislación Argentina, 1898-1914*. Hemeroteca de la Facultad de Derecho y Cs. Sociales de la UNC.

⁴ Ver: SHAW, Enrique E. “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. Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. UNC. Córdoba, 2004. pp. 578-582.

⁵ PEREIRA, Juan Carlos. (coordinador). “Historia de la relaciones internacionales contemporáneas”. Ed. Ariel. Barcelona, 2001. p. 211.

cia entre Estados Unidos y la Argentina junto Brasil por la influencia en la región. Estas competencias en nombre del “Interés Nacional” llevaron muchas veces al enfrentamiento real y simbólico de estos actores. En la publicación de estudio, estos hechos se reflejaron por la temática de los artículos incluidos que, hacían referencia directa a estos hechos o, ésta estaba “tercearizada”.

Asimismo veremos la postura de nuestro ex Canciller con respecto a la política internacional, postura que reflejó una concepción “Realista” muy “bismarqueana” de la misma, pero con algunas contradicciones y/o paradojas propias de la adaptación de la misma a nuestra situación internacional. Esta posición estuvo marcada por el enfrentamiento decidido, considerando Zeballos la negociación una vía de último recurso, el poder lo definía como “Hard Power”, el poder fuerte, mientras la negociación, para él, ponía en evidencia un poder débil o blando (Soft Power) del actor internacional. En el Política internacional, consideraba, que se debía mostrar fortaleza y la misma devenía de la posesión de instrumentos que la manifestarán como era la posesión de una marina de guerra moderna y un ejército equipado con lo último en armamentos, esa era la fuente de la disuasión, para él, ante el intento de “avasallamiento”, de Chile o de Brasil con respecto a la Argentina. Tanto Zeballos, personalmente o por medio de *La Revista* hicieron todo lo posible para que la clase dirigente -su clase- comprendiera este modo de ver y de ser de la política internacional, donde el poder era el Poder dado por la fuerza militar, en otras palabras un “Poder Duro”.

Como dijimos Zeballos adhería a la postura belicista “fundamentada” dentro de la estructura de poder dominante. Estaba convencido que solamente una política de enfrentamiento diplomático y de disuasión armamentista, traducido en una mejor y eficaz marina de guerra, era la mejor táctica para “disuadir” al “Otro”. Creemos que la reproducción de un refrán en un artículo de *La Revista* podía describir su postura:

*To fight with everybody,
To take every think*⁶

Asimismo, se publicó un artículo muy interesante por su carácter belicista de H. F. Wyatt, donde el autor se oponía al intento de lograr una

⁶ SISSON, E. D. “Patriotismo y la juventud argentina” En: *Revista de Derecho, Historia y Letras*. t. 6, 1900. p. 585.

disminución de los armamentos, sobre todo después del “Airemicom” de Czar donde se hacía una apología del desarme. Wyatt fundamentaba su postura sosteniendo que solamente la humanidad había logrado avances durante los periodos de guerra. Sólo se lograba el progreso humano cuando:

...la nación ó raza vigorosa continúe, como en toda la historia, expandiéndose y haciéndose más fuerte á expensas de la nación ó raza en decadencia (...) y un estado de estagnación que concluya en la muerte social, sustituirá á un estado progresivo... El único medio que nos revela la experiencia pasada con un pueblo vigoroso ha suplantado á otro más débil, ha sido la guerra, sin la que el cambio y movimiento hubieran cesado ...el mantenimiento y aumento de las fuerzas militares y navales del pueblo británico, eran no solamente necesidades vitales sino fuertes deberes morales de subida importancia porque se nos había dado por nuestra historia la obra y misión, quizás más altas que jamás se señalaron á un pueblo. ⁷

Interesante, Wyatt se refería así al pueblo británico y su “misión en el mundo” y el papel de la guerra como instrumento en el proceso hegemónico institutivo del imperio británico. ¿Argentina debería imitar a la metrópoli? Recordemos que dicho artículo fue publicado en el año 1899 y que la Argentina estaba enfrentando situaciones diplomáticas complicadas con Chile y con el Brasil en temas territoriales y estratégicos.

Además, Zeballos fue un firme defensor sobre la instauración del servicio militar obligatorio⁸, en los años 1899 y 1904⁹ cuando se debatió esta situación. El mismo Zeballos había sido autor, en 1901, de un proyecto de reclutamiento para la Marina¹⁰, proyecto que tendió a lograr un equili-

⁷ WYATT, H. F. “La guerra como suprema prueba” En: *Revista Derecho...* Op. Cit. t. 3, 1899. pp. 441-445.

⁸ El 11 de diciembre de 1901, tras 11 meses de intenso debate se aprueba la Ley de Servicio Militar Obligatorio, que dotó al ejército de los inmuebles necesarios para tales fines y además el Servicio Militar permitió saber el estado físico de los reclutas y también fue su misión de alfabetizar a los mismos a través de la creación de las escuelas primarias en los cuarteles, cumpliendo así, una muy importante función social.

⁹ El primer desfile importante con los nuevos reclutas fue hecho el 15 de mayo de 1904, donde se tomó juramento a la bandera a los conscriptos. En ese acto fue vitoreado el Cnel. Richeri, a la razón ministro de Guerra del Gral. Roca que premia a Richeri con el grado de General que fue ratificado por el Senado de la Nación el 19 de mayo con el grado de General de Brigada.

¹⁰ Carta publicada de Martín Rivadavia, Ministro de Marina de la República Argentina, donde le agradecía a Estanislao Zeballos el proyecto de referencia. En la misma el ministro le informó de la reducción del presupuesto destinado a la armada. En: *Revista de Derecho...* Op. Cit. t. 9, 1901, pp. 5-8.

brio de poder en la disponibilidad de soldados para resolver posibles situaciones de conflicto y de “disponer de un ejército permanente”.¹¹ Pero la Armada ocupó un lugar muy especial, particularmente porque adhería a los postulados del Almirante Mahan sobre la importancia del poder naval.

Detengámonos un momento en este tema. Alfred Thayer Mahan había sido un celebre almirante de la marina norteamericana, durante gran parte del siglo XIX, falleciendo en 1914. Fue autor de una de las historias navales más famosas de su época y una obra consultada por los más importantes marinos y estadistas del periodo. El centro de su argumentación fue el desarrollo del poderío marítimo que permitió a Inglaterra erigirse en una potencia imperial. El secreto estaba en el dominio de los mares según Mahan, y su finalidad fue mostrar a su país los medios para hacerlo. En su obra defendió siempre la supremacía marítima (Sea-Power) como base del poderío de un país. Además desarrollaba las máximas de la estrategia naval por medio de la historia, de la guerra marítima y de los datos tácticos. Sostienen muchos expertos, que a la citada obra de Mahan debió Estados Unidos su poderío naval y, a ella, quizá, España la pérdida de los restos de su imperio colonial.

¿Pero cuál era el propósito que vio, Zeballos, en la Marina? Lo expresa en el discurso pronunciado en el Instituto Geográfico Argentino el 3 de noviembre de 1884 y publicado con posterioridad por *La Revista* porque, como siempre, en una nota al pie lo que él había dicho, en su momento parecía imposible y en 1904 lo era. Destacaba la importancia que:

*...tiene la creación de una Marina de guerra y de la Escuela Naval Argentina y marchamos muy lentamente hacia la creación de una verdadera Marina de Guerra: nuestro patriotismo nos hace anhelar una poderosa armada; y tenemos apenas un plantel... No nos sorprenda, sin embargo, que una nación que tiene costas tan extensas y cuyo porvenir, como potencia Sud Americana, deberá, sin duda, inmensamente al mar, esté todavía vacilante y atrasada en estas materias. Es que en nuestro país... no hay instinto de navegación.*¹²

Su postura era clara y contundente la falta de marina y el instinto de navegación había que crearlo; pero el tema de los armamentos marcó el

¹¹ DAPRAY, J. A. “Nuestro deber para con nuestros soldados ciudadanos”. En: *Revista de Derecho...* Op. Cit. t. 1, 1898. p. 73.

¹² ZEBALLOS, Estanislao. “Misión de la Marina Nacional en el mar polar del sur”. En: *Revista de Derecho...* Op. Cit. t. 17, 1904. p. 336.

conflicto más álgido, más grave entre Argentina y el Brasil: ese “Otro” cómo fue planteado en *La Revista*. El destino de la Argentina en la cita es evidente para Zeballos: la potencia “regional” solamente debía ser la Argentina y sólo se lograría ello con el apoyo de una armada que respaldara los reclamos y derechos argentinos, su soberanía sobre “todos sus” territorios reales e imaginados.

Reforcemos aún más la postura que Zeballos tenía sobre esta temática. En otro artículo en *La Revista* hizo una reseña de los últimos 50 años de la política exterior de la República Argentina tratando la “desmembración” de Bolivia y del Perú por parte de Chile y del Brasil y los intereses de la Argentina en esas situaciones. Zeballos trasladaba el tema de los armamentos. Sostuvo que algunos países de América Latina dirigían sus políticas de forma agresiva contra otros Estados más débiles, implementando políticas “imperiales”.¹³ Más adelante sostenía: “Pero con decir que esa política ‘imperialista’ es dirigida contra países débiles, se confirma el concepto de que la paz continental no será perturbada por choques entre los fuertes”.¹⁴ Fundamenta su argumento ante los siguientes hechos sosteniendo:

*No han necesitado Chile y el Brasil mejorar ó robustecer su poder militar para aquel fin. Unidos en un plan diplomático, en una especie de alianza, de inteligencias y de intereses recíprocos, sumaban un poder irresistible contra el Perú y Bolivia; y aun los auxiliaba indirectamente el Ecuador contra la primer república... En este estado de las relaciones internacionales vuelve á hablarse en el continente de armamentos. Como es natural, los navales preocupan en primer línea al Brasil, á Chile y á la República Argentina. (...) Sostener que los armamentos son contrarios á los intereses económicos de las naciones, es otro error fundamental, que no puede ser divulgado sin burlarse de la suerte de los pueblos y sin desconocer hechos universales. **Los grandes imperios comerciales contemporáneos son los más eficazmente armados en la paz y los únicos victoriosos en la guerra...** Chile mismo era antes de su victoria sobre la alianza de 1879 un país débil y pobre! Su relativo poder actual es el fruto inmediato de sus éxitos militares ...**Los armamentos, como las escuelas, como la agricultura inteligentemente desarrollada, como las industrias transformadoras y el comercio, son causas de prosperidad nacional;** y los caudales inverti-*

¹³ ZEBALLOS, Estanislao. “Política Internacional”. En: *Revista de Derecho...* Op. Cit. t. 21. 1905 p. 280.

¹⁴ Ididem.

dos en mantener y en fomentar la fuerza organizada, la agricultura, la industria y el comercio, son juiciosa, previsor y patrióticamente gastados (...) **La paz armada es un concepto distinto. Los países suramericanos necesitan armamentos defensivos y ofensivos. Adquirirlos, conservarlos y desarrollarlos en condiciones normales y en armonía con el crecimiento, las necesidades y los recursos de cada Estado, es un acto de buen gobierno, como el de fomentar la ganadería ó la conservación de los bosques...** Esta función conservadora de la administración no puede ser confundida con la paz armada. Ella presupone rivalidades, amenazas, incertidumbres, peligros para la tranquilidad internacional. La paz armada es un estado de guerra latente... Del orden en las finanzas, del reposo administrativo. Son actos de previsión y de economía... La organización de la fuerza militar en tales condiciones en función de gobierno y ejercicio de la soberanía. La medida de los armamentos difiere en cada país según sus recursos y sus necesidades... Pretender y pactar la uniformidad es un acto injusto, porque el país más débil obliga al más fuerte á mantener la fuerza organizada á su nivel; es peligroso, porque el país de mayores responsabilidades es obligado por el que las tienes menores á conservarse en una posición de inferioridad defensiva y ofensiva; es absurdo, porque no se conciben, ni admiten limitaciones á la soberanía nacional, sinó como consecuencias de la derrota ó de la impotencia crónica. Los pactos de equivalencia naval son, pues, una novedad suramericana, que menoscaba tanto el decoro y de los derechos fundamentales de la República Argentina, como de la república amiga de Chile. (...) Que no se denuncien los pactos existentes, pase; pero que se pretenda renovarlos es insostenible. [se refiere a los Pactos de Mayo] Es condenar á la República Argentina á la debilidad, porque el otro contratante es débil; mientras que la situación y las necesidades reales obligan á la República Argentina á vivir como nación fuerte... Este concepto no envuelve peligro alguno para Chile, ni para el Brasil. Nación fuerte no dice nación agresiva, sino simplemente organizada.¹⁵

Como vemos, pensaba que la situación de la República Argentina era distinta a la de Chile. Este último no tenía zonas de conflicto reales, ya que en el norte, Perú no representaba una amenaza. Mientras que la Argentina:

Nuestra política, pues, no obliga, como condición de existencia y de seguridad nacional á adoptar en materia de organización de la fuerza ar-

¹⁵ Idem. pp. 281-286. Las negritas son nuestras.

*mada el programa inglés... Inglaterra debe organizar una fuerza naval superior á la de los dos países [Francia y Alemania] más fuertes y unidos, con quienes pudiera tener conflicto en el futuro... Así se gobierna. Tal es también la situación argentina en materia de armamentos; deben ser tantos y tan poderosos, cuanto a la precaución y la seguridad aconsejen.*¹⁶

La justificación que hizo Zeballos de la necesidad de que Argentina desarrollara una armada de guerra quedó evidente, pero también que solamente la Argentina tenía ese manifiesto. El hegemón en estas latitudes sureñas debería Argentina y ningún "Otro" debería aspirar a ello.

Simultáneamente a las situaciones descritas con respecto a Chile, se suscitaban diversas situaciones con respecto al Brasil que alertaron a Zeballos y a *La Revista*, pero que también impactaron en el Gobierno Nacional. Esta situación tendió a repercutir en el área de la seguridad y en el equilibrio naval. Este nuevo contexto pudo poner a la Argentina ante una grave realidad, sobre todo después de lo establecido en los Pactos de Mayo, donde se limitaba la cantidad de armamentos, entre otras cuestiones. Además, el peligro más grave, desde el punto de vista realista, fue la posible alianza entre Chile y Brasil, que obligaba a un cambio en la política exterior argentina en el sentido de la atracción inmediata de otros aliados, para constituir un "Nosotros" ampliado que en caso de conflicto pudiera hacer frente tanto a Chile como al Brasil. Ese "Nosotros" ampliado daría lugar a lo que Paradiso denomina "sistema 'cruzado' de equilibrios sudamericanos".¹⁷ Obviamente que los "Otros" también comenzaron la construcción de ese "Nosotros".

Las rivalidades argentino-brasileñas se remontaban a un largo tiempo atrás, una herencia del pasado colonial, pasado que fue muchas de las veces utilizado por ambas clases dirigente para fomentar todo tipo de enemistades entre ambos pueblos, sobre todo después de la constitución de los respectivos Estados nacionales o, durante el proceso. En ese momento (de la disolución de la monarquía) compartíamos ambos países con una misma forma de gobierno: la República y con una misma forma de Estado: la Federal.

En realidad la disputa tuvo como fondo la supremacía de la preponderancia regional, preponderancia que hacía que quien la obtuviera rompiera, por ese mismo hecho, el propio equilibrio de la región. Esa disputa

¹⁶ Idem. p. 285.

¹⁷ PARADISO, José. *Debates y trayectoria de la Política Exterior Argentina*. Ed. GEL. Buenos Aires, 1993. p. 38.

enfervorizó los espíritus nacionalistas y por lo tanto el imaginario nacionalista de ambos pueblos. Como siempre dentro de la clase dirigente, e igual que con respecto a la situación con Chile en ella hubo dos grupos bien diferenciados: los que se identificaban con planteamientos del tipo realista y los reconocidos con el pacifismo que resaltaban las posibilidades y las ventajas de una cooperación entre los dos países de Sudamérica¹⁸ y apostaban a un desarrollo intenso del comercio entre ambos Estados.

Los conflictos con Chile postergaron el enfrentamiento con el Brasil, pero a la firma de los Pactos de Mayo y con la asunción en la Cancillería Brasileña del Barón de Río Branco se reanudó con nuevo brío la política expansionista y estratégica brasilera. Además, Zeballos estaba convencido que en los planes del nuevo Presidente brasileño (1902) doctor Rodríguez Alvez la constitución de una moderna armada sería un tema prioritario en su agenda dado que había asumido con el programa siguiente: “resurgimiento político y militar del Brasil”.¹⁹

El origen de este conflicto puede rastrearse en la promulgación de la ley de armamentos navales del Brasil del 14 de septiembre 1904, que ya contaba con media sanción, como quedó evidenciado en *La Revista*, donde en un artículo de la publicación del mismo año, Zeballos comentaba la presentación en el Congreso Federal del Brasil de un proyecto de ley autorizando el gasto de 10 millones de libras en la construcción de escuadras de mar modernas. Como dijimos, ante esta situación es donde se comenzó a manifestar el Brasil como el “Otro”. El proyecto ordenaba según Zeballos la construcción de tres acorazados del tipo Battle Ships Admiral Class de 12 y 13 mil toneladas y una flota de cazatorpederos de alta mar. Comentó en su artículo que el “...asunto asume los caracteres serios de las cuestiones de Estado”.²⁰

Como sostiene Luis S. Sanz, entre las personalidades que más contribuyeron a movilizar los espíritus para enervar la acción que se consideró agresiva por parte del Brasil, encontramos al doctor Estanislao S. Zeballos.²¹

En la parte que a continuación citamos del artículo de Zeballos podemos observar ese paso de una otredad a otra y de las evaluaciones que el

¹⁸ Idem. pp. 38 y 39.

¹⁹ ZEBALLOS, Estanislao. “Armamentos navales del Brasil”. En: *Revista de Derecho...* Op. Cit. p. 612-621.

²⁰ ZEBALLOS, Estanislao. “Armamentos navales...” Op. Cit. p. 289.

²¹ SANZ, Luis 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. p. 332.

doctor hizo sobre la hegemonía de las potencias por su excesivo acento en los intereses comerciales.

*El tratado argentino-chileno somete á arbitraje, sin reserva alguna, todas las cuestiones que puedan suscitarse de cualquiera naturaleza que sean. Son, pues, inconsecuentes las potencias europeas al hacer presión en Sur América en favor de tratados que ellas rechazan cuando se trata de sus propios intereses. La inconsecuencia tiene su explicación. Las potencias no reconocen á los países suramericanos sino un concepto benévolo de soberanías limitadas por el deber de producir dividendos para los capitales extranjeros y propios. Estos países no deben tener ideales futuros, ni largas vistas políticas, ni armamentos, ni seguridad nacional, ni política exterior previsor y activa. Eso alarma y perjudica al comercio. Nosotros debemos producir dividendos y trabajar sin levantar la frente del surco. (...) Queda reservado á los pueblos altruistas, desinteresados, que no tienen comercio que cuidar y desarrollar, ni hombres ricos á quienes alarman, ni lágrimas que verter, el derecho de cultivar una política exterior previsor y de hacer la guerra por quítame estas pajas, con el nobilísimo, insospechable y exclusivo anhelo de redimir, educar y civilizar á los pueblos bárbaros. Estados Unidos en Filipinas, en Cuba y en Puerto Rico; Inglaterra en las repúblicas sudamericanas; Rusia en Manchuria, no derraman sangre humana, ni comprometen la paz, ni el comercio, ni la riqueza de sus pueblos, ni de los pueblos vencidos. No! Ellos son simplemente redentores! La República Argentina, al contrario, no debe tener poder militar, ni política, ni influencia exterior. No es una nación! es una semi-soberanía, una máquina de producir intereses... El Brasil, país cuyas clases superiores son cultísimas (...) no duerme siempre, sin embargo, y reivindica el derecho de pensar y de obrar como las potencias europeas en materia internacional. **O Brazil, dice una periodista eminente en O Paiz, carece de uma esquadra que satisfaça as suas aspirações legítimas e nombres, e surge que essa esquadra deixe de ser uma preocupação para ser uma realidade!**²²*

Como observamos, criticaba a las potencias por sus fines comercialistas, pero también dejaba entrever que estos “comerciantes” tenían acólitos en este apartado lugar del mundo ya que eran estos comerciantes los que se oponían a la defensa de los “intereses de la nación” porque preferían los beneficios de los intereses del lucro.

²² ZEBALLOS, Estanislao. “Armamentos navales...” Op. Cit. 290-293. Resaltado en el original.

Consideraba que las relaciones entre los dos países debían ser cordiales porque la Argentina y el Brasil estaban llamadas a ser las dos grandes potencias continentales del hemisferio sur antes de cincuenta años.²³ ¿Para qué quiere Brasil estos armamentos? se preguntaba: por dos razones: “para reorganizar su poder naval... punto de amor propio nacional!!”.²⁴ Obviamente pensaba en los postulados del almirante Mahan. Opinaba que: era justificable por la extensión de su territorio y la necesidad de protegerlo. Pero como toda justificación debía tener un límite o medida razonable, afirmaba:

Un país necesita la fuerza militar por motivos de política interna y exterior... Pero los armamentos decretados son excesivos con relación al servicio de guardia de costas é instrucción de sus planteles navales. La actitud parlamentaria no es solamente defensiva y conservadora. Se ha pensado también en construir una fuerza superior á todas las flotas suramericana reunidas y que ocupe el séptimo rango entre las potencias marítimas. La consecuencia lógica y racional es esta: el congreso brasileño mira más allá de la seguridad de sus costas y formación de sus planteles. Construye un poder naval defensivo y ofensivo. (...) En otros términos: responde á ideales de orden local y de orden internacional. (...) Estos son determinados siempre por la posición geográfica y estratégica de las naciones; y el Brasil se encuentra ubicado entre las grandes potencias al norte y la República Argentina al sur. (...) Hago justicia al buen sentido de sus estadistas afirmando que aquellos armamentos no han sido votados en previsión de complicaciones con los Estados Unidos ó con alguna potencia europea. Atribuirle semejante plan sería imputar una insensatez al Brasil. Sus caudales serían arrojados al mar; porque ni su proyectada flota, ni ella unida á las de nuestro país y á la de Chile, podría medirse con éxito con tales adversarios. Seríamos rápidamente aplastados. Solamente los espíritus pueriles se entretienen en soñar coaliciones suramericanas contra los colosos del otro hemisferio que, además de su fuerza organizada, nos venden el carbón, el hierro, la pólvora, los proyectiles y la vitualla para las naves de guerra!... (...) El Brasil no se arma extraordinariamente, pues, teniendo en vista posibles choques con las potencias del norte. Se arma para superar la fuerza naval argentina, que ahora es superior á la suya en el sur. He ahí el estímulo de su previsión internacional. (...) Sola-

²³ Idem. p. 293.

²⁴ Ibidem.

mente los que ignoren en las cosas de Sur América pueden dudar de que donde hay un brasileño está un chileno y viceversa, porque estas dos naciones han respirado durante cincuenta años en una atmósfera solidaria de defensa común y de hostilidad respecto de la República Argentina. Solamente los políticos de aldea pueden creer que estas preocupaciones tradicionales y sociales se disipan en el acto, por obra de encantamiento y de alquimia política, suscribiendo pactos y vertiendo discursos banales á porfía! Esa íntima situación internacional subsiste y es de deber de lealtad reconocerlo sinceramente! (...) El Brasil no se arma, pues, exageradamente para atacarnos; sino simplemente para precaverse y superarnos! (...) El Brasil no ha estado satisfecho durante todo el período de nuestra supremacía naval. Pero estaba tranquilo, porque frente á nuestra escuadra aparecía la de Chile, y esta circunstancia garantizaba su seguridad. La vida de las naciones modernas no es la de una Arcadia. Es de choque de intereses, de peligros y de sabias previsiones! Los países que por cobardía del espíritu público ó por lirismo de sus estadistas hayan soñado que les es posible vivir fuera de la regla universal, es decir, sin armamentos proporcionados, harían bien de abdicar de una vez su soberanía ingresando como colonias inermes de las grandes potencias... Pero los pueblos viriles, por más mercantiles que sean -Estados Unidos, Alemania é Inglaterra lo enseñan- debe aceptar resueltamente las cargas pecuniarias y la labor que la militarización de los tiempos les imponen, sin más limitaciones que las del criterio racional aconsejadas por sus recursos y por sus necesidades. Ante esta situación, a la Argentina no le queda otra alternativa a proceder preventivamente. Pero si la actitud previsora del Brasil nos obliga también á preveer, ¿es razonable abrir una nueva **steeple chase** de paz armada sur americana?... Los armamentos navales deben tener un límite: el de las necesidades reales, eliminando cálculos de peligros ó de agresiones futuras. Ni el Brasil necesita la formidable armada que ordena, ni nos conviene seguirlo en el **in promptu!** Pienso que las dos naciones deben desarrollar sus flotas, siguiendo un plan premeditado, metódico, gradual y en armonía con las exigencias del presente y el crecimiento nacional sucesivo. Adoptar un plan naval con estas bases sería tan razonable en el Brasil como aquí. Pero no lo será hincharnos demasiado olvidando la fábula de la rana. (...) no podemos permanecer inactivos. La diplomacia debe moverse y no tiene sino tres caminos, á saber: 1º Negociar directamente con el Brasil un plan de desarrollo naval proporcionado, económico y racional que elimine todo el peligro recíproco actual ó futuro. 2º invitar á Chile, en nombre de la leal-

*tad debida á los pactos de mayo, á influir conjuntamente con la República Argentina, sobre el gobierno del Brasil, para que desista de lanzar á la América del Sur en una nueva era de armamentos formidables, que no se armonizan con las necesidades reales, ni con los planes ostensibles de su actual política internacional. 3º O denunciar el pacto argentino-chileno de limitación de armamentos, y usar del derecho que invoca **O Paiz** de Rio de Janeiro, citado, nacido de “**nossa propria situação de naçao marítima, assentada n’um litoral em que se abre infinidade de portos que sao e serao cada vez mas procurados por navios de todas as nações. A policia dessas costas e a protecção a nossa badeira mercante, justificariam a organização de uma esquadra, si nao fosse verdade que nao nos desempeharemos de nosso primordial dever se deixassemos de possuir os elementos indispensaveis a defesa no mar, que e -conforme procedermos-a nossa maior força au a nossa principal fraqueza**” (...) Prefiero el primer camino (...) Pero si el Brasil no nos escuchase, ¿se resistiría á satisfacer la sugestión colectiva argentino-chilena? ¿Se negaría Chile á honrar de esa suerte su propia política de limitación de armamentos?*²⁵

Nuevamente Zeballos volvía sobre los Pactos de Mayo y los relacionaba con esa situación, señalando:

*Si tal sucediera nuestro país recibiría una grave advertencia, y los acontecimientos habrían justificado plenamente á los que en la tribuna, en la prensa y en el congreso combatimos aquellos pactos de limitación de armamentos, no como ideal humanitario y económico, sino porque tendían á debilitarlos y á crearnos una peligrosa situación de inferioridad internacional”*²⁶

Indudablemente que el sector comercial perdía en una situación de conflicto real, ya que un enfrentamiento bélico entorpecería el normal desarrollo del comercio legal. Pero, en una situación de continuo conflicto también el sector comercial ganaba, sobre todo el que estaba dedicado al comercio de armamentos o, que podía de alguna forma beneficiarse con una situación conflictiva. Los reales ganadores en términos comerciales seguramente serían aquellos astilleros donde se construirían las armadas de “Unos” para el equilibrio de los “Otros” y, del equilibrio del “Otro” para el equilibrio de los “Unos”. Esta situación que muchas de las veces pareciera no tener fin, es lo que podemos denominar como el gasto que significaba

²⁵ Idem. pp. 294-299. Resaltado en el original.

²⁶ Idem. pp. 299-300.

ese ejercicio de Poder: “hacerle hacer al ‘Otro’ lo que uno quiere que haga”. Zeballos advirtió esta posible situación, ya que fue consciente que países como los del Cono Sur no tenían los recursos suficientes para solventar semejante escalada bélica. A pesar de esto, en el artículo de referencia concluyó que la única solución ante esta situación era la inmediata derogación de los Pactos de Mayo además de armar una flota con la que Argentina pudiera hacer frente a la brasilera. Si ese proyecto prosperaba, significaba, en ese momento, la guerra con el Brasil.

En realidad la totalidad del proyecto brasilero contemplaba un programa de adquisiciones navales de tres acorazados, seis cazatorpederos, tres submarinos, un carbonero y un navío escuela. Años más tarde y ya Zeballos a cargo de la Cancillería Argentina, el Brasil aumento el tonelaje de los 13 mil originales a los 19 mil, con la adquisición de los famosos “dreadnaughts”. Además, se complicó la situación cuando el ejército brasilero decidió aumentar el número de sus efectivos, creando nuevas brigadas de infantería, regimientos de artillería, batería de obuses, batallones de cazadores, etc.²⁷

El gobierno argentino instruyó a su cuerpo diplomático para tratar de lograr la equivalencia naval. Para ello procuró que el Brasil dividiera con la Argentina la escuadra que construía en Europa. 1908 fue el año más álgido de nuestras relaciones con el Brasil sobre el tema de los armamentos.²⁸

Esa clara identificación de Zeballos con la necesidad de dotar al país de una escuadra digna, lo lleva a ir incorporando en *La Revista* al Comandante Augusto A. Maligne, que a partir de 1910 fue un activo colaborador de la publicación, escribiendo sobre temas militares. Es justamente en su primer artículo donde destaca las particularidades tácticas que podría tener el “aeroplano” sosteniendo que: “... los aeroplanos son instrumentos de guerra. Y esto es tan cierto que, en Francia, su patria, sus inventores y sus patrocinadores han considerado en ellos, después del ‘avión’ en sí, sobre todo sus aplicaciones militares”.²⁹ Maligne continúa con numerosos artí-

²⁷ SANZ, Luis S. “Historia Argentina...” Op. Cit. p. 335.

²⁸ Por la enérgica respuesta dada por Zeballos frente a la Cancillería Argentina la solución del mismo y cuyo desenlace significó, a la postre, la renuncia de Zeballos a la Cancillería el 21 de junio de 1908, fruto de la presión del grupo pacifista y de la renuencia del gobierno de llevar el enfrentamiento con el Brasil hasta las últimas consecuencias. Figueroa Alcorta prefirió una salida negociada diplomáticamente.

²⁹ MALIGNÉ, Augusto. “Aplicaciones militares del aeroplano”. En: *La Revista...* Op. Cit. t. 35. 1910. p. 49.

culos referidos a esta temática contribuyendo a divulgar en lenguaje común elementos y temáticas específicas del ámbito militar. Esa fue la misión estratégica en esta publicación civil.

Desde mediados de 1908, se intensifican los artículos sobre los cambios y las perspectivas del escenario internacional y el posible enfrentamiento entre la Gran Bretaña y el Imperio Alemán con su nueva armada imperial. Los artículos desde esa fecha hasta 1914 van describiendo como el tema se va convirtiendo, paulatinamente, en un conflicto real y tangible. Conflicto que se verá será el enfrentamiento de dos posturas antagónicas en la concepción y construcción del “Poder Duro”, la postura Mahaniana y la posición Mackinderiana; pero la manifestación y construcción de ese “enfrentamiento”, lo dejamos para un próximo análisis.

La presentación de estos sucesivos y a veces simultáneos “conflictos” en *La Revista* significaron que cuando una colectividad se siente agredida, real o ficticiamente, desde el exterior, su clase dirigente representada por el Estado, pone en movimiento todo un rico dispositivo e ingenio de imaginarios sociales con los fines de movilizar las energías de sus miembros, de reunir y guiar sus acciones para lograr que los ciudadanos den, cuando se lo requiera, lo más valioso que poseen: su vidas. Para que ello suceda, fue y es necesario publicaciones que cumplan un cometido esencial: la perfusión de crear en el imaginario la existencia de un conflicto real y simbólico con el “Otro”.

1884: UN AÑO EN LA VIDA UNIVERSITARIA DE JOAQUÍN V. GONZÁLEZ

*por Félix A. Torres **

Resumen: En el contexto de la actividad académica en la Facultad de Derecho, el autor da a conocer los distintos perfiles que Joaquín V. González desarrolla en su vida como alumno, docente secundario y joven poeta con aspiraciones de que se conozca su incipiente producción literaria. Aspectos poco conocidos del gran pensador riojano, entre ellos su correspondencia con Enrique Rivarola, aparecen aquí a la luz de documentación inédita.

Palabras claves: Joaquín V. González – Biografía – Universidad de Córdoba – Escuela Normal - Historia Argentina – Educación – Siglo XIX.

El 15 de marzo de 1884 González se inscribió en la facultad para cursar el cuarto año de Jurisprudencia¹; la cantidad de alumnos matriculados apenas alcanzaba a diecisiete, sobre un total de noventa y dos que estudiaban por entonces en la carrera de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba².

El presupuesto de la facultad para todo ese año tenía previsto una planta docente de once profesores, con un sueldo anual de 155 pesos nacionales cada uno. Esto significaba, de acuerdo con el informe previo del de-

* Licenciado en Historia. Investigador del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Córdoba.

¹ A.U.N.C., Libro de Matrículas n° 2, 1805/1888, folio 132 vuelto, firmada la inscripción por el decano Dr. José Echenique.

² A.U.N.C., Documentos de Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Tomo n° 42, 1880 – 1889, folio 152 recto.

³ Ibidem, folio 60 recto, informe del 9/4/1883.

cano Echenique, un incremento “teniendo en cuenta la categoría del empleo, las tareas que diariamente se aumentan más y más para el profesor, el tiempo que debe emplear en sus estudios y los trabajos continuos inherentes a su carácter”.³ De esta forma el decano equiparaba los sueldos con los de los profesores de la Facultad de Ciencias Médicas de Córdoba y sus homólogos de Derecho en Buenos Aires, desarrollando “un principio de igualdad que tiende a hermanar en todos sus detalles a institutos del mismo género que siempre deben marchar uniformes”⁴. También se incrementó el sueldo del Secretario de la facultad a pesos nacionales 111,60 completando los gastos el salario del portero que era de 25 pesos nacionales y 20, de la misma moneda, para gastos generales. De esta forma el total de erogaciones de la facultad llegaba a pesos nacionales 1.861,60 centavos para el año académico en curso⁵.

En el memorando que acompaña al presupuesto, el decano destaca “la marcha próspera de la facultad”, a través del número de estudiantes matriculados –noventa y dos en total- y por la cantidad de exámenes recibidos. Señala también que la asistencia a clases se realizó con “toda regularidad, lo que no es de extrañar si se tienen en cuenta la severidad con que se procede en este punto. En el año que nos ocupa, no figura ningún alumno con pérdida de curso”, afirma el decano⁶. A continuación le comunica al rector sobre la cantidad de evaluaciones recibidas, las que llegan “a la respetable cifra de 118”, discriminadas de la siguiente forma: Tesis en Derecho Civil 20; Exámenes Generales 8 y Exámenes parciales 90. También le informa que la facultad realizó veintiún sesiones de su Consejo Académico, en las cuales el tema que más tiempo y veces se trató fue el de presentación y examen de los programas de estudio⁷.

En ese informe el decano Echenique le solicita al rector la creación para el próximo año académico, de una cátedra de Historia del Derecho. Fundamenta el pedido en que de acuerdo al plan de estudios vigente, la Historia del Derecho, Legislación Comparada y Derecho Civil, están reunidas en una misma cátedra. Debido a la importancia que tiene cada una de estas materias, el decano considera que era de “todo punto imposible que un solo profesor y en una sola asignatura, pueda enseñarlas, no digo de una

⁴ Ibidem.

⁵ Ibidem, folio 62 recto.

⁶ Ibidem, folio 152 recto.

⁷ Ibidem, folio 154 recto.

manera perfecta, sino ni siquiera mediana”⁸. Seguidamente señala que en todas las facultades donde existe una cátedra de Historia del Derecho, ésta es “considerada y con razón como una asignatura que debe enseñarse por separado”⁹. El decano continúa diciendo que –sin ánimo de entrar en largos razonamientos- cree conveniente establecer esa cátedra porque “basta tener en cuenta que el estudio del desarrollo de la Humanidad conforme con las **leyes** que indica la Filosofía de la Historia, desarrollo que se manifiesta por la **triple ley** de la unidad de las oposiciones y del concierto”, justifica por si solo un estudio especial como unidad temática¹⁰.

Debemos señalar que estos considerandos que conforman el discurso del decano, son propios de una concepción positivista de la Historia del Derecho y de la Filosofía, teoría en boga durante esos años en las universidades argentinas; la influencia spenceriana en la cosmovisión de las ciencias sociales queda, una vez más, puesta de manifiesto. Pero más adelante en el mismo informe, el decano se refiere al atraso cognoscitivo que existía en los textos de la “biblioteca nacional” –actual Biblioteca Mayor- que se encontraba sin actualizar en lo que respecta a libros destinados a abordar el movimiento científico contemporáneo. En ese sentido hace la siguiente precisión: “Las ciencias sociales como la filosofía, la historia, la política y la economía social, etc., presentan en estos últimos tiempos **grandes afinidades con las ciencias físicas y naturales, llegando hasta el punto de adoptar para ellas el método de observación y de experiencia que las ha hecho tan fecundas**”¹¹. La frase del más puro positivismo comteano, es reveladora de la hegemonía que ese sistema filosófico iba logrando en la formación universitaria de Córdoba. Continuando con su informe, Echenique señala que “nuestra biblioteca nacional tal como se encuentra al presente, no responde al movimiento científico que se desarrolla actualmente en el mundo”¹². En consecuencia le solicita al rector la creación en la Facultad de Derecho, de una biblioteca propia dependiente de esa unidad académica y “a semejanza de las demás facultades de nuestra universidad y de la de Buenos Aires”¹³. De esta forma –prosigue- la facultad podría disponer para el aprendizaje de sus alumnos de “todos los progresos de las ciencias que

⁸ Ibidem, folio 155 recto.

⁹ Ibidem.

¹⁰ Ibidem. El subrayado es nuestro.

¹¹ Ibidem, folio 156 recto. El subrayado es nuestro.

¹² Ibidem.

¹³ Ibidem.

enseña y hasta hacerles conocer, si fuera posible, su última palabra”¹⁴. Finalmente concluye recordándole al rector que el Congreso Nacional ha votado para el presupuesto de 1885, una partida destinada a la creación de bibliotecas en las distintas facultades del país¹⁵.

A comienzos del año hubo designaciones de profesores por parte del gobierno nacional, de acuerdo a lo estipulado para el ámbito universitario, por la legislación vigente. De esta forma fueron nombrados los doctores Telasco Castellanos en la cátedra de Introducción al estudio del Derecho, Alejandro Vieira en la de Derecho Internacional, Ramón T. Figueroa en Derecho Constitucional y Justino W. Juárez para dictar la de Derecho Canónico. Estos nombramientos fueron comunicados por el rector Natanael Morcillo al decano José Echenique por nota del 13 de marzo¹⁶.

A través de nuevas designaciones de profesores realizadas a mitad del año lectivo, podemos observar las consecuencias académicas del conflicto ideológico que se venía dando a nivel educativo, entre los sectores católicos tradicionalistas y los liberales que, por entonces, tenían el poder político nacional y provincial. En efecto, por resolución del Ministerio de Justicia, Culto e Instrucción Pública de la Nación, el presidente Roca separó de sus cargos a los profesores de Derecho Rafael García, Nicéforo Castellanos y Nicolás Berrotarán. El fundamento de la medida fue que estos docentes han “hecho pública manifestación de ideas y propósitos **subversivos contra las leyes y las autoridades de la Nación**, y no siendo conveniente que continúen al frente de la instrucción pública quienes de tal manera desconocen la vigencia de las leyes y combaten los principios más elementales de la civilización y del buen gobierno, que están en el deber de sostener y propagar”.¹⁷ En esas vacantes se designó a los siguientes catedráticos: en Derecho Civil al Dr. Natanael Morcillo, en Derecho Penal y Comercial al Dr. José del Viso y en Derecho Romano al Dr. Angel Sosa¹⁸. Todos referentes ideológicos del partido liberal de Córdoba, y firmes apoyos a la política llevada a cabo por la elite gobernante en la década del 80.

El término “subversivo” con que el ministro Eduardo Wilde calificaba las ideas de los profesores separados de sus cargos, se aplicaba a los principios sostenidos por la Iglesia Católica de entonces, que llevaba ade-

¹⁴ Ibidem.

¹⁵ Ibidem.

¹⁶ Archivo Facultad de Derecho (A.F.D.), Libro de Notas, Pruebas de cursos, Varios, 1876 – 1885, folio 43 recto. El subrayado es nuestro.

¹⁷ Ibidem, folio 47, Resolución del 3/6/1884.

¹⁸ Ibidem

lante una lucha frontal contra el pensamiento liberal vigente en Europa. De acuerdo con Tedesco esos principios estaban contenidos en el Syllabus¹⁹, y a los cuales la Iglesia debía combatir, incluyendo entre ellos “la libertad de prensa, el control estatal de la enseñanza, la libertad de cultos, etc”²⁰. Los últimos nombramientos de profesores en la facultad durante este año, fueron realizados en el mes de julio, oportunidad en que el Poder Ejecutivo designó al Dr. Santiago Cáceres en la cátedra de Derecho Romano y al Dr. Pedro N. Garzón en la de Derecho Canónico²¹.

II

Mientras esto ocurría en el ámbito oficial, sabemos por una carta de González a Enrique Rivarola que nuestro estudiante estuvo hasta ese momento –19 de abril- preparando su examen “de cuarto año de Derecho”, que debía rendir ese mismo día a las tres de la tarde. Allí también le informa que recibió un ejemplar de la última novela de Julio Llanos, un escritor conocido de Rivarola quien intercedió para el envío del obsequio. A raíz de que el amigo santafecino le pide una opinión sobre el libro remitido, González le escribe que la novela “es un género por el cual tengo pocas simpatías, aunque no he dejado de estudiarlo con igual empeño que a los demás”, admite que todavía no leyó la obra debido a las obligaciones del estudio. Le confiesa que en esos momentos su estado de ánimo previo al examen, es de temor por el resultado, y concluye diciendo que “el susto me arranca la pluma de la mano. A las tres de la tarde *j’aurai la tête tranchée*”, [“tendré la cabeza rebanada”]²².

Días después de escribir esta carta González solicitó al decano “una dispensa de curso material [de las asignaturas] por el término *maximun* de dos meses”. El motivo del pedido era un telegrama enviado por su madre para que viajara en forma urgente a La Rioja; además –argumentaba González- del “estado quebrantado de [su] salud”, que le obligaba a un descanso en sus tareas universitarias y particulares. Del total de la licencia requerida, diez días los necesitaba solamente para el viaje de ida y vuelta a

¹⁹ SYLLABUS, Colección de proposiciones que para la religión católica, contienen los errores modernos condenados por el Papa Pío IX en 1864.

²⁰ JUAN CARLOS TEDESCO, *Educación y sociedad en la Argentina (1880-1945)*. Buenos Aires: ED. SOLAR, 1986, pág. 127.

²¹ A.F.D., Libro de Notas... 1876 – 1885, folio 55 recto, nota del rector al decano Echenique del 5/7/1884.

²² RAFAEL ALBERTO ARRIETA, “Cuatro cartas de Joaquín V. González...”, Córdoba, 19/4/1884, Boletín de la Academia Argentina de Letras, Buenos Aires, 1949 N° 70, pág. 554.

su provincia. La solicitud fue considerada y aprobada por el Consejo Académico en la sesión del 8 de mayo de 1884²³.

Superado el trance que motivó la licencia, González agregó a sus actividades de estudiante, periodista y poeta novel, la tarea docente como profesor de Historia, Geografía y Francés, en la recientemente inaugurada Escuela Normal de Córdoba²⁴. Esta institución educativa que inició sus actividades en junio de ese año, fue duramente cuestionada unos meses atrás –antes de abrir sus puertas- por el Vicario Capitular de Córdoba Gerónimo E. Clara, acusándola mediante una pastoral de auspiciar la religión protestante que profesaban sus autoridades docentes de origen norteamericano. El documento religioso de Clara impedía a los católicos cordobeses enviar sus hijos a la escuela en cuestión, “leer los periódicos **El Interior** –donde escribía González-, **La Carcajada** y **El Sol de Córdoba**, y recriminaba a los profesores de la Facultad de Derecho (...) por haber aceptado una tesis doctoral sobre ‘los hijos adulterinos, incestuosos y sacrílegos’ ”, en obvia referencia a la tesis de Ramón J. Cárcano.²⁵ La réplica del Gobierno Nacional no se hizo esperar, y fue a través de una severa crítica del ministro Eduardo Wilde a la pastoral del obispo reclamándole el acatamiento a las autoridades civiles.²⁶ Sectores católicos tradicionalistas salieron en defensa de Clara, lo que no fue óbice para que el presidente Roca lo destituyera del gobierno de la Diócesis el 6 de junio de 1884, resolución que fue desconocida por el Cabildo Eclesiástico de Córdoba²⁷. Lo que sin duda alguna acentuó el nivel de conflicto entre las autoridades nacionales y la Iglesia Católica cordobesa. Esta situación de tirantez se descomprimió cuando el nuevo Obispo Capistrano Tisera arribó a la capital mediterránea en los primeros días de julio. Este franciscano “de carácter apacible”²⁸ -lo contrario de su antecesor- aportó lo suyo para mejorar el estado de cosas y llegar a un acuerdo con el Gobierno Nacional.

²³ A.F.D., Tomo 8 A – Certificados y Solicitudes. 1884 - 1885, folio 3 y 4 recto.

²⁴ Ver “Escuela Normal Superior ‘Alejandro Carbó’ Su historia”; trabajo inédito del Profesor PEDRO LINO MARTÍNEZ, Córdoba, s/f; EDUARDO PETTORUTI, “Síntesis cronológica de la vida y la obra de Joaquín V. González”, en Revista de la Universidad, Publicación de la Universidad Nacional de La Plata, N° 17, enero – diciembre, 1963.

²⁵ JUAN CARLOS TEDESCO, op. cit., pág. 128-129.

²⁶ EFRAIN U. BISCHOFF, *Historia de Córdoba. Cuatro siglos*. Buenos Aires, Edit. Plus Ultra, 1995, pág. 322 y 323.

²⁷ Ibidem.

²⁸ Ibidem.

Mientras tanto, la Escuela Normal continuó con sus actividades cotidianas, a cuyo plantel docente sumó los mejores conocimientos el joven González, que de esta forma demostró a la nueva escuela su firme apoyo, como así también a la filosofía que impulsó su creación y a las autoridades nacionales en el conflicto con la cúpula religiosa.

El propio González relata su paso por esta institución educativa, en un reportaje que le hizo en 1915 la revista *Caras y Caretas*. Relata allí que las alumnas “eran en su mayor parte, señoritas de la distinguida sociedad cordobesa”²⁹, entre las que se contaban Cristina Morcillo, Urbana Casas, Victoria Casas, Delfina Savio, Catalina Moyano Mendoza, Clara Olmos, Martina Fierro, Rosalía Olmos, etc., etc.³⁰ El joven profesor de Historia creyó que sus alumnas tenían la disciplina acorde a la enseñanza de la época, pero se encontró con que aquellas no respondían a sus preguntas, “y todas manifestaban el más agresivo disgusto”.³¹ Allí se dio cuenta que el problema radicaba en el profesor anterior que, según González, era “un viejo zorro que entendía la Biblia, las pasaba muy bien, porque entretenía a (...) [las alumnas] en la clase de Historia con cuentos de las Mil y Una Noches (...) y de historias que a nadie preocupaban”.³² González en cambio, comenzó a dictar su cátedra intentando “hacer entrar por la senda de la Historia verdadera, Griega, Romana y Edad Media”, a quienes hasta ese momento se entretenían “con narraciones fantásticas” contadas por el profesor recientemente jubilado, al que González vino a sustituir. Para las clases utilizaba los textos de Víctor Duruy y César Cantú, que eran en esa época los “caballitos de batalla” que usaban los docentes de Historia en la enseñanza secundaria³³.

Con respecto a las otras materias que dictaba –Geografía y Francés– no tuvo mayores problemas, por cuanto su antecesor no encontró con que fantasías reemplazar el nombre de los accidentes geográficos, como así tampoco a “los verbos, ni declinaciones del idioma de Molière...”³⁴.

González debió mantener el dictado de las cátedras en la Escuela Normal, mientras permaneció en Córdoba hasta el año 1886. Esto se desprende de una información de Angel F. Avalos citada en la monografía in-

²⁹ JOAQUÍN V. GONZÁLEZ, O.C., Tomo XXIII, pág. 143.

³⁰ PEDRO LINO MARTÍNEZ, op. cit., pág. 30.

³¹ JOAQUÍN V. GONZÁLEZ, op. cit., pág. 144.

³² Ibidem.

³³ Ibidem.

³⁴ Ibidem.

édita del profesor Pedro Lino Martínez, donde dice que “en 1885 (...) [la Escuela] comprende ya la enseñanza de tres años del Curso Normal, con el mismo personal docente de 1884 y aumentando aún ...”³⁵.

A pocos días de iniciada su actividad docente, González le escribe a su amigo Enrique Rivarola preguntándole a que se debe que no haya contestado sus últimas cartas;³⁶ también le solicita el envío –porque “los necesita mucho”– de los originales de *Canto a las Provincias de La Rioja y Catamarca*, publicado el año anterior (1883). Al tiempo que le pide su colaboración literaria para un almanaque anual editado en Córdoba por Luis Santillán Velez. El interés del joven estudiante por publicar algo de su producción poética en Buenos Aires, queda de manifiesto cuando le dice al amigo: “Si cree que mis aptitudes literarias pueden permitirme colaborar en algún periódico de esa Capital, sírvase indicarme para remitirle a Ud. o a los Directores respectivos, ya sean correspondencias, ya uno que otro trabajo que pudiera hacer”.³⁷ La admiración que sentía González por el escritor rosarino que, según él mismo lo honraba con su amistad, se expresa en este párrafo: “Espero su contestación, con los originales pedidos, con un sí de que colaborará en el almanaque, y con alguna de esas bellas observaciones literarias que suelen adornar sus cartas”.³⁸

El año 1884 se caracteriza por una buena producción poética de González, es así que publica los poemas *Mirando al cielo*, *Resurrección* y *Canto a la libertad de conciencia*³⁹ que, como los editados el año anterior, no fueron incluidos nunca en un libro que les diera la unidad literaria que ellos expresaban. Su hijo Julio nos dice que los leyó en un “álbum de recortes encontrados entre sus papeles íntimos”,⁴⁰ guardados celosamente en calidad de recuerdos de un tiempo juvenil transcurrido en Córdoba, cuando aún soñaba con publicar esas expresiones de su espíritu romántico, en los medios de la gran ciudad. Por entonces no vaticinaba un futuro donde su producción intelectual, en cantidad y calidad, llegaría a formar parte principal en la historia de la cultura argentina.

³⁵ PEDRO LINO MARTÍNEZ, op. cit., pág. 29.

³⁶ RAFAEL ALBERTO ARRIETA, op. cit., pág. 556–557, carta a Enrique E. Rivarola del 11/6/1884.

³⁷ Ibidem.

³⁸ Ibidem.

³⁹ EDUARDO PETTORUTI, op. cit., pág. 181.

⁴⁰ JULIO V. GONZÁLEZ, “El místico de Samay Huasi”, en O. C. de Joaquín V. González, Tomo XXV, pág. 142.

En cuanto a la actividad específica de González como alumno, conocemos datos acerca de su asistencia a distintas materias cursadas en el cuarto año. Así sabemos que en Derecho Comercial tuvo 37 faltas sobre un total de 89 clases, todas con causa; ⁴¹ al curso de Economía Política dictado por el Dr. José Echenique no asistió a 18 clases, de un total de 87, también justificadas; ⁴² en la asignatura Derecho Civil cuyo profesor era el Dr. Natanael Morcillo, González faltó once veces sin aviso, y cuatro con aviso. ⁴³ Tampoco tuvo buena asistencia a las “funciones de Previas y Tesis” de ese año, a las que faltó en ocho ocasiones sin causa alguna. ⁴⁴ Por último, en una hoja del libro documentos consultado con el título de “Jurisprudencia 4º año –Número de clases 81”, aparece González acumulando veintiún faltas, la mayor cantidad de todo el curso según lo acredita el profesor Emilio Achával. ⁴⁵

La calificación final de aquel año académico fue de seis puntos, ⁴⁶ que en la escala vigente correspondía a Bueno, esto es, menor a la del curso anterior que obtuvo Distinguido. Seguramente que en la evaluación debió influir las inasistencias a clase, a causa de la licencia a comienzos de año, como así también las diferentes actividades paralelas al estudio que González desempeñaba, incluida la última de docente secundario.

Esta situación queda de manifiesto en una carta a Enrique Rivarola, en diciembre de 1884, en donde González le dice que “Dios me ha ayudado, haciéndome tiempo entre mis numerosas ocupaciones”, ⁴⁷ para escribir un artículo sobre la novela *Arturo Sierra* del escritor Julio Llanos, que su amigo le había solicitado a título de crítica literaria. González le señala que debido al poco tiempo disponible tal vez no haya quedado concluido totalmente el escrito, pero de todas formas cree “haber dejado analizada en tesis general toda la obra –añadiendo- soy enemigo de esa crítica de anfiteatro que más bien parece disección anatómica, que una operación del espíritu y de la estética”. ⁴⁸

⁴¹ A.F.D., Libro de Notas, Pruebas de Curso, Varios 1876 – 1885, folio 203, asiento del 17/11/1884.

⁴² Ibidem, folio 204.

⁴³ Ibidem, folio 207 recto.

⁴⁴ Ibidem, folio 209 vuelto.

⁴⁵ Ibidem, folio 205 recto.

⁴⁶ A.U.N.C., Exámenes de Derecho Civil de 1842 a 1892, folio 153 vuelto, año 1884, Cuarto año de Jurisprudencia, 21/11/1884.

⁴⁷ RAFAEL ALBERTO ARRIETA, op. cit., pág. 555, carta del 2/12/1884.

⁴⁸ Ibidem.

En otro párrafo González se refiere a un trabajo literario que le envió oportunamente a Rivarola, y que a la fecha no tenía noticias si fue publicado o no. Seguidamente hace una autoevaluación bastante pesimista de sí mismo: “le confieso, no tengo la menor estimación por Joaquín V. González poeta, y oigo lo malo que de él se dice como si se tratara de un extraño; voy conociendo que no tengo dedos para organista, como se dice; amén de que los estudios nada poéticos del derecho me absorben ya todo mi tiempo”.⁴⁹ Asimismo le informa al amigo que su futuro inmediato estará ocupado casi totalmente por los estudios de abogacía, ya que “el año que viene será de una labor inmensa para mí; pues debo preparar mi tesis escrita y oral, y mi examen general; mucho lo siento, porque me privaran tal vez de gozar como acostumbro en leer y sentir lo que otros escriben, y en rabiarse conmigo mismo cuando no puedo dar forma a un pensamiento rebelde, o cuando estos no vienen al magín desde su misterioso origen o fuente. Todo esto me divierte”.⁵⁰ Finaliza la carta con la promesa de una pronta visita; ofrecimiento que no llegó a concretarse, al menos durante los años de estudiante, y algo más también debido a sus diversas actividades. Sabemos que fue así porque Rivarola en un artículo necrológico sobre González señala que “nos escribíamos sin habernos conocido personalmente...”,⁵¹ cultivando una amistad que duró siempre. El escritor santafecino recuerda que González era “lo contrario de lo que suele ocurrir a los poetas noveles, desconfiaba de su obra; pero, el ideal poético le seducía.”⁵² Más aún, a través de las cartas enviadas a Rivarola observamos en González una actitud casi autodestructiva con respecto a su producción poética. Repasemos algunos conceptos en donde se comprueba esa posición poco menos que nihilista, que caracteriza el pensamiento íntimo del estudiante riojano hacia sus primeras obras literarias. Aparte de las ya citadas en párrafos anteriores, podemos agregar las siguientes: “una de mis pobres composiciones (...), tanta diversidad de tonos”, en alusión a unos versos enviados a su amigo. En la misma carta le dice: “yo conozco muy bien que no hay, en todas las poesías que he escrito, esa unidad del conjunto, esa ilación que se observa en las obras de los poetas; conozco que no debo escribir versos (...) Yo nada [he]

⁴⁹ Ibidem, pág. 555 – 556.

⁵⁰ Ibidem.

⁵¹ ENRIQUE E. RIVAROLA, “Joaquín V. González “. en *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, publicación de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de La Plata, Año II, N° 6, abril – mayo 1924, pág. 1.

⁵² Ibidem, pág. 2.

hecho, le diré como César (...) esas tristes hojas (...) Me interesa la suerte de ese hijo, [se refiere a una composición suya] aunque sea mal conformado”.⁵³

En otra carta le agradece a Rivarola por creerlo “competente para dar un juicio sobre la novela” escrita por Julio Llanos. El agradecimiento en este caso, parte de la idea preconcebida de que él no es idóneo para una tarea de ese tipo. Más adelante, González le pregunta sobre una composición suya que le había remitido para tener su opinión, y lo hace de esta forma: “¿Qué sucedió con mi desdichado canto? ¿Caería, como condenado en las llamas del Santo Oficio?”.⁵⁴ Al considerarlo desafortunado, desgraciado, a esos versos suyos, la pregunta siguiente intenta ser una respuesta lógica para el destino final, es decir, el olvido.

La actitud de automenoscabo y de reconocimiento hacia el amigo, está presente prácticamente en todas las cartas de González a Rivarola; por ejemplo en una de ellas le expresa “la generosidad con que siempre ha oído mis simplezas”, refiriéndose a su producción poética.⁵⁵ En este mismo orden de cosas, veamos otros conceptos con los que alude a su obra: “Siento que sea tan pobre cosa para la obra del Señor Llanos”, con relación a su crítica literaria; “escribir (...) un juicio que, como mío, será tal vez indigno de las obras criticadas, (...) yo nada valgo aquí”, al tiempo que ofrece sus buenos oficios a Llanos en Córdoba; “seguramente mi mamarracho enviado a las llamas de los juegos Florales”, en alusión a unos versos enviados a Rivarola⁵⁶.

Ahora bien, estas frases de bajo aprecio respecto a su obra, y en parte hacia sí mismo, ¿son auténticas? o ¿fueron escritas para mover a la conmiseración de otros en busca de apoyo y reafirmación positiva a su creación poética? Nos da la impresión que son legítimas, primero porque así lo considera el destinatario de las cartas, y en segundo término porque al final de su vida González no quiso que esa producción primigenia fuera incluida en el conjunto de sus obras, sino que quedara siempre donde él la ubicó: como recuerdos de un sueño de juventud.

⁵³ Carta del 23/8/1883 a Enrique E. Rivarola, en Rafael Alberto Arrieta, op. cit., pág. 551 a 553.

⁵⁴ Carta del 19/4/1884 a Enrique E. Rivarola, en Ibidem, pág. 554.

⁵⁵ Carta del 11/6/1884 a Enrique E. Rivarola, en Ibidem, pág. 557.

⁵⁶ Carta del 2/12/1884 a Enrique E. Rivarola en Ibidem, pág. 555.

DIOS Y LA LEY. LAS INFLUENCIAS RELIGIOSAS EN EL DERECHO

*por Juan Marco Vaggione**

Resumen: Se consideran en el artículo las influencias religiosas en el derecho a partir de dos dinámicas principales. En primer lugar, las influencias que las identidades religiosas tienen sobre los procesos de sanción y aplicación del derecho. En segundo lugar, se considera a la sociedad civil como una arena democrática para el activismo religioso. Se propone una postura post-secular que permita superar, a nivel analítico y normativo, marcos teóricos existentes.

Palabras Claves: Religión y Derecho - Sociedad Civil - Identidades religiosas - Secularización.

1. Introducción

Dios, o algo parecido, parecen estar por todas partes. La guerra y la sexualidad han hecho de la presencia política de lo religioso un momento evidente. El 11 de setiembre, y las retóricas que le siguieron, localizaron lo sagrado como una dimensión fundamental(ista) de la violencia en el mundo contemporáneo. Los cambios que en las últimas décadas han tenido lugar respecto a la sexualidad han potenciado la presencia pública de las religiones. La religión constituye una dimensión principal del mundo que habitamos, pero no sólo como un conjunto de creencias privadas sino también como un componente de las políticas contemporáneas.

La religión “volvió”¹, y su regreso obliga a repensar los marcos teóricos que por décadas asumieron a lo religioso como una problemática

* Investigador del CONICET, Docente de Sociología en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (Universidad Nacional de Córdoba); Doctor en Sociología (New School for Social Research). Email: JuanVaggione@yahoo.com

¹ Utilizo el término entre comillas porque mientras alguno insisten en que esta fuerte presencia de lo religioso es una característica de los últimos años, para otros, en cambio, la religión nunca dejó de ser una dimensión principal en las sociedades contemporáneas.

marginal. Uno de los desafíos principales es superar marcos teóricos pre-existentes para captar los complejos roles de la religión en las sociedades contemporáneas. Las influencias de lo religioso en el derecho es uno de los roles que requieren de renovados análisis. Si la modernidad construyó lo legal y lo religioso en contraposición, delimitando sus fronteras de manera categórica, la marcada influencias de las religiones obligan a complejizar estas fronteras. Este es precisamente el objetivo principal de este artículo: contribuir al debate sobre las relaciones entre la religión y el derecho como una dimensión significativa en las democracias contemporáneas. Especialmente los debates sobre género y sexualidad han evidenciado las novedosas maneras en que el activismo religioso afecta al derecho.

Dos decisiones teóricas son necesarias para abordar el tema de las relaciones religión y derecho superando viejas estructuras. En primer lugar, es necesario interrumpir la influencia casi-paradigmática de la teoría de la secularización. Las ciencias sociales proponen conceptos que, aunque generados para iluminar la realidad social cuando son usados a-críticamente pueden, por lo contrario, invisibilizar importantes dinámicas. La teoría de la secularización es uno de ellos y por años, de manera prácticamente hegemónica, construyó a lo religioso en una tensión irreducible con la modernidad. El secularismo presenta al derecho como “el otro de la religión” y reconoce en su delimitación clara y tajante una característica fundamental de la modernidad². Mientras que la religión queda relegada al ámbito de lo privado, el derecho se transforma en un discurso público. Sin negar la trascendencia del secularismo como ideología es importante asumir un momento post-secular; no necesariamente porque la teoría de la secularización haya perdido vigencia sino porque adelgaza la textura de lo religioso dificultando su comprensión como fenómeno socio-político.

Otra decisión teórica importante es distinguir la relación iglesia/estado con el rol de la religión en la política. Estos dos aspectos, que tienden a ser colapsados, refieren a diferentes maneras en que la religión se constituye en una dimensión pública. La separación entre la iglesia y el estado es, sin dudas, un requisito de las democracias contemporáneas. El pluralismo es posible en tanto el estado tenga autonomía de los sectores religiosos y pueda, de esta manera, integrar en un marco común la multiplicidad de creencias y valores existentes en la sociedad. La laicidad, un discurso que ha readquirido centralidad política, capta la necesaria separación que debe existir entre el estado y las instituciones religiosas para posibilitar un siste-

² MADHAVI Sunder, “*Piercing the Veil*” 112 Yale Law Journal 1399 (2003)

ma democrático. Pero, esta separación no significa que la religión no cumpla una serie importante de roles políticos. Precisamente, una de las características contemporáneas de las diferentes tradiciones religiosas es que se constituyen en actores públicos buscando influenciar políticamente sin, necesariamente, afectar su separación del estado. Sin dudas que esta distinción se vuelve complicada cuando se analizan dinámicas específicas; es debatible decidir cual es el momento en que un sector religioso que afecta discusiones públicas viola la laicidad del estado. De todos modos, es importante reconocer que, al menos analíticamente, las religiones cumplen roles políticos que no necesariamente afectan la separación iglesia/estado.

Desde un abordaje post-secular y reconociendo a la religión como una dimensión política que no necesariamente viola la separación con el estado, este artículo incursiona en el tema de las influencias de las religiones sobre el derecho. En particular, presenta dos maneras interconectadas en que la religión influye la sanción y aplicación de las leyes. En primer lugar, plantea que la fuerte influencia de la religión en las identidades de legisladores y jueces es una dimensión importante al momento de considerar la interrelación entre el derecho y lo religioso. En segundo lugar, considera como el activismo religioso ha encontrado en la sociedad civil una arena útil para influenciar la sanción y aplicación del derecho. A partir del análisis de estos dos niveles –identidad y sociedad civil– el artículo considera las fronteras entre la religión y el derecho como difusas y permeables.

2. La identidad religiosa como dimensión jurídica

Uno de los postulados de la teoría de la secularización es el debilitamiento de las creencias religiosas ya que las personas dejarían, gradualmente, de identificarse religiosamente. La modernidad, entendida como un proceso de creciente racionalización, implicaría la progresiva pérdida de centralidad, y potencial desaparición, de la religión como dimensión fundante de la subjetividad. La nación se constituye en el nuevo aglutinante y el derecho en el sistema racional de normas que reemplaza la totalitaria presencia de lo religioso del mundo pre-moderno. Sin embargo, la religión continúa siendo un importante marcador de identidades tanto a nivel individual como comunitario. Con la excepción de Europa Occidental³, donde se han producido importantes niveles de decrecimiento en el número de

³ Europa Occidental es considerada una excepción a un mundo que sigue optando mayoritariamente por las religiones. See Peter BERGER, *The Desecularization of the world*. (Washington D.C.: Ethics and Public Policy Center, 1999)

creyentes, las religiones siguen siendo una fundamental dimensión identitaria en amplios sectores poblacionales. Ni la modernidad ni la globalización han implicado un retraimiento generalizado de lo religioso. En el continente Americano, por ejemplo, la población sigue presentando importantes niveles de identificación religiosa. Han habido, por supuesto, cambios en la forma en que la gente cree, tales como el sincretismo religioso o el creciente nivel de pluralismo religioso⁴, pero las identidades religiosas siguen siendo un elemento característico de la región⁵.

Esta fuerte presencia de la religión ha generado un debate sobre cual debe ser el rol de las identidades religiosas al momento de sancionar y aplicar el derecho⁶. Un primer abordaje, fuertemente influenciada por el secularismo, sostiene que la religión no debe tener ningún rol en legisladores y jueces⁷. Si estos se identifican religiosamente, sus creencias debe ser reducidas a la esfera privada y, por lo tanto, no influir en sus actividades públicas. Las creencias religiosas, si las hubiera, deben suspenderse al momento de legislar y/o juzgar. El caso contrario es una manifestación de una incompleta secularización que, para este abordaje, pone en riesgo la laicidad del sistema.

Un abordaje alternativo, aunque minoritario, reconoce a las identidades religiosas como parte legítima en los procesos de sanción y aplicación del derecho. Si la religión moldea la identidad de legisladores y jueces no puede ser artificialmente excluida. Esta postura crítica del secularismo capta la forma en que lo religioso permea y afecta lo jurídico a partir de las identidades religiosas como una parte inevitable del proceso de construc-

⁴ El crecimiento del protestantismo evangélico en Latinoamérica ha recibido un importante nivel de análisis. Se puede consultar EDWARD L. Cleary and Hannah STEWART-GAMBINO, *Power, Politics, and Pentecostals in Latin America* (Boulder: Westview Press, 1997); Brian H. SMITH, *Religious Politics in Latin America: Pentecostal vs. Catholic* (University of Notre Dame Press: 1998); Virginia GARRARD-BURNETT and David STOLL, *Rethinking Protestantism in Latin America* (Philadelphia: Temple University Press, 1993).

⁵ El porcentaje de personas sin creencias religiosas no ha aumentado significativamente entre 1900-1980 permaneciendo en menos del 1% para los ateos y alrededor del 4% para los no creyentes. Es interesante notar que este porcentaje no se asocia con la urbanización, la industrialización o el nivel de educación, contradiciendo aun más los postulados de la teoría de la secularización. Ver PARKER, *Popular Religion and Modernization in Latin America* (Maryknoll, NY: Orbis, 1996) p. 99.

⁶ Por cuestiones de espacio, en este artículo se simplifica el análisis de las diversas teorías existentes y se presentan dos abordajes principales de una manera esquemática.

⁷ En este tipo de abordaje se pueden ubicar la mayoría de los autores, desde RAWLS a HABERMAS. Para un análisis crítico ver William CONNOLLY. *Why I am not a Secularist*. (Minneapolis: University of Minnesota Press, 1999)

ción del derecho. De todos modos, no existe acuerdo entre los autores de este abordaje sobre cual debiera ser el rol de lo religioso. Perry, por ejemplo, considera que los discursos religiosos debieran circular libremente cuando legisladores debaten pero que las disposiciones legales que se sancionen no pueden estar sólo basadas en dichos argumentos. Tiene que existir un argumento o una racionalidad secular plausible que justifique al argumento religioso.⁸ Solum, por otro lado, propone que la línea fundamental que debe tenerse en cuenta es entre razones y argumentos privados y públicos y no entre discursos religiosos o seculares⁹. Con una postura similar se sostiene que epistemológicamente no puede distinguirse entre argumentos religiosos y seculares, por lo que ambos deben ser admitidos como parte de los procesos legislativos¹⁰.

Este segundo abordaje sostiene, con razón, que forzar a los jueces y legisladores a suspender sus creencias religiosas, negándolas como parte del proceso legislativo y/o judicial, puede resultar, irónicamente, en un refortalecimiento de la influencia religiosa en el derecho. Legisladores y jueces, como la mayoría de la población, construyen su identidad moral con un fuerte basamento en las creencias religiosas. Esta situación se hace más evidente cuando el tema de regulación jurídica se conecta a cuestiones de género o sexualidad. Discusiones sobre la extensión y/o aplicación de derechos sexuales y reproductivos ponen de manifiesto la fuerte influencia que las cosmovisiones religiosas siguen teniendo sobre los encargados de sancionar y aplicar el derecho ya que la religión es la dimensión fundamental para explicar como los legisladores votan y los jueces deciden¹¹.

Es posible presentar dos maneras principales en que la influencia de lo religioso se plasma en el proceso de construcción del derecho¹². En primer lugar, en una región como la Latinoamericana donde la influencia del

⁸ See Michael J. PERRY, *Under God? : Religious faith and liberal democracy* (New York: Cambridge University Press, 2003).

⁹ SOLUM citado por PEACH, *Legislating morality: pluralism and religious identity in lawmaking* (New York: Oxford University Press, 2002)

¹⁰ Ver Lucinda PEACH *Legislating morality* (op.cit)

¹¹ Se puede consultar el trabajo de Lucinda PEACH donde se presenta un resumen de las principales investigaciones hechas en los Estados Unidos mostrando la influencia de la religion en los 'hacedores de leyes' (*Legislating morality: pluralism and religious identity in lawmaking* (New York: Oxford University Press, 2002. Para el caso Latinoamericano ver el análisis realizado por Mala HTUN en Brazil, Chile y Argentina en *Sex and the State. Abortion, Divorce, and the Family Under Latin American Dictatorships and Democracies* (New York: Cambridge University Press, 2003)

¹² Se presentan, por supuesto, como tipos ideales.

catolicismo como religión y como cultura se superponen no es extraño encontrar referencias directas y concretas a la doctrina oficial para justificar determinada postura legislativa o sentencia judicial¹³. En segundo lugar, lo religioso también ha mutado en los últimos años y es posible afirmar la existencia de un secularismo estratégico de los sectores religiosos¹⁴. En vez de defender la cosmovisión religiosa a través de textos sagrados o posiciones doctrinales, se articulan públicamente discursos científicos y legales que justifican las posturas religiosas. El concepto de naturaleza/ naturalización es básico en este desplazamiento de lo religioso a lo secular. La idea de una familia natural y/o un derecho natural son pilares fundamentales de los sectores religiosos conservadores que confrontan el creciente pluralismo de las sociedades contemporáneas.

Debates sobre derechos sexuales y reproductivos son, también, debates sobre el rol que la religión debiera tener en un sistema democrático¹⁵. El secularismo propone una clara solución a esta problemática: el derecho debe vaciarse de contenidos religiosos. Solución que cuando se consideran cuestiones relacionadas al género o a la sexualidad se torna problemática. Es necesario, entonces, entender la influencia de lo religioso desde su complejidad. El fenómeno religioso es plural y dinámico y es, precisamente, ese pluralismo el que necesita ser rescatado. La cuestión no es generar mejores mecanismos que logren ‘anular’ la influencia de lo religioso sino reconocer que, de algún modo, esas influencias son inevitables, particularmente frente a ciertas temáticas. No se trata, entonces, de forzar la exclusión de valores y creencias religiosas de los debates legislativos sino de incluir las diferentes perspectivas. Las religiones no solo difieren entre sí, sino que al interior de las principales tradiciones, tales como el catolicismo, existe un importante nivel de pluralismo.

3. La Sociedad Civil como arena para el activismo religioso

La sociedad civil se ha constituido en una arena fundamental en las sociedades contemporáneas. Las experiencias de gobiernos autoritarios y estados desgazados han incrementado la importancia de la sociedad civil

¹³ Es común en sentencias judiciales la referencia a la religión como proveedora de un orden moral específico. Ver ejemplos en *Cuerpo y Derecho. Legislación y jurisprudencia en América Latina*. Center for Reproductive Rights.

¹⁴ Ver Juan Marco VAGGIONE. “Reactive Politicization and Religious Dissidence: The Political Mutations of the Religious” en *Social Theory and Practice*, Vol. 31 N 2 (April 2005).

¹⁵ Michael PERRY sostiene esta afirmación en *Religion in Politics: Constitutional and Moral Perspectives* (Oxford University Press, 1997) p.30.

no sólo como un lugar de articulación de demandas sino también como un espacio político importante. Asociaciones y movimientos sociales han emergido como actores que aportan dinamismo a las discusiones políticas y jurídicas. Muchas veces es a partir de la presión de estos actores que la sanción de nuevas leyes, o la derogación de otras, se ponen en movimiento. Las agendas políticas y académicas han encontrado en la sociedad civil y sus actores una importante fuerza democratizadora¹⁶.

Sin embargo la abundante literatura sobre sociedad civil tiende a minimizar, sino a excluir, la presencia de lo religioso. Los actores religiosos se inscriben como parte de la sociedad civil y, como tal, se movilizan para influenciar los debates políticos. Las religiones continúan influyendo las esferas públicas nacionales y transnacionales y no necesariamente como una fuerza anti-democrática. En la bibliografía existente se ha destacado el rol de la Iglesia Católica como fuerza contra-autoritaria en los casos de Brasil, Chile o Polonia donde articularon un espacio social y político contra las violaciones de los derechos humanos¹⁷. También una vez que se inician los procesos de democratización existen diversos análisis proponiendo las influencias positivas que las religiones tienen en la revitalización de la sociedad civil como arena democrática¹⁸.

En el caso específico de la Iglesia Católica, la separación con el estado, que fue reconocida durante el Concilio Vaticano II, no significa su privatización como grupo de poder. Al contrario, en gran medida la separación del estado implica su reubicación como parte de la sociedad civil¹⁹.

¹⁶ Para una reconstrucción teórica de la sociedad civil como arena de la democracia ver Jean COHEN y Andrew ARATO *Civil Society and Political Theory* (Cambridge, Mass. MIT Press, 1997)

¹⁷ Ver Edward CLEARY, "The Brazilian Catholic Church and church-state relations: nation-building" in *Journal of Church and State*, Vol. 39, Spring 97, #2; Jose Casanova (op.cit.). Sin dudas en Argentina la Iglesia tuvo un rol de legitimación de la dictadura militar; ver EMILIO MIGNONE, *Iglesia y Dictadura. El papel de la iglesia a la luz de sus relaciones con el régimen militar* (Buenos Aires: Ediciones del Pensamiento Nacional, 1987); M. BURDICK, *For God and the Fatherland. Religion and Politics in Argentina* (Albany: State University of New York, 1995)

¹⁸ Ver Corwin SMIDT, "Religion and Civic Engagement: A Comparative Analysis" in *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, Vol. 565, 1999: 176-192). Para el caso específico de América Latina se destaca el rol de las Comunidades Eclesiales de Base. Ver Daniel H. LEVINE, *Popular Voices in Latin American Catholicism* (Princeton: Princeton UP, 1992; James HOUGLAND and James A. CHRISTENSON, "Religion and politics: The relationship of religious participation to political efficacy and involvement" in *Sociology and Social Research* 67:405-420, 1983).

Esta separación ha sido señalada por algunos como la causa de la gran legitimidad que la Iglesia tiene en Latinoamérica. Los sectores religiosos, como parte de la sociedad civil, utilizando diversos mecanismos y estrategias siguen siendo un factor político importante. La discusión sobre los derechos sexuales y reproductivos son el ejemplo más acabado de cómo los sectores religiosos se activan desde la sociedad civil para defender su cosmovisión. Es común observar como el activismo religioso busca influenciar la sanción de leyes a partir de cartas mandadas a legisladores y funcionarios públicos, de la circulación pública de discursos y documentos informando sobre la postura de la Iglesia²⁰. Es importante reconocer que estas manifestaciones son alternativas de influencia que aunque para algunos debilitan el laicismo deben ser consideradas como políticas de influencia legítimas.

Otra importante forma en que sectores religiosos influyen las políticas públicas es a partir de la creación de organizaciones no gubernamentales (ONGs). No sólo las iglesias²¹ y sus representantes articulan sus demandas y presionan al estado como parte constitutiva de la sociedad civil sino que existe una tendencia creciente a la formación de ONGs que se conforman para defender doctrinas religiosas. Desde los 70s comenzando en los EEUU y luego extendiéndose a todo el continente, un importante número de ONGs han sido generadas para defender cosmovisiones religiosas a nivel nacional y transnacional²². Aunque estas organizaciones se conectan a diferentes tradiciones religiosas –como el catolicismo, el mormonismo o el evangelismo – su común oposición a los movimientos feministas y de minorías sexuales les permite un accionar coordinado²³. Como parte de la sociedad civil estas organizaciones recurren a la judicialización de sus demandas. En los Estados Unidos, por ejemplo, organizaciones asociadas a la derecha religiosa han presentado numerosas demandas judicia-

¹⁹ Ver José CASANOVA para una propuesta sobre la ‘deprivatización’ de lo religioso en las sociedades contemporáneas en *Public Religions in the Modern World* (Chicago and London: the University Chicago Press, 1994).

²⁰ Para un análisis de estas tácticas ver Claudia DIDES (Comp.) *Diálogos Sur-Sur sobre Religión, Derechos y Salud Sexual y Reproductiva*. (Universidad Academia de Humanismo Cristiano, Chile: 2004)

²¹ Aunque se usa el vocablo ‘iglesia’ debido a la fuerte presencia del catolicismo en Latinoamérica, también se hace referencia a otras instituciones religiosas (templos, mezquitas, etc.)

²² Ver Michael CUNEO, *The smoke of Satan: conservative and traditionalist dissent in contemporary American Catholicism* (New York: Oxford University Press, 1997); *Being Right: Conservative Catholics in America* (Bloomington: Indiana University Press, 1995).

les con la finalidad de confrontar la despenalización del aborto²⁴. En Latinoamérica agrupaciones conectadas a los sectores más conservadores de la Iglesia Católica también han encontrado en la activación judicial una estrategia productiva como parte del activismo religioso. Sirva como ejemplo el caso de Portal de Belén, una organización que se creó para proteger la vida desde la concepción y logró en el año 2002 la prohibición de un anticonceptivo de emergencia por ser considerado abortivo²⁵.

Reducir las actuaciones públicas de instituciones y organizaciones religiosas a un problema de incompleta separación del estado es simplificar una dinámica socio-política mucho más compleja. Aunque se pueda insistir en la laicidad del estado como un principio democrático fundamental, la sociedad civil constituye una arena legítima para que sectores religiosos articulen sus posiciones y presionen al estado. Instituciones y asociaciones religiosas se han constituido en actores políticos que buscan influenciar los procesos de sanción y aplicación del derecho en las democracias contemporáneas. Sin negar que ciertas prácticas institucionales de la Iglesia debilitan el principio de la separación del estado, es también importante reconocer la presencia de sectores religiosos que han devenido actores políticos mostrando las limitaciones del secularismo como marco analítico y normativo.

4. Conclusiones

Los debates sobre las fronteras entre la religión y el derecho han adquirido una renovada importancia debido al generalizado “retorno de lo sagrado”. Estas fronteras son mucho más porosas y móviles que lo propuesto

²³ Ver Juan Marco VAGGIONE. “Reactive Politicization and Religious Dissidence: The Political Mutations of the Religious” en *Social Theory and Practice*, Vol. 31 N 2 (April 2005)

²⁴ Para un análisis del activismo de la derecha religiosa en los EEUU ver Steven P. BROWN, *Trumping Religion: the New Christian Right, the Free Speech Clause, and the Courts*. (Tuscaloosa: University of Alabama Press, 2002).

²⁵ Para un análisis destallado de este caso ver Juan Marco VAGGIONE “Gender and Sexuality beyond Secularism: the Political Mutations of the Religious” tesis Doctoral New School for Social Research; German BIDART CAMPOS, “Un amparo exitoso que deja algunas dudas en un tema conflictivo ¿Por qué?” in *Diario La Ley* 5 Mayo 2002, p.3 ; Gregorio BADÉN, “El derecho a la vida” *Revista El Derecho* n° 10.478, Año XL; Florencia ALTAMIRA, Laura Mercedes HUBERMAN, Silvana Elena PÁEZ, “La píldora del día después: un fallo más que polémico”; Jorge CERDIO y Martín FARREL (h) “La CSJN Suprema de Justicia de la Nación y la prohibición de un fármaco” ambos en el Suplemento Especial De Derecho Constitucional.- *Revista La Ley* 24/05/2002

por el secularismo. No puede negarse que el cambio ocurrido de una iglesia regulando la moralidad a un estado integrando una pluralidad de valoraciones y creencias es imprescindible para un sistema democrático; sin embargo, la religión continúa siendo una dimensión socio-política importante.

Este artículo contribuye a complejizar el secularismo a través de analizar las influencias religiosas en el derecho. Por cuestiones analíticas y normativas es importante moverse más allá del secularismo al momento de considerar el fenómeno religioso en el mundo contemporáneo. Analíticamente, como lo muestra este artículo, la religión es una compleja dimensión en el proceso de sanción y aplicación de leyes: por un lado, las identidades religiosas continúan siendo un importante factor en la sanción y aplicación del derecho; por otro lado, la sociedad civil como arena democrática ha facilitado la influencia de sectores religiosos en los procesos legales. Insistir en la privatización de lo religioso como única alternativa legítima en un sistema democrático invisibiliza los complejos roles de diversas religiones en las sociedades contemporáneas. A nivel normativo, las influencias regresivas de lo religioso sobre el derecho (como las consideradas en relación a derechos sexuales y reproductivos) podrían ser mejor confrontadas desde una postura post-secular. La religión es un fenómeno plural. No sólo existen diversas tradiciones religiosas con distintas posturas respecto a género y sexualidad sino que también al interior de dichas tradiciones se puede encontrar un importante nivel de pluralismo. No es la exclusión de la religión como dimensión pública y política lo que posibilitará una profundización democrática, sino lograr que dicha incorporación sea respetando el pluralismo que caracteriza a lo religioso.

No es a través de reforzar el secularismo como ideología sino de revisarlo y superarlo que las importantes conexiones entre la religión y el derecho pueden ser comprendidas. El secularismo construye la dicotomía religioso/secular como infranqueable y cualquier distanciamiento es un malfuncionamiento democrático que debe ser solucionado a través de profundizar la secularización como proceso. Esta tautología conlleva, de algún modo, una simplificación del fenómeno religioso e, irónicamente, su potenciación como factor de poder en las sociedades contemporáneas. La construcción esencialista de la religión como irracional y privada no solo genera una incompleta comprensión del fenómeno sino que también anula el fuerte pluralismo religioso.

FAMILIA Y CONTROL SOCIAL EN LA CORDOBA BORBONICA

*por Jaqueline Vassallo **

Resumen: Esta investigación centra su análisis en torno a las características que la familia como una forma de control social de tipo informal, asumió con respecto a la mujer en la Córdoba Borbónica, tomando como fuente causas judiciales sustanciadas por la justicia capitular entre 1776 y 1810, documentos pertenecientes a la Sección Gobierno del Archivo Histórico de la Provincia de Córdoba y Libros de Visitas de Cárcel albergados en la Oficialía Mayor del Palacio “6 de julio” de la ciudad de Córdoba

Palabras clave: familia, mujer, justicia, Córdoba, siglo XVIII, control social, pater familias.

I. A MANERA DE PRESENTACION

Durante la segunda mitad del siglo XVIII, junto a los cambios estructurales generados por las reformas de 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: familia, cárcel, hospital, talleres de gremios de artesanos, barrio, establecimientos particulares, colegio de huérfanas y frontera.

Los mecanismos de control aludidos, comenzaron a implementarse a partir de 1785 en la población de Córdoba del Tucumán con el inicio de la gestión del primer Gobernador Intendente, Rafael de Sobremonte.

* Profesora de Historia del Derecho Argentino y Jurisprudencia I. Doctorando en Derecho e Investigadora del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho y Cs. Sociales (UNC). Investigadora del Centro de Investigaciones de la Facultad de Filosofía y Humanidades- Area de Historia (UNC). Integrante del Programa “Estructuras y Estrategias Familiares de Ayer y de Hoy”. CEA. (UNC).

Esta investigación centrará el análisis en torno a las características que la familia como una forma de control social de tipo informal, asumió con respecto a la mujer, tomando como fuente 94 causas judiciales iniciadas en su contra, albergadas tanto en la Sección Crimen como en las Escribanías de Cámara y una decena de documentos pertenecientes a la Sección Gobierno del Archivo Histórico de la Provincia de Córdoba; como asimismo, más de 200 actas correspondientes a Libros de Visitas de Cárcel albergados en la Oficialía Mayor del Palacio “6 de julio” de la ciudad de Córdoba¹.

II- UN REINO CON MULTIPLES FAMILIAS

Los españoles difundieron en América el discurso jurídico y las representaciones culturales de género vigentes en España, concibiendo prácticas sociales excluyentes que llevaban a fortalecer la noción de mujer como

¹ Este trabajo forma parte de una investigación mayor; en rigor, mi tesis doctoral titulada: “La Mujer frente al derecho penal castellano indiano en Córdoba del Tucumán. 1776-1810”.

Si bien la temática ha concitado el interés de numerosos historiadores, e historiadoras del derecho cordobeses que se valieron de los expedientes judiciales labrados por la justicia ordinaria local, para el abordaje de su estudio, no lo hicieron específicamente, desde una perspectiva de género. A saber: ASPELL, MARCELA. “El control social en la Gobernación Intendencia del Marqués de Sobre Monte”. *Sobre Monte El Gobernador Olvidado*. Junta Provincial de Historia de Córdoba. N°20. Córdoba. 2001. pp23-57; ALESSANDRONI, GABRIELA- RUSTAN, ELIZABET. “La aplicación de la justicia en la campaña. Córdoba. 1785-1790”. *Cuadernos de Historia. Serie Economía y Sociedad*. N°4. Area de Historia del CIFYH. Facultad de Filosofía y Humanidades. UNC. Córdoba. 2001. pp 11-37; RUFER, MARIO “Violencia, resistencia y regulación social de las prácticas. Una aproximación a la esclavitud desde el expediente judicial”. *Cuadernos de Historia*. N°4. Op cit. pp195-230; PUNTA, ANA INES. *Córdoba Borbónica. Persistencias coloniales en tiempos de reformas (1750-1810)*. Universidad Nacional de Córdoba. Córdoba. 1997.(capítulo VII). Una excepción constituye la tesis doctoral de GHIRARDI, MONICA. *Matrimonios y Familias en Córdoba. Siglos XVIII-XIX. Teoría y Realidades* (UNC, 2003), quien aborda los mecanismos de control social desde una perspectiva de género, a través del estudio de expedientes judiciales labrados por la justicia eclesiástica cordobesa.

La denominación de control informal lo tomamos de LARRADANT, LUCIA “Control social, derecho penal y género”. *Las Trampas del Poder Punitivo.. El Género en el Derecho Penal*. Haydeé Birgin (comp). Biblos. Bs As. 2000. pp85-110. En tanto que Antonio Hespánha la denomina como forma de control “periférica”, y Mantecón, las llama “infrajudiciales” HESPANHA, ANTONIO. *La Gracia del Derecho. Economía de la cultura de la Edad Moderna*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1993. pp.11-60; MANTECON, TOMAS. *Conflictividad y disciplinamiento social en la Cantabria rural del Antiguo Régimen*. Fundación Marcelino Botín. Universidad de Cantabria. Santander. 1997.

persona dependiente, subordinada al varón, sin autonomía de actuación; negándoles, los atributos necesarios para acceder a la categoría de sujeto histórico y político².

La adopción de este “modelo” de mujer y su correlativa asignación de un lugar determinado en la sociedad, podríamos explicarla a partir del análisis de la idea “orden social” concebida por los juristas de la Europa del Antiguo Régimen. Idea que, a su vez, fue compartida y sostenida por pensadores y legisladores españoles medievales y modernos, aún hasta fines del siglo XVIII³.

Inspirados en la narrativa bíblica de la “Creación”, en la que aparecía un Dios “dando órdenes” a las cosas, separando el día de la noche, el agua de la tierra, creando plantas, animales y al hombre; elaboraron una idea de “orden”, mediante la cual entendían al mundo como “el reino de la diversidad”, como un conjunto de cosas diferentes entre sí, que suponía a su vez, la existencia de gradaciones y funciones jerarquizadas, de vital importancia para la subsistencia del todo.

Consecuentemente, las criaturas no sólo eran concebidas como diferentes, sino que además se percibían como más o menos dignas, de acuerdo al oficio que “naturalmente” les competía. Incluso, llegaron a esbozar la idea de que en la “Creación” existió un modelo de perfección (propio de Dios) que no se refractó igualmente en todas las criaturas. De allí que el hombre fue creado a su “imagen y semejanza”, pero no la mujer⁴.

En este marco, hombres y mujeres que habitaron América durante el período colonial, no sólo fueron diferenciados en función del género, sino también de la raza y la etnia. Con lo cual debieron vivir en una socie-

² NASH, MARY. “Los nuevos sujetos históricos: perspectivas de fin de siglo: Género, identidades y nuevos sujetos históricos”. *Actas del V Congreso de la Asociación de Historia Contemporánea: “El siglo XX: balance y perspectivas”*. Universidad de Valencia. Valencia, España. 2000; “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*. Georges Duby y Michelle Perrot. (Comps). Taurus. Madrid, 1993. Vol.4; ARCHENTI, NELIDA “Las mujeres, la política y el poder. De la lógica del príncipe a la lógica de la acción colectiva” en Maffia, Diana y Kuschnir, Clara (comps.) *Capacitación política para mujeres: género y cambio social en la Argentina actual*. Feminaria Editora Buenos Aires. 1994. p. 18.

³ HESPANHA, ANTONIO. *Seminario de Post Grado: “Personas jurídicamente disminuidas: indígenas, rústicos, mujeres, menores y locos”*. Del 27 al 31 de agosto de 2001. Organizado por la Universidad Nacional de Quilmes y la Universidad de San Andrés. SOCOLOW, SUSAN. *The women of colonial latin América*. Cambridge. University Press. USA. 2000. p. 5 y sigts.

⁴ HESPANHA. “Personas...” op. cit.; VIGIL, MARILO. *La vida de las mujeres en los siglos XVI y XVII*. Siglo XXI de España Editores. Madrid. 1994. p. 11.

dad estamental, jerarquizada y patriarcal, en las que sólo podían gobernar los hombres “más nobles e ilustres”, por suponerse los únicos portadores de “especial dignidad” ya que constituían “la parte más sana de la sociedad”⁵.

No es casual, entonces, que esta sociedad haya sido pensada desde el discurso del poder, como “una integración de familias”⁶. Familias que sólo podían constituirse por medio de la celebración de un matrimonio religioso, que revestía el grado de “sacramento”, monogámico, heterosexual e indisoluble. Debía estar regida por el *pater familias*, con poder de dirección sobre la actividad económica, de dominio y protección sobre su esposa, hijos/as, demás parientes y servidumbre (si los había), incluyendo un amplio derecho de castigo⁷.

Este concepto de familia, respondía en definitiva al reglado en las Partida VI, que por ella entendía: “*el señor della, a su mujer, a todos los que sirven so el, sobre quien ha mandamiento, asi como los hijos y los sirvientes y los criados*”⁸.

El *pater* era la cabeza de la pequeña escala de poderes que estructura la casa y se inscribía en un sistema de relación piramidal en comparación al príncipe, “padre” del territorio. De esta forma, la mujer y los demás integrantes se hallaban en situación de obediencia y sometimiento, al control y correctivo paterno⁹.

En este contexto, no es casual que las bases legales y doctrinarias hicieran de la mujer un ser inferior y jurídicamente menor¹⁰. Sin lugar a

⁵ HESPANHA. Idem; PRESTA, ANA MARIA. “La sociedad colonial: raza, etnicidad, clase y género. Siglos XVI y XVII”. *Nueva Historia Argentina*. Tomo II Editorial Sudamericana. Buenos Aires, 2000.

⁶ CLAVERO, BARTOLOME. *Antidora. Antropología Católica de la Economía Moderna*. Giuffré Editore. Milano. 1991. pp199-200. MORENO, JOSE LUIS. *Historia de la Familia en el Río de la Plata*. Sudamericana. Bs. As. 2004. p.39.

⁷ MORENO. Op. cit. pp. 32-35; 40.

⁸ Partida. VI, 33, 6.

⁹ TAU, ANZOATEGUI, VICTOR. *Los Bandos de Buen Gobierno del Río de la Plata, Tucumán y Cuyo (época hispánica)*. Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho. Bs As. 2004. p.91-93; GHIRARDI, MONICA. “Parejas, Poder y Género. Córdoba, 1700-1850”. *Actas de las IV Jornadas de Historia de Córdoba (Junta Provincial de Historia) y IV Jornadas Municipales de Historia de Córdoba*. Junta Provincial de Historia de Córdoba. Córdoba. 2002. p.7; DOMÍNGUEZ ORTIZ, ANTONIO. *Sociedad y Estado en el siglo XVIII español*. Ariel. Madrid, 1976. pp.322-323.

¹⁰ 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

dudas, el hecho que legisladores y juristas las percibieran como “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, la pureza y fidelidad sexuales y el autoencierro discreto) ; y por el otro, una suerte de “tutela” omnipresente de la ley que les otorgaba un tratamiento “diferente” (a veces más favorable)¹¹ .

Ciertamente no se trataba de un fenómeno restringido al ámbito jurídico hispano. Respondía fundamentalmente al “modelo” de construcción de la naturaleza femenina concebido por la tradición cultural europea, a través de textos fundadores de autoridad religiosa, literarios y de la cultura letrada difundida en las escuelas de filosofía, derecho y medicina existentes en Europa y América. Textos de autoría mayoritariamente masculina, 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 vigente¹² .

Este “modelo” en definitiva, situó el desarrollo de sus vidas en, por y para la familia.

Ahora bien, las familias constituidas según el modelo aludido (“casa grande” en palabras de Brunner) quedaron exentas en la vida cotidiana de toda jurisdicción extraña a ellas, porque la autoridad civil no podía entrar salvo cuando se cometieran delitos de orden público como homicidios, falsificaciones, etc¹³ .

Sin embargo, durante el siglo XVIII, el Estado borbónico, que había decidido concentrar en sus manos la protección de la paz y la policía, inició una suerte de intervención en la “casa grande” argumentando que la paz de la misma estaba incluida dentro del “derecho natural”. En este sentido, dispuso que podía penetrar en su esfera en caso de la comisión de

Nacional de Córdoba.. N°V.(1999-2000) pp489-490; ESPINOZA, LOLY. “Cien años de normas sobre relaciones de pareja en el Perú”. *Mujeres y Género en la Historia del Perú*.. Lima, Margarita Zegarra Editora. 1999. pp.215236; ARNAUD- DUC, N. “Las contradicciones del Derecho”. *Historia de las Mujeres en Occidente*.Dir. Georges Duby y Michelle Perrot.Tomo IV. Madrid, Taurus. 1993. pp109-148..

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.

¹² BOLUFER, MONICA. *Mujeres e Ilustración. La construcción de la feminidad en la España del siglo XVIII*. Valencia.Institució Alfons el Magnánim.1998. p. 18

¹³ TAU ANZOATEGUI. Op.cit..

acciones que revistieran “escándalos públicos”¹⁴. Recordemos que el siglo XVIII fue testigo tanto en Europa como en América, de grandes cambios en las formas de organización de las sociedades y básicamente, de los sistemas de control de la población¹⁵.

En este nuevo contexto, se evidenció la existencia de una alianza trabada entre el Estado y el *pater familias* en relación a la prevención y/ o castigo de hechos que podían suceder en el dominio familiar¹⁶.

Ahora bien, habida cuenta que esta alianza supuso para el Estado, el otorgamiento de un gran poder al patriarca sólo podía funcionar, siempre que sus familias y él mismo respondieran al ideal modélico. Consecuentemente, buscó controlar a quienes debían, a su vez, controlar la sexualidad, la movilidad y el comportamiento en general de los integrantes de su familia, y de sus vecinos.

No es casual, entonces, que la Corona haya dictado *la pragmática de hijos de familia* (1776) y las subsiguientes disposiciones relativas a los matrimonios de personas que conformaban la elite para garantizar, en palabras de Ghirardi, “la pervivencia del sector social blanco, propiciando casamientos entre miembros pertenecientes a un mismo grupo social con miras a atenuar el proceso de mestizaje- y consiguiente debilitamiento de ese sector”¹⁷. Sector del que surgían los grupos dirigentes locales, los jueces capitulares, los sacerdotes, en definitiva, las familias de “casa grande”.

Tampoco es causal que en la mayoría de los bandos de “buen gobierno” dictados por gobernadores intendentes y virreyes con asiento en América hayan obligado a informar la llegada de un nuevo morador a la casa, denunciar si se hallaban matrimonios separados en el vecindario o la prohibición de comprar objetos que vendieran los “hijos de familia” sin tener la expresa constancia de sus progenitores. Asimismo, que la Ordenanza de Intendentes de 1782, recomendara a los ministros que averiguasen “las

¹⁴ Idem.

¹⁵ GARCÉS, CARLOS. “La sociedad disciplinaria. Ordenamiento urbano y policía en Potosí a fines del siglo XVIII”. *De sujetos, definiciones y fronteras. Ensayos sobre el disciplinamiento, marginación y exclusión en América. De la colonia al siglo XX*. Adrián Carbonetti, Carlos Garcés y Fernando Blanco (comps). Ferreyra Editor. Y Editorial Universidad de Jujuy. Jujuy. 2002. p. 71.

¹⁶ CICERCHIA, RICARDO. *Historia de la Vida Privada en la Argentina*. Troquel. BsAs. 1998. pp18-21.

¹⁷ GHIRARDI, MONICA. Mónica. *Matrimonios y Familias en Córdoba. 1700-1850*. Centro de Estudios Avanzados. UNC. 2004. pp.47-48.

inclinaciones, vida y costumbres de los vecinos y moradores sujetos a su gobierno"¹⁸.

III "CASAS GRANDES", CARCEL Y MUJERES "DESCARRIADAS" EN CORDOBA DEL TUCUMAN.

En la jurisdicción de Córdoba del Tucumán, fue Sobremonte, su primer Gobernador Intendente, quien comenzó a implementar las políticas borbónicas de control social, a partir de 1785. Políticas también sostenidas por sus sucesores José González, Victorino Rodríguez, Pérez del Viso y Gutiérrez de la Concha¹⁹.

Pero más allá de las disposiciones jurídicas y las prácticas impuestas, no todas las mujeres fueron esposas fieles, madres devotas o hijas obedientes y "castas". Tampoco la gente vivió en el marco del ideal modélico de "familia" prescrito, ya que muchas vivieron solas (sin ser forzosa-mente viudas), en convivencia con otras personas (hijas, amigas, agregados o parejas ocasionales).

De la lectura de bandos y del análisis tanto de causas judiciales como libros de visitas de cárcel encontramos que la justicia secular de Córdoba entre 1776 y 1810 persiguió y castigó a familias que calificó como "perjudiciales" y mendigas; como asimismo, mujeres que respondían al perfil de "vagancia", "malentrenimiento", amancebadas, adúlteras, hijas incestuosas, ladronas de ganado, asesinas de maridos e hijos, injuriadoras de jueces y sacerdotes, prostitutas, y "escandalosas"²⁰.

En este sentido, a lo largo de 34 años, 357 mujeres arribaron al control institucional: 106 fueron procesadas y 251 fueron detenidas, sin la substanciación de un proceso formal. Entre las procesadas, hallamos: 56 por

¹⁸ TAU ANZOATEGUI. Op. cit..

¹⁹ VASSALLO, JAQUELINE. "En torno a la moral sexual en la Córdoba del siglo XVIII". *Estudios*. Centro de Estudios Avanzados. Universidad Nacional de Córdoba. Nº 9 .1997-1998. pp93-102.

²⁰ Bandos de 1784, 1990, 1992, 1993, y 1804 e Instrucción de 1785. GONZALEZ DE MARTINEZ, MARCELA. *Control Social en Córdoba. La papeleta de conchabo 1772-1892. (Documentos para su estudio)*. Serie Documental. Centro de Estudios Históricos. Córdoba. 1994; TAU ANZOATEGUI. . Op cit.

Archivo Histórico de la Provincia de Córdoba. Sección Crimen. (En adelante AHPC). Se han consultado 94 causas en las que se vieron involucradas mujeres como sujetos activo de delito entre 1776 y 1810 y algunos expedientes de las Escribanías de Cámara. Archivo de la Oficialía Mayor de la Municipalidad de Córdoba. (en adelante AOMMCC). Libros de Visita de Cárcel años 1764-1789; 1789-1795; 1796-1802 y 1808-1810.

amancebamiento, 14 por robo, 11 por homicidio, otras tantas por injurias, 8 por adulterio, 5 por lesiones y en igual número por incesto, 2 por “escándalos”, una por bigamia y otra por falsificación de moneda. En tanto que sólo 11 detenidas recibieron imputación específica en las actas de los libros de visitas: 1 por “ramera”, 3 por “vagancia” y 7 por “escándalos”.

Ahora bien, para llevar adelante esta política de control y represión, que derivó mayoritariamente en la aplicación de penas que debían cumplirse en ámbitos restringidos (por tratarse de mujeres); la justicia secular trabó alianza con los patriarcas, amén de que tantos jueces, asesores, abogados y fiscales se consideraban a sí mismo como tales. Patriarcas cuyas familias respondían al ideal modélico de vigilancia, control y castigo, cuando sus integrantes o terceras personas escapaban del rol impuesto y que en este nuevo contexto de disciplinamiento, cada uno de ellos vio reforzado el “papel de vigía del orden social, constituyéndose en su garante principal a través del apoyo otorgado desde las altas esferas del poder”²¹.

Los primeros visos de la existencia de esta alianza la encontramos en las delimitaciones de poder dadas en 1785, por Sobremonte a los alcaldes de barrio, cuando les negó facultad

*“ para inquirirse caseramente en la conducta privada de los vecinos, pues no dando éstos ejemplo exterior escandalosos con su manejo ni ruidos visibles a la vecindad, queda reservado a los jueces superiores cualquiera examen de sus circunstancias, y tambien se abstendran de tomar conocimiento de oficio en otros asuntos de dimensiones domésticas interiores de padres e hijos o de amos y criados, cuando no haya queja o grave escándalo, por no turbar lo interior de las casas ni faltar al decoro de unas familias con débiles o afectados motivos ”*²².

Asimismo, las fuentes documentales demuestran de manera reiterada la existencia de esta alianza en los siguientes supuestos:

1. La interposición de denuncias y querellas por padres, maridos y hermanos ante la justicia contra las mujeres de sus familias, por delitos relativos a la moral sexual.

Numerosas causas fueron iniciadas por padres, abuelos o hermanos que se oponían a las relaciones de hecho sostenidas por las mujeres de la

²¹ GHIRARDI.. Matrimonios... Op cit. p. 48.

²² TAU ANZOATEGUI. Op cit. .

familia, y maridos “ofendidos” por la infidelidad de la mujer; como ocurrió en doce procesos por amancebamiento y tres adulterios²³.

El hecho que familiares hayan expuesto a las mujeres de su círculo íntimo al encierro en la Cárcel Capitular y a la condición de “reas” (que conllevaba “deshonra”) podría explicarse teniendo en cuenta el concepto del honor, vigente por entonces, entre estos actores que mayoritariamente pertenecían al estamento más elevado. Seguramente no juzgaron suficiente el mecanismo represivo de tipo informal que ellos mismos estaban habitados para aplicar en privado, ante una desviación que, a su criterio, había tomado estado público; con lo cual apelaron a los rigores del control institucionalizado no sólo para forzar la adaptación al papel, sino también para reparar su honor y el de la familia toda, que había sido puesto en jaque con el actuar femenino²⁴.

Va de ejemplo, la denuncia interpuesta por don Pedro Pablo Moyano, ante el Gobernador Intendente Gutiérrez de la Concha, el 22 de marzo de 1809, por la “*ilícita comunicación*” que mantenía su hija viuda Ana María Moyano con don Tadeo Loza; a quienes había sorprendido “in fraganti” “*sin ley, dentro del cuarto de su hija*”. Este celoso *pater*, que veía peligrar su honra por el comportamiento de Ana, acudió a la máxima autoridad de la jurisdicción, después que las medidas tomadas en privado no dieron el resultado esperado: primero, le planteó varios requerimientos “*pa que con ningún pretexto entrase en su casa*”; y luego le hirió la cabeza con un puñal, haciéndole un tajo de “*dos dedos*”²⁵.

En tanto que Olmos de Aguilera, apeló a la justicia, buscando que su esposa abandonara al amante, después de haber fracasado en la implementación de variados “controles”: cambio de las puertas de calle de la casa y de la tienda, colocación de cerrojos “*por dentro y fuera con llaves las de la tienda que no se abrian para nada*” y cobertura de las aberturas “*con rejas de confesionario*”²⁶.

²³ En las causas por amancebamiento, hallamos que 22 de ellas se iniciaron por denuncias de familiares. De los juicios por adulterio, 3 dieron inicio a través de querellas interpuestas por los maridos.

²⁴ TWINAM, Ann “Honor, sexualidad e ilegitimidad en la Hispanoamérica colonial”. *Sexualidad y matrimonio en la época hispánica*. Asunción Lavrin coordinadora. Editorial Grijalbo. México 1991. p158; DE LAS HERAS SANTOS, JOSE. *La Justicia Penal de los Austrias en la Corona de Castilla*. Ediciones Universidad de Salamanca. España. 1994. p.226.

²⁵ AHPC. 1809-114-6.

²⁶ AHPC. 1781-35-21.

2. *El encierro temporario de esposas y esclavas, en la Real Cárcel, por orden de maridos y amos.*

Hacia 1789 Sobremonte abrió las puertas de la cárcel a los particulares que quisieran sumar al disciplinamiento “privado”, el encierro en un espacio público.

En este sentido, aparecieron detenidas, sin formalización de proceso alguno, numerosas mujeres por orden de sus maridos o amos, con lo cual la justicia cordobesa dio paso a la aplicación de ideas “correccionales”, a falta de hospicio o “casa de corrección”. Es imperioso destacar que Sobremonte por entonces se negó a fundar una de estas casas, política que siguió manteniendo durante el ejercicio del oficio de virrey, al ordenar que las mujeres fueran encerradas en la Cárcel pública, aún cuando en Buenos Aires (su sede de gobierno) ya existía la Casa de Corrección²⁷.

El tiempo promedio de encierro que sufrieron las esclavas fue aproximadamente entre uno a dos meses²⁸. En idéntica situación hallamos mujeres que permanecieron encerradas por orden del marido (y sin alusión expresa del motivo): Mercedes Toledo, María Dolores Cabrera y María Agustina García, durante 1789, 1790 y 1798, respectivamente²⁹.

3. *El poder otorgado a algunas “casas grandes”, al señalarlas como lugares donde mujeres procesadas o detenidas por la justicia capitular que no pertenecían a dichas familias, fueron depositadas o conchabadas.*

Numerosas mujeres fueron sentenciadas a conchabarse en casas de particulares. Se pensaba que con el trabajo doméstico, estaba asegurada la vigilancia física y el sustento económico en un ambiente “honorable”³⁰. Este destino fue impuesto tanto para mujeres procesadas por incesto, como para las sentenciadas en visita por vagancia; y si bien nunca se dispuso expresamente la casa en donde lo cumplirían, deducimos que se trató de

²⁷ LEVAGGI, ABELARDO. *Las Cárceles Argentinas de antaño (Siglos XVIII-XIX). Teoría y Realidad.* Ad Hoc. Vilella Editor. Bs As. 2002. pp. 31-32;50-51.

²⁸ Ellas fueron: Dolores Crespo, Antonia Ariza, Sebastiana Allende, Magdalena, Martina Ceballos, Martina Loza, María del Carmen, Bartolina, Damiana Figueroa, María de la Cruz Moyano, Tomasa Rumalda, Lucía Ramona Delgadillo, Juana Molina, Isabel, Teresa Sotelo, María Antonia, Juana, María de la Cruz, Dolores Baigorria, María Mercedes Mansilla, María del Rosario Vilchez, Jacinta Ximenez y Pabla Miranda. AOMMCC. Libros de Visita de Cárcel: 1764-1789; 1789-1795; 1796-1802 y 1808-1810.

²⁹ Idem.

³⁰ STERN. Op. cit. p. 234.

familias de la elite³¹. Otro destino habitual fue el depósito, que además de ser una medida de seguridad, constituyó una pena. Generalmente se impartió en las causas por consentimiento de robo y amancebamiento, y en las sentencias dictadas en las visitas de cárcel³². Se suponía que estas mujeres, por el hecho de ser incorporadas a familias de “casa grande”, no sólo se hallarían bajo la custodia del *pater*, sino que además adquirirían inclinación al trabajo, “honestas costumbres” y prácticas religiosas³³.

Generalmente, pasaban a formar parte del grupo de domésticos que allí servían, corriendo la manutención a cargo de la familia para la que trabajaba.

En principio, las familias que se prestaban para el acogimiento de procesadas o detenidas eran designadas por las mismas autoridades, y en muchos casos, eran familiares de aquéllos. No es casual, que entre ellas encontremos a los Usandivaras, Arrascaeta, Osorio, Vélez, etc³⁴.

4. La asignación como destino la casa de la familia de la “rea”, bajo custodia específica de “pater” o hermano.

Así como maridos, hermanos y amos apelaron al Estado para disciplinar a quienes tenían bajo su “guarda” y dominio, a la hora de destinar a quienes habían encerrado de oficio, la justicia optó por enviarlas junto a ellos para que ejercieran de manera efectiva su “control”. Esto ocurrió con varias detenidas por la justicia, que no fueron procesadas, como Isabel Morales, María Moreno, Ignacia Palacios, Petrona Guevara, Ignacia Palacios, Alejandra Medina, María del Tránsito Díaz Tránsito Bustamante y Petrona Sosa, que debieron retornar al lado de sus esposos; mientras que Dolores Vázquez, Magdalena Toranzos y Josefa Peralta, fueron puestas

³¹ AOMMCC. Libros de Visita de Cárcel: 1789-1795; 1796-1802/1793: María Mercedes Miranda, María Antonia Ballesteros; 1794: Bernarda Barrera; 1796: María Teresa Navarro; 1801: Eusebia Vázquez, Concepción López; 1802: Escolástica Aguirre.

³² AOMMCC. Diarios de Visita de Cárcel: 1789-1795; 1796-1802 y 1808-1810: Rosa Moyano; 1790: Francisca de Paula, Ana Rosa Calderón; 1791: Isabel Montenegro; 1794: María Ignacia Ferreyra; 1795: María Hipólita Rosales, María Risa Faena, María de los Santos, María Petrona Guzmán, María Magdalena, María Felisa Rosales; 1796: María Zapata, María del Carmen Guzmán; 1800: Mercedes Garay; 1801: Petrona Rodríguez; 1808: María Bastos, Francisca Ponce, Dominga Balbuena; 1809: Leonarda Urrutia.

³³ RODRÍGUEZ, PABLO. *Seducción, amancebamiento y abandono en la Colonia*. Colección Historia N°2. Fundación Simón y Lola Guberek. Bogotá. 1991.

³⁴ AOMMCC. Cit.

bajo la guarda de sus hermanos³⁵. Similares destinos tuvieron las sentenciadas por adulterio y “escándalos”.

5. La posibilidad que el pater impusiera un castigo “arbitrario”, de una mujer de la familia, luego de que fuera detenida de oficio por la justicia y pasara encerrada una temporada en la Cárcel.

Las autoridades solicitaron de manera excepcional esta forma de determinación de castigo, según se impuso a María Inocencia Ochoa, que debió ser castigada “por escandalosa”, por su esposo, según ordenaron las autoridades de la visita de Cárcel, el 20 de abril de 1789³⁶.

6. La falta de cuestionamiento a nivel judicial, del rol incumplido por los padres en la “custodia” de hijas procesadas por amancebamiento.

Actitud que no tuvieron, cuando algunas madres de las acusadas terminaron procesadas junto a sus hijas, como ocurrió con Catalina Vidal, Antonia Torres, María Arrascaeta y Juana Ignés Calleja. Mientras las tres primeras devinieron en “reas” por el accionar de oficio de la justicia, Juan Ignés Calleja arribó a este estado con motivo de la deposición de un testigo don Ramón Rivarola, en la causa seguida contra su hija: “*que al presente consiente a una de sus hijas la misma culpa y que se halla la dicha hija con dos hijos con grandísimo escándalo*”³⁷.

La diferencia en el tratamiento no es casual, pues se las juzgó, procesó y hasta sentenció por considerar que habían incumplido las obligaciones de su rol, sumado al estereotipo de “vagancia” o “malentrenimiento” que desde el discurso oficial se sostenía. Es decir, mujeres solas (viudas o madres solteras), de escasos recursos, que no sabían leer ni escribir, cuyas casas eran visitadas por hombres de similar condición, y no frecuentaban la Iglesia junto a sus hijas.

IV. CONCLUSIONES

Las fuentes coinciden en mostrarnos la existencia de una mujer que escapó al rígido modelo impuesto (amén de haber cometido una acción tenida por delito) ya que transitaban solas por la ciudad y el campo, traba-

³⁵ Idem..

³⁶ Ibidem.

³⁷ AHPC 1794-63-34

jaban y mantenían a sus hijos sin la “necesaria” figura del marido, “proveedor” y “custodio”; elegían sus parejas y se animaban a vivir otros amores fuera del matrimonio, se trasladaban de un lugar a otro, se divertían, trataban libremente con hombres de distintos grupos sociales y no concurrían a la Iglesia en tiempos en que la religión católica era religión de Estado.

En definitiva, no hallamos mujeres limitadas por la idea de fragilidad, pudor o recato. Por el contrario, lejos de aceptar las reglas tanto religiosas como seculares vigentes, las incumplieron y hasta desafiaron a las autoridades de uno y otro sector, reflejando la existencia de una tensión entre el contenido de las normas y las prácticas.

Ahora bien, el hecho de que más de la mitad de ellas haya sido juzgada por delitos referidos a la esfera sexual, nos refleja, por un lado, la importancia concedida a la Corona en el período de reformas, a los asuntos de la moral doméstica y extradoméstica de los súbditos, a las cuestiones de la normatividad conyugal; y el correlativo intento de fortalecer el poder civil mediante la ejecución de políticas disciplinarias, en franco desplazamiento de la Iglesia del control de los comportamientos cotidianos de los súbditos, que llevó a la paulatina secularización de la sociedad. Y por el otro, evidencia con claridad los temores de la sociedad patriarcal cordobesa de entonces.

Ellas no conformaban la clase de familia que el orden pretendía, con lo cual no sólo carecían del primer control, sino que tampoco podían ejercerlo: allí debían cumplir el rol de esposas fieles, y su vida sexual sólo podía girar en torno a la maternidad, siempre controladas por el marido. En este marco debían reproducir y enseñar a sus hijas y criadas el rol de pasivas y dóciles, domésticas y católicas practicantes. Sólo este “modelo” de mujer podía también ejercer el control informal. Fuera de la casa, en su barrio, constituyéndose en censora del comportamiento ajeno y guardadora de la “moral”, tanto en la denuncia como en la acogida en depósito de las “descarriadas”.

Dada la peculiaridad de los hechos por los que fueron juzgadas, estigmatizadas principalmente por delitos de índole sexual, podemos afirmar que en la asignación de las penas estipuladas, se mantuvo una suerte de continuidad del encierro padecido en la Real Cárcel; aún cuando también evidenciamos que ya las autoridades comenzaron a entender al encierro sufrido durante el proceso, 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. Con lo cual, estamos en condiciones de afirmar que la alianza trabada por entonces entre el Estado y el *pater familias* en relación a la prevención y /o castigo de las mujeres acusadas de la comisión de delitos y contravenciones por la justicia capitular local, entre 1776 y 1810, resultó exitosa.

Cabe acotar, finalmente, 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 al encierro como una única forma de penalización.

LEGITIMIDAD DE LAS INSTITUCIONES LEGALES Y PARTICIPACIÓN DE LOS CIUDADANOS. EL IMPACTO EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA DE LA MEDIACIÓN Y EL JUICIO POR JURADOS*

*por José Lucas Vilanova***

Resumen: El clásico estudio de Weber sobre las estructuras de autoridad, sintetizadas en tipos ideales, plantea el valor cohesivo que adquiere la legitimidad en las relaciones entre la sociedad y sus instituciones. Al respecto, los estudios disponibles sobre la legitimidad de la administración de Justicia se han centrado en las instancias judiciales superiores. En cambio, la legitimidad de los Tribunales inferiores es una cuestión menos explorada: en principio - en la medida que procesan conflictos cotidianos de las personas comunes - su legitimidad aparece vinculada a los procedimientos seguidos, un mecanismo de legitimación cuya centralidad ha sido destacada por autores como Habermas.

De todas maneras, en sociedades con instituciones más frágiles - como América Latina - este marco teórico puede presentar matices y variaciones, a partir de las características de la participación. Así, se analizan recientes reformas paradigmáticas de la participación de los ciudadanos en la administración de Justicia: la mediación y el juicio por jurados. Al respecto, cabe interrogarse sobre los efectos de estas intervenciones en los ciudadanos y en la propia Justicia, teniendo en cuenta - entre otros - el permanente riesgo de burocratización de las innovaciones.

* El presente trabajo es parte de una línea de investigación que se desarrolla en el marco de una Beca de Maestría de la Secretaría de Ciencia y Tecnología (SECyT) de la U.N.C. Una versión preliminar del mismo fue presentada en el "1º Foro Regional de Mediación - Catamarca 2005".

** Abogado y Procurador (2000), Universidad Nacional de Córdoba. Mediador. Docente en las cátedras de Sociología Jurídica y Teorías del Conflicto y de la Decisión - Métodos de Resolución de Conflictos; Facultad de Derecho y Cs. Soc. de la U.N.C. Becario de Investigación de la Secretaría de Ciencia y Tecnología (Secyt) - U.N.C. Maestrando en Sociología - Centro de Estudios Avanzados (CEA) - U.N.C. Exbecario de Investigación del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales - UNC. Ganador 2º Premio "10º Aniversario de Estudios para la Justicia 2001 - Acceso a la Justicia propuestas de optimización". **PUBLICACIÓN EN HOMENAJE.**

En suma, se aborda el fenómeno de la participación popular en la Justicia, con eje en la mediación y al juicio por jurados; interesando particularmente dilucidar su impacto en la construcción de la legitimidad de los tribunales inferiores de la administración de Justicia.

Palabras clave: administración de Justicia – mediación - juicio por jurados - legitimidad.

I-INTRODUCCIÓN

A partir del clásico análisis de Weber sobre las estructuras de autoridad, existe consenso sobre el valor decisivo cohesivo que adquiere la legitimidad en las relaciones entre la sociedad y sus instituciones. El mantenimiento del extendido fenómeno de la dominación - la probabilidad de obediencia de un grupo determinado para mandatos específicos - plantea la necesidad de que existan creencias legitimadoras.

Desde esta perspectiva, es posible esquematizar estas creencias en tipos ideales que sintetizan las tres bases posibles sobre las cuales la autoridad se refrenda ante sus seguidores. Hablamos entonces de legitimidad tradicional, legitimidad carismática o legitimidad racional. Esta breve presentación muestra el doble sentido de la noción de legitimidad en la obra de Weber: como creencia (*Glaube*) en la bondad del poder por parte de los ciudadanos, y como pretensión (*Anspruch*) por parte de los dominadores de obtener obediencia merced a la supuesta razón que les asiste para mandar y, por tanto, encontrar respuesta a sus mandatos (Monedero, 2004).

Este marco teórico es de indudable importancia a la hora de abordar a las instituciones gubernamentales y sus relaciones con el conjunto social regido. Aún así, la especial posición de la administración de Justicia en las democracias contemporáneas, demanda precisar los criterios en que se funda la legitimidad, sobre todo teniendo en cuenta que este poder del Estado enfrenta la ausencia del sufragio como mecanismo de legitimación.¹

En otras palabras, para analizar la legitimidad institucional del sector justicia, es necesario contar con un enfoque empírico adecuado.

Al respecto, el problema de la relevancia y del alcance de la legitimidad de los tribunales ante la opinión pública ha venido siendo examinado en Estados Unidos y Europa por un grupo de autores, que ha acuñado el concepto de apoyo difuso (Caldeira y Gibson 1995). El apoyo difuso se refiere al compromiso con una institución sin que éste dependa de una satisfacción a corto plazo con los resultados de las decisiones; una reserva de

¹ Para una discusión en detalle de esta cuestión ver Gargarella (1996).

“buena voluntad” puede ser explotada por la autoridad legítima cuando debe tomar una decisión impopular. Esta cuestión viene recibiendo mucha atención a partir de la intervención de la Corte Suprema de los Estados Unidos en la primera elección de Bush (h), definiendo un incierto resultado final en el escrutinio del estado de Florida.²

Los estudios de referencia se han centrado en la legitimidad de instancias judiciales superiores como la Corte Suprema de los Estados Unidos y el Tribunal de Justicia Europea. Empero, en sociedades con democracias e instituciones más frágiles como las latinoamericanas, este marco teórico puede presentar matices y variaciones.

Así, se ha señalado que la visibilidad entre el gran público es un requisito fundamental para que las instituciones políticas adquieran legitimidad (Caldeira y Gibson 1995). En América Latina, la visibilidad, la exposición pública del sector justicia está asociada al proceso de democratización iniciado en la década del ‘80.

II – LA JUSTICIA EN ARGENTINA

En el Cono Sur, a partir del recuperado juego electoral, gobernantes y congresistas en los poderes ejecutivo y legislativo, parecen ser los más expuestos a los efectos del proceso de democratización iniciado en la década de los ochenta.

Este imperativo de “revalidar títulos”, de legitimarse frente a la sociedad, se torna más complejo para los jueces, la administración de Justicia. En nuestro medio, además de la ausencia del sufragio, incide la historia: los magistrados, tradicionalmente relegados en América Latina a un rol secundario. Los conflictos sociales se procesaban en otras instancias, en especial en el ámbito de los poderes ejecutivos, imbuidos de fuertes presidencialismos. (Pérez Perdomo 2002).

Por ello, se ha señalado que con la democracia los jueces adquieren relevancia, una nueva visibilidad como actores políticos (Smulovitz 1995), no exenta de responsabilidades y sobre todo, generadora de nuevos problemas de legitimidad. En Argentina, transcurridos más de veinte años desde la recuperación de la democracia en 1983, variados sucesos han marcado la vida institucional de la administración de Justicia.

Los derechos humanos. Con el avenimiento de la democracia, los hechos aberrantes perpetrados por la dictadura militar encauzan la deman-

² Ver especialmente la investigación desplegada por el equipo de Gibson.

da ciudadana hacia la reafirmación de las reglas elementales de la convivencia, los derechos humanos.³

En este marco, instancias como las audiencias del juicio a los ex comandantes, se convierten en ceremonias públicas fundantes de una identidad democrática de más largo alcance (Jelin 1995). A partir de los medios de comunicación, los ciudadanos adquieren un nuevo hábito: mirar hacia dentro de la Justicia. La información pasará a desempeñar un nuevo papel en las relaciones entre jueces y sociedad, abriendo inclusive la posibilidad de sistematizar esta exposición mediática, diferenciando entre escándalos vinculados a la violación de derechos humanos, a la corrupción oficial y típicamente amarillistas (Waisbord 2002).⁴

El mercado y la eficiencia. Con el proceso de privatizaciones y de apertura a la inversiones extranjeras en la década del '90, el discurso neoliberal instala las reglas de juego del mercado en la sociedad: la Justicia debe ser garante de las transacciones privadas en particular y de la seguridad jurídica en general. La modernización y al surgimiento de innovaciones claves como la informatización, están asociadas a este proceso: producen cambios en la organización burocrática e instalan nuevos parámetros de eficiencia.

Así, se entiende que los jueces no sólo deben fallar ajustados a derecho, también deben manejar eficientemente sus oficinas.⁵ En efecto, esta es una sociedad que maneja otros tiempos, costos y valores sobre las relaciones intersubjetivas en general y los conflictos en particular: la mayor eficiencia de la administración de Justicia es uno de los ejes del proceso de reforma judicial en toda América Latina (Pásara 2004).

La participación. Más próximo en el tiempo, se ha iniciado un proceso de participación de los ciudadanos en seno de los tribunales. El mismo se desarrolla de modo descentralizado e inorgánico, con la intervención de múltiples actores: la sociedad civil, funcionarios políticos, operadores le-

³ La expectativa con la vigencia de los valores constitucionales obtiene una respuesta coyuntural: los Tribunales procesan y condenan a ex represores; aunque a la postre, la gran mayoría de estos juicios quedarían sin efecto.

⁴ Años más tarde, es asesinada en Catamarca María Soledad Morales. La televisación en directo y para todo el país de los dos juicios en los que se juzgó a sus victimarios - también como parte de un proceso político más amplio - constituyó un nuevo acontecimiento público del primer tipo de escándalos.

⁵ Para una discusión de las dimensiones implicadas en el problema de la eficiencia en la administración de Justicia, ver Quiroga Lavié (1998) y también la compilación organizada por Quiroga Lavié y Federico (2003).

gales y organismos financieros internacionales. En otras palabras, es un fenómeno que abarca las movilizaciones convocadas por Blumberg, los programas desarrolladas por las ONG's y las iniciativas gubernamentales. La recepción de institutos como la mediación y el juicio por jurados es particularmente representativa del impacto institucional de estos movimientos.

En síntesis, estos tres grupos de procesos delimitan la exposición pública, la nueva visibilidad adquirida por la administración de Justicia en nuestro país, presupuesto indispensable de la legitimidad; entre ellos es posible priorizar el de la participación popular, dada su evidente conexión con la legitimidad institucional.

III – LEGITIMIDAD DE TRIBUNALES SUPERIORES E INFERIORES.

Como ya se señalara, los estudios disponibles sobre la legitimidad de la administración de Justicia se han centrado en instancias judiciales superiores, un tanto lejanas para el ciudadano común. Al respecto, aún cuando en ambos casos la referencia a roles políticos es clara, es conveniente diferenciar entre tribunales superiores y tribunales inferiores. En el caso de las altas cortes, la legitimidad está asociada a la realización de los grandes valores constitucionales, en procedimientos enfocados a reafirmar la vigencia un tanto genérica del *Estado de Derecho*. Lo que Cotterrell (1991) denomina confirmación del Derecho como reservorio de símbolos sociales emocionalmente importantes.

En cambio, la legitimidad de los Tribunales inferiores es una cuestión menos explorada. En principio, en la medida que procesan conflictos cotidianos que afectan a las personas comunes, su legitimidad aparece más vinculada a los procedimientos seguidos, un mecanismo de legitimación cuya centralidad en las sociedades contemporáneas ya ha sido destacada por Habermas (1987). La formulación inicial de estos conceptos se encuentra en Lind y Tyler (1988).

Estas investigaciones, tratando mayormente con personas que han estado en contacto directo con las autoridades, han mostrado la importancia de las percepciones de justicia procesal. Cuando las partes consideran justos los procedimientos seguidos en la adopción de una decisión, es más probable que acepten la distribución resultante como “justa”, incluso en las situaciones donde el resultado les es objetivamente desfavorable (Bergoglio y Vilanova 2004).

En el análisis de la administración de Justicia en Argentina, este fenómeno aparece con fuerza en la evaluación positiva de los ciudadanos sobre reformas judiciales como la mediación y ha sido abordado en sucesivos trabajos de investigación (Bergoglio et al. 2002, Bergoglio y Vilanova 2004, Bergoglio 2004).

IV – ACCESO A LA JUSTICIA Y MEDIACIÓN.

Estas investigaciones parten de un diagnóstico coincidente: el apoyo a la democracia, así como la satisfacción con el desempeño de sus instituciones, vienen disminuyendo en América Latina en los últimos años (Zovatto, 2002). Aunque existen variadas razones para explicar este retroceso, debemos ubicar entre las principales la baja capacidad de las instituciones políticas para tutelar de manera efectiva los derechos fundamentales⁶.

La crónica ineffectividad de las instituciones – especialmente las vinculadas a la Administración de Justicia – agrava este panorama⁷. Así, los procesos de reforma judicial en marcha en toda la región pretenden solucionar la asignatura pendiente de las democracias latinoamericanas, enfrentando el doble reto de mejorar la eficiencia y la accesibilidad de la Justicia pese a la habitual insuficiencia de los recursos del Estado. Entre las medidas propuestas, la presencia de la Resolución Alternativa de Conflictos (RAC) parece contribuir tanto a reducir la congestión judicial como a ampliar el acceso a la Justicia.

Al respecto, clásicamente las iniciativas en RAC responden a la intención de ampliar el acceso a la Justicia - en especial de las reclamaciones pequeñas o las presentadas por litigantes pobres⁸. Recientemente, sin embargo, diversos estudios empíricos han mostrado que el resultado final puede ser contrario al esperado. Estudiando la conciliación laboral en México, Correa Vázquez (1994) concluye que la negociación entre partes dispares en recursos económicos y sociales, realizada sin la protección de las nor-

⁶ Tal como ha señalado O'Donnell (1997), la consolidación de las democracias latinoamericanas resulta difícil en un contexto de pobreza y exclusión. La tensión entre las demandas políticas en torno al imperio de la ley y la desigualdad creciente se resuelve finalmente en la construcción de una ciudadanía de baja intensidad para grandes grupos sociales.

⁷ Los datos presentados por Zovatto muestran que la confianza que los latinoamericanos depositan en sus instituciones resulta comparativamente baja, en comparación a la que se registra por ejemplo en Europa. Esta diferencia resulta especialmente notoria frente a la Justicia: 65% de los europeos confía en su Poder Judicial, proporción que apenas llega al 32% entre los latinoamericanos.

⁸ Así aparecen por ejemplo, en el estudio de Cappelletti y Garth (1996).

mas, favorece a los mejor situados socialmente. Igualmente, Engle Merry (1990), mostró que la presión excesiva hacia el tratamiento informal de los conflictos puede acentuar las vivencias de exclusión del sistema judicial. Igualmente, Fiss (1984) ha señalado que la privatización de los conflictos implícita en el uso de los medios alternativos de resolución de disputas supone una reducción del espacio de debate público.

Aún así, la rápida difusión en la región de estos mecanismos ajenos a la cultura jurídica de muchas naciones latinoamericanas no puede entenderse, sin observar el impulso internacional brindado a este tema⁹. En Argentina, diversas jurisdicciones han iniciado experiencias en ese sentido, y el Plan Nacional de Reforma Judicial, orientado a la modernización de la administración de justicia, incluye el desarrollo de RAC entre las medidas que recomienda adoptar a las provincias que la integran.

V – MEDIACIÓN Y LEGITIMIDAD.

En efecto, el régimen Federal de gobierno imperante en nuestro país permite la coexistencia de distintos ordenamientos procesales. En el caso de la provincia de Córdoba, las experiencias en resolución alternativa de conflictos se han ampliado desde la sanción de la ley 8858, la cual prevé, un organismo competente en disputas extrajudiciales dependiente del Poder Ejecutivo y que termina de institucionalizar el Centro Judicial de Mediación¹⁰.

En lo concerniente a la mediación en sede judicial, se prevé que el sometimiento de causas a la mediación tiene en principio carácter voluntario: pero también se establece que será obligatorio concurrir a la instancia en tres supuestos: juicios de monto reducido, causas con beneficio de litigar sin gastos y cuando el juez competente lo decida. Las dos primeras causales abarcan una franja determinada de litigantes particularmente afec-

⁹ Para una revisión reciente de experiencias en Medios Alternativos de Resolución de Conflictos en América Latina, ver el dossier especial sobre el tema publicado por la revista *Sistemas Judiciales*, Año 1, No. 2, pp. 88 – 104. Una muestra del rol de los organismos internacionales en la difusión de la RAC se encuentra en la *Evaluación del Sector Jurídico y Judicial Argentino*, preparada por el Banco Mundial (2002). Allí se resume la acción del Banco en la promoción de estas soluciones en nuestro país; también se sintetizan las contribuciones de otras agencias, como USAID, la oficina del gobierno norteamericano para asistencia a los países en desarrollo.

¹⁰ Sancionada en julio de 2000. Para un análisis en detalle de la ley, ver Barmat y Rivero, (2001).

tada por los problemas de acceso a la Justicia: reclamaciones pequeñas y sectores de menores recursos.

El análisis del funcionamiento de las clásicas barreras al acceso mostró que las partes evalúan favorablemente la duración de los procesos de mediación. Las miradas sobre los costos, en especial los honorarios de los mediadores, resultaron menos favorables (Bergoglio y Vilanova 2004b).

Con respecto al impacto de la mediación en la legitimidad de la Justicia, mayoritariamente los mediados reconocen carácter equitativo al proceso de mediación en el que participaron, y confían en que la mediación puede ampliar el acceso de los ciudadanos comunes a la Justicia. Su visión acerca de las potencialidades de esta institución para acercarnos al ideal de *igualdad ante la Ley* es considerablemente optimista.

En este sentido, las evaluaciones sobre la justicia que hacen las partes indicó la existencia de un efecto de justicia procesal. Las correlaciones mostraron que la construcción de la imagen de la mediación entre los justiciables está más influida por cuestiones atinentes a la organización del proceso – como el manejo de los tiempos, o la calidad de la atención recibi-

da – que por las derivadas de las cuestiones sustantivas ventiladas en la causa.

VI – MEDIACIÓN, JUICIO POR JURADOS Y LEGITIMIDAD.

Aunque habitualmente se analiza el impacto de los métodos alternativos de resolución de conflictos en general y de la mediación en particular en cuestiones como la cultura adversarial y la descongestión de los tribunales, asimismo es posible – como pudo verse - analizar su impacto en la legitimidad de la administración de Justicia.

En este sentido, la mediación y también el juicio por jurados - institutos participativos paradigmáticos - tienen la potencialidad para desarrollar nuevas formas de legitimidad que contrapesen el denominado carácter contramayoritario de la administración de Justicia (Gargarella 1996).

Así, los reseñados efectos que tiene la experiencia de haber atravesado una mediación, invita a pensar lo que puede suceder en otra instancia de participación popular potencialmente generadora de una nueva legitimidad: los jurados populares. De igual manera, también cabría preguntarse hasta donde es posible generalizar o no las conclusiones obtenidas.

En principio, es posible señalar que pueden surgir diferencias entre la situación de participar para solucionar un conflicto propio y la de participar en la resolución de conflictos o problemas que afectan a terceros, a otros. Especialmente, cuando se trata de bienes jurídicos como la vida y la libertad de las personas, como es el caso de los jurados populares en juicios penales.

Estrechamente ligado a esto, el juicio por jurados concentra variados tipos de críticas. Las más fundadas apuntan a su eficiencia como mecanismo procesal: se señala que prolonga la duración del proceso, tiene altos costos operativos y produce sentencias muy duras, contradictorias, poco entendibles, en suma altamente recurribles (Jorge 2004).

En suma, cabe interrogarse sobre los efectos particulares y generales de esta intervención en las personas comunes que compartirán tareas desempeñadas tradicionalmente sólo por los jueces. La cuestión se torna doblemente significativa por ser este un proceso dual, que se nutre tanto de iniciativas de la sociedad civil como de ofertas estatales: aún innovaciones como la mediación afrontan el riesgo de la burocratización. (Bergoglio et al 2004b).

En otras palabras, es válido preguntarse hasta dónde los ciudadanos son capaces de trocar entusiasmo inicial en participación institucional. Fenómenos análogos y la experiencia comparada muestran las limitaciones

de los ciudadanos cuando se trata de invertir tiempo y dinero interviniendo en la solución de conflictos propios y sobre todo, ajenos.¹¹ Asimismo, datos recientes aportan en esta dirección: notificados los primeros jurados populares sorteados, sólo se presentó un tercio de los convocados. Los dos tercios restantes, se repartieron entre notificaciones no diligenciadas por problemas de domicilio y personas que directamente no se presentaron.¹²

VII – A MODO DE CIERRE.

Este trabajo apunta a analizar el impacto de los institutos participativos en la construcción de la legitimidad de los tribunales inferiores de la administración de Justicia, así como en otros aspectos que hacen a la construcción de la ciudadanía.

Por un lado, como han mostrado varias series de estudios empíricos, como los realizados en Estados Unidos por Tapp (1991) y Kohlberg (1997), quienes son llamados a compartir las responsabilidades de los jueces, logran madurar su razonamiento moral, asumiendo con más facilidad el punto de vista del legislador y la adhesión al orden jurídico (Bergoglio y Vilanova 2004a). Como ya se apuntara, esta experiencia de construcción de la ciudadanía, puede resultar sumamente valiosa en una sociedad como la argentina, donde todos los esfuerzos posibles por cultivar el compromiso ciudadano con el Derecho son necesarios (Bergoglio y Vilanova 2004b).

Por otro lado, estos resultados tienen consecuencias significativas para la política judicial. En efecto, estos resultados sugieren que los esfuerzos para mejorar la eficiencia del Servicio de Justicia tienen rápidos efectos sobre su legitimidad. En un país donde la falta de independencia política de los tribunales, así como su escaso papel en la lucha contra la corrupción han erosionado la imagen de la Justicia de manera alarmante, las alternativas prácticas para la legitimación de la actividad jurisdiccional resultan relevantes.

¹¹ Vg. el creciente número de los presidentes de mesa que no concurren a sus puestos el día de los comicios. Para una revisión de la experiencia comparada, ver también Scarsini (2004). Morello (2002) revisa la experiencia española.

¹² Fuente: Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba.

JUAN BIALET MASSE.
UN ESTUDIO DE LA ENSEÑANZA DEL DERECHO DEL
TRABAJO
EN LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE CÓRDOBA

por Ramón Pedro Yanzi Ferreira.¹

Resumen: Esta investigación ofrece un panorama sobre la fundación y el desarrollo de los estudios de Derecho del trabajo en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Se inicia en 1907 con la labor pionera de Juan Bialet Masse y concluye con el análisis de la obra y proyección de los actuales catedráticos de la disciplina. La investigación comprende el estudio de la planificación académica de la materia, desarrollos curriculares y vida y obra de sus catedráticos.

Han sido consultados los archivos de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba y archivos particulares.

Palabras Clave: Enseñanza - Derecho del Trabajo - Universidad - Facultad de Derecho.

Desde el inicio de la primera Cátedra de *Instituta*, que en las horas vespertinas del 22 de agosto de 1791, significara el nacimiento de los estudios jurídicos en la *Universitas Cordubensis Tucumanae*, las Cátedras constituyeron los núcleos fundacionales, el ámbito preciso, la geografía natural donde creció y se fortificó la ciencia del derecho.

¹ Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Doctor en Derecho y Ciencias Sociales. Profesor Titular de la Cátedra "C" de Historia del Derecho Argentino. Miembro de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Miembro Correspondiente de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas y de la Sociedad Chilena de Historia y Geografía. Miembro de Número de la Junta provincial de Historia de Córdoba. 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 Titular del Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho y del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano.

El 23 de marzo de 1907, el Consejo Directivo de la Facultad de Derecho, resolvió incorporar la enseñanza de los contenidos de derecho laboral en tercer año, cuyo estudio había sido impuesto por Ley del Congreso de la Nación.

La disciplina se estudiaría entonces bajo el nombre de *Legislación Industrial y Agrícola*. Mas tarde, en 1918, se modificaría su primera denominación, convirtiéndose en *Legislación Industrial y Obrera*, transformándose, a su vez en 1946 en *Derecho del Trabajo y de la Previsión Social*.

La enseñanza de la asignatura se mantendría a lo largo de los cambios curriculares operados entre tercero y quinto año.

Entre los catedráticos dedicados al cultivo del Derecho del Trabajo cabe mencionar los nombres de los doctores Juan Biale Massé, Juan Gualberto García, Telasco Castellanos(h), Dardo Rietti, Narciso Rey Nores, Félix Martín, Luis Despontín, Ignacio Garzón Ferreyra, Rene Mirolo, Raúl Altamira Gigena y Héctor Blas Demichelis.

La sucesión de los catedráticos que tuvieron a su cargo la enseñanza de la nueva disciplina, cuyo inicial núcleo temático se impartió históricamente incluyéndola los contenidos de Economía Política, se organizó desde 1907 del modo siguiente.

El primero de ellos, el catalán Juan Biale Massé, fue investido en tal carácter por designación del Ministro de Instrucción Pública de la Nación. Le sucedió Juan Gualberto García quien ocupó la titularidad de la Cátedra hasta su reemplazo por el Doctor Telasco Castellanos(h) en 1919.

Es en este momento, cuando la primera denominación de la disciplina *Legislación Industrial y Agrícola* es reemplazada por *Legislación Industrial y Obrera*.

En 1933 accede por concurso a la titularidad de la Cátedra, el profesor que transformaría la gestión docente en un verdadero laboratorio de ideas y proyectos, el doctor Dardo Rietti, cuya proyección en la construcción del nuevo derecho laboral se pondría rápidamente en evidencia demostrando como la creación del derecho no depende solamente de los legisladores sino que se nutre de la rica veta de calificados *operadores jurídicos* categoría donde, naturalmente, no están ausentes los profesores universitarios, juristas y publicistas.

Un noble gesto del Doctor Dardo A. Rietti inicia la adopción de espacios propios en la Facultad para el desarrollo de la especialidad. Así fue como, el 7 de mayo de 1928, “*con el deseo de dar a la enseñanza de la especialidad la mayor eficacia posible*” donó a la Facultad de Derecho su museo particular, integrado por variados aparatos, relieves, cuerpos plásti-

cos y otros dispositivos de interés y un fichero bibliográfico que reunía mas de diez mil fichas que referenciaban textos atinentes al cultivo disciplinar, solicitando la provisión de un aula para la realización de los trabajos prácticos a los que permitía llevar a cabo el material donado. Pedía también que dicha aula registrara el nombre de Juan Bialet Massé.

El 11 de mayo de 1929, bajo el Rectorado del Doctor Luis J. Posse, se inauguró el *Instituto de Derecho del Trabajo* que funcionaria como un anexo de la misma Cátedra. El 7 de junio de 1944 se proveyó su reglamentación, que consagraba como objeto principal “*la investigación de los problemas jurídicos y sociales que se vinculen con el trabajo como actividad socialmente útil*” a cuyo fin se indicaban como propios, trabajos de investigación sobre temas jurídicos y sociales en la materia, estudios de legislación, doctrina y jurisprudencia, recopilación de información atinente a la materia, asistencia y organización de eventos, publicación de sus resultados etc.

Reunían la calidad de *miembros* de dicho Instituto los profesores adjuntos y adscriptos a la disciplina como también los profesores de la misma calidad, en disciplinas afines, que fueran designados por el Consejo Directivo, a propuesta del Decano.

En 1946 se impuso el nombre del *Profesor Dardo Rietti* a la Biblioteca del Instituto, en justo homenaje a su generosa donación.

Excede con holgura los límites de esta disertación el registro de las variadísimas y múltiples actividades que organizó y llevó a cabo el Instituto. Basta sólo señalar los numerosos cursos de carácter académico, profesional, prácticos o interdisciplinarios con docentes de variadas áreas, entre las que se destacan los aportes provenientes de la cátedra de *Medicina del Trabajo* de la Facultad de Medicina de la Universidad Nacional de Córdoba, la organización de conferencias, simposios, jornadas, etc algunas de ellas con personalidades extranjeras de gran mérito en el campo disciplinar.

La labor de los Institutos de Derecho del Trabajo, que comienzan a multiplicarse en las universidades argentinas, logró ser coordinada, cuando en 1956, y con un carácter general para todo el país se creó el *Instituto Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* con el decidido aporte de los Institutos universitarios de Derecho del Trabajo y cuya presidencia rotaba anualmente entre los directores de estos mismos centros académicos.

Comenzaron de este modo a celebrarse, en diferentes ciudades del país, importantes reuniones científicas sobre el núcleo disciplinar².

En 1957, fue elegido en calidad de primer presidente el doctor Mariano Tissembaun de Santa Fe, en 1958 lo reemplazó Luis A. Despontin de la Universidad Nacional de Córdoba, en tanto en 1959 fue elegido Manuel Pinto, profesor de la Universidad de la Plata y de la Universidad de Buenos Aires.

Cuando el Doctor Dardo A. Rietti se retiró de la cátedra universitaria, fue reemplazado por el doctor Narciso Rey Nores, designado el 27 de junio de 1947. En este mismo año, la materia pasa a llamarse *Derecho del Trabajo y de la Previsión Social*. El Doctor Rey Nores ejerció la titularidad con algunas ausencias, hasta su reemplazo en 1956 por el Doctor Felix Martín. En estos años se produjo la división de cátedra, en cátedras “A “ y “B” confiadas respectivamente, al doctor Rey Nores y al profesor adjunto, interinamente encargado de la misma, José Isidro Somaré, dilecto alumno del doctor Rietti en el Seminario de Profundización sobre accidentes de trabajo dictado por el segundo de los nombrados a lo largo del año 1943.

Tras un breve reemplazo del Doctor Rey Nores por el Doctor Felix Martín, el Concurso de Oposiciones celebrado en la Facultad de Derecho en 1962 confiere la titularidad de las dos cátedras de Derecho del Trabajo y de la Previsión Social a los doctores Luis Despontin y Narciso Rey Nores respectivamente.

La enorme labor llevada a cabo por el primero, de la que damos cumplida cuenta en el capítulo respectivo, traducida en la redacción de importantes obras de doctrina y en la participación, con relevantes trabajos de investigación científica, en significativos foros de la especialidad, proyectó nacional e internacionalmente la llamada *Escuela de Derecho del Trabajo de la Universidad Nacional de Córdoba*.

Entre los días 25 a 30 de abril de 1960 se llevó a cabo el primer *Congreso Nacional de Derecho del Trabajo* organizado por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional del Tucumán, bajo la presidencia del doctor Alfredo L. Palacios con la vicepresidencia de los doctores Juan D. Pozzo, Manuel Pinto y Luis A. Despontin, actuando en calidad de Secretario General el doctor Mariano Tissembaun.

² Entre ellas, sobresale la quinta reunión plenaria, celebrada en Mendoza entre los días 23 a 25 de octubre de 1960 llevada a cabo en el aula magna de la Facultad de Ciencias Económicas, presidida por el catedrático de las Universidades de Buenos Aires y Mendoza, doctor Manuel Pinto Presidente a su vez, en turno del Instituto y que contó con la participación de los doctores Mariano Tissembaum, Daniel Alvarez, Luis A. Despontin, Rodolfo Nápoli, Juan Carlos Goyena, José María Rivas, Mario Deveali y Manuel Ossorio Florit

El Congreso contó con el concurso de importantes delegaciones oficiales, entre las que se encontraba la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (Ginebra), la Oficina Internacional del Trabajo, la Universidad de San Pablo, la Universidad de San Francisco Xavier de Chuquisaca, la Universidad Autónoma de Méjico, la Universidad de Madrid, etc.

El Congreso aunó asimismo la relevante participación de especialistas de primer nivel entre los que se encontraban Ernesto A. Krotoschin, Alfredo J. Ruprecht, Amador Alberto Manuel E. Woelflin, Martín de la Peña, Miguel A Cordini, Manuel Pinto, Pedro Demo E. Fernández Gianotti, Carlos J. Goyena Carlos E. Moutier Aldao y B. Videla Morón.

Entre las recomendaciones más importantes que aprobó el Plenario General se destacaba la necesidad de iniciar, con la mayor brevedad posible, los estudios destinados a proveer la codificación del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, por comisiones de juristas especializados, pero teniendo en consideración “*la opinión de los organismos técnicos y los representantes de los sectores interesados*”.

Se insistía asimismo, que dicho Código, cuyo índice tentativo incluso se acompañaba, no podría, jamás redactarse, sin una técnica legislativa y metodología adecuadas³.

Otras conclusiones apuntaban a mejorar la enseñanza universitaria de la disciplina, extender sus contenidos a las Escuelas de Formación Sindical y de dirigentes de empresas, cuya erección se aconsejaba, así como también la formación especializada de los funcionarios de las oficinas administrativas y de las magistraturas del trabajo.

El segundo Congreso Nacional de Trabajo y Seguridad Social se llevó a cabo en el recinto de la Honorable Legislatura de la Provincia de Córdoba entre los días 18 a 22 de octubre de 1960. La presidencia le había sido inicialmente confiada al doctor Mariano Tissembaum⁴.

³ En respaldo a estos asertos la Comisión citó las conclusiones presentadas por el Profesor Pérez Botija y la opinión de Alonso García: “*La diferencia que hay entre un código técnico y un código no técnico suele acusarse entre otras consecuencias en que los códigos técnicamente bien hechos mantienen su perdurabilidad por encima del paso del tiempo y con una mínima labor de adaptación, aparte de la menor cantidad de problemas a que dan lugar en el animo del interprete en tanto que los códigos tachados de técnicas imperfecciones precisan en seguida de constantes retoques y se prestan a confusas interpretaciones*”

⁴ Integran asimismo la Comisión Directiva el Vicepresidente doctor Ernesto Krotoschin, el Secretario Tesorero José Mario Rivas y los Vocales doctores Luis A. Despontin,

El Congreso recomendó especialmente la pronta sanción del Código de la Seguridad Social “*creando un sistema orgánico que se ajuste a la realidad económica social de la nación y cumpla el objetivo de proveer seguridad al individuo frente a los eventos sociales*”.

Se insistía esencialmente que el Código debía establecer la *transformación de los regímenes vigentes en materia de seguridad social, creando un sistema orgánico que se ajuste a la realidad económica social de la nación el cumpla el objetivo de proveer seguridad económica al individuo frente a los eventos sociales*.

Para asegurar dicho objetivo el futuro Código necesitaba regular un sistema de prestaciones mínimas y generales, su campo propio de aplicación, comprendiendo a todos los habitantes del país, la naturaleza y alcance de las prestaciones, las normas procesales básicas, el sistema de financiamiento y el sistema de penalidades, previéndose incluso, la celebración de acuerdos internacionales *tendientes a asegurar la uniformidad y reciprocidad de las prestaciones de la seguridad nacional en consideración a una más amplia solidaridad humana*.

Estas periódicas reuniones nacionales de profesores de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social continuaron celebrándose periódicamente. Resulta digna de mención la realizada en la ciudad de Mendoza, entre los días 23 a 27 de abril de 1979, cuya Vicepresidencia fue ofrecida al profesor José Isidoro Somaré, quien sería a su vez elegido por sus pares ese mismo año Director del Instituto de Derecho del Trabajo.⁵

El temario comprendía un amplio abanico que rolaba entre las facultades de dirección en la Ley de Contrato de Trabajo, el rol de las asociaciones profesionales de trabajadores, la incapacidad en el derecho del trabajo y los aspectos que implicaba el proceso de enseñanza de la disciplina.

Entretanto, la proyección internacional de los profesores de la Cátedra cordobesa de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social se había

Mario A. Deveali, Manuel Pinto y Juan D. Pozzo. La Comisión local, con sede en el Instituto de Derecho del Trabajo *doctor Juan Bialet Masse* de la Universidad Nacional de Córdoba, se encontraba presidida a su vez por el doctor Luis A. Despontin, con la vicepresidencia de Jorge F. Arraya, Secretario Tesorero María A. Sciarra de Arico y la vocalía de los doctores Felix Martín, Ignacio Garzón Ferreyra y Narciso Rey Nores

⁵ La Resolución Decanal 2/80 confirmó el resultado de la elección. En calidad de Vice Director fue designado Ignacio Garzón Ferreyra, en tanto el abogado Hugo B. Razquin fue nombrado Secretario Técnico Académico.

aquilatado con su decisivo aporte en relevantes eventos internacionales ⁶, tales como el Congreso de Derecho Internacional del Trabajo celebrado en Varsovia entre los días 14 a 17 de septiembre de 1970, donde nuestra Universidad fue representada por el doctor Luis A. Despontin, quien compartió el trabajo disciplinar con numerosas delegaciones, tanto del mundo occidental como de los países del este, en una renovada agenda que apuntaba a la resolución de dos cuestiones básicas: las consecuencias sociales jurídicas de los progresos técnicos de las empresas, en el trabajo y en el trabajador y el tratamiento del tema de la *culpa grave* en oportunidad de producirse un accidente de trabajo.

Días después, el mismo doctor Despontin acudía con igual entusiasmo a las sesiones del III Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, organizado esta vez, por la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, con el patrocinio del Instituto de Cultura Hispánica.

Fue presidido por el catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, Gaspar Bayón Chacón y se celebró en la ciudad de Sevilla, entre los días 30 de septiembre al 3 de octubre de ese mismo año, con la participación de delegaciones españolas y lusitanas y las provenientes de países sudamericanos.

Su temario abarcaba los temas atinentes a la reforma de la empresa, aspectos jurídicos, sociales y económicos, el derecho a vacaciones y su regulación, y el siempre polémico tema de la naturaleza, trámite y alcances de los recursos y ejecuciones ante la autoridad laboral.

Estas actividades, periódicas, continuas y sostenidas a lo largo del siglo, enriquecían los estudios, ampliaban sus horizontes y proporcionaban renovados bríos al cultivo de la disciplina, que en 1975 vuelve a modificar en nuestra Facultad su nombre, quedando entonces designada como *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*.

Tras el interinato del doctor Ignacio Garzón Ferreyra, designado luego Profesor Consulto, ambas cátedras son llamadas a concurso en 1985 accediendo a la titularidad de las mismas, el 17 de diciembre de dicho año, los doctores René Ricardo Mirolo y Raúl Altamira Gigena y posteriormente Héctor Blas Demichelis, en reemplazo del Doctor Mirolo, designado al

⁶ La mención es simplemente ejemplificativa de los primeros congresos internacionales que contaron con el aporte de profesores cordobeses ante la enorme cantidad de eventos de igual carácter a los que concurrieron delegaciones de nuestra Facultad de Derecho brindando su aporte en la construcción de un pensamiento crítico.

jubilarse de su gestión docente, Profesor Consulto de la Universidad Nacional de Córdoba.

En el desarrollo de la labor académica cumplida por la Cátedras revistió decisiva importancia los trabajos llevados a cabo en el Instituto de Derecho del Trabajo *Juan Biale Massé* que reunió como dijimos, la biblioteca particular del doctor Dardo A. Rietti y se transformó, rápidamente, en el ámbito propio donde se desarrollaron importantes trabajos de investigación científica, exponiendo sus resultados en ciclos de conferencias, reuniones, simposios, congresos y jornadas que sin pausa se desarrollaron a lo largo de todo el siglo.

Esta constituyó, en rápida síntesis, pues, la sucesión de los profesores que enseñaron la disciplina, que el 23 de marzo de 1907, durante el decanato del Doctor Justino César, cuando el Consejo Directivo de la Facultad de Derecho procedió, formalmente, a incorporar al Plan de Estudios.

Las nuevas cátedras creadas por el Congreso Nacional fueron, entonces, Sociología e Historia del Derecho, Derecho Público Provincial y Municipal, Estadísticas y Geografía Comercial, Legislación Industrial y Agrícola e Historia de las Instituciones Representativas. Este plan fue aprobado y puesto en vigencia el 4 de abril de 1907.

El nuevo plan, reorganizaba los estudios de derecho de la siguiente manera: primer año, Introducción al Estudio del Derecho, Filosofía General, Historia del Derecho y Derecho Público General. Segundo año: Derecho Romano, Derecho Civil, Derecho Internacional Público, Economía Política e Historia de las Instituciones Representativas. Tercer año: Derecho Romano, Derecho Civil, Derecho Penal, Derecho de Minas y Legislación Industrial y Agrícola. Cuarto año: Derecho Civil, Derecho Comercial, Derecho Constitucional, Derecho Público Eclesiástico y Sociología, Historia del Derecho Argentino. Quinto año: Derecho Civil, Derecho Comercial, Finanzas, Procedimientos Civiles y Derecho Público Provincial y Municipal. Sexto año: Derecho Administrativo, Derecho Internacional Privado, Filosofía del Derecho, Procedimientos Penales y Geografía Comercial.

Los Protagonistas:

Juan Biale Masse

Nació, el 19 de diciembre de 1846, en Mataró, cerca de Barcelona, España el 19 de diciembre de 1846. Recién graduado de médico en Madrid, se trasladó a Buenos Aires, cuando tenía 26 años de edad, durante la presidencia del doctor Nicolás Avellaneda, revalidando su título profesional.

Después de un tiempo se radicó en Córdoba, se había casado el 9 de Julio de 1874 con doña Zulema Laprida, nieta de Francisco Narciso de Laprida, el hombre que presidiera la histórica jornada del Congreso de Tucumán, que declarara la independencia de la República.

Fue Rector de los Colegios Nacionales de Mendoza, San Juan y La Rioja.

En 1877, invitado por el entonces, Rector de la Universidad Nacional de Córdoba, doctor Manuel Lucero, se traslada a Córdoba para hacerse cargo de la Cátedra de Medicina Legal de la Facultad de Medicina. En esa ocasión le manifestó al Rector Lucero, que para desempeñar dicho cargo docente era necesario poseer el dominio de lo jurídico y el conocimiento de la Legislación del País, por ese motivo, se inscribió como estudiante en la Facultad de Derecho.

Se graduó en Veinte meses, el 18 de Septiembre de 1879. Obtuvo los grados de Maestro en Filosofía, Bachiller y Licenciado en Derecho. Más tarde, el 25 de Octubre del mismo año, alcanzó el grado de Doctor en Derecho Civil .

Recién entonces, elaboró un Programa de la materia Medicina legal, siendo designado profesor de la misma. Constituyéndose de ese modo, en su primer catedrático.

En 1880 publica “ Recopilación de Fallos”, dictados por el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Córdoba.

En 1882 Biale Massé representa a la Universidad Nacional de Córdoba en el Congreso Pedagógico.

Ese evento fue el anticipo decisivo de la Ley 1420 de Educación común que impondría la educación laica, obligatoria y gratuita.

En 1883 fue designado miembro del Honorable Consejo Deliberante de la Ciudad de Córdoba, y más tarde , su Presidente.

En 1885 , aparece su libro “ Lecciones de Medicina Legal aplicada a la Legislación de la República Argentina” con el cual obtiene el primer Premio de la Academia Nacional de Medicina.

El 5 de Junio de ese año la Universidad Nacional de Córdoba lo designa Doctor Honoris Causa en la Facultad de Ciencias Médicas.

En 1906 se lo nombra profesor de la Cátedra de Legislación Industrial y Agrícola, durante el Rectorado de José Ortiz y Herrera y el Decanato de Justino César.

El 23 de Marzo de 1907, el Consejo Directivo de la Facultad de Derecho resolvió incorporar al plan de estudios la nueva Cátedra creada por el Congreso Nacional. Este plan fue aprobado y puesto en vigencia el 4 de Abril de 1907.

Podemos afirmar, que Bialet Massé fue el primer profesor designado para la enseñanza de esta materia en América, por haber sido designado para ese cargo el 30 de Mayo de 1906 por el Honorable Consejo Directivo de la Facultad de Derecho.

En Junio de ese año, presenta ante ese Cuerpo el programa de la materia que incluía los materiales necesarios para la enseñanza del dictado de la materia, entre ellos se encontraba un Gabinete de Experimentos Físicos-Químicos. Esta solicitud no tuvo acogida favorable por parte de las autoridades de la Facultad. El programa presentado por Bialet no fue aprobado. Sin perjuicios de ello, se le sugirió a Bialet que dictara clases preparatorias para el comienzo de la enseñanza de la asignatura, con un programa elaborado por la Comisión de Enseñanza del Honorable Consejo Directivo. Por ello, disertó en doce oportunidades durante los meses de Agosto y Octubre, los días Miércoles y Viernes a partir de las 16 horas, con la concurrencia de 18 estudiantes.

En 1905, Bialet Massé rechaza el Rectorado de la Universidad de la Plata, a propuesta de Joaquín V. González, por no renunciar a su ciudadanía española.

Colaboró activamente en las tareas previas de redacción del proyecto de Ley Nacional de Trabajo de 1904, presentado a las Cámaras del Congreso Nacional, el 9 de mayo de 1904 durante la segunda presidencia del General Julio Argentino Roca, por el Ministro del Interior Joaquín V. González. La colaboración del doctor Bialet Massé resultó decisivo para la construcción del Proyecto del primer código del trabajo presentado al Congreso Nacional. Bialet Massé recorrió prácticamente todo el país, estudiando la situación de las clases trabajadoras. Sus observaciones fueron condensadas en su "*Informe sobre el estado de las clases obreras en el interior de la República*" que siguieron muy de cerca los redactores del proyecto, y que constituye una despiadada radiografía de las circunstancias de vida y trabajo de las clases asalariadas a comienzos de siglo. Publicó asimismo: *Proyecto de una ordenanza reglamentaria del servicio obrero y domestico de acuerdo con la legislación y tradiciones de la República Argentina*, Rosario, Wetzel y Buscaglione, 1902; *Tratado de la responsabilidad civil: en derecho argentino bajo el punto de vista de los accidentes de trabajo* Rosario, La Argentina, 1904; *Código de Procedimientos en lo criminal* proyectado por nuestro autor en colaboración con el doctor José R. Ibañez, Córdoba, El Interior, 1886. Al presentar al doctor Bialet Massé al honroso escenario de la Academia de Derecho de Córdoba, el doctor Luis A. Despontin trazó con bella pluma, un acertado bosquejo de lo que había sido

una labor singular: “*Bialet recorre la campaña argentina. Entra en todas sus direcciones. Lo hace en trenes de carga, en sulkys, a pie, a caballo, en barco, etc. Visita talleres, recorre estancias y establecimientos agrícola-ganaderos. Penetra en tolderías indias. Inspecciona obrajes. Baja a galerías y socavones mineros. Tala bosques, entra en sus picadas. Conoce yerbatales. Maneja la pala. Se desempeña en las estibas. Trabaja en trilladoras. Corta alfalfa. Es peón albañil. Ayuda a picapedreros. Es testigo de abusos en las provedurías. A la manera de Buffon, que para el logro de su historia natural estudia las costumbres de los animales, conviviendo con ellos en largo y penoso peregrinaje por mundos apartados, Bialet completa su recorrido sin tregua, con observaciones acumuladas en más de 20 años de su vida. Como el cirujano en la búsqueda de una solución, presenta las llagas del problema en toda su desnudez*”.⁷

Le correspondió al doctor Bialet Massé el privilegio de actuar en los tiempos definitorios del comienzo del intervencionismo del estado en las relaciones del trabajo, cuando era menester enfrentar la arquitectura del derecho civil clásico, en un panorama de verdadera orfandad legislativa para dar respuesta a los nuevos desafíos que planteaba la organización del trabajo, habida cuenta el desarrollo industrial del país en los comienzos de la Argentina moderna.

Lo hizo con valentía y propiedad, al defender denodadamente los derechos del trabajador en un momento de verdadera crisis del principio de la autonomía de la voluntad, cuyo imperio había obligado en ocasiones al obrero, a aceptar sin replica, condiciones de trabajo aberrantes por el peso de la necesidad.

Bialet Massé falleció en Buenos Aires, el 22 de abril de 1907.

Juan Gualberto García.

Al fallecer Bialet Massé, Juan Gualberto García tomó la dirección de la reciente cátedra.

Entre su producción bibliográfica es digna de mención su Tesis Doctoral publicada en 1904 por la Universidad Nacional de Córdoba “*De lo contencioso administrativo*” En la Revista de la Universidad Nacional de Córdoba publicó asimismo: *Servicio diplomático y consular*, Córdoba,

⁷ Un estudio de este proyecto se encuentra en Marcela Aspell: “Los Proyectos de Código de Trabajo presentados a las Cámaras del Congreso Nacional. 1904—1974.” en Cuadernos de Historia Volumen 3 Instituto de Historia del Derecho y de las Ideas Políticas de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 1993.

año 1924 Tomo XI, números 1-3; *Denuncia de tratado de comercio* Córdoba, 1924, Tomo XI, Números 10-11; *Tribunales Industriales*, Tomo XII, Números 10-12 y *Las cláusulas de la nación mas favorecida* Córdoba, 1926 Tomo XIII Números 4-6 y números 7-9.

Telasco Castellanos(h).

Telasco Castellanos nace en Córdoba un día martes 25 de julio de 1882 hijo de Telasco Castellanos Achával y de Ercilia Salvatierra y Palacios.

Egresado del Colegio Nacional del Monserrat y más tarde, en 1905, de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, fue un distinguido catedrático de la asignatura, cuya titularidad obtuvo por concurso en 1913 y donde se desempeñó hasta su muerte. Fue Consejero del Consejo Superior de la Universidad Nacional de Córdoba, Presidente del Jockey Club Córdoba durante tres periodos, Miembro de la Comisión Directiva y Presidente de la Bolsa de Comercio de Córdoba y Miembro Fundador y Presidente del Rotary Club Córdoba. Se desempeñó asimismo como Secretario Privado del Gobernador José Antonio Ortiz y Herrera, Diputado Provincial por el Departamento de Marcos Juárez en 1911.

Su obra más representativa es, sin duda, en el ámbito de la enseñanza del derecho: *Legislación Industrial. Anotaciones elementales*, trabajo cuya primera edición fue editada en la ciudad de Córdoba, Librería Dante, 1916.

Mas que una obra de doctrina, el trabajo está recorrido por una decidida impronta histórica sustentada en fuentes editas, obras generales y textos clásicos, que ofrecen desde la antigüedad hasta el presente, un panorama del devenir de las instituciones del trabajo en el mundo occidental, con especial referencia a los procesos americanos. De consulta y cita frecuente en las casi 200 páginas que alcanzan estas *Anotaciones elementales*, resultan los trabajos de quien fuera el pionero en los estudios de la materia y fundador de la cátedra: el profesor Juan Biallet Massé.

La Tesis Doctoral de Telasco Castellanos, publicada, asimismo, en la ciudad en Córdoba en 1906, año de obtención del grado de Doctor en Derecho y Ciencias Sociales versó sobre *Las huelgas en la República Argentina y modos de combatirlas* que significaría un verdadero hito en la producción bibliográfica sobre el polémico tema.

Registró en el escenario universitario una brillante carrera académica dedicándole sus mejores esfuerzos. A la Universidad le donaría testamentariamente su magnífica Biblioteca, integrada por sus propios li-

bros y los de su padre, el doctor Telasco Castellano Achával, quien había presidido los destinos de la Casa de Trejo desde el 1 de marzo de 1897 hasta el día mismo de su muerte, acaecida el 1 de marzo de 1897.

La donación incluyó un precioso busto de su padre, realizado en mármol blanco, que el 17 de junio de 1933 fue colocado junto a los volúmenes donados, en el recinto de la Biblioteca Mayor de la Universidad Nacional de Córdoba.

Falleció, soltero a los cincuenta y un año de edad en la ciudad de Córdoba, el 23 de abril de 1933.

Dardo Rietti.

Nació el 28 de febrero de 1897. En la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba se graduó primero como Abogado y más tarde alcanzó el grado de Doctor en Derecho.

Militó activamente en el movimiento reformista de 1918.

En 1933 concursó la titularidad de la Cátedra de Legislación Industrial y Obrera, que logra obtener el 10 de diciembre de 1934. El Tribunal respectivo estuvo integrado por los Doctores Enrique Martínez Paz, Hipólito Montagné, Felix Sarría y Emilio Baquero Lazcano.

Se desempeñó asimismo en calidad de Profesor Titular de Legislación Fiscal y Económica en la Escuela Superior de Comercio, fue Director del Departamento Provincial de Trabajo, Asesor Técnico del Departamento Nacional de Trabajo, Secretario Asesor de la Comisión Interparlamentaria de las Leyes del Trabajo, miembro del Congreso Internacional de Economía Social, delegado de la Universidad a la Tercera Conferencia Económica Nacional, Director de la Biblioteca Obrera de la Provincia, Vice Presidente del Primer Congreso Argentino del Trabajo, delegado por la Universidad Nacional de Córdoba al Congreso Universitario de La Habana, Miembro del Instituto de Previsión y Economía Social etc. Pero hay un rasgo de su conducta que pone en evidencia su enorme vocación de servicio a la Universidad y su altísima generosidad: el doctor Rietti donó, el 7 de mayo de 1928 su biblioteca particular, sus archivos y laboratorios al Instituto de Derecho del Trabajo de la Facultad de Derecho. Entre su prolífica producción intelectual sobresalen: *Bibliotecas Obreras*, Córdoba, 1921; *Cuestiones del trabajo*, Córdoba, Bautista Cubas, 1924; *Siniestrosis*, Córdoba, 1923; *Enfermedades profesionales, enfermedades del trabajo: Jurisprudencia*, Córdoba, 1933; *La culpa y las incapacidades en la ley de accidentes del trabajo: jurisprudencia*, Córdoba, 1931; *El sindicalismo: sus perspectivas jurisdiccionales*, Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, 1926; *El sin-*

dicalismo y el poder jurisdiccional, monografía presentada para optar a la suplencia de Legislación Industrial y Obrera en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Córdoba, Cubas Madueño, 1926; *Instituto del Trabajo: Bibliografía de diarios y revistas*, Córdoba, 1933; *La enseñanza universitaria del nuevo derecho*, Córdoba, 1928; *Instituto de Trabajo*, Tomo I, Editor Comercial; *Departamento del Trabajo*, Córdoba, Talleres Gráficos de Comercio y Tribunales, Córdoba, 1933; *Estadística Obrera*, Córdoba, B. Cubas Revista de la Universidad Nacional de Córdoba, año X, números 4-5-6, 1923; *Jurisprudencia del Trabajo, Tribunales de Córdoba*, Córdoba, Biffignandi, 1923, *Descripción, opción, transacción (Jurisprudencia del Trabajo)*, Córdoba, Talleres Gráficos Pomponio; *El sindicalismo en Italia. La Carta del Trabajo*, Córdoba Pereyra, s/f.; *Criterio para una sistematización de las Leyes del Trabajo*, Córdoba, 1942; *Cuestiones de Trabajo*, Córdoba, Bautista Cubas, 1924 etc. El doctor Rietti, fue a juicio del doctor Somaré, “*el verdadero precursor en la Argentina de la teoría llamada enfermedad del trabajo*” el profesor universitario que con su constante predica en las cátedra de Derecho del Trabajo adelantó los efectos de la reforma de 1940 en la ley de accidentes de trabajo equiparando “*en sus consecuencias la enfermedad del trabajo, categoría no incorporada expresamente en la ley, al típico accidente, significa un avance, un paso más en la protección al trabajador*”.

El doctor Dardo A. Rietti falleció el 20 de noviembre de 1945.

Narciso Rey Nores.

Fue el autor del *Anteproyecto de Ley de creación, organización y procedimiento de los Tribunales de Trabajo en la Provincia de Córdoba*, (en colaboración con el José Isidro Somaré) publicado en Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, 1948; Su Tesis Doctoral presentada a la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba se titulaba: *Unidad y Pluralidad de la Legislación Obrera Argentina*, Córdoba, 1943. Organizó y participó en el II Congreso Nacional Argentino de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. En la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba dirigió en 1974 el Instituto de Derecho del Trabajo y fue miembro de su Honorable Consejo Directivo. Publicó asimismo: *La inconstitucionalidad de la ley 3.546 de sábado inglés de Córdoba*, Córdoba, 1945 y *La huelga como caso de fuerza mayor en los servicios públicos de los funcionarios públicos*, Córdoba, 1962, *La estabilidad y la reconstrucción nacional, en Córdoba*, Cuadernos de los Institutos, Instituto del Trabajo y de la Seguridad Social, Numero 127, y *Suspen-*

sión en Cuadernos de los Institutos, Instituto del Trabajo y de la Seguridad Social Numero 131 del año 1977.

El doctor Rey Nores falleció el 3 de noviembre de 1987.

Felix Martín.

Junto a los doctores Narciso Rey Nores, e Ignacio Garzón Ferreyra participó en la vocalía de organización del II Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Nacional celebrado en la ciudad de Córdoba en el mes de octubre de 1966. Con el primero de los nombrados colaboraría, a su vez, en la redacción del estudio *La huelga como caso de fuerza mayor en los servicios públicos de los funcionarios públicos*, publicada en la ciudad de Córdoba en el año 1962.

Falleció el 20 de noviembre de 1945.

Luis Despontin.

Nació el 9 de agosto de 1897. Fue Profesor de Derecho del Trabajo en las Facultades de Derecho y de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de Córdoba. En 1962 dirigió el II Congreso Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social con la participación de eminentes catedráticos extranjeros de la especialidad tales como Andre Brum de la Universidad de Lyon, Alexandre Berestein de Ginebra, Eugenio Pérez Botija y Manuel Alonso Olea de la Universidad Complutense de Madrid, Mario de la Cueva y Enrique Alvarez del Castillo de México, Rafael Calderas de Venezuela, Abelardo Villalpando de Bolivia, Antonino Cesarino Juniors y Mozart Víctor Russomano del Brasil, Francisco de Ferrari, Américo Pla Rodríguez y Barnagelatta de Uruguay, Francisco Walker Linares de Chile etc.

Dirigió el Instituto de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social *Juan Biale Massé* y desde allí mismo se editaron los *Cuadernos de los Institutos* donde periódicamente se publicaron interesantes monografías y trabajos de investigación.

En el Instituto trabajaron juristas cordobeses de mérito como los doctores Narciso Rey Nores, José Isidro Somaré, Ignacio Garzón Ferreyra, Ramón Edgard Flores, Jorge Arraya, Mario Enrique Zanni, María Sciarra de Aricó, Felix Martín, Ivo Pepe, René Ricardo Mirolo, Hector Blas Demichelis, Raúl Altamira Gigena, etc.

Además de interesantes materiales y textos de estudio, publicó numerosos estudios sobre aspectos puntuales de la especialidad, donde no esta ausente el tema histórico tales como “*La Revolución de Mayo y sus*

consecuencias en la situación de las clases trabajadoras” publicado en la Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires Volumen VII, Buenos Aires, 1955-1956.

Publicó asimismo: *La técnica en el derecho del trabajo* con prólogo del doctor Carlos Saavedra Lamas, Buenos Aires, Editorial Claridad, 1941; *EL Derecho del Trabajo. Su evolución en América*, Buenos Aires, Bibliográfica Argentina, 1947; *Derecho del trabajo: Internacional Público e Internacional Privado*, Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, 1957; *Derecho Privado y Público del trabajo: salario, jornada, trabajo de mujeres y menores, asociaciones profesionales, contratos colectivos, huelgas, ley vigente* Córdoba, Dirección General de Publicaciones, Universidad Nacional de Córdoba, 1961; *El proceso laboral en Córdoba; Jornada de trabajo: duración, descanso, horario, cierre uniforme, horarios, feriados, vacaciones*, Buenos Aires, Bibliográfica Argentina, 1952; *Contrato de Trabajo y reglamentaciones profesionales*, Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, 1960; *Derecho Colectivo Laboral, asociaciones profesionales y convenios colectivos: el dualismo contrato individual y convenio ley en la Convención Colectiva de Trabajo y sus concepciones normativas*, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1973; *Estudios de Derecho del trabajo y de Seguridad Social en Homenaje al Profesor Ernesto Krostoschin, Hacia la Democracia Industrial, la transformación de la Empresa y la nueva Clase Obrera*, Buenos Aires, Depalma, 1967; *La huelga: consecuencias jurídicas de la jurisprudencias argentina*, Santa Fe, Universidad Nacional del Litoral, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Instituto de Derecho del Trabajo, 1951; *El estatuto del chofer profesional particular*, Córdoba, Gaceta del Trabajo, 1949; *Tribunales del trabajo, Derecho Procesal, la conciliación y el arbitraje en los conflictos colectivos de trabajo*, Santa Fe, Universidad Nacional del Litoral, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Instituto de Derecho del Trabajo, 1941; *Temas Obreros: la conciliación y el arbitraje en los conflictos del Trabajo*, Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, 1938; *La nueva Ley de Trabajo a Domicilio Numero 12.713*, Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, 1942; *Normas de Procedimiento para conflictos colectivos e individuales del trabajo en la Provincia de Córdoba*, Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, 1943; *Córdoba Obrera: Legislación obrera y Legislación Social*, Córdoba, 1934; *Legislación Obrera, Previsión Social de la Provincia de Córdoba, (Leyes, Decretos y Resoluciones en vigencia)* Córdoba, Biffignandi, 1934; *La organización del trabajo en la Alemania Nacional Socialista*, Córdoba, Universidad Na-

cional de Córdoba, 1939; *Arturo M. Bas como Legislador Social*, Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, 1935; *Estatuto del Empleado de Comercio: Legislación del Contrato de empleo privado, ley de despido* 11.729, Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, 1936. *Temas Obreros: el salario mínimo*, Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, 1938; *Sobre el derecho de opción y la entrega directa a los causa habientes del importe de la indemnización por accidentes de trabajo Ley 9688*, Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, 1944; *Situación del reglamento de fábrica en el contrato de trabajo*, Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, 1940; *Sobre obreros cardiacos frente a las leyes de trabajo*, Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, 1945; *Jornada de Trabajo*, Buenos Aires, Bibliográfica Argentina, Volumen II, 1952. Fue relevante su participación en la Comisión redactora del *Anteproyecto de Código de Trabajo para la República Argentina*, elaborado conjuntamente con los doctores Mariano Tissembaum y Rodolfo Nápoli, designados en calidad de tales por Decreto del Poder Ejecutivo Nacional número 1872, del 9 de marzo de 1965. El anteproyecto que avanzaba en técnica legislativa, proponía una verdadera unificación de la legislación laboral dispersa en multitud de normas. Pese a ello no alcanzó a ser tratado en las Cámaras del Congreso Nacional. Lo impidió el golpe de estado ocurrido en el mes de junio de 1966 que depuso al gobierno constitucional del Presidente Arturo Humberto Illía.

Luis A Despontin registró asimismo una producción monografía de gran interés en las paginas de la serie periódica de *Cuadernos de los Institutos, Instituto del Trabajo y de la Seguridad Social*, que registran sus investigaciones sobre: *El Derecho del Trabajo en la época de Biale Massé; Orientación actual de las instituciones relacionadas con el trabajo y su prestación; El estatuto del servicio domestico; El contrato individual del trabajo; Contralor en el cumplimiento de los convenios colectivos; Responsabilidad legal y económica de las asociaciones profesionales de trabajadores; La ocupación obligatoria del invalido; La reforma constitucional y los problemas del trabajo; Salario y remuneración,; Jornada legal del trabajo; Trabajo de mujeres y menores; Características del Derecho Colectivo del Trabajo; Nuevo régimen del trabajo de mujeres y hombres, Reflexiones sobre los Congresos de Derecho Internacional del Trabajo de Varsovia y de Sevilla del año 1970*; etc.

El doctor Luis A Despontin falleció el 20 de noviembre de 1972.

Ignacio Garzón Ferreyra.

Nació en la ciudad de Córdoba el 25 de marzo de 1917.

En la Facultad de Derecho de su ciudad natal se graduó de Abogado y más tarde en el mes de abril de 1953 de Doctor en Derecho y Ciencias Sociales.

En el mes de marzo de 1960 fue designado Profesor Adjunto en la Carrera de Notariado y dos años más tarde Profesor Adjunto en la Cátedra de Derecho del Trabajo y de la Previsión Social de la Carrera de Abogacía. Organizó y participó en el II Congreso Nacional Argentino de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Entre los años 1964 a 1968 se desempeñó como Consejero del Honorable Consejo Directivo de la Facultad de Derecho. Fue Profesor Encargado de la Cátedra de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social hasta el año 1983 y Profesor Titular Ordinario en la cátedra de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Facultad de Ciencias Económicas desde 1970 a 1983. En dicho año fue designado Profesor Consulto de la Universidad Nacional de Córdoba, al mismo tiempo en que se desempeñaba primero como Secretario Académico de la Facultad de Derecho en el mes de agosto de 1983 y Decano de la misma unidad académica en el mes de octubre de 1983. Fue miembro fundador de la Asociación Iberoamericana de Derecho del Trabajo. Entre sus obras sobresalen: *La convención colectiva del trabajo*, Editorial Arayu, 1954; *La Libertad de Asociación y el Régimen Argentino sobre Asociaciones Profesionales*, Universidad Nacional de Córdoba, 1961; *La protección del salario*, Universidad Nacional de Córdoba, 1977; *El Jus Variandi en las relaciones laborales* Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 1977; *La duración del trabajo y el descanso semanal*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1981, *Convenios colectivos de trabajo. Acerca de la naturaleza jurídica de la convención colectiva del trabajo*, ponencia presentada al II Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, 1965; *Derecho colectivo laboral, asociaciones profesionales y convenios colectivos. El convenio colectivo publicación, divulgación, fecha de vigencia, retroactividad, plazo de duración*. Buenos Aires, Editorial Depalma, 1973. En *Cuadernos de los Institutos, Instituto del Trabajo y de la Seguridad Social*, número 131 publicó: *La jornada de trabajo* (Córdoba, 1977).

Falleció el 20 de julio de 1999.

Ricardo Rene Mirolo.

Abogado egresado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba el 26 de abril de 1957 y Doctor en Derecho y Ciencias Sociales, título otorgado por la Facultad el 31 de agosto de 1965. Su larga actuación docente lo llevó a ocupar entre los años 1972 y 1974 la Cátedra de Legislación del Trabajo en el Ciclo Técnico Superior, en el Instituto del Trabajo “Fray Luis Beltrán”, en la ciudad de Deán Funes, Provincia de Córdoba. Fue asimismo profesor, durante el año 1975 de la asignatura Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Escuela de Servicio Social de la Universidad Católica de Córdoba, Profesor Titular de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba por Resolución N° 145 de fecha 2 de julio de 1989, hasta el año 2000.

Ha sido Asesor Letrado del Ministerio de Trabajo, Delegación Deán Funes y Córdoba, desde el 20 de septiembre de 1969 hasta el año 1977, en que ingresó a la Justicia del Trabajo Provincial como Juez de Cámara del Trabajo, cargo que desempeñó hasta enero de 1989 fecha en la que renunció para acogerse a la jubilación ordinaria reducida. Se desempeñó, asimismo, como Conjuez de la Cámara Federal de Apelaciones de esta ciudad durante los años 1994, 1995 y 1996.

Desde 1975 es Miembro de Número de la Asociación Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, de la Asociación Internacional de Laboristas Amigos de la Organización Internacional del Trabajo, con sede en Ginebra, Suiza, Presidente de la Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en dos períodos: 1987-1989 y 1993-1995, habiendo sido Vicepresidente en 1978-1979. Ha sido Relator en el Instituto de Derecho del Trabajo Doctor Juan Bialet Massé de la Facultad de Derecho de Córdoba y Miembro integrante del Comité Asesor del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales.

Ha integrado la Comisión de Encuesta compuesta por tres miembros, dispuesta por el consejo de Administración de la Organización Internacional del Trabajo.

Ha publicado: “*Estabilidad y despidos sin justas causas*” Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1969. “*Los Descansos del Trabajador*”. Editorial Plus Ultra. Buenos Aires. 1972. “*El trabajo del futbolista profesional*” Editorial Lerner. Córdoba, 1980. Prólogo del Profesor Dr. José Isidro Somaré y comentario de Máximo Daniel Monzón. En co- autoría ha publicado a su vez: “*Régimen de Contrato de Trabajo. Digesto*” Informe Laboral Edición 1977. Editorial Lerner. “*Estudios sobre Derecho Indivi-*

dual del Trabajo". En homenaje al Profesor Mario L. Deveali. Editorial Heliasta. Buenos Aires 1979. Sobre el tema "*La Facultad de Dirección en la Empresa*". "*Estudio comparativo de la Legislación de los países americanos respecto a la mujer*". Comisión Interamericana de Mujeres (CIMDEA) editado por la Secretaría General de la Organización de Estados Americanos (OEA) Washington. 1982. "*La protección del trabajo en el mundo moderno*". Obra en tres tomos. Editada en México en homenaje al Profesor Emérito Alfredo J. Ruprecht, *La Ley General de Trabajo y los ordenamientos especiales*. Editorial Cárdenas. México, 1987. "*Recurso de Casación Laboral Ley 4163*". Editado por la Universidad Nacional de Córdoba. Edecor, Estudiantes de Derecho de Córdoba, 1989. "*Comentario a la Ley Procesal del Trabajo para la Provincia de Córdoba*" N 7987. Editorial Advocatus. Córdoba, 1991. Prólogo del Profesor Consulto Ignacio Garzón Ferreyra y Comentario del Dr. Gustavo Carranza. En Foro de Córdoba N° 11, 1992. "La Organización Internacional del Trabajo. Editorial Atenea Córdoba, 1991. Pág. 85. "Procedimiento Administrativo del Trabajo Provincial de Córdoba". Editorial Advocatus, 1995. Prólogo del Profesor Dr. Humberto A. Podetti. Su producción monográfica registra los siguientes títulos: "*El Seguro y los Accidentes de Trabajo*". En Gaceta del Trabajo, N° 55. Año 1965. "*La Perención de instancia en el proceso laboral de Córdoba*". En Revista Gaceta del Trabajo. Año 1967. N° 6. "*Los jugadores profesionales de fútbol y el Derecho del Trabajo*". En Revista Gaceta del Trabajo, número mayo-agosto de 1967. "*El Seguro y los accidentes del Trabajo*", en Anales de la Primera Conferencia de Seguridad Industrial, con motivo de integrar el panel como Relator en dichas Jornadas. Año 1968. Organizado por la Secretaría de Cultura de la Municipalidad de Córdoba. "*Participación y Colaboración del Obrero en la Empresa*". Publicación aparecida en Revista Acción Rotaria, Rotary Club de Córdoba, N° 1663, de fecha 11 de diciembre de 1968. "*El Trabajador de los domingos*" En Factor de "Comercio y Justicia", publicado el 8 de noviembre de 1969. "*Estabilidad y Fondo de Garantía*". Diario Comercio y Justicia, Factor, del 17/10/70 y 31/10/70. "*La extinción de las Relaciones de Trabajo en la Ley 18.523*". En Revista Legislación del Trabajo, año XVIII. Mayo de 1970. "*Síntesis informativa sobre el III Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo*". En Diario Factor de "Comercio y Justicia". Córdoba, 6 de marzo de 1971. "*La excepción de incompetencia de jurisdicción en el Fuero del Trabajo de Córdoba*". Revista Legislación del Trabajo, año XIX, N° 224. Agosto de 1971. "*Estabilidad y fondo de desempleo*". En Revista. Legislación del Trabajo, año XXI, N° 245. Mayo de 1973. "*La estabilidad en las relaciones de trabajo*"

(Tesis). "Hacia la Seguridad Social", en la Revista Informe Laboral, Córdoba, Año I, N° 8. Agosto de 1976. "El despido incausado en el Estatuto del Peón", Estudios en Memoria del Dr. Luis A. Despontín. En Revista Crónica Forense, año I, N° 9-10. Septiembre-octubre de 1976. "Descanso semanal y vacaciones no gozadas por el prestador de servicios". En Jurisprudencia del Trabajo Anotada, Víctor de Zavallía. Buenos Aires. Año 1981, N° 8. "Descanso semanal y vacaciones no gozadas por el prestador de servicios". Revista Derecho del Trabajo Anotada, N° 8 dirigida por Máximo Daniel Monzón. Febrero de 1981. "Naturaleza jurídica de la relación que une al jugador profesional de fútbol con los clubes". En Anales del Primer Congreso Internacional de Ciencias del Deporte. Córdoba. Tomo I. 1981. "La estabilidad del Trabajador Agrario en el nuevo régimen de la Ley 22.248". En Revista Derecho del Trabajo, La Ley, año XLI. Noviembre de 1981. "Algunos aspectos de interés en torno a la variación de la condición de trabajo". En Revista Legislación del Trabajo, Año XXXI, N 369. Septiembre de 1983. "Algunos aspectos de la prueba en el proceso del trabajo en general, y en especial en la Ley 4163 de Córdoba". En Revista Trabajo y Seguridad Social. Buenos Aires. Tomos X. Año 1983. "Acerca de la codificación del Derecho del Trabajador". En Revista Trabajo y Seguridad Social. Buenos Aires. N° 12. Año 1984. "La situación de la empresa y del trabajador en períodos de crisis económica", en Revista Legislación del Trabajo. Buenos Aires N° 383, XXXII. "Algunos aspectos del trabajo del extranjero en la legislación argentina", en Revista Trabajo y Seguridad Social. Buenos Aires. N° 6. Año 1984. "La investigación como función docente, ámbito de investigación". Publicada con motivo de la realización del Tercer Encuentro Argentino de Profesores de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Organizado por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Vaquerías Provincia de Córdoba. Año 1986. "El importante aporte de la OIT sobre libertad sindical Trabajo y Seguridad Social". Editorial El Derecho. Buenos Aires, 1986. Publicación de ponencia enviada al I Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social sobre el tema "Prevención y prácticas antisindicales", Tema II. Organizado por la Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Buenos Aires. 27 al 30 de abril de 1987. Anales de Comisión II. "La huelga en los servicios esenciales". Trabajo presentado en el XI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, I Encuentro Europeo Argentino de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Organizado por la Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Villa Carlos

Paz, Provincia de Córdoba, 11 al 13 de octubre de 1990, publicado en Trabajo y Seguridad Social. Marzo de 1991. N° 3. “*Procedimiento de reclamaciones y quejas en la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)*”, en Revista Trabajo y Seguridad Social. Septiembre de 1991. N° 9. “*La extinción del contrato de trabajo con justas causas Aspectos doctrinarios Normas de la OIT*” en Revista Derechos del Trabajo. La Ley, Buenos Aires. 1994. Tomo A. “*La flexibilización laboral y las normas de la Organización Internacional del Trabajo*”. Revista Derecho del Trabajo. La Ley. Año LV, febrero de 1995. “*Accidente in itinere. Su conceptualización en la legislación actual*”. En Revista Derecho del Trabajo. La Ley LV, julio de 1995.

Raúl Altamira Gigena.

Nació el 8 de junio de 1940. El 30 de julio de 1963 se graduó de Abogado en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, seis años después, el 15 de Diciembre de 1969 alcanzó el grado de Doctor en Derecho y Ciencias Sociales en la misma Casa donde actualmente se desempeña como Profesor Titular Plenario por concurso, en tanto revista en la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de Córdoba como Profesor Titular Ordinario.

Ha publicado: “*Régimen de contrato de trabajo*”. “*Ley de contrato de trabajo, comentada, anotada y concordada*”, Editorial Astrea. “*Manual de Seguridad Social*”, Editorial Astrea. “*Reparación de los infortunios de Trabajo*” y “*Suspensión de algunos efectos del contrato de trabajo*”, en el “*Tratado de derecho del trabajo*”, dirigido por Antonio Vázquez Vialard, t. 4º, Editorial Astrea.

Colabora asiduamente en las Revistas: “*Derecho del Trabajo*”, Editorial La Ley; “*Trabajo y Seguridad Social*”, Editorial El Derecho, y “*Derecho Laboral*” Editorial Rubinzal - Culzoni.

Actualmente se desempeña como Profesor titular en la Maestría en Dirección de Negocios, organizada por la Escuela de Graduados de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de Córdoba, Profesor Titular en el Curso para graduados sobre temas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, organizado por la Secretaría de Post Grado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba, Profesor Titular en la Carrera de Posgrado Especialización en Dirección Estratégica de Recursos Humanos, organizado por las Universidades Nacionales de Córdoba, de Buenos Aires, y la Empresarial Siglo XXIº. Profesor Titular en la Universidad Notarial Argentina, Delegación Córdoba, en el Curso de

Post Grado de Dirección de Empresas, Profesor Titular en el Curso para graduados sobre el Mercosur, organizado por la Secretaría de Post Grado de la Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Córdoba y Director de la Carrera de Especialización en Derecho de los Negocios. Es asimismo, Profesor Titular en el “Master en Derecho Empresario”, organizado por la Universidad Siglo XXI y Profesor Titular en la Escuela de Negocios “Funcer” en el Programa Intensivo de Desarrollo Empresario PIDE.

Ha sido Miembro Titular del Consejo Superior, en representación de los Docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, Miembro del Consejo Directivo de la Facultad de Derecho y de Ciencias Económicas en representación del Cuerpo de Profesores y en representación del claustro de Graduados Universitarios. Ha sido Conjuez de la Excma. Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba, desde el año 1997, Conjuez del Juzgado Federal de Primera Instancia, de Tercera Nominación de la Ciudad de Córdoba, 1996., Miembro Titular del H. Consejo de la Magistratura del Poder Judicial de la Nación, para la designación de los Jueces de la Cámara Federal de la Seguridad Social, Miembro Titular del Honorable Consejo de la Magistratura de la Provincia de Chubut, Miembro Titular de la Comisión para sanción del “Digesto Jurídico Nacional” del Ministerio de Justicia de la Nación, Miembro Titular de la Comisión para la redacción del Código Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en el Senado de la Nación.

Fue distinguido por los siguientes Premios: “Universidad Nacional de Córdoba”, *por la destacada actuación académica como Profesor Titular*, correspondiente al año 1993. Diplomado en la Universidad “ATTILA JOZSEF” de Hungría, en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, con la tesis “*El Derecho de Huelga según las normas de la O.I.T., las legislaciones de Argentina- México y España*” - año 1990 recibiendo el 02 de julio de 1970 el Premio “Alejandro Unsain”, por su trabajo de investigación sobre: “*Derecho del Trabajo y Política Social*”.

Héctor Blas Demichelis.

Abogado y Doctor en Derecho y Ciencias Sociales, por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba.

Miembro Titular del Ex-Instituto de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Dr. Juan Bialet Massé de la Universidad Nacional de Córdoba. Profesor Encargado de la Cátedra de Derecho Social, Escuela de Servicios Sociales de la Universidad Católica de Córdoba, años 1971 y 1972. Profesor de la Cátedra de Derecho del Trabajo y de Seguridad Social, de la

Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, de la Universidad Nacional de Córdoba. Se desempeñó como Juez de la Excma. Cámara del Trabajo de la ciudad de Córdoba a partir de julio de 1974 y hasta mayo de 1985. Miembro Titular del Instituto Latinoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, de la Asociación Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, del Ex-Centro de Estudios e Investigaciones de la Integración Latinoamericana, dependiente de la Universidad Nacional de Córdoba.

Es Miembro Titular de la Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social filial Córdoba, Integrante del Consejo Asesor de la Revista “Jurisprudencia del Trabajo Anotada” editada por Víctor P. de Zavalía, Asesor Técnico de la Revista de la Asociación Iberoamericana de Derecho del Trabajo.

Ha sido distinguido por el Colegio de Abogados de la ciudad de Córdoba por la publicación de temas jurídicos. Integrante de la Comisión que elaboró el Anteproyecto de Reformas a la Ley 4163 en el año 1987, Miembro del “Centro de Estudios e Información del Seguro” (C.E.I.D.S.). Colaborador Externo de la Organización Internacional del Trabajo” (O.I.T.), Ginebra, Suiza. Director desde el 18 de Junio de 1996 de la Sala de Derecho Laboral, del Instituto de Estudios Jurídicos del Colegio de Abogados de Córdoba. Conjuez de la Excma. Cámara Federal de Córdoba, desde diciembre de 1996.-Colaborador del Centro Iberoamericano de Documentación Laboral (C.I.D.L.A.) de Barcelona - España, desde Junio de 1997. Consejero Suplente En representación del Claustro De Profesores Titulares Periodo 1998 – 2000 en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Ha asistido a importantes congresos y reuniones científicas de la disciplina, dictado conferencias y cursos de especialización. Fue Director de los Tribunales Experimentales Laborales de Formación Profesional, organizado por el Colegio de Abogados de Córdoba y la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la de la Universidad Nacional de Córdoba durante los años 1994, 1995, 1996 1997. Presidente de Comisión de la Primera Convención de Entidades de Propiedad Horizontal del Interior de la República.

Ha publicado los siguientes trabajos en co-autoría: “*La Carga de la Prueba en el Proceso Laboral*”, publicado en Jurisprudencia Argentina N° 4176 del 18/12/1972. Coautor de “*Despido por Causa de Matrimonio*”, publicado en Jurisprudencia Argentina diario 4890 del 5/12/1975.”*La Situación de Excedencia*”, publicado en diario Comercio y Justicia el día 19/2/1976. “*Aplicación en el tiempo de las Reformas a la Ley de Contrato de*

Trabajo”, publicado en “Crónica Forense”, N° 5/6 mayo - junio 1976 y Legislación Argentina (Jurisprudencia Argentina) N° 116 de junio de 1976. “*El Preaviso en el Contrato a Plazo Fijo*”, publicado en el Diario Comercio y Justicia del 14/6/1975 y en Jurisprudencia Argentina diario del 1/9/1975. “De los Derechos y Deberes de las partes”, Obra Colectiva, “*Régimen de Contrato de Trabajo*”. Editorial Informe Laboral - Córdoba 1977. *Reseña de Jurisprudencia de los Tribunales de Trabajo de Córdoba del año 1968*, publicado en Diario Comercio y Justicia el 16/08/1970. *Reseña de Jurisprudencia de los Tribunales de Trabajo de Córdoba, del año 1969*, publicado en Diario Comercio y Justicia el 9/6/1971. *Reseña de Jurisprudencia de los Tribunales de Trabajo de Córdoba del año 1970*, publicado en Diario Comercio y Justicia del 30/6/1972. “*Designación de Martillero*”, publicado en “Crónica Forense” agosto 1977, y en los Anales de las II Jornadas de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Vaquerías Córdoba 1978. “*Perención de Instancia en los Juicios Laborales*”, publicado en Diario Comercio y Justicia del 13/10/77 y en “Informe Laboral”, año II, N° 20, agosto 1977. “*Protección a la Maternidad*”, publicado en “Crónica Forense”, en 1975. “*Facultades decisorias del Juez en la Ley 21.297*”, publicado en diario Comercio y Justicia. “*Despido por causa de matrimonio y la Reforma de la Ley 21.297*”, publicado en Cuaderno de Institutos, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, año 1976. “*Reseña de Jurisprudencia de las Cámaras de Trabajo de Córdoba*”, de los años 1975, 1976 y 1977, publicado en diario Comercio y Justicia, los días 15, 22 y 29 de agosto y 12 de setiembre de 1978. Coautor de “*Acumulación de las Indemnizaciones del Art. 212 de la L.C.T. y por Accidente de Trabajo*”, ponencia presentada al VI Congreso Nacional de Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social, llevado a cabo en Mendoza en abril de 1979 y publicado en sus Anales 1982, Tomo 3, y en “La Información”, setiembre de 1979. “*El Salario a los fines de la Indemnización*”, (de la Ley 9688). Ponencia presentada al VI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social llevado a cabo en Mendoza en Abril de 1979 y publicado en sus Anales. “*Temas de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*”, Editorial Unsta, 1982, T° 3. “*El Trabajo está en vías de extinción?*”. Publicado en Derecho del Trabajo, agosto de 1981, pág. 1023, y en el Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, año 1981. “*Ley de Contrato de Trabajo y los Estatutos Especiales*”. Ponencia presentada a las VI Jornadas Argentinas de Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social, realizadas en agosto de 1981, en la ciudad de Resistencia, Provincia del Chaco y publicada en Revista “La

Información “, Editorial Cangallo, N° 12, diciembre de 1981.” *La Responsabilidad del Empleador en el Derecho Civil, respecto a los Accidentes de Trabajo*”, en “El Derecho Laboral en Iberoamérica”. Editorial Trillas México, año 1981.” *Las desgracias del Trabajo y sus Sinónimos*”. Publicado en “Derecho del Trabajo”, enero de 1982.” *Evolución del concepto subordinación*”. Ponencia presentada a las IIª Jornadas Iberoamericanas de Derecho del Trabajo, realizadas del 2 al 6 de noviembre de 1981, en Lima (Perú), y publicada en “Trabajo y Seguridad Social”, N° 9, año 1982, y en “Derecho Laboral”, Montevideo, abril - junio 1982.” *La Culpa Grave del Art. 4º de la Ley 9688*”, en Cuaderno de los Institutos, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, N° 139.” *Las Relaciones entre el Derecho Común y el Derecho de Trabajo*”, ponencia remitida a las “Jornadas Nacionales de Derecho del Trabajo”, realizadas del 25 al 27 de setiembre de 1981, en la ciudad de San Nicolás, Provincia. de Buenos Aires, publicada en Derecho del Trabajo en 1983, pág. 785.” *Algunas proposiciones acerca de los medios probatorios en el proceso laboral*”, publicado en “Trabajo y Seguridad” en Revista N° 11 en noviembre de 1982, y en La Ley Córdoba, N° 7 abril 1984.” *Trabajador a Domicilio*”, en Jurisprudencia del Trabajo Anotada, Tomo I.” *Caracterización del Viajante de Comercio*”, publicado en Jurisprudencia del Trabajo Anotada, Editorial Zavalía, Tomo I.” *La Culpa Grave del Trabajador en la Ley de Accidentes de Trabajo*”, publicado en Jurisprudencia del Trabajo Anotada, Editorial Zavalía, Tomo I, “*Accidentes y Enfermedades del Trabajo*”. 1982 por Marcos Lerner Editora. “*Algunos Lineamientos sobre Sanciones Disciplinarias*”, publicada en “Legislación del Trabajo” N° 369 septiembre de 1983 y La Ley, Córdoba N° 4 enero 1984. “*Las Sanciones Disciplinarias en el Futbolista Profesional*”, publicado en Legislación del Trabajo N° 369, septiembre de 1983, y en La Ley, enero 1984. Coautor en “II Jornada Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social”, diario de Jurisprudencia Argentina, N° 5258, 9 de junio de 1982. Ponencia presentada al “IIº Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social”, sobre el tema “*La incidencia de la economía en la negociación colectiva*”, llevado a cabo entre el 17 al 20 de junio de 1985, en Canarias - España, organizado por la Asociación Iberoamericana de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social Española, a publicar en sus anales. “*La costumbre y el reglamento interior de empresa*”, nota a fallo, publicada en la Revista La Ley. Córdoba, año 111, octubre de 1986, N°10.” *Doctrina sobre la Ley de Contrato de Trabajo en las publicaciones periódicas*”, en colaboración con otros autores- “La Ley” 19-. 20 y 21 de enero de 1987.” *La Contratación Temporal del Traba-*

jo en España”, publicado en Revista Actualidad Laboral Nros. 42, 43, y 44, 10 al 30 de noviembre de 1986. (ESPAÑA), y en Revista “La Ley” N° 9 Y 10, septiembre y octubre de 1997. “*Sanciones Disciplinarias en el Derecho Laboral*” 1987 Editora Ediciones Jurídicas. Dirección de la Traducción del Francés de la obra de Jean Claude Javillier “*Los Roles de la Justicia en el Mundo del Trabajo*”, en Revista “La Ley”, Córdoba N° 6 junio 1987. “*Los Principios Aplicables a la acción del Derecho Común*”, Córdoba N° 2, febrero 1988. Revista “La Ley”. Coautor de “*Los diversos anteproyectos de reforma a la Ley de Procedimiento Laboral*”, Revista del Colegio de Abogados de Córdoba, N° 25, septiembre de 1988. Coautor de “*Seguro de Accidentes de Trabajo - Su generalización y obligatoriedad*”, Semanario Jurídico, Comercio y Justicia, 06/10/1988. “*La Culpa Grave en el Derecho Argentino*”, publicado en Revista del Centro de Estudios e Investigación del Derecho del Seguro (C.E.I.D.S.) Cuaderno N° 9 año 9, Mayo 1988. “*Nuestro Modelo de Relaciones Laboral y la Experiencia Europea*”, publicado en diario “Comercio y Justicia”, 30 de julio de 1988. “*El Abogado en Relación de Dependencia*”, publicado en Foro de Córdoba, año 2, diciembre 1988, N° 10. Colaboración sobre “Derecho Argentino del Trabajo”, en la Obra Síntesis de Derecho Laboral Comparado, por Baltasar Cavazos Flores, Trillas, México 1991. “*Reglamentos y Procedimientos Disciplinarios*”, Organización Internacional del Trabajo (O.I.T.), Ginebra mayo de 1991. “*La Carga de la Prueba en el Proceso Laboral*”, publicado en Revista Trabajo y Seguridad Social, Año 1990. “*El Despido Injustificado en la Argentina*”, artículo publicado en la obra “*Responsabilidades por Despidos Injustificados o Reajustes de Personal*”. Editorial Trillas, México, mayo de 1996. “*Algunos Aspectos de Interés de la Ley 24557*” publicado en la Revista Ethica, del Consejo de Médicos de la Provincia de Córdoba, Año V, 19- octubre de 1996.

Sección IV
ENSEÑANZA

LA CARRERA DE ABOGACÍA DE LA UNC: DESEMPEÑO ACADÉMICO Y RASGOS DISTINTIVOS DE SUS ALUMNOS Y EGRESADOS

*por Ana María Brigido**

Resumen: Sobre la base de un conjunto de datos secundarios provistos por el Departamento de Estadística de la Universidad Nacional de Córdoba y aplicando una estrategia de análisis cuantitativo de carácter transversal, el artículo se propone caracterizar a los estudiantes y los egresados de la carrera de abogacía de la UNC en función de una serie de atributos personales, sociales y de orden académico. Los datos permiten extraer varias conclusiones, entre ellas las siguientes: a) la población estudiantil de la carrera proviene, en general, de familias pertenecientes a los estratos medios y medio-altos de la población; b) su desempeño académico es pobre, a juzgar por el tiempo que demoran en concluir sus estudios y el promedio general que obtienen en la carrera; c) considerando su desempeño académico, parte de los graduados se incorporan al mundo laboral con algunas debilidades en su formación.

Palabras clave: carrera de abogacía, estudiantes, egresados, desempeño académico.

Introducción

El objeto de esta contribución es presentar una descripción de la población estudiantil de la carrera de abogacía en función de un conjunto de variables que pueden servir para caracterizarla. Cuando sea posible, trata-

* Doctora en Ciencias de la Educación. Profesora Titular Plenaria de Sociología de la Educación en la Facultad de Filosofía y Humanidades de la UNC. Ex Directora del Departamento de Estadística de la Secretaría de Asuntos Académicos de la UNC. Co-directora, con el Doctor Carlos Lista, del equipo que desarrolla una línea de investigación sobre la enseñanza del derecho y las profesiones jurídicas en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNC.

remos de ver en qué medida esa población se asemeja, en determinados atributos, al promedio de la Universidad, y cuáles son las diferencias más significativas, si las hay. En trabajos anteriores¹ hemos proporcionado suficiente evidencia empírica acerca de una serie de características propias del estudiante de abogacía que solamente se pueden captar mediante la utilización de estrategias metodológicas de carácter cualitativo. El enfoque en este caso es diferente; se trata de un análisis cuantitativo y como tal, sólo permite sacar conclusiones sobre rasgos generales compartidos por todos. A partir de tales conclusiones se pueden plantear algunas hipótesis explicativas.

Como afirmamos antes, nuestro enfoque es estrictamente cuantitativo. Para llevar a cabo el análisis utilizaremos los datos estadísticos correspondientes al último relevamiento realizado por el Departamento de Estadística dependiente de la Secretaría de Asuntos Académicos de la UNC, publicado recientemente². Por tratarse de un trabajo basado en datos secundarios, centraremos el análisis solamente en aquellos atributos para los cuales disponemos de información. La disponibilidad de los datos y el grado de confiabilidad que éstos ofrecen limita, obviamente, el alcance de nuestras conclusiones. No obstante estas limitaciones, creemos que la cuantificación es útil porque ayuda a percibir la verdadera dimensión de los fenómenos y crea las condiciones para racionalizar la toma de decisiones.

Antes de ingresar de lleno en nuestro análisis, nos parece importante hacer algunas consideraciones con relación a la importancia relativa, desde el punto de vista numérico, de la carrera de abogacía en el contexto de la UNC. Tomaremos para ello solamente dos indicadores: volumen de la matrícula y composición de la planta de cargos docentes.

Desde el punto de vista de la población estudiantil, la matrícula de la carrera de abogacía es la más numerosa de la Universidad, representa actualmente el 16% del total de alumnos de nuestra Universidad (para el 2004, 17.752 inscriptos en abogacía, sobre un total de 114.136 alumnos de toda la UNC). Durante los últimos diez años dicha proporción ha llegado a representar hasta un 18% del total. Para tener una idea de lo que ello implica, basta con observar que los alumnos de la carrera de contador público, la segunda en importancia numérica, equivale al 10,4 % de la población estudiantil de la UNC. El mismo fenómeno se observa si tomamos solamente el

¹ LISTA, Carlos. y BRIGIDO, Ana María (2002); Brigido, A. M. (2002); LISTA, C. y BEGALA, Silvana (2002); LISTA, C. y BEGALA, S. (2003); BRIGIDO, A. M. y LISTA, C. (2003); BRIGIDO, A. M. y TESSIO CONCA, Adriana (2004).

² La fuente principal son los datos del Anuario Estadístico 2004 de la Universidad Nacional de Córdoba.

grupo de ingresantes en el 2004. Sobre un total de 16.329 alumnos que ingresaron a la UNC en ese año, el 12,8% lo hicieron a la carrera de abogacía; en segundo lugar se ubica la licenciatura en psicología, con el 9,3% y luego contador público, con el 8,8%. En síntesis, la demanda por los estudios de abogacía es, y ha sido históricamente, la más importante, aunque en los últimos años se observa una ligera tendencia a que el peso relativo de esta carrera en el contexto de la UNC vaya disminuyendo paulatinamente. A fines de los ochenta, sin ir más lejos, los estudiantes de abogacía constituían la cuarta parte de la población estudiantil de nuestra Universidad (el 24,8% en 1989).

Considerando la cantidad de cargos docentes ocupados en el año 2004, los correspondientes a la carrera de abogacía son 738, lo cual representa el 8,9% del total de la UNC. Solamente 32 de esos cargos son de dedicación exclusiva, 156 de dedicación semiexclusiva y los 550 restantes de dedicación simple. Esto pone en evidencia dos cuestiones diferentes. Por una parte, el peso relativo de los cargos de abogacía con relación al total de la UNC es muy diferente que el correspondiente al del total de alumnos. Por otra, la escasa proporción de cargos docentes de dedicación exclusiva que hay en la carrera. Sólo el 4% de los docentes de abogacía tiene esta dedicación, cuando la cifra promedio de la UNC es del 13%. Con relación a este punto es preciso advertir que la carrera de abogacía no es la peor dotada; hay otras unidades académicas que tienen menos proporción de docentes *full time*³ que ella. En realidad, el escaso número de docentes con cargos de dedicación exclusiva es un problema común a todas las Universidades estatales. La falta de atención a esta cuestión es uno de los factores a los que se atribuye el deterioro de la calidad de la enseñanza en dichas instituciones. Afirmar que la carrera de abogacía no está en las peores condiciones con respecto a este tema no implica restar importancia a la gravedad problema.

El Gráfico n° 1 ilustra cómo ha evolucionado el total de alumnos, de ingresantes y de egresados de la carrera de abogacía en la última década. Como se puede observar en el gráfico, el flujo de ingresantes oscila entre 2.200 y poco más de 3000 alumnos por año. La curva correspondiente al

³ La distribución de cargos de dedicación exclusiva en la UNC, por Dependencia, en orden decreciente, es la siguiente: Laboratorio de Hemoderivados 95%; FAMAFA 52.5%; Fac. de Cs. Agropecuarias 48.8; Fac. de Cs. Químicas 31.8; Rectorado y sus Secretarías 26.3; Unidades de Investigación 28%; Fac. de Cs. Médicas 12.2; Fac. de Filosofía 9.8; Esc. de Trabajo Social 9.3; Fac. de Cs. Económicas 7.5; Fac. de Cs. Exactas 6.1; **Fac. de Derecho 4.3%**; Fac. de Psicología 3.9%; Fac. de Arquitectura 3.6%; Fac. de Odontología 3.3%; Esc. de Ciencias de la Información 3%; Fac. de Lenguas 1.5%;

total de alumnos es más irregular, y no parece tener mayor correlación con la de los ingresantes. A su vez, la línea correspondiente a los egresados muestra, por una parte, la desproporción que hay entre la cantidad de ingresantes a la carrera y la de los que egresan, y por otra, la falta de relación entre las curvas correspondientes al total de alumnos y al total de egresados. Esto estaría indicando que un conjunto importante de estudiantes permanece en la Facultad durante un tiempo más prolongado que el establecido por el plan de estudios para concluir la carrera.

Gráfico n° 1: Evolución del total de alumnos, los ingresantes y los egresados de la carrera de abogacía en la última década

Fuente: Anuario Estadístico 2004. Departamento de Estadística. Secretaría de Asuntos Académicos de la UNC.

Para facilitar la comparación y documentar de manera más precisa lo que afirmamos anteriormente presentamos, en el Cuadro n° 1, la información sobre la base de la cual elaboramos el Gráfico. Nos parece importante consignarla porque la gran diferencia de magnitud que hay entre las cifras correspondientes al total de alumnos, los ingresantes y los egresados impide que dicha diferencia aparezca claramente en el Gráfico.

Cuadro n° 1: Evolución del total de alumnos, los ingresantes y los egresados de la carrera de abogacía en la última década

	Total alumnos	Ingresantes	Egresados
1994	15.817	2.650	922
1995	15.170	2.798	1.296
1996	14.181	2.186	622
1997	14.864	2.363	641
1998	16.695	2.760	588
1999	18.995	2.500	638
2000	19.646	3.039	621
2001	18.744	2.079	1.021
2002	18.016	2.038	929
2003	17.821	2.096	828
2004	17.752	2.096	

Fuente: Elaboración propia a partir del Anuario Estadístico 2004. Departamento de Estadística. Secretaría de Asuntos Académicos de la UNC.

1. Rasgos demográficos y sociales de los estudiantes de abogacía

1.1. Rasgos demográficos

Un dato importante cuando se trata de estudiar una población estudiantil es el de su composición por sexo. Como ocurre en la amplia mayoría de las carreras de la UNC, en abogacía hay un claro predominio de la población femenina; el 57% de las alumnas de la carrera son mujeres. El promedio para el total de la universidad asciende al 60%. Hace una década, en el año 1994, esos porcentajes eran 52% y 56%, respectivamente. El proceso de feminización de la matrícula universitaria no es un fenómeno para nada nuevo; se viene dando desde hace varios años y tiende a acentuarse, no solamente en nuestra Universidad, sino en todas las del país y también en gran parte del mundo. Las conquistas de la mujer en este terreno son notables; lo que subsiste todavía es una cierta discriminación con respecto al acceso de la mujer a los cargos directivos de las universidades (la mayoría de estos cargos son desempeñados por los hombres) y, en ciertos casos, a los niveles más altos de la planta docente. Lamentablemente, no tenemos la información necesaria para dar mayores precisiones sobre este punto.

Otra información de relevancia es la distribución por edad. Los datos

		35-39		40 y más				
S/E								
UNC	100	0.1	10.6	16.7	18.0	16.5	11.4	7.1
8.0	3.2	3.9	4.4					
Abogacía	100	0.1	10.5	13.4	15.0	15.8	11.8	8.1
9.9	4.4	5.6	5.6					

Fuente: Elaboración propia a partir del Anuario Estadístico de la UNC 2004 (Cuadros A 10 y A10.1)

Según la información que figura en el cuadro, la edad promedio del total de alumnos de abogacía es ligeramente más elevada que la correspondiente al promedio de la Universidad (26 años en abogacía, 25 años en la UNC)⁴, y no difiere entre los varones y las mujeres en ninguno de los dos casos. Entre los ingresantes la edad promedio es de 21 años en ambos grupos.

A partir de los datos del cuadro podemos señalar que la edad modal de la población estudiantil de abogacía es ligeramente superior a la de la UNC (24-25 y 22-23 años, respectivamente). No hay una diferencia importante entre ambos grupos con respecto a esto. Sí la hay, sin embargo, cuando consideramos conjuntamente las categorías de edad más altas: el 45% de los estudiantes de abogacía cursa la carrera con 26 años o más, 6% de los cuales superan los cuarenta años de edad. Para el total de la UNC esos porcentajes son del 38% y el 4% respectivamente.

Con relación a los ingresantes, vemos que si bien la edad modal (18-19 años) y la edad promedio (21 años) es similar en la UNC y en abogacía, la mayoría de los ingresantes de abogacía inicia sus estudios más tempranamente que sus pares de las otras carreras⁵. Dicho de otro modo, el porcentaje de alumnos de abogacía que ingresa antes de cumplir los veinte años, es diez puntos más alto que el correspondiente al del total de la UNC. Si la mayoría ingresa aproximadamente con la misma edad, y se registran

⁴ Anuario Estadístico de la UNC, 2004, Cuadro A11, pág. 55.

⁵ Los estudiantes que ingresan con edades que van de 17 a 19 años suman el 63% en abogacía, mientras que en la UNC este grupo comprende al 53% del total de ingresantes.

diferencias en la composición por edad correspondiente al total de alumnos, sobre todo entre los mayores de 26 años, quiere decir que los estudiantes de abogacía permanecen en la facultad más tiempo, en promedio, que sus compañeros del resto de las carreras de la Universidad.

1.2. Rasgos sociales

No es fácil ubicar a un grupo humano en la estructura social cuando se trabaja con datos secundarios. Éstos son siempre insuficientes o, lo que es peor aun, no resultan adecuados para ese objetivo, por diferentes razones. Lo que vamos a intentar hacer aquí, a partir de la información disponible, es una mera aproximación a las características sociales de los estudiantes de abogacía. Tomaremos dicha información como un indicador, bastante provisional y precario por cierto, de esa ubicación. Los datos del Anuario que hemos seleccionado para esto son los que se refieren a la escuela en la que los estudiantes cursaron el nivel medio ('polimodal' en la nueva estructura del sistema educativo nacional; 'ciclo de especialización' en la provincia de Córdoba), la situación de trabajo del estudiante y el nivel educativo de sus padres.

a) Escuela de nivel medio de la que egresó

En lo que respecta a esta variable, lo sociológicamente relevante es, básicamente, si se trata de instituciones privadas o públicas porque ello da cuenta, en alguna medida, de la capacidad de la familia para costear los estudios de sus hijos. Lo que revelan los datos disponibles es que, del total de alumnos de la carrera de abogacía, el 32% terminó sus estudios secundarios en escuelas privadas, un porcentaje ligeramente superior al del total de la universidad que es 29,7%. Lo notable respecto de esta variable, es que, si tenemos en cuenta solamente el grupo de Nuevos Inscriptos, la cifras son totalmente diferentes: entre los ingresantes a la carrera de abogacía en el año 2004, el 51% terminó sus estudios secundarios en colegios privados⁶. Se trata de un dato que puede ser muy significativo y merece ser estudiado en detalle, porque tiene incidencia directa en la discusión de un tema polémico: el diseño de estrategias orientadas a proveer más recursos para el financiamiento de las universidades públicas, entre ellas, el posible arancelamiento de las carreras de grado en dichas universidades.

b) Situación de trabajo

⁶ En este caso no podemos comparar con el total de la Universidad porque más de la mitad de los estudiantes de ésta no consignaron este dato.

mil. Por otra parte, sería interesante analizar este aspecto diferenciando los alumnos de los dos planes de estudio vigentes en la carrera, el anterior (1984/92) y el nuevo (1999), cuyo cursado se completa por primera vez en el 2005. Lamentablemente, los datos que figuran en el Anuario Estadístico no hacen posible una comparación entre los dos grupos de estudiantes.

Es importante señalar que la gran mayoría de los alumnos de la UNC, el 73%⁷, costea sus estudios gracias a la ayuda familiar; sólo el 15% lo hace únicamente con su trabajo. Estos porcentajes son del 64% y del 23%, respectivamente, entre los estudiantes de la carrera de abogacía. Si comparamos estas cifras con las consignadas antes sobre la situación de trabajo, podemos plantear a título de hipótesis que al menos un 11% de los estudiantes de abogacía que trabaja refuerza sus ingresos de esta manera dado que costea sus estudios gracias a la ayuda familiar. Nos parece importante señalar, además, que la proporción de estudiantes becados es irrelevante en nuestra Universidad, aproximadamente un 11%, mientras que en abogacía alcanza apenas al 1%⁸.

Entre los Nuevos Inscriptos se da una situación totalmente diferente con relación a la situación de trabajo. El 81% de los ingresantes a la carrera de abogacía y el 72% del total de la UNC no trabaja y en igual proporción declaran que costean sus estudios gracias a la ayuda familiar⁹. Habría que ver en este caso si entre los planes de los nuevos alumnos está dedicar todo el tiempo al estudio, o por el contrario, tienen previsto buscar trabajo más adelante, una vez que tengan más claro el panorama sobre las demandas que les plantean sus respectivas carreras.

c) Nivel educativo alcanzado por el padre y la madre del estudiante.

Esta variable es una de las más significativas cuando se trata de conocer el origen social de los alumnos. La educación de los miembros de una familia no sólo nos indica la posesión de un cierto capital cultural, sino que nos informa, de manera indirecta, sobre el proceso de socialización del individuo, y con ello, acerca de las actitudes, expectativas, valoraciones, etc., que él incorpora durante ese proceso, todo lo cual resulta muy relevante a la hora de enfrentar la vida universitaria. El Cuadro n° 4 muestra los datos correspondientes a la educación de ambos padres. En él podemos

⁸ Anuario Estadístico 2004, Op. Cit.(Cuadro A 19, pág.73)

⁹ Anuario Estadístico 2004, Op. Cit. (Cuadro A19.1, pág.76)

observar, en líneas generales, que los estudiantes de abogacía no difieren del resto en lo que respecta al nivel educativo alcanzado por sus padres: los porcentajes más altos se concentran en dos categorías, estudios secundarios completos, y estudios universitarios completos y de postgrado. La única diferencia está en que el porcentaje de alumnos cuyos padres han concluido estudios universitarios y de postgrado es mayor entre los estudiantes de abogacía que en el promedio de la UNC (22,7% y 17,8% respectivamente, en el caso de los estudios del padre; 18,5% y 16,3% en el caso de los estudios de la madre). En otros términos, el nivel educativo alcanzado por los padres del grupo de alumnos de la carrera de abogacía es más elevado que el correspondiente a los padres de la población estudiantil de toda la UNC.

Cuadro n° 4: Nivel educativo alcanzado por los padres de los estudiantes – Año 2004 (en porcentajes)

Nivel educat.	1	2	3	4	5	6	7	8	9	S/E
Estudios del padre										
Total										
Abogacía	0.9	5.0	13.3	13.4	20.5	1.3	3.4	9.6	22.7	9.8
Total										
Alumnos										
UNC	2.8	5.0	12.3	13.2	18.5	1.2	3.7	8.3	17.8	17.3
Estudios de la madre										
Total										
Abogacía	0.9	4.2	13.9	11.6	20.8	2.1	11.6	8.0	18.5	8.3
Total										
Alumnos										
UNC	2.3	4.1	12.5	11.1	18.6	1.9	10.4	6.5	16.3	16.2

Referencia: 1: Sin Estudios; 2: Prim. Incomp.; 3: Primar. Comp.; 4: Sec. Incomp.; 5: Sec. comp.; 6: Terciario Incomp.; 7: Terciario Comp.; 8: Univ. Incomp.; 9: Univ. Comp. y Postgrado; S/E: Sin Especificar.

Fuente: Elaboración propia a partir del Anuario Estadístico 2004, Op. Cit. (Cuadros A 24 y A 25).

2. Desempeño académico

¹⁰ Cabe señalar que no hay diferencia entre los varones y las mujeres en cuanto a la regularidad en los estudios, ni en la carrera de abogacía, ni en el total de la universidad.

a) Cantidad de años de permanencia en la carrera (año de ingreso a la carrera)

La distribución de los alumnos según el año de ingreso a la carrera nos permite calcular qué proporción de estudiantes está cursando sus estudios de manera relativamente regular, y cuál lo hace con atraso. Dado que los dos planes de estudio vigentes actualmente en abogacía establecen una duración teórica de seis años para la carrera, podemos afirmar que todos los que comenzaron sus estudios antes del año 1999 tienen algún grado de atraso en relación a la duración programada teóricamente. El 44,3% del total de estudiantes de abogacía está en esta situación. Esta cifra es diez puntos porcentuales superior a la correspondiente al total de la Universidad, que es del 34.2%¹⁰. En caso de que este grupo termine sus estudios, lo hará con varios años de atraso. Es importante notar que 10,7% del total de matriculados en abogacía ha comenzado sus estudios en el año 1991 o antes, lo cual implica que llevan, hasta el momento del relevamiento estadístico, por lo menos catorce años en la carrera; se trata, en definitiva, de alumnos que se pueden considerar 'crónicos'. Sería interesante conocer cuántas materias tienen aprobadas estos alumnos, pero esta información no se publica a pesar de que tiene una relevancia de primer orden. Nos interesa señalar, también, que la retención¹¹ de los alumnos no parece ser un problema importante en la carrera de abogacía; la dificultad radica, aparentemente, en que el avance en los estudios es muy lento.

b) Cantidad de materias aprobadas y de exámenes rendidos el año anterior

La distribución de los alumnos según estas dos variables proporciona una idea aproximada de la actividad académica de los estudiantes. Este dato se obtiene solamente para los alumnos que se reinscriben en la carrera, es decir, quedan excluidos los ingresantes en el año del relevamiento, en nuestro caso, el 2004. Los reinscriptos en abogacía ese año suman 15.656 estudiantes. En el Cuadro n° 5 figura la información correspondiente.

Si observamos la distribución de los alumnos en función de la cantidad de materias aprobadas en el año anterior, vemos que alrededor de un

¹¹ Por retención entendemos la permanencia de un grupo de estudiante en la carrera entre dos años consecutivos, o en un período de tiempo determinado. Según el Anuario Estadístico 2004, la retención en la carrera de abogacía entre 2003/04 fue el 88%, una de las más altas de la UNC.

¹² De aplicarse la Ley de Educación Superior como corresponde, en el año 2004 la carrera de abogacía hubiera tenido 4.928 alumnos menos de los que tuvo.

tercio de los reinscriptos (31,5%) no aprobó ninguna materia durante el año 2003. Si se aplicara la legislación vigente, estos estudiantes no tendrían que haber sido admitidos en el año académico 2004¹². Los datos del cuadro indican, también, que casi la quinta parte de los estudiantes (18,1%) aprobó sólo una materia y únicamente el 10% seis o más. Dos materias aprobadas por alumno sería la media correspondiente a este grupo. Desde cualquier perspectiva que se lo mire, este resultado es realmente magro y, ante todo, muy preocupante. Se trata de un fenómeno que debería ser investigado seriamente porque tiene grandes implicaciones de orden personal, institucional, y también social, ya que la formación de cada estudiante es costada por el conjunto de la sociedad, muchos de cuyos miembros nunca tendrán la posibilidad de acceder a los estudios universitarios.

Cuadro n° 5: Distribución de los reinscriptos en la carrera en el año 2004, según la cantidad de materias aprobadas y de exámenes rendidos durante el año anterior (en porcentajes).

	Total	0	1	2	3	4	5	6 y más
Materias aprobadas	100	31,5	18,1	14,0	11,2	8,6	6,3	10,3
Exámenes rendidos	100	23,6	13,6	12,2	11,8	10,2	9,0	19,6

Fuente: Anuario Estadístico 2004. Departamento de Estadística. Secretaría de Asuntos Académicos de la UNC (pág. 29 y 33).

Observemos ahora los datos correspondientes a la cantidad de exámenes rendidos. Casi la cuarta parte de los reinscriptos (24%) no rindió ningún examen en el año 2003. Esto equivale a decir que su actividad académica durante un año se limitó, en el mejor de los casos, a regularizar las materias, pero esos alumnos no hicieron avances significativos en la carrera puesto que no se presentaron a rendir los exámenes finales. El promedio de exámenes rendidos por estudiante es de aproximadamente 2,7. Como en el Anuario esta información no aparece cruzada con las cantidad de materias aprobadas, no es posible saber cuál es la relación entre las dos variables. Lo único que podemos afirmar que casi el 20% de los reinscriptos se presentó a rendir seis o más exámenes, y solamente el 10%, es decir la mitad, fue aprobado en esa cantidad de materias¹³.

¹³ Con relación a las variables de rendimiento analizadas, debemos recordar nuevamente la coexistencia de dos planes de estudio. Aunque el peso cuantitativo de los alumnos del plan nuevo, con relación a los del plan anterior, no es aún importante, sería interesante, en otro análisis, observar la incidencia que tiene el nuevo plan de estudio en las tendencias generales de rendimiento estudiantil.

c) Cantidad de materias aprobadas y de exámenes rendidos en toda la carrera

Por razones obvias, en este caso también se excluyen del análisis los ingresantes en el año 2004. Se trata de un dato que es fundamental para tener una idea del grado de regularidad de los estudios de los alumnos de cualquier carrera, con la condición de que pueda ser cruzado con el año de ingreso a la carrera. Lamentablemente, esta información no se publica en el Anuario. En consecuencia, nuestros comentarios se limitarán a describir los datos disponibles dado que no podemos conocer cuánto tiempo les ha llevado a estos estudiantes de abogacía aprobar la cantidad de materias que figuran en el Cuadro nº 6.

A partir de los datos del cuadro se puede concluir que la mitad de los alumnos aprobó una cantidad de materias equivalente a algo más de un año de la carrera, considerando que los dos planes de estudio vigentes en abogacía prevén un promedio de seis materias por año (hasta el año 2004 el 51% tiene hasta 10 materias aprobadas, el 31% entre 11 y 20 y el 17% más de 20).

Cuadro nº 6: Distribución de los reinscriptos en la carrera en el año 2004, según la cantidad de materias aprobadas y de exámenes rendidos en la carrera (en porcentajes).

	Total	0	1-5	6-10	11-15	16-20	21-25	26 y más
Materias aprobadas	100	1,7	27,0	23,9	17,5	13,3	10,1	6,5
Exámenes rendidos	100	1,4	16,0	18,9	16,1	13,7	11,9	22,0

Fuente: Elaboración propia a partir del Anuario Estadístico 2004. Op. Cit. (pág. 37 y 41).

Hay que tener en cuenta que, dada la forma en que está presentada la información, no podemos hacer ninguna distinción entre los alumnos del plan nuevo, cuyo primer ingreso se produce en el año 2000, y los del plan anterior. Sería muy interesante contar con este dato porque nos daría una idea aproximada de la medida en la cual el nuevo plan ha contribuido, o no, a mejorar el rendimiento global de los alumnos, al menos en los términos que estamos considerando aquí (años de permanencia en la carrera, materias aprobadas en un año y total de materias aprobadas en la carrera). Si se quiere evaluar la marcha del nuevo plan de estudios es imprescindible poder diferenciar los dos grupos de estudiantes. De todos modos, a partir de la información disponible, podemos inferir algunas tendencias.

Hasta el 2004, la mitad de los alumnos de la carrera (51%) tenía hasta 10 materias aprobadas, lo cual corresponde al primer tercio del plan anterior y un poco menos del primer cuarto del plan nuevo. Dado que esta mitad del alumnado está conformada por alumnos cuyo año de ingreso es muy dispar, y debido al poco peso numérico de las últimas cuatro cohortes de ingresantes (que corresponden al plan nuevo), es factible inferir el alto grado de “estancamiento” o retraso en la carrera que tiene un número considerable de alumnos.

3. Los egresados

En este caso, el grupo en estudio es el de los estudiantes que terminaron sus carreras en el año 2003, tal como figura en el Anuario Estadístico 2004. En ese año egresaron de la Fac. de Derecho 828 abogados (todos cursaron sus estudios con el plan anterior), el 44,4% de los ellos eran varones y el 56,6% restante mujeres. El promedio de edad de este grupo es de poco más de 28 años, ligeramente superior al del total de egresados de la UNC; la gran mayoría declara ser soltero (85%). Consultados acerca de cuáles son sus expectativas de trabajo en el futuro, su percepción del panorama es favorable, ya que el 70% considera que sus posibilidades de trabajo son muchas o suficientes. Una proporción importante del grupo tiene previsto seguir estudiando (73%) y eligen para ello, fundamentalmente, la UNC. Otro dato interesante es el lugar donde proyectan radicarse: sólo el 21% piensa hacerlo en alguna provincia que no sea Córdoba. De los que eligen como lugar de residencia nuestra provincia, más del 60% piensa quedarse en la capital¹⁴. Este grupo de egresados no parece haber reflexionado sobre cuáles son las posibilidades reales de trabajo que tienen en la ciudad de Córdoba, dada la cantidad de profesionales de la abogacía que ejercen en ella.

Desde el punto de vista estrictamente académico, es importante considerar dos datos fundamentales, entre los que están disponibles en el Anuario: el año en el que estos egresados ingresaron a la carrera y el promedio general que obtuvieron en sus estudios. La información figura en el Cuadro nº 7.

El año de ingreso a la carrera de los alumnos que egresaron en el 2003, nos permite calcular cuánto tiempo, en promedio, demoraron en

¹⁴ Los cuadros del Anuario Estadístico 2004 donde figuran estos datos son los siguientes: E 4, E 5, E 7, E 8 y E 9.

ter1996	1997	1998	1999	2000
100%	17.1%	3.7%	7.4%	12.6%
	13.2%	20.9%	20.4%	3.5%
		1.1%	0.1%	

Promedio
general

Total

menos de 3
3 a menos de 4
4 a menos de 5
5 a menos de 6
6 a menos de 7
7 a menos de 8
8 a menos de 9
9 a menos de 10
10 S/E

100%
0.1%
6.9%
16.9%
24.8%
24.3%
14.3%
9.5%
3.0%
0.0%
0.2%

Fuente: Elaboración propia en base al Anuario Estadístico 2004, Op. Cit., Cuadros E 2 y E 3.

Dado que los alumnos disponían de siete turnos examen distribuidos a lo largo del año, podemos acordar que quienes ingresaron en 1997 y 1998 y culminaron en 2003, son quienes lo hicieron en la duración programada, con un leve retraso y con una ligera antelación, respectivamente. Si esto es así, según los datos del cuadro, solamente la cuarta parte del grupo conclu-

yó su carrera en el tiempo establecido por el plan de estudios. El 21% demoró un año más de lo previsto teóricamente y el 37% entre dos y cinco años más; en el otro extremo se sitúa el 17% que necesitó doce o más años para obtener su título. En síntesis, la duración media real de la carrera de este grupo de egresados supera los ocho años. Esta duración está dentro de los parámetros generales de la UNC, lo cual no quiere decir que se trate de la situación ideal. Cuando la tendencia en el mundo es que las carreras de grado sean más cortas y se concluyan en no más de cuatro años, aquí un estudiante tarda el doble. Esto no sólo implica un mayor gasto para el Estado, sino que pone a nuestros egresados en inferioridad de condiciones, entre otras cosas, para competir por la obtención de becas (la edad límite para esto suele ser, en general, de 30 años) y la obtención de títulos de postgrado, un requisito que está exigiéndose cada vez más para ingresar en diferentes áreas de la estructura ocupacional.

Los promedios generales obtenidos por los egresados indican que estamos frente a un grupo con un desempeño académico pobre. Casi la mitad de los egresados en 2003 (49,1%) tiene un promedio general entre 5 y 6 puntos. Por otra parte, es lógico esperar que el porcentaje de alumnos sobresalientes sea muy bajo; sabemos que se trata de una variable que se distribuye normalmente. Pero lo sorprendente, según criterios académicos razonables, es que la Universidad permita el egreso de futuros profesionales con un promedio general inferior a cuatro, es decir, equivalente a un aplazo (el 7%) o apenas superior a este puntaje (el 17%). Frente a estos resultados, nos preguntamos, entre otras cosas, qué puede pasar si se aplica (en caso de que ello ocurra alguna vez) lo establecido por la Ley de Educación Superior en lo relativo a la acreditación de las carreras de riesgo social.

De acuerdo a estos datos, es por lo menos discutible que la carrera, y a través de ella el propio Estado, esté cumpliendo con la responsabilidad de proveer a la sociedad profesionales con un grado adecuado de capacitación académica, lo cual es particularmente importante teniendo en cuenta que estamos frente a un caso de educación gratuita, cuyo financiamiento se basa en cargas impositivas.

Conclusiones

Por lo que acabamos de ver, no cabe duda de que, en el contexto de la UNC, la carrera de abogacía es la que tiene mayor peso relativo, al menos por el tamaño de su población estudiantil. Históricamente ha sido, y conti-

núa siendo, una carrera con gran demanda debido, entre otras cosas, al significado que la profesión de abogado tiene en el imaginario colectivo y, también, a que en términos de oportunidades laborales, es una de las carreras que abre mayor cantidad de posibilidades.

En lo que se refiere a los atributos personales de su población estudiantil (edad, sexo, situación de trabajo, etc.), la de la carrera de abogacía no difiere significativamente de la correspondiente al total de la UNC, salvo en determinados aspectos de algunos de los atributos considerados.

En materia de posición social, se podría concluir, al menos de manera provisional ya que carecemos de los datos que serían necesarios para hacer afirmaciones más contundentes, que la población estudiantil de la carrera pertenece, en promedio, a los sectores medios y medio-altos de la población. Hemos visto que la mayoría de los estudiantes no trabaja, costea sus estudios gracias a la ayuda familiar y sus padres han logrado un nivel educativo equivalente a secundario completo y superior. Esto tampoco constituye un hallazgo sorprendente porque, como demuestra la evidencia empírica disponible sobre la distribución de la educación en nuestro país (Brigido, 2004), a los estudios universitarios acceden, fundamentalmente, los estratos altos y medios de la población. En definitiva, aun cuando nuestras universidades públicas sean masivas, la presencia en ellas de estudiantes provenientes de sectores populares es decididamente minoritaria. La falta de un sistema de becas suficientemente extendido es un factor que contribuye a la persistencia de esta realidad que revela, de hecho, cuán inequitativo es nuestro sistema educativo.

Desde un punto de vista estrictamente académico, lo más significativo de la información analizada aquí es lo que se refiere al desempeño de los estudiantes en la carrera. Los datos revelan un rendimiento muy bajo, que se pone de manifiesto en la cantidad de años que aquellos permanecen en la carrera, la cantidad de materias que aprueban en un año académico y el promedio general que obtienen al egresar. Las derivaciones que tiene este hecho son múltiples y merecen ser tenidas en cuenta. No podemos extendernos aquí sobre este punto, pero nos interesa señalar, al menos, dos cuestiones, una que toca a la responsabilidad individual, y la otra de carácter institucional. Con relación a la primera, estamos convencidos de que el derecho a recibir educación exige de quienes tienen el privilegio de hacer uso de este derecho, una respuesta adecuada a las obligaciones que su condición de alumnos les impone; su principal meta debería ser alcanzar niveles de excelencia, si no óptimos, al menos razonables. La segunda cuestión, la que tiene que ver con lo institucional es muy compleja, y podríamos

hacer muchas reflexiones al respecto. Por lo pronto, nos parece importante señalar algo que afecta de manera directa la tarea de los docentes: es imposible planificar adecuadamente la actividad de enseñanza y brindar un servicio educativo de calidad, si no es posible tener alguna certeza respecto de cuál es la cantidad de alumnos que realmente se comprometen con su tarea y están dispuestos a desarrollar una actividad académica relativamente regular. Por lo general, los déficit de la universidad pública se atribuyen a la falta de presupuesto. No hay ninguna duda de que se impone una atención del gobierno a este tema; de hecho, nunca el dinero que se destina a la educación es suficiente. Pero se impone también, y esta es una condición necesaria para que una posible mejora presupuestaria dé resultados, que las propias universidades hagan uso de la autonomía que disponen, por una parte, para corregir las distorsiones que derivan de la falta de cumplimiento de las normas vigentes en materia de regularidad en los estudios, y por otra, para adoptar todas las medidas que consideren pertinentes para alcanzar un mayor grado de eficacia y eficiencia. Nuestras instituciones de educación superior dejan mucho que desear en este aspecto y no pueden escudarse en su autonomía para abstenerse de rendir cuentas a la sociedad sobre la forma en que utilizan los recursos públicos. Los universitarios tendríamos que hacernos cargo de las responsabilidades que nos cabe cuando apoyamos medidas que implican un relajamiento de las exigencias académicas y favorecen el facilismo y la mediocridad. Sabemos que, en materia de educación, esto tiene consecuencias nada recomendables si lo que pretendemos es impartir una educación de calidad y, con ello, proveer a la sociedad de un conjunto de recursos humanos altamente calificados. En esto se juega el futuro de nuestro país, de ello no cabe la menor duda.

Bibliografía

- BRIGIDO, A. M. Y TESSIO CONCA, A. (2004): "Consecuencias visibles de procesos invisibles. La perspectiva de alumnos de la carrera de abogacía de la UNC sobre su formación profesional". Conferencia Internacional de Sociología de la Educación, ISA, Buenos Aires.
- BRIGIDO, Ana María (2004): *La equidad en la distribución de la educación argentina. Un análisis de las desigualdades en la distribución de la educación*. Fac. de Filosofía y Humanidades-Ed. Universitas, Córdoba.
- Carlos LISTA (2003): "Orden social y socialización en la carrera de abogacía de la UNC: la perspectiva de los alumnos". Ponencia presentada en el IV Congreso nacional de Sociología Jurídica. Tucumán 2003
- (2002): "La enseñanza del derecho: qué piensan los protagonistas". Ponencia presentada en III Congreso Nacional de Sociología Jurídica. Buenos Aires 2002.

LA CLINICA EN LA ENSEÑANZA DEL DERECHO. Su desembarco en la Carrera de Abogacía de la UNC

por Ana María Cortés de Arabia*

“La educación tiene que ser un ejercicio libre de aprendizaje en el cual el educando aprende haciendo, confrontando continuamente teoría y práctica, en un diálogo continuo con el educador que ejerce, en dicho proceso, la función de facilitador”.

John Dewey¹

Resumen: El artículo considera la relación existente entre la teoría y la práctica, ambos componentes necesarios para el proceso de enseñanza aprendizaje. El tema central es la Clínica Jurídica y las diferentes modalidades diseñadas por las universidades que la han incorporado a sus curriculas. Con ella se propende al estudio interdisciplinario del Derecho, centrado en el desarrollo de competencias que permiten la formación integral de los estudiantes, desde lo humano – profesional, para forjar una generación de juristas con una clara conciencia de su función social.

Palabras Clave: Enseñanza del Derecho. Teoría y práctica. Clínica Jurídica. Tipos de Clínicas.

* Ana María Cortés de Arabia. Profesora de Derecho Penal. PG. Co-Directora del Programa de Enseñanza para la Práctica Jurídica. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. UNC.

¹ DEWEY, John. *John Dewey on Education: Selected Writings*. Edit. Archambault. University of Chicago Press. Chicago, 1974, p. 364, mencionado por Carlos Rivera Lugo en *Virando al revés la educación jurídica: Hacia la formación de un profesional pensante y crítico*. Ponencia presentada en el foro “La educación hacia el año 2000” Septiembre de 1994, Facultad de Derecho de la Universidad Interamericana de Puerto Rico.

1. Introducción

Ante la escasa o nula presencia en los planes de estudio de las Facultades de abogacía de nuestro país de la enseñanza para la práctica del Derecho, se ha intentado revertir esta situación, incorporando espacios curriculares donde la aplicación de técnicas pedagógicas basadas en la experiencia, cobran un papel relevante.

Las universidades tratan de ofrecer estudios jurídicos centrados en el desarrollo integral de los estudiantes desde lo humano – profesional, para forjar una generación de juristas con una clara conciencia de su función social.

El objetivo de formar estudiantes que se comporten como hábiles abogados comprometidos con la comunidad, ha preocupado a educadores, teóricos y hombres del Derecho.

Nuestros profesionales deben estar capacitados en lo que el Derecho es y mediante un análisis del mismo, construir lo que el Derecho debe ser, para captar la realidad siempre cambiante del mundo que lo rodea.

El modelo educativo tradicional, sesgado hacia lo teórico que tiene como eje del conocimiento al conocimiento mismo y no al sujeto que aprende, en el cual la transferencia de contenidos se produce de manera unidireccional, ha sido enriquecido por estas nuevas metodologías didácticas que no sólo busca la transmisión de la información, sino el desarrollo lógico y sistemático de competencias. Abarca la naturaleza mutante y contingente del saber para aplicarlo al caso concreto; además, indaga y ofrece alternativas de acción en la solución de controversias, donde el ideal de justicia debe ser la motivación central de la labor del hombre de derecho.

La Clínica aspira cumplir esa misión y proporcionar una enseñanza plena, en la cual se equilibren la teoría con la práctica, entrenando al estudiante en habilidades analíticas y críticas. Su propósito es que en una actitud reflexiva y autónoma sobre los conocimientos adquiridos, realice un uso ético y eficiente del derecho. Posee el objetivo de mejorar la enseñanza legal y de cambiar la concepción de los abogados para que brinden sus servicios a la sociedad².

² En las universidades de Estados Unidos, cobraron gran impulso en los años 60 las Clínicas vinculadas a la defensa de los derechos civiles de las personas componentes de grupos de menores recursos. En Europa del este y central, las Clínicas son promovidas por instituciones que llevan a la asistencia legal gratuita y no sólo a la mejora de la enseñanza del derecho.

2. Caracterización de la Clínica

En una concepción general, la Clínica es una técnica que enseña la práctica del derecho a través del trabajo jurídico mismo. De las diversas acepciones de la palabra, extraemos la que hace referencia a la observación de la realidad y a su tratamiento, diferente a las ciencias teóricas o básicas.

Es así que, desde este punto de vista, se conformaría con todas las acciones que acentúen la práctica sobre la teoría, utilizando escenarios reales o simulados y ello le permite al estudiante desarrollar las destrezas necesarias para la aplicación del derecho³. Aunque no nos referimos únicamente al recurso decisional basado en la propia experiencia o la intuición, ya que hacerlo de este modo implicaría un salto al vacío, sino a una observación directa de la actividad de profesionales o funcionarios acreditados, que dirigen al estudiante por caminos seguros donde el aprendizaje es un proceso intencional y razonable.

Y, desde una en una concepción restringida, se hace referencia a las actividades que se cumplen en la sociedad defendiendo un interés público, ampliando el acceso a la justicia y al fortalecimiento de un estado de derecho. Además, vincula al educando con operadores concretos de los diferentes sectores de la comunidad.

3. Dificultades que se presentan al momento de organizar la Clínica

Todo proceso de cambio exige una actitud abierta para captar sus méritos y una voluntad de concreción de las estrategias programadas.

Las posibles causas de resistencia a la implementación de esta táctica didáctica están vinculadas más que a la incorporación de la enseñanza práctica dentro de la curricula de la carrera, a la postura crítica y reformista de un tipo de Clínica como son las Acciones de Interés Público.

Algunas objeciones a su implementación son: la poca flexibilidad de los planes de estudio de las universidades nacionales que deben adecuarse a leyes de Educación Superior para funcionar; la falta de preparación de los docentes que tienen a su cargo los diferentes grupos de alumnos⁴; la pre-

³ Consideramos que la educación del estudiante debe ser una organización de contenidos teóricos y actividades de enseñanza en una secuencia integrada y progresiva para provocar experiencias de aprendizaje que contribuyan al desarrollo de competencias humanas como partes de su formación.

⁴ En la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNC se brinda a los docentes una capacitación en la cual se organizan clases de apoyo, se les entrega instructivos y criterios básicos para enfrentar esta nueva forma de enseñar y evaluar y se realiza un acompañamiento en su labor.

ocupación por una probable politización de la universidad; la resistencia de otros sectores de la misma institución académica; los reparos de los Colegios de Abogados y las dificultades resultantes con la Caja de Previsión de estos profesionales; la oposición de los mismos estudiantes, acostumbrados a una actitud pasiva y que deben incorporarse a un saber hacer independiente y responsable; etcétera.

Estas dificultades pueden ser sorteadas adecuadamente y al transitar los pasos del proceso se observa una adhesión al sistema ante el éxito de las acciones trazadas.

Enseñar y aprender como trabaja un abogado es una tarea ardua pero altamente gratificante. Docentes y alumnos se encuentran insertos en un modelo dialógico multidimensional que presenta un desafío mayor que repetir libros de texto y, en muchos casos, implica invertir en la tarea mayor tiempo que el habitual. La motivación y la explicitación de los objetivos, constituye un buen comienzo para que a partir de los saberes teóricos, los alumnos sepan que “pueden hacer” con ellos.

4. Antecedentes de la Clínica Jurídica como método para la enseñanza del Derecho⁵

En el diseño estructural de una Clínica Jurídica y la elección de su temática influyen diferentes factores, el perfil del egresado, los distintos roles del abogado, las realidades y necesidades sociales, la demanda del mercado laboral, etc. A ello se debe agregar, de manera relevante, los objetivos de la Facultad y los de la Universidad en la cual se encuentra inserta.

La Clínica, como método sistémico para enseñar el Derecho, surge como una consecuencia del pensamiento filosófico y sociológico que cuestiona al dogmatismo⁶ como única herramienta para solucionar casos concretos.

A comienzos del siglo XX, dos profesores de derecho, partiendo de la Clínica Médica⁷ y asociándolo a ella, lo proponían como una alternativa

⁵ Se agradece el material aportado por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Tucumán, Secretaría de Gestión Institucional, especialmente el trabajo de Mariela Puga “*Los desafíos de las Clínicas Jurídicas en Argentinas*”.

⁶ Los autores enrolados en esta posición, consideran a la Dogmática como un Positivismo jurídico extremo, pero la Dogmática es mucho más que el sólo estudio exegético de la ley, comprende los principios que la informan y las teorías que la originan y fundamentan. Y a partir de una interpretación sistemática y progresiva, permite aplicar la ley racional y funcionalmente al caso concreto.

⁷ DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO DE MEDICINA. DORLAND. Clínica: (clinic) (gr. *klinikos*. Relativo a una cama). Perteneciente o relativo a clínica o a la cabecera

en la enseñanza jurídica tradicional. Si bien ya existía el Aprendizaje Basado en Problemas y el Método del caso⁸ como técnicas de aprendizaje, a partir de una situación problemática o de un fallo judicial, Lyublinsky⁹, ruso, y Rowe¹⁰, estadounidense, escribieron sobre el concepto de Clínica Jurídica pero fue Frank¹¹ quien realizó una defensa sistemática e ideológica del método clínico. Este autor, afirma que las escuelas de derecho tienen mucho que aprender de las escuelas de medicina en el uso de las Clínicas gratuitas y dispensarios como ámbitos de enseñanza basados en casos reales. También critica este autor, el método del caso y a uno de sus mayores exponentes: Christopher Columbus Langdell. En las universidades del país del norte aparecen organizadamente en el año 1940, aunque algunos creen ver en la Duke University un programa de Clínicas en el año 1920 con John Bradway.

En las Universidades latinoamericanas el establecimiento de las Clínicas se debe, entre otros, a Programas de Acciones de Interés Público¹² como el propuesto en Argentina, Chile y Perú en diciembre de 1998¹³.

del enfermo; relativo a la observación real y al tratamiento de pacientes o fundado en ellos, a diferencia de las ciencias teóricas o básicas.

⁸ Aunque menos conocido, puede mencionarse también, el método de “**Enseñanza para la comprensión**” aplicado, en muchos casos, intuitivamente por los docentes. Con una fuerte base cognitiva, enfatiza cuatro elementos fundamentales para su diseño: Temas Generativos, Metas de Comprensión, Desempeños de Comprensión y Evaluación continua. “Enseñanza para la comprensión, introducción a la teoría y su práctica”. Proyecto Zero de la Escuela de Educación de la Universidad de Harvard. EEUU.

⁹ LYUBLINSKY, Alexander I. “*About Legal Clinics*”. Journal of Ministry of Justice (Russia) (Revista alemana) January 1901, 175-181. Mencionado por Mariela Puga en “Los desafíos de las Clínicas Jurídicas en Argentina” ya citado, p. 9.

¹⁰ ROWE, William. “*Legal Clinics and Better Trained Lawyres – A Necessity*”. 11 Gz. Law Review 591 (1917). Mencionado por Mariela Puga en “Los desafíos de las Clínicas Jurídicas en Argentina” ya citado, p. 9.

¹¹ FRANK, Jerome. “*Why not a Clinical Lawyer School?*” SIU, Pa L Rev. 907 (1933). Mencionado por Mariela Puga en “Los desafíos de las Clínicas Jurídicas en Argentina” ya citado, p. 9.

¹² Financiado por la Fundación Ford.

¹³ Objetivo de este Programa: “*fomentar y difundir la protección de bienes jurídicos de interés público a partir del establecimiento de una red de clínicas jurídicas en los tres países, incluyendo, a su vez otras actividades, como la investigación académica y la realización de eventos y encuentros nacionales e internacionales*”

5. Cómo se estructura una Clínica

Son diversos los instrumentos pedagógicos por medio de los cuales los estudiantes pueden aprender a partir de la práctica¹⁴. Si bien, en la actualidad, la Clínica se la identifica con “El Derecho de Interés público” en la que se defienden los casos de interés público¹⁵ sobre temas como discriminación y protección de minorías, preservación del medio ambiente, libertad de expresión, defensa de usuarios y consumidores, de comunidades aborígenes, derechos humanos, responsabilidad pública de funcionarios y magistrados, etc., son variados los modelos de implementación posible.

Consideramos que la Clínica se refiere a cualquier clase de experiencia práctica o entrenamiento activo para el estudiante de abogacía que sea útil para su futura labor. La misma debe tener un riguroso diseño en el que se especifiquen los fundamentos, se formulen objetivos, se enuncien competencias a desarrollar, planifiquen actividades, etc., además de realizar un seguimiento y evaluación del proceso y del producto obtenido. Constituye un proceso secuencial y progresivo que parte del desarrollo de habilidades sencillas a otras más complejas.

Trabajando una técnica en particular, diferentes Facultades de Derecho del país y del extranjero, transitan estos caminos, pudiendo mencionarse, además de las de EEUU¹⁶ y algunos países de Europa como por ejemplo, Inglaterra, a ciertas Universidades de Sudáfrica, a la Universidad de Mayagüez y de San Juan de Puerto Rico y, en la Argentina, a la Universidad Nacional de Buenos Aires, a la Universidad Nacional de Tucumán, a la Universidad de Palermo y a la Universidad del Comahue.

Debido a la relevancia de las actividades realizadas por la UBA en la comunidad, la Provincia de Buenos Aires dictó el Decreto 406/2005 el 11 de abril de 2005 por el cual se crea el Servicio de Patrocinio Gratuito, destinado a personas que hayan resultado víctimas de delitos en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires y que carezcan de recursos suficiente para asu-

¹⁴ “*Cómo se aprende a patinar?. Definitivamente no sólo leyendo las instrucciones y observando a otros, aunque esto puede ser de gran ayuda.. Principalmente, se aprende patinando. Y, si es buen estudiante, mediante el patinaje reflexivo; se le presta atención a lo que está haciendo, capitalizando sobre los puntos fuertes y trabajando sobre los débiles*”. Proyecto Zero, Harvard, ob. cit.

¹⁵ Se utilizan casos testigos ampliando la posibilidad de acceso a la justicia.

¹⁶ Universidad de Idaho, Universidad de Washington en Seattle, de Columbia en Nueva York, Universidad de Georgetown en Washington D.C., Universidad de Oregon, etc.

mir el rol de particular damnificado, querellante o actor civil, en procesos penales, sean ellos de jurisdicción local o federal.

En nuestra Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, la Enseñanza para la Práctica Jurídica forma parte de la currícula, es una estructura flexible que está organizada en un Programa con cinco espacios determinados¹⁷ llamados: Talleres y Prácticas. Sus contenidos abarcan una amplia temática que se ejecutan dentro del edificio educativo y fuera de él.

6. Tipos de Clínicas jurídicas

Se observan diferencias entre las técnicas que se utilizan en el aula y las actividades que se concretan extra - muros, cada una con ventajas pedagógicas determinadas. A las primeras se las denominan *pre-clínicas*.

Encontramos, entonces, dos grandes grupos de enseñanza clínica:

- Clínica realizada a partir de situaciones simuladas y
- Clínica realizada a partir de situaciones reales.

En la primera modalidad, desde un caso real o de laboratorio, se simulan posibles situaciones que el abogado debe enfrentar y el alumno soluciona, ejerciendo el rol que se le asigne en el ámbito de la Facultad. Recibe y resuelve la consulta de un cliente hipotético¹⁸; analiza y toma decisiones en casos estructurados que simulan ser reales¹⁹; tramita un expediente en determinado fuero en el cual se elaboran alegatos²⁰, realiza la búsqueda de jurisprudencia y doctrina, presenta y valora pruebas, redacta una sentencia, entabla los recursos que estima conveniente, etc.; también se puede mencionar: el sistema de pasantías, sean localizadas dentro de la facultad o en la comunidad²¹.

Para ello, se emplean técnicas de trabajo en grupo, como, por ejemplo: role play, juicios simulados²², etc. donde el docente es un facilitador del aprendizaje, dirige y controla el proceso pero el papel activo está a cargo del estudiante.

En la segunda modalidad, la actividad de los alumnos se desarrolla en escenarios de trabajo reales, fuera de la Facultad y su desempeño es

¹⁷ Taller de Jurisprudencia I, Taller de Jurisprudencia II, Práctica Profesional I, Práctica Profesional II y Práctica Profesional III.

¹⁸ “Live – client Clinic”

¹⁹ “Simulation Clinic”

²⁰ “Trial Advocacy”

²¹ “Externship program”, “University-based or in house clinic”, “Community-based clinic”.

²² “Mock Trials”

controlado académica e institucionalmente. El docente mantiene la responsabilidad profesional con el cliente y ante los organismos en los cuales actúa.

Se pueden citar:

- Sistema de Pasantías educativas.
- Clínica de casos en la cual se realizan asesoramientos y/o patrocinio gratuito
 - Clínica de educación ciudadana
 - Elaboración de proyectos legislativos
 - Capacitación en funciones
 - Etcétera.

6.1. Sistema de pasantías educativas²³

En este sistema, las tareas se cumplen en instituciones del medio, sea el poder judicial, legislativo o ejecutivo, en estudios jurídicos, empresas, organizaciones no gubernamentales, etc., para abarcar la diversidad de alternativas ocupacionales que, probablemente, se le presentarán al futuro abogado.

Dado que los estudiantes provienen de diferentes puntos de la provincia, la posibilidad de cumplir pasantías en sus lugares de origen constituye una alternativa interesante y eficaz desalentando el desarraigo.

Esta modalidad se considera positiva por la variedad e intensidad del trabajo que puede realizar el alumno al involucrarse en áreas del derecho en las cuales se encuentra particularmente interesado. El inconveniente radica en que se realiza fuera del ámbito universitario y los tutores institucionales no son, generalmente, docentes, es así que los estudiantes aprenden por observación y a través de la actividad desarrollada por la persona que los tiene a su cargo.

6.2. Clínica de casos²⁴

Con esta modalidad, los estudiantes atienden a clientes reales brindándoles asesoramiento o representándolos en Tribunales judiciales o administrativos.

²³ Además del sistema de pasantías educativas regulado por la ley 25165 y dec. 487200, la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNC establece, dentro del Programa de Enseñanza para la Práctica Jurídica, un área de “Capacitación en funciones” que es un sistema similar, se realiza en el último año de la carrera de Abogacía y está organizado y controlado académica y profesionalmente.

²⁴ Esta Clínica se diferencia del Estudio de Casos que se realiza en el aula. El mismo es una técnica de aprendizaje donde al alumno se le presenta la descripción de una situación

La responsabilidad profesional está a cargo del docente que dirige y coordina a un grupo de alumnos y puede consistir en un asesoramiento o realizar el patrocinio letrado gratuito. Estas Clínicas funcionan dentro del ámbito de la Facultad o fuera de ella, en Centros Vecinales, ONG, etc.

En los casos de consultoría, en la cual se brinda **asesoramiento** a la persona requirente del servicio, pero sin patrocinio letrado para ninguna actuación, las tareas se materializan con la recepción de consultas vinculadas a cuestiones legales a las que los alumnos, bajo la supervisión de un docente, deberán responder indicando a las personas interesadas cuales son las acciones necesarias para lograr una solución a su problema. Por ejemplo:

- Entrevistas a los solicitantes del servicio.
- Análisis del caso y elaboración de respuestas apropiadas.
- Devolución de la respuesta al consultante con indicación de los pasos a seguir.

Esta labor requiere un entrenamiento previo en el aula, a efectos de recordar y reforzar competencias adquiridas por los alumnos en asignaturas teóricas y prácticas anteriores. También presupone una tarea de relevamiento de organismos, autoridades y direcciones donde se debe cumplimentar el trámite correspondiente o se puede encontrar respuesta a la cuestión planteada.

En los **consultorios gratuitos** se realiza el patrocinio letrado del consultante. Esta actividad exige contar con una serie de requisitos para su implementación, además de los recursos humanos y materiales apropiados, la actividad exige acuerdos con otras instituciones, como son Colegio de Abogados, Tribunal Superior de Justicia, Caja de Abogados, etc.

Un modelo, en este aspecto, es el Centro de Formación Profesional de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Buenos Aires, que desde 1942 brinda este tipo de asistencia a la comunidad²⁵.

específica que plantea un problema que ha de ser interpretado, valorado y resuelto por un grupo de personas, a través de un proceso de discusión. En su origen, es una técnica de trabajo grupal que fomenta la participación del alumno, desarrollando su espíritu crítico y preparándolo para la toma de decisiones. Según su naturaleza intrínseca pueden ser: Casos cuantitativos, Casos cualitativos, Casos de incidentes críticos y Casos de simulación.

²⁵ En Capital Federal el Colegio de Abogados fue creado con posterioridad a esa fecha. Por lo tanto no existen en esa unidad académica las dificultades que podrían presentarse en nuestro medio. La Facultad de Derecho y Cs. Ss de la UNC celebró un Convenio con el Colegio de Abogados de Córdoba que permite a los estudiantes realizar tareas de Observación en los Consultorios Jurídicos Gratuitos de esa entidad “Dr. Ricardo Vizcaya”.

Entre la variedad de Clínicas de casos se pueden mencionar:

- *Las Clínicas de práctica general* en la que se admiten todo tipo de consultas de personas sin recursos y pueden concretarse dentro o/y fuera de la Universidad. Los estudiantes adquieren una variada experiencia jurídica, tanto sobre el derecho sustantivo como su aplicación al caso concreto²⁶.

- *Las Clínicas especializadas* también se denominan Clínicas temáticas. En ellas se aceptan sólo cierto tipos de casos de acuerdo al área del Derecho seleccionada.

- *Las Clínicas de innovación jurídica*. Se ocupa de casos controvertidos como discriminación, derechos civiles, derechos de la mujer, brutalidad policíaca, restitución de la tierra, derecho de salud, etc. Son asuntos de alto impacto público y permiten una aplicación novedosa del Derecho.

6.3. Clínica de educación ciudadana²⁷

Con el uso de esta técnica, el estudiante de abogacía aprende a informar a los ciudadanos que no poseen conocimientos legales (derechos y deberes) para que puedan satisfacer sus necesidades y resolver sus conflictos con un uso eficaz del Derecho donde el litigio no es la única herramienta disponible²⁸.

Los educandos se benefician altamente ya que adquieren una comprensión mayor de la ley sustantiva y de la doctrina que le dio origen, sin descuidar el aspecto procesal, desarrollando destrezas en presentaciones orales y escritas y afianzando su sentido de responsabilidad y solidaridad.

Una de las tareas para lograr estos objetivos es la de alfabetización, información y asesoramiento jurídico en la comunidad por medio de: Talleres de Alfabetización, Ateneos y Seminarios de información masiva, desarrollados en escuelas, en centros comunitarios o barriales, CPC, ONG, etcétera.

Como actividad, los alumnos realizan un:

- 1°. Relevamiento de problemas sociales significativos (de alto impacto social) en diferentes sectores de la comunidad como escuelas, barrios, instituciones de bien público, hospitales comunes y neuropsiquiátricos, geriátricos, centros de menores, comisarías, etc.

²⁶ “Legal Aid Clinic”

²⁷ “Street Law Clinic”. También puede denominarse “Alfabetización jurídica” como se la designa en la Práctica Profesional III, de la Carrera de Abogacía de la Fac. de Derecho y Cs. Ss. UNC.

²⁸ Con esta actividad se disminuyen los casos que deben judicializarse, agilizando así el servicio de justicia que en la actualidad se encuentra abarrotado de causas.

2°. Aprendizaje colaborativo en el aula.

- Selección de un tema con trascendencia en la comunidad
- Diseño del Proyecto
- División de los alumnos en grupos para realizar el estudio de cada

uno de los aspectos del tema.

- Recopilación de datos y materiales útiles.
- Análisis detallado del portafolio de datos.
- El registro en una gráfica del avance de todos los equipos y la recopilación de la retroalimentación de los trabajos realizado por un equipo voluntario de Mejora Continua de Calidad, encabezado por un estudiante.
- Presentación final escrita.
- Exposición oral del trabajo.

3°. Devolución a la sociedad por medio de los encuentros mencionados.

En todo momento se promueve el intercambio de opiniones, fomentando el respeto ante la heterogeneidad de pensamiento.

6.4. Clínica legislativa

En esta área²⁹ se combina el conocimiento de la realidad política legislativa con la acabada comprensión de las cuestiones legales.

El descubrimiento del problema en la sociedad, la interpretación del mismo y de las leyes que lo rigen o el vacío legal en su caso, son los primeros aspectos que se deben analizar.

La combinación de conocimientos sociales, políticos y legales y la elaboración de posibles estrategias para solucionar la situación detectada permite al alumno desarrollar su creatividad dentro del marco jurídico.

Los estudiantes reciben entrenamiento adecuado por parte de un docente con experiencia en asesoramiento parlamentario sea vinculándolos con abogados, asesores, consultores y legisladores, desarrollando proyectos de interés público.

Se realiza un proceso de investigación y diseño de planes estratégicos para conseguir resultados positivos. Además, se prepara a los estudiantes para realizar conferencias de prensa, escribir artículos periodísticos, etc.

La elaboración de un proyecto de ley sobre el tema en cuestión, es la etapa culminante de estas actividades. El estudiante actúa como un aboga-

²⁹ “Legislative lawyering” que suele traducirse como Abogacía legislativa. En nuestra Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, se organizó como un área de la Práctica Profesional III.

do en acción y provee de servicio legal a la comunidad cubriendo demandas sociales específicas en el campo legislativo.

Luego de este entrenamiento, los alumnos tienen la posibilidad de prestar servicio a legisladores, oficiales públicos y ONG, cubriendo vacíos legales o sugiriendo reformas para adecuar la legislación a la realidad.

CONCLUSIONES

Recordando que alguien dijo: “la teoría sin la práctica es manca y la práctica sin la teoría es ciega”, podemos afirmar que tanto la una como la otra, son necesarias y deben complementarse para brindar una enseñanza integral al estudiante.

Las nuevas metodologías didácticas no sólo buscan la transmisión de la información sino que se centran en el desarrollo lógico y sistemático de competencias. Ofrecen alternativas de acción para la solución de conflictos, en una toma de decisiones adecuadas.

Nuestros profesionales deben estar capacitados en lo que el Derecho es y mediante un análisis del mismo, construir lo que el Derecho debe ser, captando la realidad mutante de la sociedad.

Los diferentes tipos de Clínicas Jurídicas, intentan lograr esos objetivos, entrenando al estudiante en habilidades analíticas y críticas. Propician, además de una actitud reflexiva y autónoma sobre los conocimientos adquiridos, un uso ético del derecho, con la finalidad de mejorar la enseñanza legal y de cambiar la concepción de los abogados para que brinden sus servicios a la comunidad.

BIBLIOGRAFÍA

- ABRAMOVICH, Víctor. *La enseñanza del derecho en las Clínicas legales de interés público. Materiales para una agenda temática*. En “Defensa jurídica del interés público. Enseñanza, estrategias, experiencias. Cuaderno de análisis jurídico. Escuela de Derecho Universidad Diego Portales. Serie de Publicaciones especiales. 1999.
- BIANCHI, Roberto A. *Experiencia, intuición y análisis racional en la nueva abogacía*. *Jurisprudencia Argentina*, 14 de agosto de 1996. N° 5998.
- BÖHMER, Martín F. (Compilador). *La enseñanza del derecho y el ejercicio de la abogacía*. Biblioteca Yale de estudios jurídicos. Editorial Gedisa. Barcelona 1999.
- CASTRO BUITRAGO, Erika Joulliet, “Perspectivas de la enseñanza Clínica del derecho en Colombia”, en documentación suministrada por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Tucumán. Secretaría de Gestión Institucional.

- CEDHA. Centro de Derechos Humanos y Ambiente. “En defensa del interés público”. Clínica Jurídica y Derechos Humanos y Ambiente. Creación y experiencias. Informe anual, 2003 – 2004. Córdoba, Argentina.
- CORTES DE ARABIA, Ana María. *El estudio de la situación problemática en la enseñanza de grado*. Ponencia publicada en el II Encuentro Argentino de Profesores de Derecho Penal. “Desafíos académicos y Político Criminales ante la expansión de las Ciencias Penales”. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. UNC. Córdoba, agosto de 2002.
- DIRECCIÓN DE INVESTIGACIÓN Y DESARROLLO EDUCATIVO, Vicerrectoría Académica. *El Aprendizaje Basado en Problemas como técnica didáctica*, documento, Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey, Méjico, 2000.
- DOMENECH, Ernesto. *Clínicas Jurídicas. Itinerario, obstáculos dificultades y programas*. En: jornadas clínicas-credip.org.
- DOCUMENTACIÓN suministrada por la Facultad de Derecho de la U.B.A.
- FALCON, Enrique M. *El ejercicio de la abogacía*. Rubinzal Culzoni Editores. Bs. As. 2001.
- GORDILLO, Agustín. *El método en Derecho*. Edit. Civitas. Buenos Aires, 1997.
- MEEHAN, José Héctor. *Teoría y Técnica legislativas*. Edit. Depalma. Buenos Aires, 1976.
- PERKINS, David - UNGER, Chris - WILSON, Daniel - BOIX MANSILLA, Verónica. “Enseñanza para la Comprensión, Introducción a la Teoría y su Práctica”. Equipo de investigación de “Teaching for Understanding”. Proyecto Zero. Graduate School of Education. Harvard University.
- PUGA, Mariela, “Enseñanza Clínica del Derecho” y “Los desafíos de las Clínicas Jurídicas en la Argentina” en documentación suministrada por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Tucumán. Secretaría de Gestión Institucional.
- RIVERA LUGO, Carlos. *Virando al revés la educación jurídica: Hacia la formación de un profesional pensante y crítico*. Ponencia presentada en el foro “La educación hacia el año 2000” Septiembre de 1994, Facultad de Derecho de la Universidad Interamericana de Puerto Rico.
- WASSERMAN, Selva. *El estudio de Casos como método de enseñanza*. Amorrortu editores, Buenos Aires, 1994.

LA EDUCACION JURIDICA EN ARGENTINA: GENEALOGIA DE UNA CRISIS

*por Carlos Alberto Lista**

Resumen: Este trabajo aborda el tema del ingreso, la matrícula estudiantil y el egreso de las carreras de abogacía de Argentina, entre 1982 y 2003. Se analizan las distintas modalidades de regulación de la universidad seguidas por el estado nacional y su influencia sobre el sobredimensionamiento de la matrícula estudiantil y el ingreso de las carreras de abogacía. Se hipotetiza que tales aspectos cuantitativos actúan como fuertes condicionantes de la calidad de la enseñanza y de las posibilidades de su mejoramiento. Las tendencias de las variables antes mencionadas son descriptas a partir de datos estadísticos publicados por la Secretaría de Políticas Universitarias de la Nación.

Palabras clave: educación jurídica, abogacía, ingreso, egreso, matrícula estudiantil

Introducción

Si nos atenemos a la demanda social por los estudios de derecho, se puede afirmar que la carrera de abogacía, sigue siendo en Argentina la que concentra el mayor interés. El alto número de aspirantes es un fenómeno que se repite anualmente, más allá de la diversificación que se ha operado

* Carlos Alberto Lista es Profesor Titular de Sociología Jurídica de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (UNC) y Master (MPhil) en Sociología (New York University). Secretario Académico de la carrera de abogacía (1985-1986) y Director del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la UNC (1991-1993). Miembro del directorio del CONICOR (1993-1997). Profesor visitante en las universidades de Lund (Suecia), Strathclyde (Escocia), New York y UNAM (México). Autor de *Los Paradigmas de Análisis Sociológico*, coautor de *La enseñanza del derecho y la formación de la conciencia jurídica* y de numerosos artículos en revistas especializadas.

en el conocimiento y de la oferta académica de las universidades de gestión pública y privada¹.

En lo que hace al ejercicio profesional, el campo de la abogacía es muy diversificado y excede el jurídico en sentido estricto, por la influencia que tiene en la conformación de las elites de poder (De Imaz, 1965; Agulla, 1990; Böhmer, 2003), lo cual hace que el conocimiento jurídico constituya un capital cultural muy apreciado, por su relación con otros tipos de capital (político, económico, cultural). La abogacía es una profesión hegemónica, posición que comparte, de modo articulado y conflictivo, con las que monopolizan el conocimiento económico.

Podría afirmarse que “la verdad jurídica” mantiene un alto valor como capital cultural, por lo que acceder al conocimiento que la funda conserva un fuerte atractivo social. Participar en la construcción y/o reproducción de dicha “verdad” otorga poder, en términos de Michel Foucault.

En el conjunto de la oferta universitaria pública y privada, la carrera de abogacía es la primera en magnitud, tanto en el ingreso, como en la matrícula y el egreso (sexenio 1998-2003, MECT, 2004). En el año 1998 el número total de alumnos de abogacía era de 162.391. En 2003 la cifra alcanzó a 205.786, lo cual significa un aumento del 27% en seis años (Cuadro N° 1, Anexo).

Varias razones concurren para mantener el alto nivel de demanda de servicios educativos en el campo del derecho, entre los que podemos mencionar la salida laboral, el acceso a posiciones de poder, el prestigio social, así como las facilidades para el estudio y la ausencia de exámenes para el ejercicio de la profesión².

Este artículo constituye una actualización y desarrollo de un estudio publicado hace un quinquenio que contenía datos y reflexiones sobre las políticas universitarias estatales en torno al ingreso, permanencia y egreso de los estudiantes de las carreras de abogacía del país, durante el período 1981-1997. A partir de ello, se consideraron algunas de las posibles consecuencias de la falta de medidas para mejorar los aspectos básicos y no meramente superestructurales de una crisis que, por su continuidad, conducía

¹ En adelante, utilizaré los términos “público/a” o “estatal” y “privado/a”, respectivamente.

² Las creencias y valoraciones que el ingresante de abogacía tiene de la profesión sufren cambios durante su socialización en la carrera. Es típico el “tránsito de motivaciones valorativas a motivaciones instrumentales” (Tessio Conca, 2003).

(y sigue conduciendo) a la educación en general y la pública, en particular, por la pendiente de una sostenida decadencia.

El presente trabajo tiene como objetivo específico destacar lo sucedido en el último sexenio (1998-2003), como continuidad de las etapas anteriores. A tal fin, mantengo el mismo esquema de análisis y utilizo idénticas fuentes de datos, los que han sido actualizados y completados. Me centro en el sobredimensionamiento de la matrícula estudiantil de grado de las carreras de abogacía del país y su relación con las políticas de ingreso y las tendencias del egreso. Estos aspectos cuantitativos constituyen un fuerte condicionamiento estructural de la calidad de la enseñanza que se imparte y son indicativos del modo en que se utilizan los recursos académicos, así como de los fines y funciones que se priorizan en la educación jurídica argentina.

No sostengo que éste sea el único ni el más relevante problema educativo, pero sí uno de los más controlables en el corto plazo y un fuerte límite a tener en cuenta, si la autoridades educativas intentan superar el estado actual de crisis, con miras al mejoramiento sostenido de la enseñanza jurídica.

1. El sector público y el sector privado

La particular atención que presto a la enseñanza estatal se debe a su importancia cuantitativa y política. La enseñanza pública tuvo y sigue teniendo en Argentina un fuerte predominio en relación a la privada, aun cuando en la década del noventa este último sector tuvo un fuerte crecimiento. Actualmente, el sistema se compone de setenta y nueve universidades, treinta y ocho públicas y cuarenta y uno privadas³. De las primeras, diecisiete poseen carreras de derecho a nivel de grado, mientras que en las privadas el número alcanza a treinta y uno.

En el año 2003 el número total de estudiantes de las universidades públicas o estatales era de 1.251.444 (86%), mientras que en las privadas dicho total alcanzó a 209.334 (14%) (MECT, 2004). Algo similar se observa en la enseñanza jurídica: en el año 2003, la matrícula estudiantil de las carreras de derecho era de 205.786 alumnos sobre una población nacional de 37.031.082 (Censo Nacional de Población y Vivienda 2001). Durante todo el sexenio 1998-2003, a las universidades públicas les correspondió el 80% de la matrícula total de alumnos de derecho (Cuadro N° 1, Anexo).

³ Completan el sistema universitario argentino una universidad provincial, la Autónoma de Entre Ríos (2001), una extranjera, la de Bologna (2001) y una internacional, la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO, 1989).

Ahora bien, ¿cómo se llega a tales magnitudes? Chiroleu (1999, p.127) expresa que “la política de admisión demuestra ser una construcción histórica fuertemente enraizada en las características de las respectivas estructuras sociales y sobre todo, en el tipo de relación planteado entre estado sociedad y universidad, es decir, en la forma en que son encauzadas las demandas sociales”. Se puede sostener que el egreso y la matrícula de una carrera son asimismo históricamente contruidos a partir de políticas enraizadas en las mismas bases. En lo externo, estas dimensiones están vinculadas a la relación entre demanda y oferta educativa y en lo interno, sus variaciones son modificatorias de los procesos y estructuras institucionales en los que se desarrolla la enseñanza jurídica.

En lo que hace a la educación jurídica a nivel público, en los últimos treinta años, las políticas estatales y la orientación de las instituciones universitarias sobre el ingreso, la matrícula y el egreso de las carreras de abogacía han respondido a tendencias pendulares. En este aspecto, Argentina no ha mantenido una política de estado sobre la universidad; los sucesivos gobiernos han respondido a situaciones coyunturales, cada uno de ellos con una actitud fundacional. Las decisiones no están basadas en criterios racionales y razonables y la oferta educativa intenta ajustarse a la demanda y no a necesidades del mercado ocupacional.

Es preciso resaltar que las decisiones del estado nacional son de gran peso en materia de educación superior en general y jurídica en particular, debido, al menos, a dos factores. Por un lado, el peso cuantitativo de la educación pública es mucho mayor que el de la privada y por el otro, la concentración en manos del gobierno central de un importante poder de decisión, hace posible establecer regulaciones sistémicas. Por su parte, las universidades conservan un amplio poder de decisión. En el caso de las públicas, la autonomía es uno de los atributos reconocidos legalmente a estas instituciones, a partir de la Reforma Universitaria de 1918.

A pesar de ello, el estado y las autoridades de las universidades poco han utilizado su capacidad decisoria para hacer frente a las demandas sociales y evitar, entre otras cosas, el sobredimensionamiento de las carreras de abogacía y su impacto negativo sobre la enseñanza. Ambos niveles de decisión se muestran poco dinámicos frente a los problemas que los aquejan.

2. Genealogía de una crisis

La situación de la educación jurídica en Argentina es resultado de diversos factores, algunos exógenos, como son los acontecimientos econó-

nicos de las últimas décadas del siglo XX y principios del XXI y otros endógenos como las políticas públicas en materia educativa y la falta de reacción de las propias universidades estatales y dentro de ellas, de las facultades de derecho, frente a la crisis en las que se encuentran sumidas.

El impacto de estos factores sobre el sistema universitario condujo a cambios sustantivos que afectaron negativamente la calidad de la enseñanza pública de nivel superior. Si bien esto ha sido común a todas las carreras, tiene un significado particular en la enseñanza jurídica, por su estrecho vínculo con las prácticas políticas. En el marco de cada escenario socio-político el estado asignó a la universidad distintos papeles y funciones, los que en su conjunto contribuyen a explicar algunos de los principales rasgos que definen la situación actual.

En el trabajo antes citado (Lista, 2001) sostengo que las tendencias del ingreso y egreso resultan de los distintos momentos político-sociales del país que marcaron su impronta sobre la estructura y dinámica educativas: a) el correspondiente al período militar (1976-1982), que designo como de *control y represión*, b) el que coincide con el gobierno del presidente Alfonsín (1983-1989), de *apertura y permisividad* y c) el que comprende la década del presidente Menem (1990-1999) identificado con las palabras clave *eficiencia y evaluación*.

a) *Control y represión*. Durante el período del régimen militar, la política seguida por el estado con relación a la educación superior procuró el control y achicamiento de la universidad pública, lo cual se vehiculizó especialmente a través de tres tipos de medidas: la represión por motivos ideológicos, tanto de personas, como a través de planes y programas de estudio; la reducción de la matrícula mediante el establecimiento de cupos y exámenes de ingreso restrictivos, junto a la rigidización de las condiciones para el mantenimiento de la condición de alumno y finalmente, la no creación de nuevas instituciones universitarias, tanto públicas como privadas.

La política adoptada respecto al acceso a la universidad, acompañada de un manejo fuertemente autoritario de la misma, ajeno a los intereses y criterios académicos, tuvo un fuerte impacto sobre el ingreso anual de nuevos estudiantes y sobre la matrícula, ya que ambos se contraen, sobre todo en los primeros años de la dictadura. Frente a este clima enrarecido y persecutorio, la sociedad reacciona reduciendo la demanda, lo cual contribuye a fortalecer el perfil de una universidad poco dinámica, cuantitativa e ideológicamente controlada y subordinada a los objetivos y estrategias del régimen militar.

b) *Apertura y permisividad*. Con el reestablecimiento de la democracia se produjo una comprensible reacción al modelo de gestión anterior. Los ejes articuladores de la política seguida fueron el logro de autonomía y democratización externa e interna en las instituciones universitarias (Chiroleau, 1999).

Se opera un doble proceso de cambio, opuesto a las tendencias anteriores. Por un lado, una transformación cuantitativa sin precedentes de la universidad, caracterizada por el ingreso sin condiciones y el aumento de la matrícula a través del ingreso directo y la eliminación de cupos. Por otro lado, en el interior de las universidades se produce una transformación cualitativa igualmente significativa, como fue el aumento de la libertad y la paulatina recuperación de la participación democrática.

Ambos cambios liderados por el gobierno nacional, fueron resultado de presiones sociales y políticas coyunturales, después de un largo período de dictadura. El estado responde afirmando su función de proveedor de la educación pública superior. Más allá del diagnóstico de la situación educativa realizada por el gobierno nacional y sus propuestas sobre el alcance de la transformación que se quería operar, quedaron varios aspectos pendientes, entre los que se destaca la igualdad en el acceso a los conocimientos y en la permanencia efectiva en el sistema educativo, aspectos vinculados a la calidad y el rendimiento educacionales.

c) *Eficiencia y evaluación*. A partir de 1989 se inicia el gobierno del Presidente Menem y con él un nuevo período en la conducción universitaria que toma como eje central el principio de eficacia y que abarca toda la década del noventa. La economía se estabiliza bajo el signo del neoliberalismo globalizante que promueve la reforma del estado. Al menos tres aspectos caracterizan a la política universitaria de este período. Primero la apertura de nuevos centros universitarios⁴ (once estatales y veintidós privados⁵), con expansión del nivel de posgrado. Ello no siempre respon-

⁴ Las 11 universidades públicas creadas entre 1989-1998 representan el 28% de las actuales. Entre 1959-1969 aparecen las primeras 19 universidades privadas. Después de casi veinte años (1970-1988) en los que no surge ninguna otra, en siete años de la primera mitad de la década del noventa (1989-1995), surgen 22 (53,7% del total de las existentes).

⁵ Abierta Interamericana, Atlántida Argentina, Austral, Barceló, Blas Pascal, CEMA, Centro Educativo Latinoamericano, Champagnat, Ciencias Empresariales y Sociales, Cine, Concepción del Uruguay, Congreso, Cuenca del Plata, Empresarial Siglo XXI, Favalaro, Fraternidad de Agrupaciones Santo Tomás de Aquino, Flores, Maimónides, Marina Mercante, Palermo, San Andrés y Torcuato Di Tella (MECT, 2004).

dió a criterios de eficacia sino, con frecuencia, a intereses políticos locales y en especial, al intento del gobierno de reducir la influencia política ejercida por las universidades públicas manejadas por la oposición.

Un segundo aspecto que caracteriza la política universitaria de este período consiste en el fortalecimiento de la evaluación institucional⁶ y la actividad docente, aun cuando, por razones macro económicas, se mantiene el congelamiento de los salarios, los que son complementados en algunos casos, por un sistema de premios o incentivos⁷.

Entre los criterios de calidad institucional promovidos figuran, de manera destacada, el acortamiento de la duración formal y real de las carreras, la reducción del ingreso, la disminución de la deserción y el establecimiento de formas más eficientes de control académico, tanto de docentes como de alumnos, para mejorar el desempeño de los primeros y el rendimiento de los segundos. Asimismo, desde el nivel central, se promueve la búsqueda de formas complementarias de financiamiento educativo. Como resultado de este impulso se realizan varias reformas de planes de estudio de abogacía, que no generan cambios profundos, pues se mantiene la vigencia del mismo discurso pedagógico, cuyo soporte es el poder de los profesionales. Más orientados a la modernización de la enseñanza jurídica que a su cambio, los contenidos son objeto de un *aggiornamento* y la estructura de gobierno y gestión se mantiene inalterada.

El tercer aspecto consistió en la reaparición de mecanismos de control del acceso a la universidad estatal, lo que se dio de manera espontánea y como una forma de adaptación frente a la demanda social creciente y sostenida por ingresar a algunas carreras, entre las que se destaca la de abogacía. En la mayoría de los casos, la implementación de cursos o exámenes de ingreso se realizó sin abandonar explícitamente la modalidad de ingreso directo.

Así como el modelo autocrático de los regímenes militares fue reemplazado por el discurso y las políticas democratizantes del primer gobierno constitucional, ambos fueron a su vez reemplazados por la reivindicación de la calidad académica. La legitimidad de este objetivo se instaló precaria-

⁶ Creación de la Comisión Nacional de Evaluación y Acreditación Universitaria (CONEAU).

⁷ A mediados de los noventa se crea un programa de incentivos para docentes-investigadores que aspira estimular las actividades de investigación de los docentes, a través de una retribución no incorporada al salario. Los aspirantes que ingresan a dicho programa son evaluados y categorizados periódicamente en una escala de cinco categorías.

mente y los resultados no se lograron plenamente, no sólo por la estrategia elegida por las autoridades nacionales, sino, en gran medida, por la resistencia de las universidades opuestas a esa política o simplemente resistentes al cambio.

Tal como había ocurrido antes, el discurso oficial del segundo y tercer períodos democráticos abundó en afirmaciones sobre la necesidad de una educación superior más equitativa orientada a equilibrar las desigualdades de la estructura social, aún cuando, paradójicamente, la política económica adoptada se orientó hacia la producción de mayor inequidad en la distribución y la apropiación de la riqueza.

Aunque no se produjo una reducción de la masividad, ni un sinceramiento de la universidad sobre sus exageraciones y déficits, al finalizar la presidencia de Menem, quedó transparentada la necesidad de una mejora de la calidad educativa en pos de un desempeño más eficiente de alumnos y docentes, un nivel de formación de los egresados que garantice un mínimo de calidad y en lo que hace a la educación estatal, un uso más racional de los recursos públicos destinados a la educación. Estas tendencias se mantuvieron y agudizaron en el período posterior, el que constituye una etapa abierta, que se inicia durante el gobierno del presidente radical De la Rúa.

d) *La crisis del año 2001 y su proyección actual.* Durante el segundo gobierno radical post dictadura, a fines del año 2001 se precipita un colapso económico sin precedentes, que genera la caída del gobierno, inestabilidad política y social y una sucesión de breves períodos presidenciales, hasta que en las elecciones del año 2003 asume Nestor Kirchner, un nuevo presidente peronista. En el marco de una situación social, política y económica volátil, la educación universitaria no constituye un área prioritaria. La política es de sostenimiento del statu quo. No innovar, mantener a la universidad pacificada y a los intereses corporativos internos satisfechos parecen ser las principales preocupaciones gubernamentales en materia de educación superior. Por su parte, las autoridades de las universidades, en particular las estatales, responden de igual manera, con aparente indiferencia frente a la crisis económica y política del país y a su propia realidad interna.

En las facultades de derecho las promesas de una enseñanza democrática, más eficiente, razonable, más orientada hacia la satisfacción de necesidades sociales y adaptativa a los requerimientos del campo laboral permanecen incumplidas. Las universidades públicas siguen produciendo la transferencia gratuita de recursos humanos formados en docencia e investigación hacia las universidades privadas, descuidan el desarrollo del

posgrado y la investigación, se encierran en *slogans* que han perdido vigencia y que sirven para proteger intereses corporativos y sectoriales y mantienen el nivel de grado sobredimensionado, en el que se prioriza la contención social de los jóvenes por sobre su formación académica. La labor docente se precariza aún más, tanto en lo económico, como en lo profesional y a nivel de gobierno académico se reproduce el clientelismo y la demagogia que caracterizan la política argentina.

Las universidades privadas, regidas por la lógica del mercado, crean y adaptan su oferta para satisfacer demandas y necesidades que las carreras públicas no atienden, o aún más, que a veces generan. De todos modos, la enseñanza privada no ha introducido cambios sustantivos en la educación jurídica, más allá de innovaciones pedagógicas que pretenden hacerla más atractiva y eficiente. Con mayor capacidad de contención de los estudiantes, trabajan más sobre algunas disfunciones y debilidades de la enseñanza pública, que en pos de la generación de verdaderas alternativas educativas. Inspiradas en el mismo discurso jurídico que la educación pública, la educación privada contribuye a reproducir el modelo dominante, mejorándolo -sólo en algunos casos- en aspectos meramente técnicos.

3. La magnitud cuantitativa de la crisis de la educación jurídica

Las sucesivas políticas estatales en materia de educación universitaria han repercutido sobre la composición y dimensiones de la enseñanza jurídica. En esta sección nos referimos a la proporción entre matrícula-ingreso-egreso de abogacía, especialmente de las carreras estatales, al menos por tres razones. Primero, por el peso que la enseñanza pública tiene en relación a la privada. Segundo, por la capacidad que conserva el estado para orientar y reorientar la formación universitaria, articulada con la influencia que pueden ejercer las universidades, facultades y carreras en ejercicio de su autonomía. Tercero, pues el crecimiento de la matrícula estudiantil constituye un fuerte condicionamiento sobre la calidad de la enseñanza actual y sobre las posibilidades de su mejoramiento y transformación.

3.1 Muchos alumnos y cada vez más

La represión y control de los gobiernos militares produjo la “retracción” del ingreso y la matrícula de abogacía. Durante los primeros años del período democrático post dictadura (1983-1985) se pasó a un período de “crecimiento incontrolado”. Entre 1982 y 1984 la matrícula casi se duplicó y seis años más tarde ya se había triplicado, superando los 100.000 alum-

nos en 1988. El crecimiento rápido produjo una verdadera “explosión demográfica de estudiantes” que se debió al alto número de ingresantes anuales. Hasta 1985 la curva de ingresantes muestra una evolución similar a la del total de alumnos (Gráfico N° 1), lo cual permite inferir que el crecimiento de la matrícula fue principalmente consecuencia del ingreso. En ese año, éste superó los 30.000 estudiantes, aunque en los siguientes se reduce y estabiliza. En las carreras de abogacía de las universidades públicas la tasa de crecimiento fue la más alta del conjunto de carreras que ofrece la universidad argentina (Lista, 2001).

Gráfico N° 1: Total de alumnos e ingresantes de abogacía⁸. Universidades nacionales. Período 1981-2003

Con leves variaciones anuales, el ingreso mantuvo una tendencia a aumentar; a partir de 1995 superó los 30.000 alumnos anuales en las carreras estatales, mientras que en las privadas, durante el sexenio 1998-2003, se mantuvo superior a 9.000 estudiantes. En conjunto, en dicho período, el número de ingresantes gira en torno a los 45.000 anuales (Cuadros N° 1 y 2). Veamos que sucede con el egreso.

3.2 La debilidad del egreso y la prolongación de la carrera

Aunque fluctuante, la proporción del egreso en relación al ingreso es baja, sobre todo en las universidades públicas, en las que es inferior al 20%, mientras que en las privadas varía anualmente entre el 20% y algo más del 25% (Cuadro N° 1, Anexo).

Gráfico N° 2: Total de ingresantes y egresados de abogacía. Universidades nacionales. Período 1981-2003

⁸ Las estadísticas de los egresados hasta el año 1996 y los del total de alumnos e ingresantes hasta 1997 incluían los de las Carreras de Abogacía, Ciencias Políticas y Diplomáticas en conjunto, lo que no hace posible su discriminación en el presente análisis. De todos modos, el número de estudiantes, ingresantes y egresados de abogacía siempre fue claramente dominante en relación a los de las otras dos. A partir de dichos años los datos corresponden exclusivamente a abogacía, lo que explicaría el leve descenso operado en ellos.

En las carreras de las universidades públicas, a partir de los primeros años del período de democratización, la curva del egreso se separa de la del ingreso, tendencia que se mantuvo hasta la actualidad. Durante el gobierno de Alfonsín el ascenso abrupto del ingreso es acompañado por un ascenso leve del egreso. En el primer gobierno de Menem el ingreso es oscilante, primero decrece y luego vuelve a crecer, mientras que el egreso se ameseta. Durante la segunda presidencia, el ingreso muestra una tendencia ascendente y llega a rozar los 35.000 estudiantes, mientras que el egreso descendente y se mantiene más bajo que en el período anterior. A partir del gobierno de De la Rúa el ingreso se mantiene por sobre los 35.000 anuales y el egreso tiende a repuntar levemente.

En promedio, en los últimos seis años, en las carreras de las universidades nacionales, de cada diez ingresantes egresan alrededor de dos estudiantes. Si muchos alumnos acceden a la universidad a un ritmo constante, desarrollan su carrera con lentitud y la proporción de egresados en relación a los nuevos inscriptos es baja, la matrícula estudiantil tenderá a crecer, siempre y cuando la tasa de deserción se mantenga más o menos estable. La combinación de estos procesos produjo el engrosamiento continuo de la matrícula, la que en el año 2001 superó los 200.000 estudiantes, tomando el conjunto de alumnos de abogacía del país (Cuadro N° 1, Anexo).

Como ya se ha dicho, en las carreras de grado de las universidades públicas, la apertura y no selección de los ingresantes aparecen acompañadas por la ausencia o debilidad de los estándares para conservar la calidad de estudiante, fenómeno que también se observa en algunas universidades privadas. En muchos casos la deserción se evita eliminando requisitos académicos, con lo cual se producen dos fenómenos conexos. Por un lado, el ya observado engrosamiento de la matrícula. Por otro lado, tal grado de

permisividad no necesariamente acelera el egreso, sino que genera altas tasas de retraso en la obtención del título.

En las carreras estatales, la duración programada (ideal) de los planes de estudio es de cinco o seis años y en las privadas mayormente de cinco y en sólo dos casos de cuatro años. La duración media real en ambos tipos de carreras es muy variable según la universidad, aunque en líneas generales en las privadas el retraso es algo más bajo que en la públicas.

En éstas, los alumnos, en promedio, tardan en recibirse una vez y media la duración real. Tomando los valores de quince de las diecisiete carreras, el promedio general de duración real es de 1,57. En diez de ellas los alumnos tardan, en promedio, entre ocho y casi diez años, lo cual permite inferir que muchos de ellos exceden ampliamente esa duración. En las privadas, el tiempo real en recibirse, calculado sobre veinte carreras, es de 1,4 la duración ideal (MECT, 2004).

Conclusiones

Lo observado con relación a la educación de nivel superior en Argentina constituye una expresión particular de un fenómeno recurrente: los movimientos pendulares que caracterizan la cultura y la realidad sociopolítica del país. Históricamente, la política estatal muestra discontinuidades y contrastes, las que se reflejan en el tratamiento cíclico dado a las universidades y a la enseñanza jurídica en particular. Tales ciclos responden a la orientación que los sucesivos gobiernos adoptaron respecto a la sociedad. Cuando el estado decidió el control autoritario de la universidad, ésta fue aislada, tratada militarmente y con sospecha, como parte de una estrategia de intervención del estado en la sociedad. Durante la democratización se tornó abierta, democratizante y receptora sin límites. Bajo la lógica del neoliberalismo globalizante se intentó su modernización y eficientización. Con posterioridad a la crisis económica de 2001, la actitud parece ser de mantenimiento del statu quo, al que las universidades responden con igual inercia, evidenciando “la pérdida de prioridad de la universidad pública en las políticas públicas del Estado”, resultado, ante todo, “de la pérdida general de prioridad de las políticas sociales” [...] “inducida por el modelo de desarrollo económico conocido como neoliberalismo o globalización neoliberal” (Santos, 2005, p. 19).

Después de un quinquenio de haber analizado la evolución de la matrícula estudiantil de las carreras de abogacía del país en el período 1981-1997 (Lista, 2001), puedo concluir que los indicadores de la crisis entonces diagnosticada no sólo se mantienen sino que se han acentuado con poste-

rioridad a la crisis de 2001. El sobredimensionamiento de las carreras de abogacía a nivel público se ha agravado y con ello sus efectos negativos sobre la calidad de la enseñanza. La necesaria “revolución cualitativa” es cada vez más lejana. Por su parte, el creciente sector privado reproduce muchos de los rasgos problemáticos, sin ofrecer modelos superadores y la mejora de la oferta educativa que en algunos casos brinda, se orienta más a la captación de sectores específicos del mercado, que a una verdadera transformación.

En las últimas décadas, las políticas en relación a la universidad no adquirieron la calidad de políticas de estado. En cada etapa, la universidad argentina, particularmente la pública, es vista con diferentes ópticas, fundamentalmente unidimensionales, tipificada, cada una de ellas, por un rasgo dominante: primero, como objetivo militar, al ser definida como subversiva; luego, como objetivo político, por ser antidemocrática y más tarde, como objetivo económico, por ser ineficiente. A partir de su visión propia, cada gobierno percibió a la universidad y su apertura hacia la sociedad de diferente forma, ya sea como muy grande y demasiado abierta, ya sea como muy cerrada y selectiva. Estas imágenes, marcadamente unidimensionales, negativas, discontinuas y antagónicas, constituyen una base pobre para inspirar una política de reconstrucción de la educación en crisis.

El fatalismo que impregna a la sociedad y la cultura política nacional se expande sobre el ámbito de la educación. La misma universidad parece haber abandonado la tarea de “repensarse” en profundidad y con ello la posibilidad de cambio, una expresión de lo que Santos (2005, p.19) define como “precarización” de la autonomía, universitaria observada en aquellas sociedades dependientes que pasaron de la dictadura a la democracia y recibieron el impacto de la globalización neoliberal.

En este contexto, la enseñanza jurídica tiene una particular relevancia en la construcción de un tipo estratégico de capital cultural, como es el jurídico y un valor específico, por su influencia en la constitución de las elites de poder. La búsqueda de la superación de la situación actual requiere de un profundo proceso de transformación interno de las casas de estudio, lo que no es ajeno a otras carreras y al sistema universitario en su conjunto.

Ratifico la idea de que “las medidas concretas a tomarse con relación al ingreso, el egreso y la permanencia de los estudiantes de abogacía, entre otros aspectos a ser considerados, deberían estar orientadas por criterios generales de política académica” (Lista, 2001, p. 814) y no predominantemente por intereses extra académicos, evitando la utilización defensiva de la autonomía con fines corporativos y la descontextualización de las decisiones.

La reflexión sobre la educación jurídica del presente y del futuro debería estar inspirada en el análisis crítico de las debilidades y fortalezas resultantes de las rupturas y discontinuidades de la política diseñada por los niveles centrales del estado y el papel que han jugado las propias instituciones universitarias en la construcción histórica de la enseñanza.

BIBLIOGRAFIA.

- AGULLA, Juan Carlos. *El profesor de derecho. Entre la vocación y la profesión*, Buenos Aires, Cristal, 1990.
- BÖHMER, Martín F. “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, 2003.
- CHIROLEU, Adriana. El ingreso a la Universidad. *Las experiencias de Argentina y Brasil*. Rosario, Argentina, Editorial de la Universidad Nacional de Rosario, 1999.
- DE IMAZ, José Luis. *Los que mandan*, Buenos Aires, Eudeba, 1965.
- LISTA, Carlos A. “Ingreso, matrícula y egreso de las carreras de abogacía de Argentina: tendencias y perspectivas”, *Actas del II Congreso Nacional de Sociología Jurídica*, Córdoba, Argentina, noviembre de 2001, pp. 805-826.
- MINISTERIO DE CULTURA Y EDUCACIÓN (MCE) de la República Argentina. *Estadísticas Básicas de Universidades Nacionales 1982/1992*, Buenos Aires, 1993.
- MINISTERIO DE CULTURA Y EDUCACIÓN (MCE) de la República Argentina. *Anuario 1996*, Buenos Aires.
- MINISTERIO DE CULTURA Y EDUCACIÓN (MCE) de la República Argentina. *Anuario 1997*, Buenos Aires.
- MINISTERIO DE EDUCACIÓN, CIENCIA Y TECNOLOGÍA (MECT) de la República Argentina. *Estadísticas universitarias. Anuario 1999-2003*, Buenos Aires, 2004.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *La universidad en el siglo XXI. Para una reforma democrática y emancipadora de la universidad*. Buenos Aires: Mipo y Dávila, 2005.
- TESSIO CONCA, Adriana. “Código y reglas en el proceso de formación profesional. Experiencias académicas de los estudiantes de abogacía de la UNC”, en *Actas del IV Congreso Nacional de Sociología Jurídica*, Tucumán, 2003.

LA EDUCACIÓN JURÍDICA EN ARGENTINA: GENEALOGÍA DE UNA CRISIS

Cuadro N° 2: Total de ingresantes, alumnos y egresados de las carreras de abogacía de Argentina. Universidades de gestión pública, 1982-2003.

Año	Ingresantes	Alumnos	Egresados	Egres./Ingres. (%)
1982	4457	33929	3297	73,97%
1983	6931	40838	3124	45,07%
1984	20297	60937	3998	19,70%
1985	32861	82455	4970	15,12%
1986	27957	87224	5642	20,18%
1987	24988	90788	5650	22,61%
1988	29923	104817	7240	24,20%
1989	29275	106562	7048	24,08%
1990	28441	109084	7136	25,09%
1991	29104	113312	6189	21,27%
1992	26256	108813	6324	24,09%
1993	26942	103365	8124	30,15%
1994	29710	110240	7959	26,79%
1995	31656	117181	7972	25,18%
1996	34053	117346	*5079	14,91%
1997	*30707	*112240	5835	19,00%
1998	32867	130519	5599	17,04%
1999	34741	147365	5913	17,02%
2000	38646	155807	6652	17,21%
2001	35314	163533	6702	19,00%
2002	35844	165905	7437	20,75%
2003	35701	165238	—	—

Fuente: Ministerio de Cultura y Educación de la República Argentina. *Estadísticas Básicas de Universidades Nacionales 1982/1992, 1998-2003 y Anuarios 1996 y 1997*. Ministerio de Educación, Ciencia y Tecnología de la República Argentina. *Anuario 1999-2003*.

* Los datos de egresados del año 1996 y los del total de alumnos e ingresantes de 1997 en adelante corresponden exclusivamente a las Carreras de Abogacía. No incluyen como los de años anteriores los de las Carreras de Ciencias Políticas y Diplomáticas.

ENSEÑANZA PARA LA PRÁCTICA DEL DERECHO. CLÍNICA JURÍDICA DE LA ESCUELA DE ABOGACÍA - FACULTAD DE DERECHO Y CS. SOCIALES U.N.C.

por María Cristina Plovanich*

“El drama jurídico gira sobre un eje: el sentido de justicia, pues el Derecho debe ser una vivencia y no una pura construcción lógica”.

Matilde Zavala de González¹.

Resumen: El conocimiento del derecho en sus diversas áreas, si bien necesario y esencial, no resulta suficiente para alcanzar un ejercicio profesional acorde a los requerimientos de la hora actual. La formación en esta carrera debe ser más activa y autónoma, de modo tal que desarrolle competencias, habilidades y actitudes que propendan a un desempeño solvente y responsable, para que a través de una interpretación crítica del sistema jurídico vigente se perfilen uno apto para asegurar garantías y seguridad a los ciudadanos. Es necesario sensibilizar a los alumnos con temas vinculados al quehacer profesional de un abogado, pero intentando un cambio en el modo de inserción profesional que no sólo esté vinculado a las cuestiones litigiosas que puedan aportarle ingresos económicos, sino que actúe en defensa de los derechos generales, para salir del marcado individualismo que caracteriza a nuestra época y comprometer al estudiante con la sociedad y sus requerimientos. En este propósito se enmarca lo proyectado en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba con relación a la Enseñanza para la Práctica Jurídica.

Palabras claves: enseñanza Práctica Jurídica competencias, habilidades y actitudes

* María Cristina Plovanich. 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.

¹ ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, *Pensamientos Jurídicos Selectos. Reflexiones clásicas, dichos populares y anécdotas forenses*. Editorial Juris, Rosario, 2005, p. 10.

1. Introducción.

Entre los requerimientos institucionales necesarios para lograr una sociedad estable, sólida, se encuentran la existencia de un sistema legal predecible, consistente, justo, que vaya acompañado de un sistema de justicia respetado, honesto y confiable. Sabemos de los permanentes reclamos de la población de nuestro país por el deficiente cumplimiento de estas exigencias, y también sabemos que estos aspectos dependen de personas que diseñen los instrumentos, lleven adelante los planes y controlen el alcance de los objetivos propuestos, en consecuencia resulta indispensable educar y preparar a quienes cumplen esa misión en forma adecuada. En esta tarea es ineludible la responsabilidad que le cabe a la Universidad y en particular a las Facultades de Derecho².

Los abogados, en general, ejercen puestos de liderazgo en la comunidad, cumplen funciones públicas o atienden cuestiones trascendentes para la vida de los ciudadanos, referidas al ámbito personal, familiar o patrimonial, que a veces exceden lo jurídico, es decir es una profesión de gran trascendencia social, que exige una capacidad de deliberación y sabiduría práctica como no se exige en otras disciplinas. El conocimiento del derecho en sus diversas áreas, si bien necesario y esencial, no resulta suficiente para alcanzar un ejercicio profesional acorde a los requerimientos de la hora actual. La formación en esta carrera debe ser más activa y autónoma, de modo tal que desarrolle competencias que permitan concebir al derecho como una actividad humana y cambiante, que incorpore habilidades para comunicarse y analizar la realidad cotidiana con una actitud participativa para que a través de una interpretación crítica del sistema jurídico vigente logre construir uno apto para asegurar garantías, brindar seguridad a los ciudadanos, que además alcance, en expresión de Carlos Rivera Lugo, “dimensión terapéutica” para evitar o solucionar conflictos.

Para ello es necesario sensibilizar a los alumnos con temas vinculados al quehacer profesional de un abogado, pero intentando un cambio en el modo de inserción del profesional que no sólo esté vinculado a las cuestiones litigiosas que puedan aportarle ingresos económicos, sino que actúe en defensa de los derechos generales, para salir del mercado individualismo que caracteriza a nuestra época y comprometer al estudiante con la

² En este sentido se pronunció Böhmer, Martín (1998), “Algunas sugerencias para escapar al silencio del aula”, material entregado por el autor en el Taller de reflexión sobre Alternativas en la Enseñanza del Derecho, Junio 1988, Córdoba.

sociedad y sus requerimientos. En este propósito se enmarca lo proyectado en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba con relación a la Enseñanza para la Práctica Jurídica. En esta oportunidad nos ocuparemos en particular del último de los espacios curriculares que la integran, la Práctica Profesional III que ha sido concebida al modo de Clínica Jurídica.

2. Enseñanza clínica. Modelo adoptado por la Facultad de Derecho de la UNC.

La enseñanza clínica del derecho puede describirse como un programa que enfatiza la aplicación práctica de los conocimientos. Usando escenarios de la vida real se intenta desarrollar en los estudiantes las destrezas de la práctica profesional, y de esa manera mejorar la comprensión de la doctrina legal que se pone en práctica.

En un *sentido amplio* comprende cualquier clase de experiencia práctica o entrenamiento activo, en cambio en su significado *estricto* este aprendizaje supone una “supervisión académica” de la práctica reflexiva del estudiante, y requiere de tres etapas: a) planificación, b) actuación y c) reflexión. El modelo que adoptó nuestra casa de estudios se enmarca en la última acepción.

2.1. Etapas en la estructuración de la Práctica Profesional III-Clínica Jurídica.

2.1.1. Planificación

La definición del diseño de este espacio curricular se tomó luego de largo tiempo de análisis, estudio de documentación, observación e intercambio de experiencias con distintas Facultades de Derecho del país y del extranjero³.

De la investigación realizada surge que en otras experiencias de enseñanza clínica se han detectado algunos problemas, por ejemplo: a) la falta de motivación de los alumnos para la actuación en la abogacía en asuntos de interés público, b) la pérdida de interés por los temas de la justicia durante el curso de la carrera de derecho, c) la falta de reconocimiento de la

³ Entre las más relevantes y con quienes se realizó intercambio directo y personal cabe mencionar: Consultorio Jurídico Gratuito de la Facultad de Derecho de la UBA, Clínica Jurídica de la Facultad de Derecho de la U. Nacional de Tucumán, Clínica de la Universidad de Palermo, y en el exterior Clínica Jurídica de la Facultad de Derecho Eugenio María de Hostos de Mayagüez, Puerto Rico.

importancia de la enseñanza práctica, d) dificultades específicas atinentes al contexto de cada clínica.

Algunas de las estrategias que se han sugerido para superar esas debilidades son: 1. abarcar algunas cuestiones substantivas referentes a la justicia, pero también cuestiones de procedimientos, concernientes al desenvolvimiento de habilidades técnicas para la protección de derechos; 2. adoptar herramientas de motivación para los alumnos, como la inclusión de las clínicas en la currícula, el ofrecimiento de créditos, la creación de programas de monitoreo, la conjunción de actividades clínicas a actividades sociales, la aproximación a las víctimas, comunidades, ONGs, abogados pro bono para sensibilizar a los alumnos acerca de las violaciones a los derechos y las soluciones existentes y para explicitar posibilidades de trabajo en el área; 3. crear una red de clínicas, por programas de intercambio y estructuración de casos conjuntos en el sistema internacional de protección, con la intención de fortalecer políticamente las clínicas, motivar a los alumnos a proteger mejor los derechos; 4. adoptar cursos de entrenamiento para profesores; 5. adoptar proyectos-piloto de clínicas volcadas a la educación para la justicia; 6. adoptar programas dirigidos a recientes graduados, para que continúen en el trabajo de abogacía de interés público.

La Facultad de Derecho y Cs. Sociales de la U.N.C. adoptó definiciones con relación a la Enseñanza para la Práctica Jurídica, que permiten inferir una mejor aceptación por parte de los estudiantes y docentes y por tanto la obtención de logros valiosos. Se ha incorporado la enseñanza para la práctica jurídica como parte del plan de estudios y los espacios curriculares que lo conforman son de cursado obligatorio. El contenido de cada uno de los espacios es variable y se seleccionan como ejes de trabajo temas que motiven al estudiante y que a su vez tengan repercusión social.

De este modo se procura evitar algunas de las dificultades señaladas, ya que la enseñanza para la práctica forma parte de la currícula y la flexibilidad que presentan sus contenidos permite ir variándolos y adaptándolos en cada año académico para incorporar cuestiones jurídicas de la realidad con relevancia social, que resulten estimuladoras para el alumnado y logren el propósito de sensibilizarlos con los temas que preocupan al conjunto social y necesitan respuesta jurídica.

Las experiencias clínicas son variadas según los disímiles contextos culturales, y debe resaltarse la importancia de respetar esas diferencias ya que cada comunidad según el contexto socio-cultural y económico tendrá interés o posibilidad de adoptar una u otra modalidad.

Pero cualquiera sea la propuesta de trabajo que se decida, hay aspectos básicos que deben guiar la tarea de organización de una clínica jurídica y respetarse al momento de su concreción:

- Trazar con claridad los objetivos, teniendo en consideración la capacidad de adaptación al medio
- Comenzar con proyectos pequeños y cambiar gradualmente a un programa más estructurado
- Analizar eventuales choques entre objetivos y disponibilidad de recursos.

2.1.2. Acciones

Guiados por estas premisas e intentando plasmar lo expresado en la Introducción acerca de las características que debe tener la enseñanza del Derecho en este tiempo, los integrantes del Programa de Enseñanza para la Práctica Jurídica propusimos a las autoridades que el programa para la Práctica Profesional III, Clínica Jurídica, en su primer año de implementación (2005) desarrolle competencias y objetivos que se consideran esenciales en el egresado en este momento histórico, y que se integre con tres áreas de trabajo: legislativa, alfabetización jurídica y capacitación en funciones.

A. Competencias a incorporar

La finalidad de esta modalidad de enseñanza-aprendizaje es el desarrollo de competencias⁴ en aspectos básicos para la construcción de una sociedad pacífica y segura, por ello se pone el énfasis en una educación humanista fundamentada en la aceptación del “otro”, la enseñanza se brinda entre sujetos que dialogan y se respetan en la búsqueda recíproca del conocimiento.

⁴ A los efectos de precisar el alcance dado a los conceptos se explicita que se adoptan los desarrollados por el Prof. A. Villarini, en material provisto por la Facultad de Derecho, por *competencia* se entiende “la habilidad general producto del dominio de conceptos, destrezas y actitudes que el estudiante demuestra en forma integral a un nivel de ejecución previamente establecido por un programa académico en particular”.

Al hablar de competencias nos referimos en primer término de *habilidades* que se desarrollarán en los estudiantes a partir del dominio de unos *conceptos, destrezas y actitudes*.

Concepto: el concepto es una idea depurada acerca de la materia de estudio”.

Destrezas: habilidades particulares que capacitan al estudiante para aplicar en la práctica de la profesión los conceptos teóricos adquiridos”.

Actitudes: disposición anímico-emocional que presentan los participantes del proceso enseñanza-aprendizaje ante la materia que estudian y la práctica de la misma.

En consecuencia, en este espacio curricular se pretende incorporar competencias para:

- realizar la práctica jurídica orientada éticamente, con conciencia y responsabilidad social.
- Realizar el análisis y el razonamiento legal de modo válido y crítico.
- El asesoramiento.
- La organización del trabajo profesional.

¿A qué nos referimos cuándo decimos que un estudiante desarrolle “competencia para la práctica orientada éticamente”? A que muestre sensibilidad moral ante las diversas situaciones sociales y profesionales que confronta y reconozca el carácter ético de la profesión. En la convicción de que uno de los mayores reclamos y necesidades de nuestra comunidad es que la ética presida cualquier actividad, y esencialmente en una profesión con riesgo social como es la Abogacía, se priorizó este aspecto ya que la educación clínica ayuda al estudiante a desarrollar su propia visión de lo que significa ser un miembro de la profesión legal. Guiado por sus tutores y sin la presión del ejercicio profesional, vivencia situaciones que lo ayudan a comprender la implicancia de ser operador del derecho. Se experimentan las mismas emociones y sentimientos que en el ejercicio real, competitividad, frustración y satisfacción por los logros, y se abre un espacio de reflexión acerca de cuál es el rol de los abogados en la consolidación del Estado de Derecho. Después de ello estará mejor preparado para tomar decisiones éticas difíciles y asumir las consecuencias.

Otro de los resultados valiosos de este aprendizaje es que posibilita que los estudiantes aprendan no sólo leyes y doctrinas, sino que también aprecien el impacto de ellas en la vida cotidiana. El contrastar las normas con las necesidades de la población les permite valorar la relevancia social del Derecho e identificar problemas de la comunidad en que participan y a partir de allí recomendar alternativas de acción, proponer soluciones desde lo jurídico que generen condiciones para el cambio social. Les hace tomar conciencia del rol del abogado y su responsabilidad ante los requerimientos de la comunidad; de este modo se espera concretar el anhelo de que en un futuro los abogados se comprometan cada vez más con el interés público.

B. Objetivos

Los objetivos a lograr son:

- Brindar experiencia práctica complementaria a la formación teórica que habilite para el ejercicio futuro de la profesión.

- Enseñar al estudiante a asumir responsabilidades propias de un abogado, enfrentándolo a situaciones reales.
- Capacitar a los estudiantes para que puedan conocer las características fundamentales de la relación laboral en diferentes áreas.
- Contribuir a la tarea de orientación vocacional dirigida a efectuar una correcta elección profesional futura.

De modo gradual y secuenciado en los otros espacios curriculares previos que componen la Enseñanza para la Práctica Jurídica, los alumnos han incorporado habilidades y competencias que en la Clínica integran y aplican de modo real, como por ejemplo: recibir la consulta de un cliente, identificar cuestiones legales relevantes, abogar en distintos procedimientos y fueros o actuar ante la administración, asesorar para indicar distintos cursos de acción, trabajar en equipo y de modo interpersonal, capacidad para organizar y planificar el tiempo. A modo de eslabones cada una de estas habilidades y competencias se entrelazaron a lo largo del aprendizaje y en esta oportunidad se actúan de modo conjunto.

Las áreas de aprendizaje previstas en la Clínica Jurídica intentan acercar a los estudiantes la posibilidad de conocer distintos espacios de trabajo, brindándoles así la oportunidad de apreciar qué les gustaría hacer en un futuro, o al menos analizar cuáles son sus fortalezas o debilidades para ciertas tareas. Al mismo tiempo, les permite que controlen su educación al tomar conciencia del nivel de competencia que han desarrollado y de los aspectos que necesitan trabajar para mejorar su nivel de ejecución.

C. Áreas de trabajo

Al momento de la implementación, es decir la puesta en práctica de este diseño, se optó porque la Clínica jurídica se lleve a cabo en la comunidad. Se procura que la realización de las distintas actividades sirva para que los alumnos no sólo aprendan aspectos laborales concretos, sino que sea este un espacio donde colaboren y aporten sus conocimientos, esfuerzos y creatividad; de modo directo en cada espacio de trabajo a través de su desempeño en las instituciones e indirectamente a toda la comunidad a través de los servicios que éstas prestan. Es decir, que asuman el compromiso de devolver a la sociedad lo que la Universidad Pública les brindó y colaborar con los sectores menos favorecidos.

Esto requiere la participación activa y responsable de los estudiantes, quienes actúan bajo la supervisión y dirección de un docente denominado Tutor académico y, según cual sea el espacio de trabajo, participa además desde el organismo donde se cumple la labor un Tutor institucional.

Se configura así un proceso conducido y monitoreado de modo permanente.

Las áreas en las cuales se desempeñan los estudiantes son:

- a) Área Legislativa
- b) Alfabetización jurídica
- c) Capacitación en funciones.

a) Área legislativa.

Uno de los puestos de liderazgo en la comunidad en que pueden actuar los abogados es como legisladores; y así redactan leyes que otorgan derechos y crean obligaciones, estructuran el sistema impositivo, definen los presupuestos, etc. Por ello y atento el reclamo social para un mejor desempeño de su labor hacia estos funcionarios, es que se consideró importante instruir para esta tarea. Esta ocupación requiere conocer el derecho para ponerlo al servicio del bien público, ejercitar aptitudes de deliberación y habilidades prácticas para lograr un ejercicio responsable de su misión social.

Luego de un período de capacitación que se lleva a cabo en el aula a cargo de docentes especializados sobre aspectos específicos del Derecho Parlamentario, los alumnos realizan tareas en diversos ámbitos donde se lleva a cabo actividad legislativa, observan sesiones, realizan entrevistas, recopilan antecedentes, detectan falencias o vacíos en las normas jurídicas, y proponen modificaciones o nuevas redacciones.

b) Alfabetización jurídica

En esta área se procura en una primera instancia sensibilizar a los alumnos con problemas reales de la población vinculados a lo jurídico, para que tras la debida formación y entrenamiento, puedan actuar en diferentes espacios sociales como transmisores del saber adquirido.

Se pretende que luego de un tiempo de reflexión y trabajo en el aula, los alumnos adquieran habilidades y desarrollen destrezas para concienciar e informar a los ciudadanos que no poseen conocimientos legales sobre cuáles son sus derechos y responsabilidades; para identificar casos a ser llevados para su conocimiento ante las autoridades administrativas o del Poder Judicial; tomar dimensión del impacto de esos casos, y señalar a los ciudadanos los modos, lugares e instituciones a dónde recurrir para pedir, si fuere menester, la participación de las autoridades o de otros particulares.

En el presente año se trabaja sobre: actuación de los ciudadanos como jueces jurados en los Juicio por Jurados, la problemática del Abuso de Me-

nores, Gestión de los recursos comunitarios desde la organización. En todos los cursos los alumnos luego del trabajo áulico lo trasladan a la comunidad, para ello se han establecido los contactos pertinentes para asistir a distintas instituciones, reparticiones públicas, Poder Judicial, Inspección de Sociedades Jurídicas, ONGs, empresas y establecimientos educacionales. Se prevé que toda esta actividad se exponga a la población en general a través de la realización de una Feria de Alfabetización que tendrá lugar en un espacio público.

Los estudiantes afianzan de este modo su sentido de responsabilidad y solidaridad, reflexionan sobre su posición en la sociedad y cooperan con quienes no tuvieron la oportunidad de recibir la misma educación.

c) Capacitación en funciones.

Aquí el alumno se incorpora a diferentes instituciones del medio dando lugar a un *proceso de aprendizaje controlado académica y profesionalmente* en un concreto lugar de trabajo. Esta es la diferencia sustancial entre las pasantías y la práctica profesional, éste es un aprendizaje sujeto a controles, monitoreo permanente y donde la actividad desarrollada por el alumno se evalúa tanto por el Tutor académico como por el Tutor institucional con una calificación que pasa a formar su nota en este espacio curricular.

Para su concreción se firmaron Convenios con autoridades del Poder Judicial de la Provincia de Córdoba, Colegio de Abogados de Córdoba, Asociación de Magistrados y Funcionarios de Córdoba, Ministerio de Producción y Trabajo de la Provincia de Córdoba, y los alumnos refrendaron un Acta Compromiso individual, donde se pone a resguardo la confidencialidad por todo aquello que el alumno pudiera conocer en el desarrollo de la práctica.

Así los alumnos concurren a realizar su práctica en Asesorías Letradas del Poder Judicial, (en esta primera etapa en Fuero de Menores, Penal y Laboral), en el Juzgado Electoral y en la Sala Electoral del Tribunal Superior de Justicia de la Primera Circunscripción Judicial, Consultorio Jurídico Gratuito del Colegio de Abogados, Sala de Jurisprudencia de la Asociación de Magistrados, Defensa del Consumidor.

En el área de capacitación en funciones se procura el desenvolvimiento no sólo de técnicas de abogar, sino también criterios para concentrarse en la reflexión de distintos elementos que le permitan conocer el papel de los participantes en la actividad que observan o realizan; las relaciones entre ellos, cómo se conducen frente a determinados valores; si respetan las normas de conducta profesional o las normas de conducta en ge-

neral, cómo se viven los principios de respeto, igualdad y equidad en los escenarios reales de trabajo; que analice si la realidad socio-económica se encuentra reflejada en el sistema de derecho, qué correspondencia hay entre los conocimientos jurídicos que el estudiante posee y la realidad, y la visión del derecho que se manifiesta en cada ámbito de trabajo; que pueda aportar sugerencias creativas para la elaboración de modos alternos en que podrían llevarse a cabo los procesos judiciales para lograr una mayor conformidad con el concepto de justicia.

2.2.3. Reflexión

De los informes parciales y finales que los tutores académicos e institucionales y los alumnos eleven a las autoridades del Programa, al término del primer año de trabajo está previsto efectuar una valoración integral de lo realizado, y según los resultados observados se adoptarán las medidas conducentes a rectificar o ratificar lo actuado. Se aspira a que participen de esa etapa todos los actores involucrados en la tarea, autoridades, docentes, estudiantes y, cuando corresponda, los destinatarios directos de las acciones.

3. Conclusiones

Se ha incorporado en este espacio curricular a un alto número de alumnos que reunían los requisitos de admisibilidad para el cursado, aproximadamente 280, y se ha logrado la participación de profesores especialistas en diversas disciplinas, no necesariamente volcadas a la justicia social, pero sí preocupados por la justicia. Todos ellos han evidenciado una marcada expectativa por participar en esta modalidad de enseñanza-aprendizaje y lo hacen con notoria responsabilidad.

Las autoridades del Programa han puesto empeño de modo constante para incorporar en el alumnado capacidad para entender la realidad y para que puedan convertirse en propulsores del cambio social cuando sea necesario, o bien protectores del orden establecido cuando el mismo se conforma a las necesidades sociales, políticas.

Es necesario destacar el interés y esfuerzo que las diferentes instituciones que participan como entidades capacitadoras han puesto en la concreción de este proyecto. Las autoridades de cada una de ellas recibieron con entusiasmo, - y justo es reconocerlo en algunos casos hasta propusieron - la idea de colaborar para el logro de una mejor formación de los futuros profesionales. Se adoptaron las definiciones pertinentes, en cuanto a seleccionar funcionarios o colaboradores con el perfil adecuado para ac-

tuar como tutores institucionales, se acondicionaron espacios físicos y se realizaron inversiones en tecnología, etcétera. Esta actitud demuestra un alto grado de compromiso en pos de un objetivo común: brindar un mejor servicio de justicia a la sociedad.

Esperamos que esta vivencia colabore para hacer realidad el pensamiento de Silvia Ethel Scelzo y Toribio Enrique Sosa cuando dicen: “La justicia necesita que quienes la hacemos nos demos cuenta, tengamos ganas y encontremos la forma (...) Darse cuenta, tener ganas y encontrar la forma no sirve para conseguir inexorablemente el reconocimiento de la gente, pero sí sirve para el propio reconocimiento que resulta de la conciencia de la misión cumplida, en el aquí y ahora que mágicamente nos ha tocado compartir con nuestros semejantes, en medio de la inmensidad del espacio y de la eternidad del tiempo”⁵.

No es fácil sostener en el tiempo el esfuerzo que significa llevar adelante la Clínica Jurídica, pero desde ya se dejan abiertos nuevos espacios de trabajo, se proyecta a futuro para adoptar modos o programas de capacitación que sirvan como herramientas de motivación para que, luego de graduados, nuestros egresados continúen trabajando con vocación por el servicio público. Será este un modo de fortalecer la democracia al lograr instituciones respetadas y cercanas a los requerimientos de la población.

BIBLIOGRAFÍA

- ALVAREZ TRONGÉ, Manuel. *Aprender a “abogar”*. L.L: 1998-C-1319.
- ALVAREZ TRONGE, Manuel. *Técnicas de Negociación para abogados*. Buenos Aires. Edit. Abeledo Perrot, 1996.
- BÖHMER, Martín F. (Compilador). *La enseñanza del derecho y el ejercicio de la abogacía*. Biblioteca Yale de estudios jurídicos. Editorial Gedisa. Barcelona 1999.
- BÖHMER, Martín (1998), “*Algunas sugerencias para escapar al silencio del aula*”, material entregado por el autor en el Taller de reflexión sobre Alternativas en la Enseñanza del Derecho, Junio 1988, Córdoba.
- DE BONO, Edward. *Aprender a pensar*. Barcelona. Plaza & Janes Editores, 1987.
- Dirección de Investigación y Desarrollo Educativo, Vicerrectoría Académica. *El Aprendizaje Basado en Problemas como técnica didáctica*, documento, Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey, Méjico, 2000.

⁵ SELZO, SILVIA Ethel y TORIBIO SOSA, Enrique, *Darse cuenta, tener ganas, encontrar la forma*, Revista Jurídica La Ley Actualidad, 19-06-01, citados por Matilde Zavala de González en *Pensamientos Jurídicos Selectos. Reflexiones clásicas, dichos populares y anécdotas forenses*. Editorial Juris, Rosario, 2005, p. 17.

MARÍA CRISTINA PLOVANICH

- DOMENECH, Ernesto. *Clinicas Jurídicas. Itinerario, obstáculos dificultades y programas*. En: jornadas clínicas-cedip.org
- FALCON, Enrique M. *El ejercicio de la abogacía*. Rubinzal Culzoni Editores. Bs. As. 2001.
- GUIBOURG, Ricardo y otros. *Lógica, proposición y norma*. Buenos Aires, 1983.
- MEEHAN, José Héctor. *Teoría y Técnica legislativas*. Edit. Depalma. Buenos Aires, 1976.
- SELZO, Silvia Ethel y TORIBIO, Enrique Sosa, *Darse cuenta, tener ganas, encontrar la forma*, revista jurídica La Ley Actualidad, 19-06-01.
- UNICEF. Publicaciones diversas.
- VILLARINI, Ángel R. y colaboradores. *LA enseñanza orientada al desarrollo del pensamiento*. San Juan, Puerto Rico. PELL, 1988.
- ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, *Pensamientos Jurídicos Selectos. Reflexiones clásicas, dichos populares y anécdotas forenses*. Editorial Juris, Rosario, 2005, p. 10.

**DERECHO POLÍTICO:
REFLEXIONES SOBRE SU ENSEÑANZA**

**MEDITACIONES SOBRE SU ENSEÑANZA EN ESCUELAS DE
ABOGACÍA Y FACULTADES DE DERECHO**

por Martín Rodríguez Brizuela¹

*“Nada se asemeja más al pensamiento mítico que la ideología política.
Tal vez ésta no ha hecho más que reemplazar a aquél en nuestras
sociedades contemporáneas”.*

Claude Lévi -Strauss

Resumen: Los estudios de Derecho presuponen la comprensión cabal del ámbito institucional en que la forma jurídica es creada por voluntades humanas en procura de alcanzar fines. Como expresión humana de un orden que el entendimiento procura conocer y al cual la norma positiva se encuentra ligado, el Estado es modernamente la institución que le posibilita la existencia y garantiza su aplicación. Consecuentemente la Teoría del Estado resulta presupuesto necesario para una cabal comprensión del Derecho Público y del sentido y alcance de la ley positiva misma.

Palabras clave: Derecho Político, Teoría del Estado, Ciencia Política, estudios de abogacía, idealismo, realismo, positivismo, normativismo.

Es posible medir la riqueza de la vida académica, entre otros aspectos, por la intensidad con que la investigación de los problemas cruciales

¹ Profesor Adjunto de Derecho Político de la Universidad Católica de Córdoba, Jefe de Trabajos Prácticos de la misma materia en la Universidad Nacional de Córdoba y docente de la Derecho Constitucional en ambas Universidades.

que afectan una sociedad, se traducen en la evolución de los contenidos de las materias y currículas de las carreras de grado. Desde luego que tanto el contenido, como la ubicación de cada materia, adquiere importancia en la relación que cada disciplina mantiene con las demás de modo que el resultado final adquiera el nivel de necesaria armonía y profundidad que la carrera de que se trate requiere.

Además, el reflexionar sobre estos aspectos constituye una exigencia que no puede eludirse. Eludirlos es muestra de esterilidad que la vida Académica no puede permitirse.

1. Breve historia de un nombre y algunas reflexiones al respecto

Nuestra Universidad registra los primeros estudios sobre el Estado tal como se había configurado desde el Siglo XVI, y la influencia que el descubrimiento y colonización de América había tenido en la organización y ejercicio del poder en las monarquías europeas.

En 1915 el Dr. Santiago F. Díaz al recibir el título de Académico exponía sobre “La Universidad y la Ciencia Política”². En la ocasión decía “...cuando yo digo que convendría sistematizar una enseñanza de la ciencia política moderna en el plan de estudios de la Facultad de Derecho, no soy sino un eco de la tradición universitaria de Córdoba...”, para recordarnos que “...cuando se escriba la historia de la ciencia política en la argentina una página brillante deberá ser dedicada al Padre Jesuita Domingo Muriel...”³.

Efectivamente fue el Padre Muriel S.J. el primero entre nosotros en observar y describir la dimensión política que el descubrimiento de América había tenido en Europa. Sus “Elementos de Derecho Natural y de Gentes”⁴ avanza sobre los deberes de los monarcas. Estudia el fin del Estado, para lo cual el monarca debe trabajar procurando *la seguridad, la paz y felicidad de los ciudadanos*.

Sostenía Díaz en aquel discurso que si la enseñanza del Derecho Constitucional debe “...determinar las leyes que conciernen al texto constitucional, ordenarlas, explicar, en tanto sea posible, las leyes lógicas que las mantienen...”⁵, “...el espíritu de investigación humano...veía que ni el régi-

² DÍAZ, Santiago F. “*La Universidad y la Ciencia Política*” discurso pronunciado al recibir el título de Académico, Tipografía Cubas, Córdoba 1915.-

³ op. Cit. p. 26.

⁴ Biblioteca centenaria de la Universidad de La Plata. Ver también biografía del Padre Muriel “Revista de la Universidad de Córdoba”, mayo 1915.

⁵ Op.cit. p. 30/31

men y la organización del gobierno, ni el examen de los artículos de una constitución escrita, era suficientes para comprender el concepto fundamental del Estado, su realidad humana y social sujeta a los influjos propios de su naturaleza, acciones y reacciones morales y jurídicas...”⁶.

Estas reflexiones resultan tan actuales como lo eran entonces. Una cabal comprensión de la forma constitucional que una sociedad adopta para su forma de Estado y sistema de gobierno exige el previo conocimiento del Estado como creación humana.

No podemos detenernos en este Académico, y Profesor Titular entre 1914 y 18 de “Instituciones Políticas Comparadas”- que bien lo merecería- pero la actualidad de ciertas cuestiones que planteaba entonces obligan a continuar la cita. Refiriéndose a los estudios en las facultades de Derecho y siguiendo sus mas cercanos autores, desde Bluntschli a Jellinek, recuerda que todos procuran reconstruir la política sobre la base de la ética por cuanto sostienen “...es la teoría de la vida del Estado por oposición al Derecho Público que es la teoría de las instituciones solamente...”⁷, para lo cual “...la comparación de instituciones y la sociología han permitido avanzar superando la idea de una preparación profesional exclusivamente ligada a la exégesis de la ley positiva, ensanchando el horizonte hacia los problemas de Estado”.

Por último recuerda que un egresado de esta Facultad, Joaquín V. González, iniciara en la Universidad de La Plata – por él fundada – los estudios de derecho político en su Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales⁸.

Suprimida la materia dictada por Díaz en 1918, la historia recomienza en Córdoba en la década del '40 con el Dr. Carlos Pizarro Crespo, luego con Enrique Martínez Paz (h) y Alfredo Rossetti. Éste último fue quien dio a esta materia el contenido de una Teoría del Estado que permitía alcanzar el conocimiento de la esencia del mismo, su justificación y su fin, ligando la ley, como creación humana, al derecho cuyo fin es la justicia.

Una breve precisión en los términos

Nuestra materia lleva por nombre el fruto de una herencia hispana de más de siglo y medio. Esta responde a una tradición que tuvo inicio en 1836 momento en que se crea con ese nombre una cátedra en el Ateneo

⁶ op. Cit. pg. 31.

⁷ Op.cit. pg.59.

⁸ op.cit. pg.40

de Madrid. Donoso Cortés Marqués de Valderrama al crear estudios de política en dicha cátedra le impuso el nombre. Él y otros posteriores le dieron un contenido que abarca tópicos de Derecho natural, sociología política y como veremos derecho constitucional general, aproximadamente. Con esa denominación y con semejantes contenidos es la materia que se dicta en las escuelas de abogacía y aún de Ciencia Política, particularmente en Hispanoamérica.

En sentido estricto Derecho Político, como su propia denominación lo indica, se trata de una especie del derecho positivo calificado por el concepto de lo “político”, que con mayor actualidad se trataría de “la política”.

Tradicionalmente en nuestro medio la materia ha sido denominada Derecho Político.

Se trata entonces del estudio de los actos humanos políticos ejercidos en el marco de normas jurídicas preexistentes y que tengan por fin establecer, transmitir y ejercer el poder político y sus relaciones con los ciudadanos.

Si, como resulta de rigor, las palabras entrañan conceptos y no son meras voces que se utilizan por su expresión plástica o en la lucha política, el Derecho Político constituye un género que comprende el Derecho Político General o el estudio de las Constituciones en sentido material dentro de un marco cultural determinado y tiempo histórico (el círculo occidental desde la Revolución Norteamericana, p.ej.), y por otra parte el Derecho Político especial o las normas constitutivas de un estado en particular, la Constitución jurídica destacada de cada Estado.

SOBRE LOS ESTUDIOS EN LA CARRERA DE ABOGACÍA

La razón de la curricula decimonónica y su éxito

La Rep. Argentina en los últimos treinta años del S. XIX comenzó una vertiginosa carrera hacia la modernidad. Conducida por estadista de clara percepción del futuro, y la necesidad para ello de acciones en su presente, se propusieron alcanzar un nivel de alfabetización y entrenamiento en ciencias que permitieran contribuir de una manera eficaz e inmediata al vértigo de nuestro desarrollo.

La Presidencia de Sarmiento dio un fuerte impulso a lo primero y la de Avellaneda, que continuó este empeño, lo dio en el segundo. En este período, 1870/90 ingresaron al país hombres que nutrieron las aulas univer-

sitarias en diversos campos de las ciencias e impulsaron el proyecto al que aludiremos más adelante.

Puede afirmarse que a fines del S.XIX nuestro país había logrado construir una enseñanza terciaria moderna comparable con la existente en los países más avanzados y, sin lugar a dudas, muy por sobre la media de Latinoamérica.

El propósito inmediato de este desarrollo consistía en dotar al país de profesionales que estuvieran en condiciones de cubrir roles que el desarrollo requería y que de no contar con ellos debían importarse de manera temporal o permanente, lo que encarecía sustancialmente los servicios y condicionaba el avance.

El campo de las ciencias sociales, y en particular los estudios de abogacía, mostraban una posibilidad de amplitud que fue rápidamente aprovechada. Así a la curricula clásica de la formación de abogados, se fueron incorporando materias como filosofía, sociología, historia, economía, derecho internacional público y el Derecho Político con un contenido de gran amplitud, como veremos.

No resulta extraño por ello que fueran abogados los que a partir de las primeras décadas del S. XX contribuyeron a crear carreras de grado tales como Ciencia Política, Relaciones Internacionales, Economía en sus diversas ramas, Filosofía, Historia y Sociología, las que han formado en cada especialidad profesionales de probada idoneidad en muchos casos.

Como se puede apreciar, durante varias décadas la curricula de los estudios de abogacía se amplió, en función de concretos requerimientos sociales no cubiertos, con materias que permitían desempeñar roles para los que no existían profesionales especializados. No es extraño así, que fueron abogados quienes conformaron por muchos años los planteles de la Cancillería (aún hoy aunque en menor medida), ocuparon las áreas de economía en gobiernos locales y nacional y ejercieron cátedras de historia, filosofía, sociología, lógica, entre otras, en Universidades y colegios secundarios. Más aún en muchos casos fueron abogados los que impulsaron la creación de Escuelas y Facultades en que estas disciplinas curriculares se convirtieron en carreras de grado.

La situación actual:

La contribución de nuestra curricula al desarrollo de disciplinas cuya necesidad fue creciendo en nuestro país, no fue acompañada con el mismo empeño con la evolución de nuestra propia curricula.

Por otra parte la formación de abogados por décadas fuertemente influida por el positivismo, parece haber puesto el acento sobre la litigiosidad de las relaciones que en la de impulsar las relaciones sociales en el campo económico y civil.

Este parece ser el terreno en el cual debe ponerse el acento para que la formación de los abogados contribuya a potenciar las relaciones sociales antes que actuar en la previsión de un pleito futuro.

Se advierte ya en algunas Facultades de Derecho cambios positivos en lo que se refiere a nuestra materia, tanto en su contenido cuanto en su ubicación en la curricula.

La Universidad Católica Argentina dicta Ciencia Política en 1er. año; la Universidad Austral ubica la materia como Ciencia Política en el 1er. año de la carrera de Abogacía; la UBA, en el ciclo profesional común de la carrera de abogacía, dicta Teoría del Estado en el 1er. año; la Universidad Nacional de La Plata en el primer año de la carrera de Abogacía incluye Historia Constitucional Introducción a la Sociología y Derecho Político. Existen algunas pocas Facultades de Derecho, públicas o privadas, que dictan al final de la carrera la materia Derecho Político o bien en cursos superiores pero posteriores a estudio de materias de derecho público y privado en su aspecto normativo. Resulta ilustrativo observar que en estos casos los contenidos, en su mayoría, son tópicos de Ciencia Política (Partidos, grupos de presión, factores de poder, ideologías, sistemas electorales, entre otros) lo que hace suponer que se procura ilustrar sobre la vida política lo que, de lo que venimos exponiendo, no constituye para el estudiante de derecho el centro de su formación. Esto sin perjuicio que en cursos o seminarios extracurriculares esos tópicos sean de interesante tratamiento o, tal como el Dr. Alfredo Rossetti incluía en su programa de la materia dos unidades de Vida Política.

Los estudios de derecho y la necesidad de la Teoría del Estado:

Es necesario apuntar que debe analizarse la necesidad de una disciplina que permita conocer al Abogado aquello que su profesión le demandará en su actividad de contribuir como auxiliar de la Justicia a dirimir los conflictos de modo definitivo y eficaz. No solo como tarea tribunalicia, sino en toda actividad en que deba aplicar sus conocimientos ya sea de asesoramiento en el sector público o la actividad privada y, particularmente, el sentido que adquiere su actividad como potenciadora de las relaciones sociales en sus diversas áreas de actividad.

Establecer entonces, el contenido adecuado, la ubicación precisa de estos estudios se torna una cuestión crucial a resolver respecto de los estudios de abogacía.

Ciencia Política y Teoría del Estado

Esto requiere distinguir a la Ciencia Política de la Teoría del Estado aunque, lo anticipamos, la primera requiere del previo conocimiento de la segunda.

A la Ciencia Política corresponde el estudio de la esencia del Estado. Procura develar su causa final con lo que resulta posible aprehender la norma fundamental de la política cuyo sujeto es el hombre. Aquí la política se estudia como actividad humana en sus diversas manifestaciones (partidos políticos, grupos de presión, factores de poder, gobierno, elecciones, etc...).

Se trata de verdadera ciencia ya que la universalidad del objeto de conocimiento es condición de su necesidad lo que a su vez es condición del conocimiento perfecto que define a la ciencia.

Resulta evidente lo indispensable para el conocimiento político de esta índole el que proporciona la Teoría del Estado, puesto que el conocimiento de la esencia del Estado supone entenderlo en su génesis, finalidad y elementos que lo componen. Esto importa establecer la relación entre estado y sociedad, normalidad de conductas humanas y normatividad, el valor y peso de la normatividad extra jurídica (moral, religión) y el soporte que constituyen para el derecho como sustento de las conductas y del querer que informan el juicio sobre el que se edifica el acto voluntario que da origen a las normas positivas.

Lo propiamente jurídico es, sin duda, la Teoría del Estado. El Estado es la forma moderna de pacificación de una concreta comunidad humana. Su conocimiento como soporte y garante de un determinado orden resulta indispensable para la comprensión del derecho, su contenido y alcance como realizador de tal orden. El futuro abogado encuentra aquí inclusive su propio rol en la vida total de una sociedad bajo la forma del Estado moderno.

Todo esfuerzo que se realice en ese sentido resultaría vano si no se adecua convenientemente a la enseñanza del derecho una introducción en sus estudios que permitan comprender el verdadero alcance y sentido que cobran la ley y la voluntad que la dicta y la aplica. El Estado moderno occidental, como forma de organización, resulta la base sobre la que, modernamente (es decir desde el S. XV) se ha estructurado nuestra forma de convivencia y organización.

En Occidente la Iglesia ha sido la impulsora y sustentadora de una forma de organización que pudo superar los desafíos de la asimilación de los bárbaros entre el S. V y X y el aumento de población (entre el S. X y XIV que se multiplicó por varias veces).

El Estado moderno occidental, a partir de su desarrollo, es el soporte del derecho, el instaurador de la ley y su asegurador. De tal modo que los estudios de derecho público y aún del privado deben necesariamente comenzar por una Teoría del Estado que permita comprender al Estado tal como lo conocemos en la actualidad, su evolución, su relación con el derecho, sus límites, su poder soberano, su justificación y fin. No por capricho siempre precedió al Derecho Constitucional.

Sin el conocimiento previo de la Teoría del Estado, la Constitución resulta en apariencia la creadora del Estado, del derecho y hasta de nuestras libertades. Esto deriva, tarde o temprano, en un positivismo sin necesidad de inculcarlo como tal. La situación de excepción, la crisis, y la política como actividad humana no encuentran su sentido en el estudio de las normas sino cuando éstas pueden ser vinculadas a un orden al cual pretenden consolidar o bien, por obra de la ignorancia o de una perversa determinación destructiva, disolver. Pero en ambos casos siempre tras la norma existe una voluntad humana que la instaura y la hace cumplir o se niega a hacerlo.

Porqué Teoría del Estado?:

Desde fines del S. XIX comenzó a desarrollarse en Europa un creciente interés por conocer al Estado cuyo desenvolvimiento, a partir del S. XIII, había llegado ya a constituir una organización claramente identificable y poco estudiada. Pero advirtamos que desde el Renacimiento se verifica en la filosofía una determinada evolución que poco a poco abarca todas las esferas del conocimiento: el viejo concepto de aristotélico de sustancia va desapareciendo y siendo sustituido por el concepto de función. Todos los conceptos sustanciales son disueltos en conceptos de relaciones y el concepto de ser (ontos) es reemplazado por el concepto de ley en sentido ciceroniano como se verá mas adelante.

Como ocurre desde los inicios de nuestra cultura existen dos vías de tratar esta materia. La del idealismo para el que el objeto del conocimiento especulativo está determinado por la actividad del sujeto cognoscente. Esta acepción debe extenderse al positivismo que no reconoce la realidad del ser, de las cosas en sí, y solo retiene la percepción de los accidentes. Esto ocurre con todas las filosofías ligadas al “a priori” kantiano las que conflu-

yen en un agnosticismo especulativo que culmina en una “realidad” creada por el pensamiento.

La segunda vía la constituye el realismo ontológico que parte de la existencia de un orden del ser que no depende del pensamiento, que lo mensura y lo regla, pero que es accesible por el conocimiento;

Las consecuencias de adoptar una u otra línea, en cuanto a la Teoría del estado se refieren, tiene profundas consecuencias. Ambas corrientes están de acuerdo en que el Estado debe ser considerado como unidad de orden causada por un fin, como conjunto humano teleológico,

Pero para el idealismo el Estado resulta ser una forma *a priori* que ordena mentalmente algo que en si mismo puede no ser un orden. En el orden lógico el Estado resulta ser el orden ordenante de una realidad incognoscible en sí. De allí a extender ello a la totalidad de orden jurídico para, por último, confundirlo con el Estado mismo solo resta un paso (Kelsen es quien le ha dado a esta confusión el mayor alcance y coherencia, siguiendo a su precursor Krabe). El orden es un orden normativo y a él se reduce todo. El Estado es igual al derecho y todo Estado es Estado de derecho, lo cual no es más que un formalismo lógico carente de todo contenido moral y valorativo. Por ello Kelsen⁹ y Laski¹⁰ podían sostener que el Estado nacional socialista era estado de derecho puesto que en lo formal todo el poder que detentaba Hitler le había sido otorgado conforme a la Constitución de Weimar. De allí, siguiendo esta lógica aberrante, cada muerte en una cámara de gas debía constituir un “acto jurídico” y, además, en un todo conforme a la “ideología”.

Lo descrito es fruto de tres tragedias conceptuales que, sin perjuicio de otras, nos tocan de cerca en nuestra disciplina. La primera la constituyó la traducción de Ciceron de *nomos* por ley positiva (luego tomado así, sin mas, por el positivismo). Para los romanos la “civitas” es una “*iuris societas*”, la politicidad sustituida por la juridicidad¹¹. La segunda tragedia consiste en el paulatino abandono de la noción de sustancia para sustituirla por la de función. Todos los conceptos sustanciales son disueltos en conceptos de relaciones y el concepto de ser (*ontos*) es reemplazado por el concepto de ley que toma para ello el sentido ciceroniano de *nomos*. Así la ley es la

⁹ KELSEN, H. “*Das naturrecht in der Politischen Theorie*”, Salzburg 1963, p.148.

¹⁰ LASKI, H. “*The State in Theory and Practice*”, Londres 1934, p. 177.

¹¹ COBETTA, Juan Carlos “La política y lo político. De Carl Schmitt a Julien Freund” en “Carl Schmitt, su época y su pensamiento” Jorge Dotti y Julio Pinto (compiladores), pg 230, EUDEBA 2002.

única certeza y todo lo que hay como antecedente y consecuencia pertenece a un mundo inexplicable e inabordable. El Estado y el Derecho son reducidos a un sistema de normas, de juicios lógicos; y como el mundo lógico está incomunicado con el mundo real, sociológico, éste es una serie de acontecimientos inconexos y sin sentido. La tercera tragedia comenzó con Descartes pero culminó con Kant. Se trata de la independencia del método respecto del objeto. El método ya no es el instrumento de la razón en pos de descubrir una esencia, que ya se supone inexistente, sino el instrumento para crear un orden en una realidad caótica. La metodología transformada en criterio de realidad.

El Estado y el derecho han desaparecido como realidades para transformarse en meras construcciones ordenadoras de una voluntad al servicio de intereses que crea un orden sustituible por cualquier otro, fruto de la ideología, por cuanto no existe orden objetivo alguno y la sociedad no puede producirlo. Solo la idea genera realidad y la voluntad independizada de todo orden la realiza o lo intenta. El hombre de carne y hueso es hoja al viento de mayorías ocasionales que procurarán tiranizarlo para hacer de la idea ocasional una “religión laica y permanente”.

Para la gnoseología realista, fundada en una metafísica del ser, el Estado es aprehendido como un orden ordenado en sí. Es producto de la actividad humana orientada a fines, se trata de un producto cultural real, objetivo, sujeto a cambios. Se trata de un conocimiento con certidumbre en la manifestación externa de la voluntad humana, libre, guiada por la inteligencia al bien.

El idealismo en cambio, en el campo especulativo, cae inexorablemente, en el campo de la práctica, en el voluntarismo. Si la inteligencia no está en condiciones de conocer el bien que es el fin que ha de mover el obrar humano es la voluntad la que crea su propio fin. De allí que desde Platón a Hobbes y Kelsen es la voluntad del legislador la que ordena y su producto la ley, que se confunde con el derecho, es así la única realidad cognoscible (*non veritas sed auctoritas facit legem*, Hobbes *De Cive*). El normativismo concluye en un decisionismo sin sujeción a orden alguno: puro arbitrio, sujeto a los nuevos mitos –las ideologías– que se erigen en religiones laicas ya no en estado puro. Todo ahora es neo y su variedad infinita. Al *silete tehologi in munere alieno* de Alberico Gentili en el Renacimiento, debería imponerse en nuestros días el *silete ideologi in munere alieno*. Quién pretenda fundar el derecho en una tal concepción solo logrará que la ley, como voluntad humana de hacerlo realidad, no sea otra cosa que hoja al viento como toda obra de mayorías ocasionales.

Todo el “terror humanitario” de las tiranías modernas, desde la russoniano-jacobina, pasando por el estalinismo y hasta el presente, tienen origen en esta concepción que supone que la idea puede retornarnos al paraíso terrenal.

El voluntarismo no puede eludir arribar a su última instancia, en la cual voluntad se erige en todopoderosa frente al intelecto y no dependiendo éste de los objetos reales de conocimiento, sino de la voluntad, el saber corre la suerte del querer, con lo que el entendimiento queda disuelto en la voluntad. No es necesario mostrar ejemplos que en política abundan, pero es necesario advertir que es la raíz de todo totalitarismo.

Por el contrario la Teoría del Estado procura el conocimiento sistemático de una creación humana real y concreta y en cuya existencia interviene el hombre con toda su dimensión material y espiritual. De donde no puede conocerse, ni menos entenderse al Estado moderno occidental sin poner en relación toda esta dimensión humana del problema de la cual la forma jurídica es una parte.

Por ello todo estudio debe abordar tanto la dimensión social como jurídica del Estado, la relación permanente e interacción que opera entre la dimensión material y espiritual del hombre. Sobre tal base es que la cuestión del poder soberano adquiere su verdadera dimensión moral; la relación entre Estado y Derecho es posible de explicarse a partir de que tras la existencia de cada norma (deber ser) ha existido una voluntad formada por percepciones de la realidad social e informada por principios y valores que la han impulsado a producir la norma orientada a un fin que no puede eludir la dimensión moral.

Para alumnos a los que debe transmitirse la entera dimensión de un orden existente creado para cumplir fines (lo que justifica su existencia misma), resulta ineludible dar al contenido de la Teoría del Estado la completa visión que une lo trascendente y lo humano contingente. En tiempos de crisis nada parece más importante que entender que las instituciones no son formas jurídicas para cuyo conocimiento, comprensión y finalidad de su existencia basta la lógica formal (que en última instancia nunca fue criterio de verdad alguna).

Por el contrario la comprensión cabal del real contenido moral, religioso y humano que encierra toda forma social como creación humana (el Estado y el Derecho, incluido, por cierto) permite conducir los actos futuros de quienes van a actuar en distintos campos de actividad social con firmes convicciones y seguridad de hacerlo en el más cabal sentido del bien común.

Su contenido no puede eludir la naturaleza del hombre como persona, su carácter esencialmente social, la existencia de un orden derivado de la convivencia primaria (o nomos), la formación del poder y la autoridad social. De ello en el círculo de nuestra cultura ha cobrado forma el Estado Moderno Occidental al que se debe estudiar: en su evolución hasta nosotros, la teoría del Constitución con su diversidad de conceptos, la Teoría de la Representación como instrumento de la decisión, la normalidad, la emergencia y la excepción con sus respectivos alcances y consecuencias (en esto puede ser de utilidad recurrir a la jurisprudencia), el poder soberano y la decisión que conjura la emergencia o la excepción para restituir la normalidad (con la distinción precisa de los instrumentos y alcances de las acciones en uno y otro caso); el fin y la justificación del Estado, la formación y expresión de la voluntad estatal, los límites de la decisión de acuerdo con un orden en virtud del cual se mantiene la existencia de conjunto, la formación de la ley como expresión humana del Derecho, la distinción entre ley y medida, derechos y garantías institucionales y la relación entre Estado y Derecho.

Podría abundar más en esta cuestión central pero valga agregar todo lo referente al Poder Constituyente que, como tema de la Teoría de la Constitución, debe ser debidamente conocido antes de entrar al estudio de la Constitución Positiva. Los cursos de Derecho Constitucional no pueden ir más allá de aludir a la cuestión que deben dar por conocida en toda su profundidad.

La Historia de las Ideas Políticas resulta útil para ilustrar el desarrollo que el pensamiento Occidental ha dado a estas cuestiones y, por ello, el estudio en nuestra materia debe mantenerla con esa relación y alcance, sea que se estudie en particular cada autor o a partir de las respectivas instituciones estatales a las que han contribuido a desarrollar.

Siempre existirán nuevos tópicos que el interés del momento pueden agregar pero estimamos que los estudios de abogacía deben iniciarse con una clara y cabal comprensión del origen y finalidad que las disposiciones positivas que procurar hacer realidad un orden que cada grupo humano ha forjado en su convivencia y del que Estado moderno debe ser su garante y permanente normalizador de las relaciones internas, para lo cual el Derecho Político con el contenido que hemos señalado resulta indispensable.

Esta creación humana debe ser conocida en toda su realidad actual. Acertadamente sostiene Heller en su crítica a la pretensión historicista de explicar un fenómeno por el descubrimiento de sus transformaciones *ab origine* que "... lo primitivo e indiferenciado no puede ser la clave para

explicar lo posterior y diferenciado – lo contrario es lo cierto...¹², pero en el estudio del Derecho comprender la forma institucional que lo comprende, instaura la ley como voluntad humana de hacerlo efectivo y garantiza su aplicación, es una relación del todo con sus partes y no solo una cuestión de devenir histórico.

¹² HELLER, H. *“Teoría del Estado”* FCE pag.43.

Sección V
SÍNTESIS DE TRABAJOS APROBADOS DE BECARIOS
DE PREGRADO DEL CIJS

LOS ACUERDOS Y EL PRINCIPIO DE IRRENUNCIABILIDAD EN LAS RESOLUCIONES DE LA SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CÓRDOBA

*por Beatriz Calvimonte**

I. Presentación

El presente estudio se propuso conocer las decisiones de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, en controversias que involucraban directamente la validez de acuerdos extintivos o modificatorios frente al principio de irrenunciabilidad, receptado principalmente en los arts. 12, 7, 13, 58, 15 de la Ley de Contrato de Trabajo (LCT). La selección comprendió sentencias vinculadas a la temática, de distintos años 1996/2003¹. Se trabajó con el fallo completo extrayendo textualmente la parte relevante del mismo.

II. Resoluciones seleccionadas

Es muy frecuente en el ámbito del derecho laboral que el contrato de trabajo se modifique durante su ejecución o concluya por mutuo acuerdo de las partes. El principio de irrenunciabilidad, siguiendo a Grisolia², constituye uno de los instrumentos destinados a evitar que el trabajador frente a su empleador acepte estipulaciones que impliquen renunciaciones y, para ello, excluye la validez de toda convención de parte que suprima o reduzca

* Abogada. Prosecretaria letrada de la Secretaría Laboral del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba. Alumna de la Maestría en Derecho del Trabajo y Relaciones Internacionales (U.B.P). Ex becaria de pregrado del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNC.

¹Teniendo en cuenta la existencia de registros en computadora.

²GRISOLIA, Julio Armando, *Derecho del Trabajo y De La Seguridad Social*, Lexis Nexis. 2004.

los derechos previstos en las normas legales, estatutos profesionales o convenciones colectivas (normas imperativas). Así la LCT procura evitar esas renunciaciones y declara que lo pactado por debajo de las normas imperativas no tiene validez, es inoponible al trabajador e ineficaz jurídicamente, debiendo ser sustituido de pleno derecho por la norma pertinente. Se recorrieron las diversas posturas doctrinarias acerca del alcance del mencionado principio y se abordaron los siguientes precedentes judiciales.

Respecto de los acuerdos extintivos el alto tribunal se expidió en la causa “Ludueña José M. C/ Telecom Argentina Stet France - Telecom S.A. Incapacidad Recurso de Casación”³, al resolver “*que el acuerdo que el actor firmara en sede administrativa no vulnera el marco protectorio laboral (arts. 12, 13 y 14 LCT y 9, ley 23.643⁴)*. Dicha conclusión se encuentra corroborada por la ausencia de prueba en cuanto a la existencia de despido en oportunidad del cese de la relación laboral y que con posterioridad a aquel, se debatieron con amplitud en el presente los derechos del trabajador acerca de la incapacidad que porta cubriendo el monto allí percibido su pretensión actual”. Criterio que ratifica en autos “Sánchez María Victoria c/ Telecom Argentina Stet France- Telecom SA.- Incapacidad-rec de casación”⁵ al establecer, por mayoría⁶, la validez de los acuerdos instrumentados por las partes y homologados por la autoridad administrativa que finiquitaban “*...todas las obligaciones emergentes de la relación laboral, mediante el sistema de retiro voluntario, por el cual el trabajador acepta una suma de dinero imputable a cualquier reclamo posterior...*”. De esta forma expresa “*...el monto abonado en la oportunidad estuvo sujeto a la condición prevista por las partes -eventual reclamo que la dependiente pudiera deducir, incluida la indemnización por incapacidad- lo que a la postre aconteció. Por tanto, cumplida la condición, el objeto contractual fue desplazado por el reclamo de autos, que si resultara menor al que se pagara debe conducir al rechazo de la demanda. En caso contrario la demandada deberá completar el monto resarcitorio...*”, “*...En definitiva, el acuerdo que la actora firmara no vulnera el orden público laboral (arts. 12 y 15 LCT y ley 24028)*”. En otro caso : “Correa Domingo R. C/ John Wyeth Laboratorios S.A. – Demanda – Recurso de Casación”⁷ resolvió la

³Sentencia Nro.227/96

⁴ley anterior a la 24028

⁵Sentencia Nro. 111/98

⁶Voto en minoría del Dr Luis E. Rubio

⁷Sentencia Nro. 7/03

nulidad de la escritura pública por la que se formalizó la extinción del contrato de trabajo por mutuo acuerdo, por configurarse el supuesto de lesión, art. 954 CC. En esa oportunidad considero que “...de las circunstancias de la causa surge la explotación del estado de ligereza en que se encontraba el actor con la consiguiente ventaja patrimonial desproporcionada e injustificada para la empleadora...Las pericias psicológicas y medicas dan cuenta plenamente del estado de disminución que califica a la ligereza, lo que no necesariamente implica privación del discernimiento. Por otro lado, surge evidente la desproporcionalidad objetiva a que se refiere el dispositivo de que se trata toda vez que el accionante recibió sólo cuatro mil pesos por veintisiete años de trabajo. Tal pulverización de la indemnización por despido, hace presumir la explotación por parte de la demandada...”.

Frente al convenio individual que fijo un régimen remuneratorio distinto para el actor ingresado con posterioridad a otro, instrumentado para los dependientes más antiguos por acuerdo plurindividual homologado, el máximo tribunal provincial decidió por la validez del primero en los autos “Juárez Diego C/ Venturi Hnos. Sacif -Demanda- Recurso de Casación”⁸, estimando que “... al tiempo de su contratación expresamente se hizo referencia que en la empresa preexistía un régimen salarial cuya aplicación era facultad privativa de la empleadora respecto de los trabajadores ingresados con anterioridad a junio de 1996. Claramente se distinguió la situación particular en la que se encontraban los obreros más antiguos, lo cual desvirtúa el planteo relacionado con la desigualdad de trato, ya que las circunstancias de aquellos no eran las mismas. Más aún, cuando el propio trabajador reconoce en el libelo inicial que las pautas que admitió en su contrato respetaban los mínimos convencionales inderogables. De tal modo, resulta imposible la comprobación de la fuente que dio origen al derecho en que el accionante sustenta su petición.”

Mientras que en autos “Montersino Juan Carlos C/ Sancor Cooperativas Unidas Ltda. -Dda.- Dif. de Haberes- Recurso de Casación”⁹, el TSJ casa la sentencia y admite la demanda por diferencias de haberes pretendidas, considerando que “...efectivamente surge que el trabajador aceptó el cambio de tareas pero no la disminución de sus ingresos. Esta aparece en nota posterior que le hace firmar un compañero de trabajo sin los debidos y lógicos visos de legalidad -cuanto menos la presencia de una autoridad del Ministerio de Trabajo o de la entidad sindical (art. 15 LCT)-. Pues

⁸Sentencia Nro.77/03

⁹Sentencia Nro.71/02

resulta impensable que un trabajador con treinta y dos años de servicios consienta se le disminuyan sus ingresos en forma considerable, sin oponer resistencia alguna ni obtener compensación por ello. Es evidente que la empleadora, aprovechándose de la confianza de toda una vida en la empresa o por lo menos con retaceo de información, hizo suscribir la conformidad a la “desafectación del código 252”. De tal modo esta Sala entiende que la nota que así lo instrumenta carece de eficacia -art. 12 LCT-...”

III. Consideraciones finales

Al analizar los precedentes mencionados se intentó dar a conocer las respuestas elaboradas por el T.S.J sobre el particular. En ese marco cabe señalar que las resoluciones de estos casos en los que se ven involucradas cuestiones de orden público laboral, como el principio de irrenunciabilidad, dependen de las particulares situaciones fácticas acreditadas en cada causa, lo que impide obtener con nitidez un patrón de interpretación acerca del mismo, pero ello no es óbice para conocer los argumentos brindados por el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba al decidir sobre la materia. De esta forma las reseñas indican: que los acuerdos extintivos homologados no afectan la norma del art.12, LCT, cuando no se probó la existencia de un despido y si se debatieron con amplitud los derechos del trabajador; que también es válido el acuerdo por el cual el trabajador aceptó una suma de dinero imputable a cualquier reclamo posterior, y que acaecido el mismo, se debe evaluar si el monto percibido en aquel cubre o no la pretensión actual; que configurada la lesión como vicio propio del acto jurídico, debe declararse la nulidad del mismo. Respecto de acuerdos que modifican alguna condición del contrato de trabajo como el caso de la convención individual que fijó un régimen salarial distinto para el dependiente, sostuvo que es válida en la medida que respete los mínimos inderogables. Pero no lo es aquella por la cual el trabajador aceptó el cambio de tareas pero no la reducción salarial que apareció por nota suscripta posteriormente, sin visos de legalidad y sin compensación alguna a cambio, la que es declarada nula en los términos del art. 12, LCT.

DERECHOS DE LOS PADRES BIOLÓGICOS EN LA ADOPCIÓN*

*por Sandra Perasso * **

INTRODUCCIÓN

En la presente investigación se abordó el estudio sistemático de los derechos que detentan los padres biológicos con relación a sus hijos dados o a dar en adopción, que emanan principalmente de lo establecido por la Ley N° 24.779/97 y la Convención de las Naciones Unidas de 1989 sobre los Derechos del Niño (CDN) contemplada por la Constitución Nacional (CN). Ésta sustenta prioritariamente lo que se conoce como “interés superior del niño”. Metodológicamente se resumirán las conclusiones distinguiendo dos aspectos: a) la etapa anterior al dictado de la sentencia; b) la etapa posterior a la sentencia de adopción. En ambas se harán distinciones según se trate de adopción simple o plena.

DESARROLLO:

a) Derechos de los padres biológicos antes de la sentencia de adopción: conforme a la normativa precitada, en esta etapa los progenitores cuentan con las siguientes prerrogativas:

a.1. Derechos inherentes a la Patria Potestad: durante el período de guarda preadoptiva, la patria potestad sufre un desmembramiento. La

* Directora: Dra. Nora Lloveras.

** PERASSO, Sandra Daniela es abogada egresada de la U.N.C. (año 2004)- Meritoria por concurso en el Juzgado Civil, Comercial, de Conciliación y Familia de la Localidad de Río Segundo - Adscripta de la Asignatura Derecho Privado VI (Familia y Sucesiones), grupo a cargo de la Dra. Olga Orlando - Tutoranda del C.I.J.S. de la U.N.C. (año 2001) - Becaria del C.I.J.S. de la U.N.C. (año 2003) - Ayudante de Alumnos en la Cátedra de Derecho Privado I (año 2000/ 2001) y Derecho Privado VI (año 2004).

titularidad de ésta sigue correspondiendo a los progenitores hasta tanto no se dicte sentencia de adopción o exista alguna razón suficiente para excluirlos de la misma.

a.2.Derecho de Defensa: detentan las siguientes facultades: derecho a ser citados (con las excepciones previstas en el art. 317 del CC); derecho a manifestar su voluntad ante el tribunal; derecho a opinar libremente y a aportar todo dato de utilidad sobre la vida de su hijo menor (art. 18 CN y art. 317 CC).

a.3.Derecho a la información y a un asesoramiento previo: es necesario que los progenitores tengan una noción previa de la trascendencia de sus actos (arts. 9 y 21 CDN).

a.4.Respeto de la prioridad de la familia biológica: la adopción es siempre subsidiaria (art. 9 CDN).

a.5.Derecho a que no se otorgue la adopción plena si previamente no existe una sentencia que declare la pérdida o privación de la Patria Potestad.¹

a.6.Retracción de la decisión de dar al hijo en adopción: gozan de este derecho hasta el dictado de la sentencia.

a.7.Derecho a apelar la sentencia que concede la guarda preadoptiva.

b) Derechos de los padres biológicos una vez dictada la sentencia de adopción: pueden ejercer los siguientes:

b.1.Derecho a peticionar la nulidad absoluta y relativa (337 CC): a esta última pueden solicitarla sólo en caso de que no haya intervenido en el proceso el Ministerio de Menores, salvo en los supuestos de adopción de mayores de edad.

b.2.Restitución de la Patria Potestad una vez revocada la adopción simple (art. 305 inc. 5º) o anulada la adopción plena: detentarán este derecho salvo que se hayan desentendido del menor o lo hayan abandonado.

b.3.Derechos sucesorios en la adopción simple, con relación a los bienes recibidos a título gratuito de la familia de sangre del adoptado (art. 333 CC).

b.4.Reconocimiento posterior de los hijos en la adopción simple: este derecho no afectará el vínculo existente entre adoptantes y adoptado simple (art. 336 CC).

¹ CORFIATI, Rubén Osvaldo, *Nuevo Régimen de la Adopción Ley 24.779*, Editorial Némesis, Buenos Aires; 1997, pág. 115.

b.5.Ejercicio del régimen de visitas dispuesto por el juez en la adopción simple.

b.6.Percepción de alimentos en la adopción simple: subsiste como consecuencia del vínculo de parentesco con el adoptado.²

b.7.Derecho a la reserva de las actuaciones y a acceder al expediente (art. 321 inc. f, CC): para ejercer éste último, es necesario contar con la debida autorización judicial.³

b.8.Derechos del padre que ignoraba el nacimiento de su hijo: una vía para ejercer sus derechos podría ser demandar la nulidad de la adopción⁴ o la revocación si ésta es simple.

CONCLUSIÓN

El análisis de la institución de la adopción, desde la perspectiva de los derechos de los padres biológicos, devela numerosas situaciones de conflicto que deberán ser abordadas teniendo en cuenta prioritariamente el “interés del menor”.

Se observa la necesidad de una regulación normativa de las facultades de los padres biológicos en el proceso de guarda y adopción, que deberán ser especificadas en la actual Ley de Adopción, siguiendo los principios rectores de la CDN y las nuevas tendencias a nivel internacional.

² FANZOLATO, Eduardo Ignacio *La filiación adoptiva*, Editorial Advocatus, Córdoba; 1998, pág. 138.

³ Conf.: FANZOLATO, E. I., en las IV Jornadas Internacionales de Derecho Privado Comparado del MERCOSUR. La adopción en el MERCOSUR.; Córdoba, Argentina, 16 y 17 de Octubre de 2003.

⁴ Conf.: FANZOLATO, E. I., ídem.

RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

por Pablo Damian Pupich*

I. Presentación del tema

El presente trabajo es una síntesis del informe bibliográfico integrador-final realizado por el autor en el marco de la carrera de especialización en Derecho Penal organizada por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba conjuntamente con la Universidad Nacional del Litoral.

El problema de la *responsabilidad penal de las personas jurídicas* es uno de los más relevantes que se plantea en la actualidad la dogmática jurídico-penal. El Derecho Penal se encuentra interesado en establecer la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en virtud de que la gran mayoría de los *delitos económicos* se realizan al amparo de empresas, al ser éstas las principales intervinientes en el tráfico económico actual, es más, la mayor parte de estos delitos sólo pueden cometerse en ese ámbito. Se ha señalado que cuando el delito ha sido cometido en el interior de una empresa el Derecho Penal se encuentra con problemas muy importantes de aplicación y de pérdida de eficacia.

Ante esta situación en los últimos tiempos ha cobrado vigencia la idea de responsabilizar penalmente a las personas jurídicas y de esta manera tratar de aumentar la eficacia preventiva del derecho penal y con ello

* Abogado. Especialista en Derecho Penal (U.N.C. / U.N.L.). Adscripto a la Cátedra de Derecho Penal II de la FDCS de la U.N.C. Empleado de la Fiscalía de Instrucción en lo Penal Económico.(Poder Judicial - Córdoba). Ex- Becario del Centro de Investigaciones Jurídica y Sociales. Actualmente cursando el Diplomado en Derecho Penal Económico (U.E.Siglo 21).

proteger de mejor manera los bienes jurídicos. En este orden de ideas, esta investigación se propuso analizar *si es posible la responsabilidad penal de las personas jurídicas a la luz del sistema de imputación penal tradicional*. A tales efectos se construyó el marco teórico y se realizó un análisis específico y profundo del mismo a los fines *precedentemente* señalados.

II. Marco Teórico.

Se ha afirmado en doctrina que el principio *societas delinquere non potest* encuentra para sus seguidores *fundamento* en los siguientes elementos: *a)* las personas jurídicas no poseen capacidad de acción, *b)* carecen de capacidad de culpabilidad y por último *c)* no pueden realizarse sobre ellas los fines de la pena. En definitiva, ha señalado Balcarce que “la discusión sobre la posibilidad de la imputación penal de las personas jurídicas gira alrededor del principio de culpabilidad, que se traduce en la capacidad de acción, esto es, de una voluntariedad en sentido psicológico; capacidad de culpabilidad, entendida como reproche ético-social a un sujeto libre o motivabilidad normal y por último la capacidad de pena, vale decir, sentir los contenidos de la retribución, expiación, intimidación o reeducación presentes en éstas. Por otra parte quienes propugnan la idea de *responsabilizar penalmente a la persona colectiva* opinan que hay que dejar de lado los problemas que se presentan con el reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, esto es la supuesta falta de acción y culpabilidad, para centrarse de lleno *a tratar el sujeto de la imputación criminal*. Autores de la talla de Jakobs proponen como fundamento de la capacidad de acción de las personas jurídicas a los *componentes valorativos que se encuentran en el concepto jurídico penal de acción*. Asimismo autores como Rusconi y Righi prescinden de distintas formas de la culpabilidad como juicio de reproche. Así, el primero de los nombrados señala que la categoría culpabilidad dentro de la teoría del delito se encuentra en la actualidad cuestionada inclinándose por la sustitución de la misma como juicio de reproche por el principio del “interés público preponderante” más afín con la personalidad de la persona jurídica. Por su parte Righi entiende que puede prescindirse de la culpabilidad en una teoría del delito que se centre en la naturaleza y actuación de una persona jurídica pero no dejando a un lado la función de referencia para la proporcionalidad de la dosificación punitiva. En cuanto al tercer argumento que utilizan quienes afirman la responsabilidad penal de las personas jurídicas, expresan Aboso y Abralde que “desde la teoría de la prevención general, parecería observarse que ella se adecua a las personas jurídicas” en tanto la imposición de una pena de

multa a una persona jurídica produciría idéntico efecto disuasivo a las demás personas colectivas.

III. Reflexiones Finales

Luego de haber realizado un análisis de las distintas posturas acerca de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, entendemos que no es posible responsabilizar penalmente a un ente ideal a través del sistema de imputación penal tradicional pero también creemos siguiendo a Righi que la punición de las personas colectivas viene impuesta por consideraciones de *política criminal*. Ya hemos manifestado al comienzo de este trabajo que en la actualidad el derecho penal se encuentra interesado en tratar de determinar la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en virtud de que gran parte de los delitos económicos se ejecutan bajo la “pantalla” de una empresa, al ser éstas las principales intervinientes en el tráfico económico actual. El marco de impunidad que se revela dentro de los delitos económicos se debe a la creciente imposibilidad de individualizar al autor cuando el delito es cometido en el seno de una empresa. Esto es así, en razón de que en determinadas circunstancias es muy difícil individualizar al autor material del injusto penal; y en otras por el contrario, si bien se puede determinar quien fue el autor, ello resulta infructuoso toda vez que la persona imputada sólo desempeña un papel secundario en la empresa o se encuentra bajo una relación de dependencia con ella, no existiendo correspondencia entre aquel que ejecutó la infracción y quien resulta beneficiado por la maniobra delictiva. **Consideramos conveniente, entonces, siguiendo a Righi, que es necesario reconocer que la punición de las personas jurídicas requiere la elaboración de una teoría del delito que se ajuste a las características propias que presenta un ente ideal, que no es otra cosa que construir un esquema paralelo al sistema de imputación penal tradicional de las personas físicas, lo que la doctrina denomina “sistema de doble imputación”.** Por último estimamos que el “paradigma” de imputación penal de la persona jurídica debe contener los siguientes caracteres: en primer lugar se trata de una *responsabilidad especial* que debe estar expresamente prevista en la ley o reglamento que define el ilícito; en segundo lugar esta responsabilidad debe ser *acumulativa* por cuanto la responsabilidad de la persona jurídica no excluye la responsabilidad de las personas físicas, en tercer lugar esta responsabilidad debe ser *condicionada* a que: el injusto haya sido realizado por un representante de la persona jurídica y que éste lo haya hecho a su cuenta; y finalmente este modelo se integra con un esquema de sanciones penales que se adecuen a la persona jurídica.

**LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y EL RECONOCIMIENTO DE SUS
DERECHOS: ¿UN SUJETO EN CONSTRUCCIÓN?
(CON PARTICULAR REFERENCIA AL ÁMBITO AMERICANO)**

*por María Fernanda Roldán**

Algunos autores¹ consideran que, entre las nuevas tomas de conciencia de las realidades de las últimas décadas del Siglo XX y de este nuevo milenio, aparece con sorprendente ímpetu la *diversidad étnica y cultural*, y que es ésta diversidad la que está generando un tipo de problemas morales, políticos y sociales, relativamente nuevos para la teoría de los derechos humanos: *el problema de las minorías*². Otros autores³, por el contrario, entienden que el tema de las minorías es una constante histórica y bajo ningún punto de vista puede considerarse un problema nuevo. De cualquier modo, lo cierto es que tiene connotaciones contradictorias el auge que ha tenido en los últimos años la protección de los Derechos Humanos⁴ y el caudal normativo desplegado con relación al reconocimiento de los

* Becaria de Pregrado durante el período 2003-2004, bajo la dirección de la Dra. Zlata DRNAS DE CLÉMENT.

¹ Entre ellos, ZAPATERO, Virgilio. “Minorías y Estado de Derecho”, en *Las Minorías en una sociedad democrática y pluricultural*, Isabel García Rodríguez (Ed.), Universidad de Alcalá, Servicio de publicaciones, N° 46, 2001, pág.17.

² Según RUIZ VIEYTES, sigue sin existir en el ámbito internacional un documento oficial que defina directamente el término minoría. (RUIZ VIEYTES, Eduardo. “Minorías Europeas y Estado de Derecho”, *Ibidem* pág. 51).

³ DE LUCAS MARTÍN, Javier. “Las Minorías y el Déficit de Legitimidad de la Democracia Multicultural”. *Idem*, pág. 33.

⁴ SQUELLA, Agustín. *El problema del fundamento de los derechos humanos y Derechos Humanos y Derecho Positivo*. Positivismo jurídico, democracia y derechos humanos. Distribuciones Fontamara S.A. México, 1995, pág. 67 – 105.

mismos en el ámbito internacional, y al mismo tiempo, la dificultad que existe para definir con certeza las relaciones entre los Estados y los Pueblos Indígenas, especialmente en cuanto se trata de aceptar a dichos pueblos como sujetos de Derechos Humanos. Resulta alarmante la reducida, por no decir escasa, política social llevada a cabo por los gobiernos para hacer frente, o al menos morigerar, la marcada desigualdad de hecho de esos grupos humanos con relación a la población mayoritaria. Ésta situación no es producto de una realidad cambiante, en la cual las palabras de la ley resulten insuficientes para dar una respuesta satisfactoria y justa a las reclamaciones indígenas, por el contrario, la subordinación de estos pueblos es una constante en los hechos. Por razones históricas y estructurales ampliamente documentadas, los pueblos indígenas de América han sido tradicionalmente víctimas de abusos de derechos humanos. El estado colonial primero, el estado republicano después, han sido responsables de violaciones que van desde exclusión política y discriminación social y económica, al genocidio⁵. Cabe señalar que durante el siglo XX, las políticas indigenistas gubernamentales han declarado tener dos objetivos: promover el desarrollo económico y social de los pueblos indígenas y acelerar su integración a la sociedad nacional. Es en el marco del reconocimiento de su distinción cultural⁶, donde la tan ansiada integración lleva a la destrucción de la cultura e identidad indígena⁷, es decir, cada vez es mayor la conciencia de que esa integración no debe traducirse en políticas asimilacionistas consideradas como etnocidas⁸. Lo cierto es que el reconocimiento del pluriculturalismo que reclaman las minorías “*se enfrenta con un espejismo que supone la pasión por la homogeneidad*”, tal como lo expresa Javier DE LUCAS MARTÍN⁹, para quien, la voluntad de unidad, de consenso, llega a convertirse en un instrumento utilizado a fin de ahogar toda diferencia como obs-

⁵ MARTÍNEZ COBO, José. *Estudio del problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas* (volumen V, conclusiones propuestas y recomendaciones), 1987. Nueva York, Naciones Unidas. (En *Los Derechos Indígenas en el Sistema Internacional: Un Sujeto en Construcción*. Revista IIDH, del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, N° 26, julio-diciembre 1997, pág.94).

⁶ VÁZQUEZ, Héctor. “Procesos Identitarios y Exclusión Sociocultural-La Cuestión Indígena en la Argentina”. Editorial Biblos, año 2000, Buenos Aires – Argentina pág. 49.

⁷ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. “Derecho a la Identidad Personal”. Editorial Astrea, 1992, Bs. As., pág. 113.

⁸ AGUADO, José y PORTAL, María. “Tiempo, espacio e identidad social”. México, 1991, UNAM.

⁹ DE LUCAS MARTIN, Javier. Op. Cit. Pág. 38.

táculo para la construcción de un espacio público gobernable, estable, y que tiene como precio la institucionalización de la exclusión. Para Fernando MARIÑO MENÉNDEZ¹⁰, no basta la aproximación a los derechos de los pueblos indígenas por la vía de los conceptos de “minorías” o de la “prohibición de la discriminación”; si bien ha sido en algunas ocasiones el único mecanismo existente, constituye un enfoque incompleto, reduccionista y por tanto inadecuado, pues los Pueblos Indígenas constituyen una cuestión de mayor complejidad, en tanto implican una mezcla dinámica de derechos individuales y derechos colectivos, forman parte de comunidades ancestrales con culto propio, con instituciones y sistemas jurídico, político y cultural muy peculiares.

En el ámbito americano el primer documento en materia indígena fue una Resolución aprobada por la VIII Conferencia Americana, celebrada en Lima, del 9 al 27 de diciembre de 1938, la cual inició estudios permanentes sobre la situación de los Núcleos de los Indios existentes en diversos países americanos. A pesar de este antecedente temprano, los derechos de las personas y de los pueblos indígenas no tienen regulación específica en los instrumentos básicos que rigen actualmente el sistema interamericano de derechos humanos¹¹. Ni la *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*¹², ni la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*¹³, como tampoco sus Protocolos Adicionales y demás tratados interamericanos sobre derechos humanos, contienen disposición alguna específica que desarrolle los derechos indígenas¹⁴. Sin embargo, la Decla-

¹⁰ MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando M. “Protección Internacional de las Minorías: Consideraciones Viejas y Nuevas. Las Minorías en una sociedad democrática y pluricultural”. Isabel García Rodríguez (Ed.), Universidad de Alcalá, Servicio de publicaciones, N° 46, 2001, pág. 21.

¹¹ GÓMEZ RIVERA, María Magdalena. “El Derecho Indígena Frente al Espejo de América Latina”, Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH), 1997, pág.56.

¹² Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana, en Bogotá, Colombia, en el año 1948. Incorporada con jerarquía constitucional en la reforma de nuestra Constitución Nacional, en 1994.

¹³ Fruto de la Conferencia Internacional especializada celebrada entre el 7 y el 22 de noviembre de 1969 en San José de Costa Rica. Entró en vigor en 1978 y sólo uno de los Estados que la suscribieron no la ha ratificado: EE.UU.

¹⁴ AYALA CORAO, Carlos M. Situación de los Derechos Humanos de las Personas y Pueblos Indígenas en las Américas. En: <http://www.cidh.org/Indigenas/Presentacion.htm>. El Sr. Ayala Corao es Ex Relator sobre Derechos de Pueblos Indígenas (1996/1999), de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

ración Americana y la Convención Americana de Derechos Humanos consagran el derecho a la igualdad, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, idioma, religión, condición social, etc., en los artículos II y I de las mismas, respectivamente¹⁵.

Por otra parte, la primera manifestación de la *Asamblea General* de O.E.A., en cuanto a los derechos de los pueblos indígenas se trata, tuvo lugar con la aprobación de la *Resolución 1022 (XIX-O/89)*, del 18 de noviembre de 1989, por la cual resolvió solicitar a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) la preparación de un instrumento jurídico relativo a los derechos de las poblaciones indígenas.

El 26 de Febrero de 1997, en su sesión 1333^a, durante su 95^a Periodo Ordinario de Sesiones, la CIDH dio un paso importante con la aprobación de un "*Proyecto de Declaración Americana de los Derechos de los Pueblos Indígenas*"¹⁶, que refleja la decisión y la voluntad política de asumir las principales demandas de los pueblos interesados.

Para terminar, diremos que, si bien al momento presente nos encontramos en la instancia del proceso de formación y discusiones, de lo que por ahora es tan sólo un *Proyecto de Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas*, tanto en lo regional como en lo universal, y sin desconocer el valor jurídico que poseen las Declaraciones, es innegable que su aprobación constituirá, no sólo un triunfo en la larga lucha que desde antaño han tenido las comunidades indígenas en pos de alcanzar mejoras en su calidad de vida y en el mantenimiento de sus culturas, sino que además lo será de los seres humanos en general, ya que implica la aceptación de aquellas diversidades que resultan inocuas e inofensivas, así como la capacidad de conciliar y superar aquellas otras que sí resulten perturbadoras o evidentemente contrarias a los renombrados avances en materia de derechos humanos. En fin, importan reconocer a la tolerancia y el respeto, como única forma de morigerar diferencias que permitan asegurar la convivencia pacífica y el mantenimiento de las identidades propias de cada pueblo.

Lo más asombroso de ese reconocimiento progresivo, que lleva a la verdadera consolidación de los derechos humanos y de un derecho indígena merecedor de tal nombre, es que toda la gran producción doctrinaria y

¹⁵ Idem.

¹⁶ Cabe mencionar que en el Sistema Universal de Naciones Unidas se trabaja en términos similares en la elaboración de un Proyecto de Declaración Universal de Derechos de los Pueblos Indígenas, al que no hacemos referencia dadas las limitadas posibilidades de extensión del presente artículo.

jurisprudencial que se ha venido desplegando en materia de derechos de las poblaciones autóctonas, tiene lugar con anterioridad a la aprobación de la Declaración, todo ello, como señal de que los Pueblos Indígenas constituyen o se erigen, en sujetos potenciales o en formación, tanto a nivel internacional como interno de los Estados, ocupando un lugar progresivamente mas importante en los foros de discusión nacionales e internacionales, otrora considerados inaccesibles o impensados. Además, en el marco de la OEA, han tenido un rol muy especial la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos, entidades que con su labor han influido de manera destacada en el ámbito interno de los Estados.

Sección VI

TRABAJOS PRESENTADOS EN LA COMISIÓN
DE ESCUELAS EN LA SEXTA JORNADA SOBRE
EXPERIENCIAS EN INVESTIGACIÓN

Se presentaron 39 trabajos, todos resultados de investigaciones, que por su temática se organizaron en seis mesas de trabajo, que se detallan a continuación:

MESA 1.- COMUNICACIÓN Y MEDIOS

<i>Nombre del trabajo</i>	<i>Integrantes -Autores</i>
Estrategias para la construcción de agenda desde las organizaciones ciudadanas. Los periodistas en la construcción de agenda pública.	María Cristina Mata – María Soledad Segura – Liliana Córdoba – María Noel Tabera – Liliana Nicolino – Luciano Debanne – Oscar Balette – Gabriela Pérez Carreta – Marysol Farneda – Luciana Corigliano – Susana Gigena – Guadalupe Pedraza – Guadalupe Maqueda – Candelaria Chupitea – Gabriela Buttori – Gonzalo Prudkin – Ana Inés Ramos – Soledad Ceballos – Marina Tavella – Mauro Chocobar – Pablo Hamada – Magdalena Doyle – Daniela Rossi – María Candelaria Marenchino – Nicolás Hirtz.
La lectura de la historia en los discursos no ficcionales de Córdoba. Las revistas político Culturales 2003 – 2004.	María Paulinelli – Germán Pinque – Eduardo de la Cruz – María Elena Ferreyra – Claudia Ortiz – Jimena Castillo – Sonia Gabriela Lizarriturri – Cristina Siracusa.
Mapa del campo de la producción, edición y distribución de historietas realistas en Argentina.	Roberto Von Sprecher – Jeffery Littleton Williams – Pablo Iván Lomsacov – Héctor Ernesto Torres – Ricardo Sarnago.

TRABAJOS PRESENTADOS EN LA COMISIÓN DE ESCUELAS ...

<i>Nombre del trabajo</i>	<i>Integrantes -Autores</i>
Décadas de publicidad y propaganda en la argentina (1940-2000). Análisis de piezas radiales, televisivas y gráficas en el contexto histórico-social.	José Luis Taricco – Rodolfo Bellomo – Cristian Sprajt – Juan R. Barbieri – Maximiliano Bron – Mariano Quiroga.
Periodismo digital: modelos de producción de diarios argentinos en relación con las potencialidades de Internet.	Mirta Clara Echevarría – Verónica Basile – Gonzalo Prudkin – Evangelina Quiroga – Carolina Ferrero – Gabriela Pérez Carretta.
Comunicación y procesos educativos. Las prácticas de estudio y lectura e internet. Reflexiones.	Ana Emaides – María Liliana Salerno – María Celia Allende

MESA 2.- CURRICULA Y FORMACION ACADEMICA

<i>Nombre del trabajo</i>	<i>Integrantes -Autores</i>
Subjetividad grupal contemporánea: concepciones y prácticas de los estudiantes de la Escuela de Trabajo Social.	Esther Custo – Claudia Bilavcik – Mónica Gómez – Soledad Micoli – Noela Gabarró – Eliana López.
Estudiantes de Comunicación Social: orientación de acciones hacia metas académicas.	Paulina Emanuelli – Fabiana Castagno – Mercedes Dennler.
Representación de la escritura en alumnos universitarios.	Paulina Brunetti – Miriam Villa – Candelaria Stancato – Carolina Subtil – Daniel Luque – Marcela Sgammini.
Entornos virtuales en la enseñanza universitaria. Una aproximación pedagógico-comunicacional.	Elizabeth Vidal – Daniel Britos – Guillermo Goldes – Guillermo Iparraguirre – Susana Morales – Diego Letzen – Angel Ferreira – Raquel Eguillor Arias – Cecilia Redolfi – Corina Ilardo – Jorge Rafael – Pablo Albella.

TRABAJOS PRESENTADOS EN LA COMISIÓN DE ESCUELAS ...

<i>Nombre del trabajo</i>	<i>Integrantes -Autores</i>
Análisis de las prácticas de enseñanza en la Cátedra de Trabajo Social I de la Carrera de Licenciatura en Trabajo Social.	Mabel Duro – Silvina Baudino – Gabriela Regalado – Daniela Rivero.

MESA 3.- HISTORIA Y SOCIOLOGIA DE LAS PROFESIONES

<i>Nombre del trabajo</i>	<i>Integrantes -Autores</i>
Prácticas profesionales de comunicadores sociales: reflexiones sobre sus representaciones sociales como marco de construcción e interpretación. Aportes para la propuesta curricular de la Escuela de Ciencias de la Información.	Paulina Emanuelli – Mirta Echevarría – Fabiana Castagno – Mónica Viaga – Claudia Ardini – Cecilia Ulla – Mónica Ambort – Jimena Massa – Carolina Ferrero – Pedro Garello – Mauro Chocobar.
El Trabajo Social en las actuales relaciones Estado-Sociedad: algunas comparaciones en torno a las concepciones de sujeto vigentes en trabajadores sociales.	Nora Aquín – Patricia Acevedo – Nora Britos – Esther Custo – Nelly Nucci – Gabriela Rotondi – Johanna Lucero – Florencia Cocha.
El Trabajo Social en las actuales relaciones Estado-Sociedad: autonomía y heteronomía del Trabajador Social en el ejercicio profesional.	Nora Aquín – Patricia Acevedo – Nora Britos – Esther Custo – Nelly Nucci – Gabriela Rotondi – Johanna Lucero – Florencia Cocha.
Las manifestaciones de una profesión: la historia del Trabajo Social en la Provincia de Córdoba.	Olga Páez – Mercedes Savall – Leonor Latanzi.
Reconstrucción de la memoria de la Escuela de Trabajo Social: aportes reflexiones y revisiones. 1973-1986.	Patricia Acevedo – Eliana López – Ivana Santiano – Daniela Ponce de León – Ana Moro.

TRABAJOS PRESENTADOS EN LA COMISIÓN DE ESCUELAS ...

<i>Nombre del trabajo</i>	<i>Integrantes -Autores</i>
Conceptos significativos de las ideas modernizadoras y de las ideas liberacionistas para explicar la cuestión social.	María Inés Peralta – Rossana Crosetto – Silvina Cuella.
Los T.S. En la intervención profesional: Análisis sobre el área de niñez y adolescencia.	María Inés Laje – Graciela Fredianelli - María Lidia Piotti – Cecilia Morey.

MESA 4.- EDUCACION

<i>Nombre del trabajo</i>	<i>Integrantes -Autores</i>
Investigación e intervención interdisciplinaria en la educación formal y no formal.	Zulma Zárate – Rosana Bono – Mónica Zárate – Lucas Montenegro.
Representaciones, apropiación y uso de la PC en escuelas municipales de la ciudad de Córdoba.	Susana Morales – Elizabeth Vidal – Daniel Britos – Raquel Eguillor Arias – Corina Llarido – Cecilia Redolfi – Fernanda Manavella – Gabriela Llimos.
El uso de tecnologías informáticas en el aprendizaje: prácticas y representaciones de los adolescentes escolarizados.	Susana Morales – María Inés Loyola – Carla Carrizo – Fernanda Manavella – Gabriela Llimos – Mariana Minervini.
Derechos humanos y educación en las escuelas municipales de la ciudad de Córdoba.	Silvina Cuella – Gabriela Pinotti.
Necesidades sociales en el escenario escolar: obstáculos y posibilidades para abordarlas desde la institución educativa.	Gabriela Rotondi – Cristina Fonseca – Mario Villarreal – Dolores Verón.
Cultura mediática y educación: el lugar de los medios y los TIC en la escuela.	Eva Da Porta – Laura Bálsamo – Matías Capra – Pablo Hamada

MESA 5.- CUESTION SOCIAL

<i>Nombre del trabajo</i>	<i>Integrantes -Autores</i>
Los pobladores y las organizaciones locales: obstáculos y disposiciones para la participación en asociaciones en el territorio local.	María Lidia Piotti – Alberto Taborda – Cecilia Morey – Ernesto Morillo – Patricia Romero.
Proceso de urbanización en la ciudad de Córdoba 1930-1983.	Miguel Haiquel.
La pobreza desde el punto de vista de la exclusión social.	María Teresa Moughty – Fernando Ferrero – Nidia Blanch – Martín Saino.
Políticas Sociales y familia: la familia como objeto de políticas asistenciales.	Cristina González – Nelly Nucci – Alicia Soldevila – Eduardo Ortolanis – Sabrina Bermúdez – Rossana Crosetto – Ana Miani.
Argumentos de los progenitores y responsables de niños expuestos a situación de maltrato infantil por omisión.	Patricia Acevedo – Stella Depasquale – Ana Machinandiarena – Claudia Bilavcik – Alicia Zamarbide.
Cooperativas, Estado y acción colectiva desde una perspectiva histórica (Argentina, segunda mitad del siglo XX).	Gabriela Olivera – Laura Valdemarca – Gabriela Butori – Jorge Córdoba – Pablo Iparraguirre.
Cambios estructurales y mundo laboral	Dra. Mónica Gordillo
Subjetividades y contextos de pobreza. Deconstrucción de políticas habitacionales en el traslado de familias nuevas “ciudades barrios” de Córdoba.	Ana Levstein – Eugenia Boito.

MESA 6.- CULTURA Y POLITICA

<i>Nombre del trabajo</i>	<i>Integrantes -Autores</i>
Foucault y Habermas: una aproximación hermenéutica.	Leticia Raggiotti – Sozzi Cecilia – Mariela Parísí

TRABAJOS PRESENTADOS EN LA COMISIÓN DE ESCUELAS ...

<i>Nombre del trabajo</i>	<i>Integrantes -Autores</i>
Comunicación y democracia: racionalidad social, democracia deliberativa y esfera pública.	Raúl Rodríguez, Horacio Etchichuri- Carlos Alberto Merlo - Susana Roitman, Matías Cristobo, -Mauricio Grasso - Esteban Juárez - Silvana Laso - Romina Lerussi - Norma Rodríguez - Alejandro Roldán - Ana Soria - Juan Cruz Taborda Varela - Daniela Rossi- Guillermina Soria.
El campo institucional desde una perspectiva integral: lo público y lo privado.	Isabel Ortúzar – Laura Vargas – Stella Regis – Romina Fascendini.
El valor estético y la explicación histórica de la obra de arte.	Gabriel Blanco.
Los himnos nacionales de la América hispana: realidad estética y proyección histórica en la zona del Plata.	Ana Tissera – María Antonieta Porfilio.

Sección VII

PALABRAS CONMEMORATIVAS EN
HOMENAJE A LOS 20 AÑOS DEL CIJS

NOTA PARA ANUARIO 2005

María Inés Laje

Una interesante idea ha sido ésta la de convocar a quienes tuvimos la oportunidad de participar en la gestión de esta Casa para que, a modo de homenaje por su 20º Aniversario, dialoguemos en el Anuario.

Me encuentro doblemente beneficiada con esta oportunidad, ya que mi condición de investigadora desde los comienzos y de Coordinadora Académica durante dos años entremedio, me dan la oportunidad de mirar hacia atrás y reconocer en el camino andado aspectos que deseo compartir con todos.

Un sin fin de recuerdos evoca esta mirada, los diferentes momentos vividos, gratos unos, tristes otros. Y es sobre éstos a los que deseo hacer una primera referencia, y que se constituyen en homenaje a la memoria a quienes ya no nos acompañan y que fueron parte de esta institución. Recuerdo al Dr. Mazoni, nuestro primer y afable director, a María Emilia LLoveras, coordinadora en los inicios, con quien compartimos muchos momentos y los primeros proyectos de investigación, y a Luis Marco del Pont, cuya ausencia nos conmueve. A Berta Orchansky, quien impulsó la apertura de un nuevo espacio.

La permanencia de este Centro ha sido resultado de muchos esfuerzos, pero sobretodo de quienes desde diferentes perspectivas creyeron y creen en la investigación, que entendieron se trataba de una labor que requería de un lento proceso para que ingresara y se instalara en nuestro medio académico.

El CIJS se ha sostenido en efecto por la continuidad y renovación de las actividades que se fueron construyendo y que se continúan a la fecha. Entre ellas ocupan un destacado lugar, aquellas de formación a estudiantes

avanzados de nuestra Facultad, acción favorecida por el aporte estudiantil para la iniciación en su carrera como becarios. De este modo, se están creando cuadros nuevos, personas reflexivas, indispensables éstas a la tarea de investigación.

Permanecen asimismo los espacios de diálogo y difusión de resultados, a través de diferentes eventos, conferencias, seminarios. Entre ellas ocupan un lugar principal las Jornadas del Centro, la Feria de Investigación, entre otras.

Un capítulo especial para destacar es la continuidad del Anuario, el esfuerzo por sostenerlo, que pudo transitar y sortear las últimas crisis, constituye un espacio de difusión de la producción del CIJS, a la vez que un incentivo a sus integrantes.

Una importante acción favorecida también por el CIJS es aquella de transferencia de conocimientos que se realizan con base en la labor investigativa, en el ámbito de la gestión pública, en la labor docente, en el desarrollo de la profesión, en aquellos espacios de la sociedad misma.

Como trama de fondo a estas acciones, quiero destacar la labor silenciosa y permanente de muchos investigadores que continúan cotidianamente la tarea, que se esfuerzan por difundir los resultados en espacios de difusión e intercambio científico y académico.

Que esta acumulación de experiencias, de conocimiento, de formación, de extensión y difusión persistan, y así nos permitan seguir avanzando. Nos sentimos integrados a la Facultad y queremos que ello sea reconocido y aprovechado. Sin duda ello fortalecerá el Proyecto Institucional que compartimos.

LA INVESTIGACION EN LA FORMACION DE LOS ABOGADOS: REFLEXIONES SOBRE SU IMPORTANCIA¹

Carlos Alberto Lista

Santos (2005) nos recuerda que la diferencia entre la educación superior y la universitaria en sentido estricto está dada por el desarrollo de la investigación y el posgrado junto a la docencia de grado y la extensión. “Sin cualquiera de estas habrá enseñanza superior pero no habrá universidad”². En Argentina, la investigación en el área jurídica presenta al menos tres aspectos problemáticos A) *Menor atención y desarrollo con relación a la docencia de grado*, lo cual es particularmente observable en las universidades privadas. En las públicas el sobredimensionamiento del nivel de grado actúa en detrimento de la investigación y en la amplia mayoría de las privadas, la inversión en esta función es muy reducida y en muchos casos nula. B) *Dificultades de integración interdisciplinaria* en el abordaje de la complejidad y multidimensionalidad de los fenómenos jurídicos. La visión dogmática dominante tiende a reducir el fenómeno jurídico a la pura legalidad y fundamentar en ello su aislamiento de otros conocimientos. Una de las consecuencias es la fragmentación disciplinar de la investigación y la asimetría de los conocimientos sobre lo jurídico. La jerarquía de saberes justifica la subsidiariedad de algunos de ellos o su exclusión del campo de

¹ Agradezco la invitación de las autoridades del CIJS a presentar las breves reflexiones que siguen, resultado de mi experiencia como director del CIJS (1991-1993) y de mi desempeño como director del área de Ciencias Sociales de CONICOR (1993-1997), profesor de grado y posgrado, investigador y evaluador de becas y tesis doctorales en el área del derecho y de proyectos de investigación de diversas carreras de abogacía, CONICET y FONCYT.

² SANTOS, Boaventura de Sousa, *La universidad en el siglo XXI*. Buenos Aires: Miño y Dávila, 2005, p. 50.

lo jurídicamente pensable. C) *Unidimensionalidad teórica que fundamenta la reducción metodológica*. La visión dogmática de corte exclusivamente hermenéutico rechaza la aproximación empírica de las ciencias sociales al fenómeno jurídico en sentido amplio. El monopolio del conocimiento jurídico por los intérpretes del derecho se funda menos en una clara delimitación del objeto de conocimiento (tal como ocurre en las ciencias sociales) que en la adopción de un modelo teórico y metodológico que postula el análisis dogmático-jurídico como estrategia exclusiva de producción de conocimientos dentro de este campo. El derecho tiende a ser “naturalizado” y “reificado”, lo cual oculta su carácter contingente, desde el punto de vista político, económico y cultural. Ello permite comprender la tradicional fragmentación de la enseñanza jurídica, reflejada tanto en la estructura de los planes de estudio de las carreras de abogacía, como en las prácticas pedagógicas³, así como también, el aislamiento de los modelos y teorías que proponen una aproximación empírica, contextualizada y/o crítica, lo que se acompaña con un marcado desinterés por las prácticas jurídicas, la eficacia del derecho y su historicidad⁴.

Frente a estas tendencias ¿qué alternativas existen y cuáles son las posibilidades de éxito de las mismas? Tanto la factibilidad como el tiempo de ejecución de opciones superadoras son variables y presentan distintos obstáculos para su concreción, cuyo análisis exige mayor detenimiento y extensión. Todo ello no constituye un impedimento para exponer algunas ideas al respecto. A) *Jerarquizar la función de investigación en relación a la docencia*, en otras palabras la producción de conocimientos respecto a su transmisión y reproducción. Algunas de las medidas necesarias serían el aumento de la dedicación docente, de los recursos financieros destinados a esa función, y de otros incentivos a los investigadores. B) *Fortalecer el desarrollo de proyectos inter o multidisciplinares*, lo cual resulta difícil en el corto plazo, pues confronta el modelo teórico hegemónico que resiste toda disputa a su monopolio del campo de conocimiento jurídico. Para avanzar en el cumplimiento de aquel objetivo se requiere: 1) *diversificar el perfil de las carreras de grado de abogacía, superando el exclusivamente profesional, técnico e instrumental*; 2) *fortalecer las carreras de posgrado y*

³ LISTA, Carlos y BRIGIDO, Ana María. *La enseñanza del derecho y la formación de la conciencia jurídica*. Córdoba: Sima Ediciones, 2002.

⁴ En las carreras de abogacía los modelos legales críticos están virtualmente ausentes de los planes de estudio, los programas y los materiales de estudio utilizados en la enseñanza.

ampliar su oferta, particularmente de aquellas de carácter académico no profesional, articulándolas con el nivel de grado. El posgrado académico es un requisito para la formación de recursos humanos para la investigación; 3) *mejorar los planes de estudio* en función de los dos aspectos antes señalados: 3.1 *disminuir la rigidez de los límites que separan las distintas áreas de conocimiento* (incluso entre distintas ramas del derecho) que componen los planes de estudio de grado y posgrado; 3.2 *incorporar o fortalecer la formación en investigación de los alumnos* de abogacía a nivel de grado, lo que permitiría la adquisición de un perfil distinto por parte de quienes se interesen por ello; su incorporación más temprana a la investigación y un aprendizaje paulatino de conocimientos y habilidades básicas; 3.3 *fortalecer en los alumnos el desarrollo de habilidades críticas orientadas más a la reflexión jurídica que a la incorporación dogmática de opiniones y creencias*. En todo campo del saber la debilidad de la crítica reflexiva dificulta la investigación orientada al descubrimiento y la innovación.

Lo propuesto en la apretada síntesis precedente no significa intentar el desplazamiento y reemplazo del modelo dominante de los estudios dogmáticos del derecho, sino la ampliación y diversificación de perspectivas teóricas, reduciendo los déficit y exageraciones de aquel y sobre todo su carácter reduccionista, que fundamenta su pretensión de constituirse en discurso único en la construcción de la “verdad jurídica”.

La ausencia de reacciones innovadoras frente a la situación actual amenaza con aumentar la desvalorización de los estudios de abogacía y acrecienta su identificación con una formación escasamente técnica que contribuye aceleradamente a borrar las diferencias de la enseñanza jurídica universitaria con modalidades no universitarias de educación superior. El fortalecimiento de la investigación contribuiría significativamente a evitarlo.

EL DERECHO: TEORÍA Y EXPERIENCIA EN UN MARCO PLURAL

Zlata Drnas de Clément

Directora del CIJS

Desde octubre de 1999 estoy a cargo de la Dirección de CIJS, habiendo actuado con anterioridad como Coordinadora Académica en el mismo ámbito. Una de mis mayores preocupaciones ha sido el intento de superar, en el ámbito del CIJS, las consecuencias de la hemiplegia intelectual causante del enfrentamiento entre dogmáticos-analíticos del derecho y relativistas-fácticos del fenómeno jurídico, en el entendimiento de que, así como aparece como no posible que el hombre adquiriera conocimiento absoluto, integral, definitivo en ningún momento histórico sobre ninguna cuestión, tampoco parece razonable que el ser humano renuncie al uso de sus mayores o menores capacidades ordenadoras de la sociedad desde el grado de su desarrollo racional-intelectual, para limitarse a actuar como ilustrado observador y metódico clasificador de situaciones y contingencias.

Soy consciente de que la antigua e inacabable puja entre socráticos y sofistas, racionalistas y agnosticistas, retoma impulso, cíclicamente, con mayor o menor virulencia.

Si bien, estamos inmersos en los efectos de la denominada “sociedad postmoderna”, crítica de los errores del racionalismo y la autosuficiencia de la modernidad, sus premisas/hipótesis no son nuevas y, repetidas veces en la historia, fueron denostadas para volver a resurgir con cada vez mayor vigor frente a los excesos del racionalismo. Hace más de dos mil años los sofistas ya enunciaban que: * “no puede haber saber universalmente válido, ya que no puede haber saber objetivo de la sustancia, la que aun cuando fuera cognoscible, sería imposible de comunicar” (Gorgias); * “el hombre

es la medida de todas las cosas”, “el conocimiento de la realidad depende de las diferencias individuales” (Protágoras); * “la ley humana, a diferencia de la ley natural, es variable y engendradora de poder tiránico y arbitrario” (Hippias); “toda legalidad, sin importar el tipo de Estado, representa los intereses de los más fuertes” (Trasímaco);* “no es posible, no es necesario tampoco conocer lo que es justo, sino lo que parece justo a la multitud” (Filebo) * “lo más importante es el hecho de la negociación, la conciliación y el acuerdo, la solución pacífica de los conflictos a ultranza para alcanzar la armonía y la paz” (Gorgias); * “el ‘areté’ político, el arte de gobernar, puede ser común a todos” (Antifon); * “el impulso a la criminalidad es consecuencia de la injusta distribución de riquezas” (Calicles), etc.

En nuestros tiempos, los Postmodernos, sostienen similares premisas/hipótesis. Así los *Reflectivistas*, *i.a.*, destacan: * la imposibilidad de alcanzar la verdad, de poseer un enfoque objetivo y verificable, de construir teoría. Los *Criticistas* (Neomarxistas, que tienen sus antecedentes en la Escuela de Frankfurt), sustentan *i.a.*: * la imposibilidad de hacer ciencia objetiva; * la imbricación entre sujeto cognoscente y objeto de conocimiento; * la singularidad de los acontecimientos y la complejidad del mundo real, requiriendo una visión multidimensional del fenómeno jurídico; * la prevalencia de intereses (leyes) que consolidan sociedades injustas.

Los *Constructivistas Postmodernos* afirman que: * las comunidades epistémicas son creadoras de creencias intersubjetivas que actúan como vehículos de supuestos teóricos, interpretaciones y significados colectivos que ayudan a crear la realidad social; * las instituciones o estructuras surgen de la acción-voluntad de los actores (*i.a.* construcción de normas), etc.

Probablemente, pasado un tiempo, por las parcialidades y desproporciones de la post modernidad, vuelva reforzado a la escena un nuevo racionalismo (ya tiene atisbos su presencia) que, con nuevas concepciones, reanuncie la capacidad humana para adquirir certezas, enunciar y hacer cumplir deberes generales sustentados en valores permanentes e inmutables en esencia.

Si bien, esta síntesis peca de ingenua y simplista, no deja de ser observable en el tiempo un perpetuo ir y venir desde los extremos. Estas posiciones desde su visión parcial, frecuentemente rígida, radical, oyen pero no escuchan “peros”, no aceptan moderaciones posicionales. Por ello, a esas intransigencias, hemos dado en llamarlas “hemiplegia intelectual”, ya que no abren su posición a su contraparte, no quieren admitir excepciones, no dan respuesta a sus propias inconsecuencias. Desde esa intolerancia, todo lo que la corriente opuesta afirma les resulta inaceptable. Por mi parte,

convencida de la complementariedad moderadora de ambas perspectivas - frecuentemente observable en el comportamiento común del hombre des-preocupado de las teorizaciones sobre el conocimiento-, intentando no privilegiar desde la dirección del CIJS, asiladamente, a ninguna de ellas, es que he promovido actividades desde las más diversas dimensiones del derecho y de sus aproximaciones ontológicas, epistemológicas y axiológicas, tratando de facilitar, especialmente, a quienes están en formación, un espectro lo más amplio posible de las opciones que brinda la labor investigativa, sus disponibilidades y herramientas, sus efectos y consecuencias visibles al momento.

Desde esa óptica, en estos últimos seis años, en el CIJS, *i.a.*: * se ha dado continuidad al programa de *tutorías en investigación*, pero incorporando a la orientación de las ciencias sociales la filosófica jurídica, con prácticas de la aplicación de ambas dimensiones en las distintas áreas del derecho privado y del derecho público; *se ha impulsado el programa de *becas de pre-grado* para formación en investigación, logrando asegurar veinte plazas permanentes rentadas, distribuidas con criterio plural en lo que hace a la aproximación teórico-epistemológica; *se ha buscado integrar las dimensiones de la cetética y la dogmática a través de un programa institucional de investigación entre miembros del CIJS y docentes de distintas cátedras de la Facultad (*Desarrollos del MERCOSUR. Políticas Sociales*), avalado por la Agencia Córdoba Ciencia (2001-2004), de perfil multidisciplinario, integrado por catorce proyectos, habiéndose publicado a la fecha el primer volumen de los resultados de ese Programa; *se han llevado adelante cinco ciclos de *Jornadas sobre Experiencias en Investigación*, que congregaron a más de mil quinientos asistentes y permitieron el diálogo entre más de cien investigadores de todas las áreas del derecho y las ciencias sociales; *se ha invitado a dar cursos y seminarios a especialistas de las más diversas orientaciones científicas, así - para sólo citar el área de la Filosofía - han participado Ricardo Guibourg, Paolo Comanducci, Ernesto Garzón Valdez, Ernesto Abril, Camilo Tale, Enrique Liberati, María del Carmen Avendaño, entre otros; *se han publicado desde 1998 cuatro *Anuarios* (*IV, V, VI, VII*), estando el *VIII* en edición en este momento. Esos *Anuarios*, al igual que las *Jornadas* representan un rico abanico de temas y enfoques constituyendo un claro reflejo del pluralismo científico-académico, que - tal como ya lo señaláramos - hemos puesto en el primer lugar de las preocupaciones de esta gestión.

PALABRAS EN HOMENAJE A LOS 20 AÑOS DE CREACION DEL CIJS

Rolando Moroni Petit¹, Patricia Servato² y Ricardo S. Bianciotti³

En el marco de los “20 años de creación del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales” aprovechamos la oportunidad para reseñar las actividades que con oportunidad a nuestra gestión pudimos concretar. Desde el año 1988 con el Decano Rafael Vaggione constituimos un cohesionado equipo de autoridades, integrado por el Director Dr. Rolando Moroni Petit, el Vicedirector Lic. Osvaldo Ardiles, y los Coordinadores Patricia Servato y Ricardo S. Bianciotti; con nuestra gestión se aprobó el reglamento del Centro que intento ampliar a niveles participativos y democratizantes la gestión de la investigación en nuestra Facultad.

Nuestra propuesta fue que todas las unidades académicas, cátedras, corrientes de pensamiento, e investigadores, que integran nuestra Facultad,

¹ Rolando Moroni Petit, Profesor Emérito de la UNC, Doctor en Derecho, ex- Profesor Titular Ordinario de Derecho Civil I, ex-Director del CIJS y ex-Director de los Departamentos de Postgrado y Concursos de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba.

² Patricia Servato es Profesora Titular Ordinaria de Teoría Política en la Universidad Nacional de la Patagonia Austral, Investigadora categoría 1 del Programa de Incentivos para docentes investigadores de la Secretaria de Políticas Universitarias de la Nación, Doctora en Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba y Directora del nodo Patagonia Austral del Programa de área de vacancias «TICS y Educación de la Argentina» PAV 181/2003, Proyectos FONCyT de la Agencia Nacional de Promoción Científica y Tecnológica de la Secretaria de Ciencia, Tecnología e Innovación Productiva del Ministerio de Educación, Ciencia y Tecnología de la Nación.

³ Ricardo Bianciotti, Investigador por concurso del Centro de Investigaciones Jurídica y Sociales, Especialista en Derecho Procesal de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UNC y Juez de Concursos y Sociedades N° 5 del Poder Judicial de la Provincia de Córdoba.

encontraran un espacio físico e intelectual, con canales de promoción de sus actividades.

Se realizaron las gestiones que consiguieron las partidas presupuestarias necesarios para el llamado a concurso de los investigadores, los que se realizaron con destacados Tribunales integrados entre otros con las Dras. María Emilia Lloveras de Resk, -cuya pérdida sentimos infinitamente-, Marcela Aspell de Yanzi y el Dr. Ricardo Sahab.

Uno de los núcleos de nuestra gestión fue la defensa del espacio de la Facultad de Derecho en el contexto de las demás facultades que integraban la SECYT y el CONICOR, consiguiendo importantes avances en cuanto a la cantidad de Becas y Subsidios que se le otorgaban a nuestra Facultad; a su vez el Rector Francisco Delich asignó un importante subsidio y permitió la participación en la discusión para la distribución de fondos para la investigación (inc.41), habida cuenta que durante la dictadura militar nuestra Facultad había visto cercenada la carrera de destacados investigadores y el cierre de líneas de investigación, que se tradujeron en una mayor asignación de Becas y Subsidios.

Se colaboró con las distintas instancias Políticas y administrativas de la Provincia tales como la elaboración de diversos Dictámenes a la Legislatura Provincial sobre las más variadas leyes entre otras la ley 8226 Orgánica del Ministerio Público, así como cursos de capacitación sobre técnica legislativa a pedido de la misma.

Se realizaron diversos congresos sobre Informática y Derecho a fin de reunir fondos para la compra, instalación y puesta en funcionamiento de la sala de informática, que posibilitaron la concreción de una multiplicidad de proyectos de investigación.

En el área de informática jurídica, conjuntamente con el Prof. Antonio Martino del Instituto para la documentación Jurídica de Florencia (Italia) se proyectó la Inteligencia artificial aplicada al campo del derecho a nivel de sistemas expertos; se culminó en la propuesta de reforma, que llevara el Rector y constituyente Francisco Delich, aprobada en el nuevo art.43 de la Constitución Nacional sobre Habeas Data.

En otras áreas de la investigación social, esta sala posibilitó la experiencia pionera del Arq. Leopoldo Schapira de interconexión con bases de datos internacionales e investigadores extranjeros, realizándose la primera simulación en el área de las relaciones internacionales, con temas de narcotráfico, elecciones en Latinoamérica, con sede el Palo Alto California. Se dictó un seminario taller de estadísticas en Ciencias Sociales, dictado por Profesores Belgas del Laboratorio de Tratamiento de Datos Estadísticos

PALABRAS CONMEMORATIVAS EN HOMENAJE A LOS 20 AÑOS DEL CIJS

del Instituto de Sociología de la Universidad Libre de Bruselas, financiado por la Comunidad Europea.

Se intentó organizar la producción de la investigación, con reuniones semanales participativas entre los miembros del Centro debatiéndose los proyectos con la presentación de informes de avances semestrales y anuales, ampliándose la difusión de las actividades de investigación mediante el dictado de cursos de metodología de investigación a alumnos y egresados de nuestra Facultad y la difusión de presentación de proyectos a subsidios llamados a becas y fondos externos de apoyo a la investigación. Nuestra visión fue conseguir la apertura del Centro de Investigaciones ampliando la participación de la Comunidad Universitaria.

ABSTRACTS

1- ABRIL CELIA

In this paper I propose to analyze, in first place, the difficulties arising from the elucidation of the notions of vagueness and open texture presupposed by H. L. A. Hart in his theory.

Secondly, I will sustain that, for H. L. A. Hart, vagueness is, primarily, a feature of the natural language using standards with a variable designation relationship or subject to graduation.

Finally, I will try to show that Hart's perspective is meta theoretical in view of questions relative to the concept of law, because his object of analysis is not law itself, but the method with which the theorist should arrive at trying to explain the juridic phenomenon.

2- ABRIL ERNESTO

I suggest showing the lack of explicative and empirical studies in the lawyer's training and some consequences of that in the practice of law in our society. After that, I analyze the reasons of that absence and the ideological strengthening with which that absence is justified with a version of the rule of legal certainty. Finally, I suggest some relevant procedure of the design of an authentic university polity.

3- ASPELL MARCELA

The titled investigation the works and the days the birth of the Argentine labour law analyzes the historical circumstances that they surrounded, in I journey of first half of century XIX, the birth of the right of the Argentine work studying its route from the Indian times Castilian that beyond last their influence of the emancipation. The existing documentary bottoms in diverse archives have been consulted such as the General archives of the Nation, police Archives, particular archives, presses and Literature

ABSTRACTS

of the time that allows to throw an enlightening light on this first formative legislation of the Patrio Labour Law tipificada by an absolute deficiency of an organic regulation on the matter “work”, where is not legislated on the work, but which to laws and isolated decrees for determined workers or better are dictated still, for certain offices. With this exception, the legislation on the labor matter it lacks autonomy and of a regulation itself, is it in police, military, civilian and commercial, statutes of public administration, customs regulations and fiscal norms, etc Is just, as of the year of 1821, when beginning to demand the writing in writing of work contracts - and the spontaneous refugee who obtained between workers and patronos- with the swelling multiplication of the problems of conchabo, that began to insinuate the first own characteristics in the very dispersed legislation mother country on the subject. In this scene, the social picture that inherits the Revolution, soon after walking, imposes to the legislation on the own subject, shades, perhaps accentuates the rigor of the repression, but also precise circumstances that existed inexcusably they imposed his weight: the necessities of the war by independence, the repair of the army, the enormous fluidity of the decimonónica manual labor, that left its work, protected in the security to find another use, comparatively the high wages easily, or the accessible cost of life, the multiplication of the holiday days, the frequent immobilization of the useful arms that imposed the warlike conflicts, the little success of the colonization plans, jointly determined the economic-social characters of the scene where the working-class of beginnings of the XIX would act, Very slowly it is disappearing the repressive shade in the legislation of the marginal groups along that advance the patrios times and they also become, the political, economic and social conditions, and this first necessity compulsively to regulate the forms of the work to force the idle one to take care, becomes, soon, in the imperative to order the production forces harmonically, oriented for the profit of the policies that seted out the governments of century XIX.

4- AVENDAÑO MARÍA. C. C., SOTA EDUARDO

In this work, are tried to take some aspects from the gadameriano thought on the legal tradition under which the application of the norm is carried out to the particular case and to introduce gnoseológicos fragments of the bourdieuseana theory of the legal field and their budgets to the aims to reflect about the legal sphere, which in as much symbolic system also is incarnated in power relations which they work as strategies within fields of fight by the recognition and the legitimation. It is tried, also, to show that

although Bourdieu agrees with Gadamer as far as which the specificity of the legal hermenéutica is to be oriented towards practical aims and solved to produce practical effects, desoculta the dimension agonística, interested and plural that it sublies in the process of production of the failure.

5- AVILA PAZ DE ROBLEDO ROSA ANGÉLICA

The MERCOSUR's justice service presents two diferents aspects. In one hand, establish an alternative arbitration way with directed access for States Members only. On the other hand, thanks to the Judicial Cooperation supportative of communication in the procedural (diferent), that should be in every judicial order of the States Members, with a Judicial Organ in charge of justice administration to all kind of people natural or artificial (public or private).

Due to the diferent treatment to particulars, they have access to Justice in every State Member, but not in MERCOSUR, anomaly.

The Asuncion's Tratade, the Brasilia's Protocol and the Ouro Preto's Protocol establish the temporaly a controversy solution way. Acording to this, the Olivo's Protocol introduced importants changes, wich procedural axis consolidate the Legal Security, by the strengthening of JUSTICE, with the Revisional Permanent Court of consultive jurisdiction (not litigious) as well as arbitral jurisdiction (litigious) for revisional appeal.

MERCOSUR recognizes the "proper trial" (debido proceso) with in its derivated warranty, "right to appeal", consagrated in the American Convention of the Human Rights, art. 8 inc. 2 apart) and also in art. 75 inc. 22 National Constitution of the Republic Argentina.

We analyze this reform for the States Members, propitiating the redefinition of the Revisional Appeal by High=Court Appeal and the furthering of the ward of particular's claims.

6- BARBARÁ JORGE EDMUNDO

Privatization and desregulation policies in Argentina, in the nineties, have been the focus of severe criticisms, criticisms which are not, indeed, lacking ideological component. The core of such criticisms points on demonstrating that, behind those policies, there was a prioritization of private interest over social interest. Economic concentration; legal monopolies and monopolic behaviour; the absence of a regulatory mechanism when the privatizations occured; limited controlling; deffective design of the regulatory agencies and their functions; capture of these agencies; non-protected users; abussive contractual clauses; all of this would be indicators

of the existing asymmetry between protected interests. Certainly, the definition of the problem, or the criticisms made, would be solved answering the question of which should be the role of the State. We believe that this answer does not emerge from academic abstractions. It comes from the instruments considered necessary to guarantee social interest without neglecting private interest. *Regulation and Control* would be the answer. But that answer requires proper reflexion about the technical staff who should be part of Regulatory Agencies, the extension of its faculties, and the possibility of reviewing its decisions.

In order to know by who and how regulation and control must be done, it is necessary to see how were both executive and legislative powers involved in the nineties' privatization process, and how are these powers, symmetrically, showing that same behaviour during the crisis of the Privatizing State. From this point, appears the reflexion about the need of regulation and control tasks being carried out by technical Agencies, whose justification, discretionality and limits must be seen under the light of the risk it would imply to replace them for the institutional powers involved in the emergencies that took place in Argentina. Because of this, it seems reasonable to think Regulatory Agencies must participate in the revision of what has been done during the last decade.

7- BERGOGLIO MARÍA INÉS

The article analyzes the legal profession from a sociological perspective, reviewing recent changes in its social organization in Argentina, showing how inequality is deepening among lawyers.

First, the numbers of lawyers have grown with the expansion of superior education; its social composition is today more varied. At the same time, expansion of the judicial power associated to democratization and the development of great law firms accentuate the diversity in the occupational insertions of these professionals. Lawyers increasingly find themselves working not as independent professionals but as employees of bureaucratically organized law firms, or government.

The analysis of surveys of population gathered by the INDEC between 1995 and 2003 confirms these tendencies, and reveals the increasing income inequality in different segments of the profession. It is clear that, like in the society as a whole, the neoliberal experience has left in the legal profession a balance of greater inequality, showing that lawyers have shared the luck of his clients.

8- BERTOSSI ROBERTO F.

The visualization of the potable water like a human right, an essential resource for that the simultaneously little life and in risk by increasing indices of contamination. The demographic tendencies, the increase of the world-wide population and the gravity as soon as that, fifth of the world-wide population do not have access to the potable water, data that when verifying itself its tendency defined enough, aggravates the scene and its perspective which returns reasonable to propose as a whole, the declaration of the global hydric emergency on the part of the United Nations. The water in the National Constitution, a subject hydric resource clearly to the prominently federal jurisdiction. The processes of reforms of the state, the deprived management of the services potable water public with ambiguous and nonlittle results in uncertainty. The rights, duties and the law compared with respect to the potable water, its narrow relation with the economy and the industrial processes. The necessity that the new policies of state, under anticipated happiness, assure a rational advantage and an optimal conservation and recovery the hydric resources, educating and coming up, thinking nonsingle about us but about the coming generations. In synthesis, a proposal that sets out to serve to guarantee, to favor and to facilitate the total exercise of the right of access to the potable water, all the people of meat and bones, wherever they are located and any outside his condition economic, in as much the supremacy of the human right to the life and as soon as so.

9- BIANCIOTTI RICARDO S.

The solution of a positive channel for the resolution of controversies is outlined, to form an idea of the Arbitration, indicating the deficiency of imperium of the laudos that must integrate the judges; the resources are analyzed, their availability by the parts in a cláusula compromisoria, with detail the diverse alternatives of the resources of appeal, invalidity and the extraordinary resource to the Supreme Court of Justice of the Nation, to culminate with a propensity on the future of the arbitration.

10- BONETTO MARÍA SUSANA, TERMINIELLO MARIANA

The article is part of an investigation dedicated to the analysis of the discourses of president Néstor Kirchner from its assumption and throughout year 2002, where we stated the emergency of new senses in the political field and the dispute of the hegemonic discursive order from the decade of the 90. For this we continued with a theoretical perspective that considers to the political discourse as a particular form of discourse aforementioned

ABSTRACTS

to the process of political institutionalization and that collaborates in the construction of the reality, within the framework of an open and permanent discussion of the State and the power.

For this they analyze lexems “*State*”, “*politic*”, “*time*” and “*change*” that integrate “*politic*” the semantic field. The hierarchy of these forms in the lexical index indicates the substitution of primacy of the originating senses of the economic field, and the consequent transformation of the political field in “the” sphere of discussion for the possible conformation of a new model.

11- BORGARELLO SUSANA , CIPOLLA FRANCISCO, JUÁREZ CENTENO CARLOS A.

The importance of the book is in the conformation of the culture of a country, since he is the one that with more force contributes to the construction of the national identity. From which the State does not have to at random leave the regulation of its publication ruined. It is from this perspective which we faced the legal regulation of the promotion and the reading of the Argentine book and that it has his plinth in the Introduction of our Constitution In relation to the province of Cordoba does not exist a specific law that direct and concretely talks about to published books or of Cordoban authors, although have dictated other norms who really have meant a recognition to this activity of promotion towards the book, without making reference to the local aspect but to the cultural thing in general.

12- BRIGIDO ANA MARÍA

Based on secondary data published by the Department of Statistics of the National University of de Córdoba and applying a cross-section strategy of quantitative analysis, the article characterizes the students and graduates in law at the National University of Córdoba according to a series of personal, social and academic attributes. The data reveal a number of findings, among which are the following: i) in general, the students belong to middle and upper-middle class families; b) their academic performance is poor considering the number of years they take to complete the studies and their overall grades; c) considering their performance, some of the graduates are not trained to a high enough standard to work as lawyers.

13- CORTÉS DE ARABIA ANA MARÍA

This essay considers the relation between theory and practice, both of them necessary elements for the learning – teaching process. The main

ABSTRACTS

topic is “The Legal Clinic” and the different kinds designed by universities that have incorporated this method to their curricula. By using this technique, we propend to the interdisciplinary legal study, focus on developing competences that allow the students reach a global education not only in the profesional field, but also as human beings, in order to forge a jurist generation with clear conscience of their social role.

14- DORADO CLAUDIA ROXANA

In this paper we analyze the movement called “piqueteros” in Argentina. Specifically the identity of “piqueteros”. Also we examined the structure “piquetera” and the relationship between the “piqueteros”, the State and the Medias.

15- DRNAS DE CLÉMENT ZLATA

The present work compares the systems of solution of controversies of the Central American System of Integration (Sistema de Integración Centroamericana/SICA), the Andean Community (Comunidad Andina de Naciones/CAN) and the MERCOSUR (Mercado Común del Sur), taking in consideration the historical antecedents, the legal instruments of the different processes of integration and its objectives; the legal nature, the organs and objectives of each system of solution of controversies; the competences that have the organs of solution of controversies (contentious and consultative procedures) and the type of decisions that they produce.

16- GARCIA CIMA DE ESTEVE ELENA , DEPONTI FERNANDO, ALVAREZ RAÚL

The opening of the procedure of Mediation, will be ordered by the Court in judicial processes, in situations not specifically excluded by the article 3rd.of the Law 8858, at call of parts; or in *exceptional obligatory instance*, in situations enunciated in the article 2nd. inc. a, b, c of Law 8858.

The instance opened of Mediation, implies a suspension of the terms of judicial process, article 25th. Law 8858, that will be restarted when the procedure of Mediation is finished with the reference of the successful agreement, or the communication it has not been achieved.

The Court reports to the Judicial Center of Mediation, the opening of the instance, in order of beginning the steps forward, but the Judge neither sends the files, doesn't even abandoned his legal authority and obligation of administer Justice. From what it turns out evident that the Mediation in judicial processes, regulated by the Law 8858, receipts and encourages the

ABSTRACTS

willingness, the autocomposition in available matters, the direct communication in between the disputants, toward the solution of the conflicts, conceding a parenthesis inside the judicial process, to the autonomy of the will of skilful subjects.

17- JULIÁ MARTA S.

The present article raises the necessity to reflect and to contribute to the construction of an environmental perspective from the law. It is described in the different branches from the law, on the one hand, aspects of history in the resolution of the present environmental normative marks. From the situation it deciphers of formulate some contributions and the necessity to extend the call towards the construction of a space in the law the environmental legal knowledge.

18- LAJE MARÍA INÉS, LÓPEZ ARIZA CECILIA, LUPIAÑEZ ANDREA, PINQUE MARIANA, VALLE MARÍA EUGENIA, SALVADORES ANA, SEGOVIA MARYSEL

The concern that promotes the present investigation is related to what we believe can be one of the basic pillars of promotion of substancial and concrete changes in relation with the rights of children and teenagers offenders of criminal law, as is the exercise of the technical law defence both public and private in the correctional process.

19- LISTA CARLOS ALBERTO

This paper focuses on the admission, number of students and graduates of Law careers in Argentina between 1982 and 2003. The different aspects of university regulation exercised by the national state are here analyzed as well as its influence on the overdimension of student population and admission to Law careers. It is hypothesized that quantitative aspects strongly condition the quality of teaching and the chances of its improvement. The tendencies of the aforementioned variables are described on the grounds of statistical data published by the National Secretary of University Policy

20- LLAMOSAS ESTEBAN F.

This paper presents some keys to study juridical ideas in University of Cordoba during franciscan period (1767-1807). The article analyzes relation among Law and Teology, spanish universitaris reforms impact, roman and royal laws role in Instituta teaching, and enumerate fonts for investigation. Exemplary, this paper analyzes juridical ideas in San Alberto's Constitutions.

**21- LLOVERAS NORA, ORLANDI OLGA, FARAONI FABIÁN,
TAVIP GABRIEL, VERPLAETSE SUSANA N., DURÁN VALERIA**

The present research includes the legislative framework and the public policies about people's reproductive health in view of infertility. It undertakes a vision from the medical and legislative point of view and its materialization in the habitual medical praxis, under the conception that concerns to a personal and fundamental right with constitutional tradition.

The expression "specific actions proposals", in order to get the effectiveness of the right to procreate in view of infertility", summarizes in:

1) Designing strategies for the exercise of the right to procreate, as a part of human rights.

2) The State must guarantee the right to procreate and the equality of opportunities.

3) There must be intended actions in the following aspects: a) medical and sanitary education; b) preventive action steps; c) human resources formation; d) legislating about assisted reproduction; e) resources assignation that guarantee the infertility treatments; f) information systems: statistics studies that allow the evaluation and the feed back of concrete action steps.

Synthetically: there's a need to plan steps of positive actions that allow a complete exercise of the human right to procreate in view of infertility.

**22- MERCADO DE SALA MARÍA CRISTINA, SALA MERCADO
MARÍA VALERIA**

The paper has been delivered at Córdoba City, Argentina, at the beginning of September 2005. It is a preliminary report of a major research and refers to the substantive meaning of the investor-protection standards common to bilateral investment treaties (BITs), other international trade and investment agreements, and the possible violation of the treaties as a consequence following Argentina's 2001 crisis and 2002 default. Argentina signed the BITs in order to generate international trust on its juridical order and stimulate foreign investments. Since after the default, Argentina is facing several claims entered under the International Center for Settlement of Investment Disputes, following the Emergency ruling, the research pursues to identify and analyze the different cases. A first case is mentioned, i.e: "Enron Corporation y ponderosa Assets c/Republica Argentina".

23- PARMIGIANI DE BARBARÁ MYRIAM CONSUELO

Public policy decision and management within different state areas acquire specific characteristics, some of which are highly complex as in countries with compound structures, such as a federal one. Moreover, the recognition of greater autonomy and local functions (municipalities and communes) as well as emerging globalization processes increase such complexity. Within inter-governmental relationships, such institutional design takes a special coordination effort for efficiency and legitimacy reasons, which is a characteristic of “multi-level sub-national coordination”.

Argentinean Republic is a federal State with constitutional recognition of municipal system, where an important function transfer has taken place in lower government levels (Provinces, Municipalities), including a great impulse for economic and social development. This article considers the needs for state action which have appeared from this situation, particularly regarding inter-jurisdiction relationship innovation: it emphasizes the urgency and some central topics, developing some unavoidable aspects in a proposition-schemed analysis.

24- PEREYRA LUIS CRUZ, ZAMZEM VERÓNICA

The processes of regional integration constitute an unavoidable reality in the present world. They involve complex problems derived from the approach almost exclusively economic that is had of these processes. In this work one is to warn on the importance that acquires the social, educative and cultural dimensions of integration in the development and globalization dynamics in which the society is immersed as a whole, emphasizing the importance of respecting and making compatible the will of integration with the necessity of affirmation of cultural identity, in order to obtain a convergent pluralism which results in one better quality of life of men who participate in the diverse models and processes of integration in course.

25- PLOVANICH MARÍA CRISTINA

Although the knowledge of the law in its different areas is necessary and essential, it is not enough to achieve professional excellence according to nowadays demands. The preparation in this career must be more active and self-dependent, in order to develop skills, attitudes and capabilities that enable a solvent and responsible development, so that, by means of a critical interpretation of the actual juridical system, one can become able to ensure security and guarantees to the citizens. It is compulsive to make students sensitive towards issues related to the duties of a professional attorney, but

ABSTRACTS

trying to change the methods of professional insertion that is, not only related to litigious matters that may be the source of income, but also in the preservation of general rights; to fight the accentuated individualism that defines our time and makes the student commit to the society and its requirements. These are the purposes of the “Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba” related to the “Enseñanza para la Práctica Jurídica”.

26- REY CARO ERNESTO J.

The work examines the reach that has assigned to the cooperation in the area of the conservation and operation of the living resources of the sea and tries to unravel its content. It analyzes only certain dispositions of the Convention of the Nations United on the Law of the Sea and the Agreement of New York of 1995, based on the peculiarities that offer as far as the compatibility of the rights and obligations of the coastal States in the exclusive zone economic, and the rights and obligations of the States that practice the fishing in adjacent areas to this zone and the high seas. It indicates, also, how it operates the cooperation in some instruments related with the conservation of the alive resources in the Antártida

27- RICHARD EFRAÍN HUGO

“Significant changes will succeed related to joint venture contracts, originally introduced by our legislation through the N°19550 Law reform passed in 1983, specifically by article 384 included in the 2005 Draft to Reform Corporations Law- formerly known as article 383 bis included in the 2003 draft . Furthermore considering the new contract ruled by the recently passed N°26005 Law (Regulating the so called Cooperative Consortium). The matter requires thorough juridical research, to ensure law congruence referring organizational relationships.

28- RODRÍGUEZ BRIZUELA MARTÍN

The studies of Law estimate the exact understanding of the institutional scope in which the legal form is created by human wills in tries to reach aims. As human expression of an order whose the understanding tries to know and to which the positive norm finds bound, the State is modernly the institution that makes possible the existence and guarantees application to him. Consequently the Theory of the State is necessary budget for an exact understanding from the Public Law and the sense and reaches of the same positive law.

29- RODRÍGUEZ MARÍA CRISTINA

In the present article the author analyses MERCOSUR and World Trade Organization regulations about service trade related to migration aspects. She describes the coincidences and differences between both legal regimes and how the subregional integration organization law adequates to the international organization law. Also, she points out as the rules related to migratory freedom and social security would make the Protocol of Montevideo be in force.

30- SAAD DE BIANCIOTTI CARLA

The report introduces to the subject individual principles of the labour law in the Mercosur, from the own definition of “legal principles” applied to the individual labour law, the Sociolaboral Declaration of the Mercosur and an analysis of principles of the countries members, like first passage towards the integration of the individual labor legal system of the region.

31- SALAS GRACIELA ROSA

We investigated respect to the concept of public order to international level to center our study in the MERCOSUR, the internal order and soon in the Region Center. In Internacional Law, the concept of public order approaches us another concept as cogens is the one of jus. As much the Treaty of Asuncio'n whichever its additional protocols relacionana with international the public order. To the present hour in which the MERCOSUR exists with personality of Internacional Law, another subject related to this one, that exists we considered insoslayable from the reality in which the regional scheme develops. One is the subregional public order. According to the reformed National Constitution in 1994, the provinces have the power to create “regions” for the social economic development and to establish organs with faculties for the fulfillment of their aims, with knowledge of the federal government. Thus, the region foments or promotes internal integration with singular projection the development delas nations. We located in this frame of conformation “political region”, to the Region Center, composed by the provinces of Cordoba, Santa Fe and Entre Ríos, which places to us again before the concept of public order. It is a this synthesis of the work presented/displayed within the framework of the developed institutional project in the CIJS.

32- SÁNCHEZ MARIANA N.

The legal practices of the artificial profession have changed strongly in the recent years and these changes have concentrated on two fundamental fronts: the composition for gender of the legal profession and the emergency of the modern law firms as consequence of the biggest capital concentration. The incorporation of the women has not only modified the social composition but also the practices of the artificial profession; plus especially in a country like the Argentina, where the women's entry to a profession is one of the highest from Latin America. With data of the EPH (1995 and 2003) these changes are revised generated starting from the inclusion of the women in the land of the legal practice, detecting strong gender inequalities -in special- in the economic environment.

33- SCHAPIRA LEOPOLDO

The research project was conceived as a way to contextualize the problematic of the International Congress on Labor Culture and Values held in Cordoba

In fact, in Cordoba, labor is one of the fundamental principles which parents try to transmit because it is considered as basis for survival, source of dignity, and educational tool.. Clear differences on values trasnmitted to male and female children are noticed. Even today, values transmitted to men are more related to work and life earning than those transmitted to women.

As least, as it is being expressed, our population rejects non ethical ways to solve they economic needs. This attitude could help to fight against different ways of corruption.

Finally, it has been detected that the perception of socio economic crisis affects the social meaning of some activities which, in the pass, could have been considered as begging and today as a legitimate work. Shifts in those meanings afect the political acceptance of social subsidies to unemployment.

The slow path of the recovery of employment levels of the past, the menace of growing without employment reported by ILO, justify the need to elaborate social policies to protect the most vulnerable segments wich should take into account detected changes y citizens attitudes toward unemployed.

ABSTRACTS

34- SHAW ENRIQUE E.

Throughout this paper, we will analyze the articles that were published on “La Revista de Derecho, Historia y Letras” (The Magazine of Law, History and Literature) created and directed by Estanislao S. Zeballos, during the years of 1898 and 1914, which treated topics referred mainly on weaponry, in its general aspects, and reflected not only Zeballos’ opinion, but also the Magazine’s opinion on that matter and the international situation at that moment.

35- TORRES FÉLIX A.

In the context of the academic activity in the Law Faculty, the author presents the different profiles that Joaquin V. González develops in his life like student, educational secondary and young poet with aspirations that its incipiente literary production is known. Aspects little known the great thinker of La Rioja, among them their correspondence with Enrique Rinarola, appear here to the light of unpublished documentation.

36- VAGGIONE JUAN MARCO

This article considers the religious influences on the law by analyzing two specific dynamics. Firstly, it takes into account the roles that religious identities have on lawmaking processes. Secondly, it reflects on the role of civil society as a democratic arena for religious activism. The article proposes the need for a post-secular approach in order to overcome the analytical and normative limitations in prevailing theoretical frameworks.

37- VASSALLO JAQUELINE

This article analyzes the characteristics that the family as from of informal social control had with respect to the woman in the Córdoba of century XVIII.

38- VILANOVA JOSÉ LUCAS

The classic study of Weber on the authority structures, synthesized in ideal types, raises the cohesive value that acquires the legitimacy in the relations between the society and its institutions. On the matter, the studies available on the legitimacy of the administration of Justice have been centered in the superior judicial instances. However, the legitimacy of the inferior Courts is an explored question less: in principle - in the measurement which they process daily conflicts of the common people - its legitimacy appears tie to the followed procedures, a legitimation mechanism whose centralidad has been outstanding by authors like Habermas. Of all ways, in

ABSTRACTS

societies with more fragile institutions - as Latin America - this theoretical frame can present/display shades and variations, from the characteristics of the participation. Thus, recent paradigmáticas reforms of the participation of the citizens in the administration of Justice are analyzed: the mediation and the judgment by juries. On the matter, it is possible to interrogate itself on the effects of these interventions in the citizens and own Justice, considering - among others - the permanent risk of bureaucratization of the innovations. In sum, the phenomenon of the popular participation in Justice is approached, with axis in the mediation and in the opinion by juries; interesting particularly to explain its impact in the construction of the legitimacy of the inferior courts of the administration of Justice.

39- YANZI FERREIRA RAMÓN PEDRO

This investigation offers a panorama on the foundation and desarrollo of the studies of labour law in the Law Faculty and Social Sciences of the National University of Cordoba. One begins in 1907 with the pioneering work of Juan Biale Masse and concludes with análisis of the work and projection of the present university professors of the discipline. The investigation includes/understands the curricular study of the academic planning of the matter, developments and life and builds of its university professors. The archives of the Law Faculty and Social Sciences of the National Univesidad of Cordoba and particular archives have been consulted.

INDICE GENERAL

Agradecimientos	7
In Memoriam	9
PALABRAS PRELIMINARES	11
CRONICA DEL CENTRO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS Y SOCIALES	13

SECCIÓN I

DERECHO NACIONAL PÚBLICO Y PRIVADO

EL DERECHO DE ACCESO AL AGUA POTABLE <i>por Roberto F. Bertossi</i>	19
ARBITRAJE, ALTERNATIVA VALIDA PARA LA REALIZACION DE LA JUSTICIA <i>por Ricardo S. Bianciotti</i>	31
LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA DECISIÓN JUDICIAL DE ABRIR LA INSTANCIA DE MEDIACIÓN EN LOS PROCESOS JUDICIALES, EN LA PROVINCIA DE CORDOBA <i>por Elena Garcia Cima de Esteve, Fernando Deponti, Raúl Alvarez</i>	53
MARCO LEGISLATIVO Y POLÍTICAS SANITARIAS ANTE LA ESTERILIDAD <i>por Dra. Nora Lloveras, Ab. Olga Orlandi, Ab. Fabián Faraoni, Ab. Gabriel Tavip, Ab. Susana N. Verplaetse, Lic. Valeria Durán</i>	63
REFLEXIONES Y APORTES PARA LA CONSTRUCCIÓN DE TEORIA EN DERECHO AMBIENTAL. <i>por Marta S. Juliá</i>	77
TRATADOS BILATERALES DE INVERSIONES EXTRANJERAS, su posible violación en oportunidad de la crisis Argentina del 2001 <i>por María Cristina Mercado de Sala, María Valeria Sala Mercado</i>	89
REGULACIÓN DE LOS CONTRATOS DE COLABORACIÓN EMPRESARIA <i>por Efraín Hugo Richard</i>	111

ÍNDICE GENERAL

SECCIÓN II

DERECHO INTERNACIONAL E INTEGRACIÓN REGIONAL

PROTOCOLO DE OLIVOS PARA LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN EL MERCOSUR -ALGUNOS ASPECTOS PROCESALES- <i>por Rosa Angélica Avila Paz de Robledo</i>	133
NOTAS PARA EL ESTUDIO DE LAS RELACIONES INTERGUBERNA- MENTALES, CON PARTICULAR REFERENCIA A LA REPÚBLICA ARGENTINA <i>por Myriam Consuelo Parmigiani de Barbará</i>	153
LA COOPERACION PARA LA CONSERVACION Y EL APROVECHAMIENTO DE LOS RECURSOS VIVOS DEL MAR <i>por Ernesto J. Rey Caro</i>	167
CONVERGENCIAS ENTRE LA NORMATIVA DE LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE COMERCIO Y LA DEL MERCOSUR EN EL COMERCIO DE SERVICIOS BAJO LA MODALIDAD CUATRO <i>por María Cristina Rodríguez</i>	179
PRINCIPIOS GENERALES EN MATERIA DE DERECHO INDIVIDUAL DEL TRABAJO EN EL MERCOSUR - UN INTENTO DE UNIFICACIÓN <i>por Carla Saad de Bianciotti</i>	197
LA IDEA DE ORDEN PÚBLICO EN DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO. ASPECTOS VINCULADOS A EFECTOS SOCIALES NEGATIVOS EN EL MERCOSUR. <i>por Graciela Salas</i>	209
DIMENSIÓN SOCIAL, EDUCATIVA Y CULTURAL DE LA INTEGRACIÓN <i>Por Luis Cruz Pereyra, Verónica Zamzem</i>	227
UN ANÁLISIS COMPARATIVO DE DISTINTOS SISTEMAS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN ZONAS LATINOAMERICANAS DE INTEGRA- CIÓN: SISTEMA DE INTEGRACIÓN CENTROAMERICANO (SICA), COMUNIDAD ANDINA (CAN) Y MERCOSUR (MS) <i>por Zlata Drnas de Clément</i>	241

SECCIÓN III

HISTORIA, FILOSOFÍA, SOCIOLOGÍA Y POLÍTICA

SOBRE LA AUSENCIA DE ESTUDIOS EMPÍRICOS EN EL PROCESO DE FORMACIÓN JURÍDICA <i>por Ernesto Abril</i>	259
--	-----

ÍNDICE GENERAL

CONCEPTO DE DERECHO Y TEXTURA ABIERTA EN LA TEORÍA DE HART <i>por Celia Abril</i>	279
LOS TRABAJOS Y LOS DÍAS. EL NACIMIENTO DE LA LEGISLACIÓN LABORAL ARGENTINA <i>por Marcela Aspell</i>	291
HERMENÉUTICA Y CAMPO JURÍDICO <i>por María. C. C. Avendaño, Eduardo Sota</i>	327
EL CONTEXTO DE UNA DEMOCRACIA DELEGATIVA Y LA CUESTIÓN DE ENTES REGULADORES Y DE CONTROL INDEPENDIENTES EJERCI- DOS POR EXPERTOS. SUS FACULTADES, EXTENSIÓN Y LÍMITES. <i>por Jorge Edmundo Barbará</i>	341
TRANSFORMACIONES EN LA PROFESIÓN JURÍDICA: DIFERENCIACIÓN Y DESIGUALDAD ENTRE LOS ABOGADOS <i>por María Inés Bergoglio</i>	361
LA RESTITUCIÓN DE LA DIMENSIÓN POLÍTICA EN EL DISCURSO. ANÁLISIS DEL DISCURSO DEL PRESIDENTE KIRCHNER <i>Por María Susana Bonetto, Mariana Terminiello</i>	381
EL RÉGIMEN LEGAL DEL LIBRO ARGENTINO Y SU PROMOCIÓN A NIVEL LOCAL <i>por Susana Borgarello, Francisco Cipolla, Carlos A. Juárez Centeno</i>	397
LOS PIQUETEROS: UNA NUEVA FORMA DE PARTICIPACIÓN <i>por Claudia Roxana Dorado</i>	413
ADOLESCENTES INFRACTORES A LA LEY PENAL: LA DEFENSA TÉCNICO JURÍDICA <i>por María Inés Laje, Cecilia López Ariza, Andrea Lupiañez, Mariana Pinque, María Eugenia Valle, Ana Salvadores y Marysel Segovia</i>	423
CLAVES PARA UNA HISTORIA JURÍDICA DE LA UNIVERSIDAD DE CÓRDOBA (1767-1807) <i>por Esteban F. Llamosas</i>	439
GÉNERO Y PROFESIÓN JURÍDICA <i>por Mariana N. Sánchez</i>	451
EL VALOR SOCIAL DEL TRABAJO EN LA CIUDAD DE CORDOBA, ARGENTINA <i>por Leopoldo Schapira</i>	467

ÍNDICE GENERAL

A(R)MÁNDONOS: ALTA POLÍTICA EN EL ESCENARIO INTERNACIONAL, 1898-1914 <i>por Enrique E. Shaw</i>	477
1884: UN AÑO EN LA VIDA UNIVERSITARIA DE JOAQUÍN V. GONZÁLEZ <i>por Félix A. Torres</i>	493
DIOS Y LA LEY. LAS INFLUENCIAS RELIGIOSAS EN EL DERECHO <i>por Juan Marco Vaggione</i>	505
FAMILIA Y CONTROL SOCIAL EN LA CORDOBA BORBONICA <i>por Jaqueline Vassallo</i>	515
LEGITIMIDAD DE LAS INSTITUCIONES LEGALES Y PARTICIPACIÓN DE LOS CIUDADANOS. EL IMPACTO EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA DE LA MEDIACIÓN Y EL JUICIO POR JURADOS <i>por José Lucas Vilanova</i>	529
JUAN BIALET MASSE. UN ESTUDIO DE LA ENSEÑANZA DEL DERECHO DEL TRABAJO EN LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE CÓRDOBA <i>por Ramón Pedro Yanzi Ferreira</i>	539

SECCIÓN IV ENSEÑANZA

LA CARRERA DE ABOGACÍA DE LA UNC: DESEMPEÑO ACADÉMICO Y RASGOS DISTINTIVOS DE SUS ALUMNOS Y EGRESADOS <i>por Ana María Brigido</i>	569
LA CLINICA EN LA ENSEÑANZA DEL DERECHO. SU DESEMBARCO EN LA CARRERA DE ABOGACÍA DE LA UNC <i>por Ana María Cortés de Arabia</i>	587
LA EDUCACION JURIDICA EN ARGENTINA: GENEALOGIA DE UNA CRISIS <i>por Carlos Alberto Lista</i>	601
ENSEÑANZA PARA LA PRÁCTICA DEL DERECHO. CLÍNICA JURÍDICA DE LA ESCUELA DE ABOGACÍA - FACULTAD DE DERECHO Y CS. SOCIALES U.N.C. <i>por María Cristina Plovanich</i>	619
DERECHO POLÍTICO: REFLEXIONES SOBRE SU ENSEÑANZA MEDITACIONES SOBRE SU ENSEÑANZA EN ESCUELAS DE ABOGACÍA Y FACULTADES DE DERECHO <i>por Martín Rodríguez Brizuela</i>	631

INDICE GENERAL

SECCIÓN V

SÍNTESIS DE TRABAJOS APROBADOS DE BECARIOS DE PREGRADO DEL CIJS

LOS ACUERDOS Y EL PRINCIPIO DE IRRENUNCIABILIDAD EN LAS RESOLUCIONES DE LA SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CÓRDOBA <i>por Beatriz Calvimonte</i>	647
DERECHOS DE LOS PADRES BIOLÓGICOS EN LA ADOPCIÓN <i>por Sandra Perasso</i>	651
RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS <i>por Pablo Damian Pupich</i>	655
LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y EL RECONOCIMIENTO DE SUS DERECHOS: ¿Un Sujeto en Construcción? (Con particular referencia al ámbito americano) <i>por María Fernanda Roldán</i>	659

SECCIÓN VI

TRABAJOS PRESENTADOS EN LA COMISIÓN DE ESCUELAS EN LA SEXTA JORNADA SOBRE EXPERIENCIAS EN INVESTIGACIÓN

MESA 1.- COMUNICACIÓN Y MEDIOS	667
MESA 2.- CURRICULA Y FORMACION ACADEMICA	668
MESA 3.- HISTORIA Y SOCIOLOGIA DE LAS PROFESIONES	669
MESA 4.- EDUCACION	670
MESA 5.- CUESTION SOCIAL	671
MESA 6.- CULTURA Y POLITICA	671

SECCIÓN VII

PALABRAS CONMEMORATIVAS EN HOMENAJE A LOS 20 AÑOS DEL CIJS

María Inés Laje	675
Carlos Alberto Lista	677
Zlata Drnas de Clément	681
Rolando Moroni Petit, Patricia Servato y Ricardo S. Bianciotti	685
ABSTRACTS	689



Se terminó de imprimir en el mes de **noviembre** de 2005 en
M.E.L. Editor - Mariano Larra 3863 - Urca - CP. 5009 -
Tel. 0351 - 4815025 / 155906809
E-mail: marcelolerner@arnet.com.ar
Córdoba - República Argentina