

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CÓRDOBA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

CENTRO DE INVESTIGACIONES
JURÍDICAS Y SOCIALES

ANUARIO X (2007)

ABRIL, Celia; ABRIL, Ernesto; ASPELL, Marcela; AVENDAÑO, María del Carmen;
ÁVILA PAZ DE ROBLEDO, Rosa Angélica; BARBARÁ, Jorge Edmundo;
BEGALA, Silvana; BERGOGLIO, María Inés; BIANCIOTTI, Ricardo S.;
BONETTO, María Susana; BORGARELLO, Esther Susana;
CIUFFOLINI, María Alejandra; CORTÉS DE ARABIA, Ana María;
DIAZ DE LANDA, Martha; DRNAS DE CLÉMENT, Zlata; DUBROWSKY, Sergio;
FORTETE, César; GASTIAZORO, María Eugenia; GONZÁLEZ SALVA, Cecilia;
IANNACCONE, Liliana; JUÁREZ CENTENO, Carlos A.; JULIÁ, Marta Susana;
LAJE, María Inés; LISTA, Carlos Alberto; LLAMOSAS, Esteban F.;
LLOVERAS, Nora; MERCADO DE SALA, María Cristina;
NALLINO, María Alejandra; PARMIGIANI DE BARBARÁ, Myriam Consuelo;
PASTOR DE PEIROTTI, Irma; PEREYRA, Luis Cruz; PLOVANICH, María Cristina;
REY CARO, Ernesto J.; RICHARD, Efraín Hugo; ROSSETTI, Andrés;
SAAD DE BIANCIOTTI, Carla; SALAS, Graciela R.; SCARPONETTI, Patricia;
SCHAPIRA, Leopoldo; SHAW, Enrique; TORRES, Félix A.;
URIONDO DE MARTINOLI, Amalia; VAGGIONE, Juan Marco;
VASSALLO, Jaqueline; YANZI FERREIRA, Ramón Pedro;
ZAMZEM, Verónica

Universidad de Córdoba. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales Anuario X 2007. - 1a ed. - Buenos Aires: La Ley, 2008. 912 p.; 24x17 cm.

ISBN 978-987-03-1337-3

I. Derecho. I. Título

CDD 340

Copyright © 2008 by La Ley S.A.E. e I.
Tucumán 1471 (C1050AACC) Buenos Aires
Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723
Impreso en la Argentina

Printed in Argentina

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

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

Tirada: 400 ejemplares.

I.S.B.N. 978-987-03-1337-3

AUTORIDADES
UNIVERSIDAD NACIONAL DE CÓRDOBA

RECTOR

Silvia Carolina SCOTTO

VICERRECTOR

Gerardo Daniel FIDELIO

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

DECANO

Ramón Pedro YANZI FERREIRA

VICEDECANO

Manuel CORNET

CENTRO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS Y SOCIALES

DIRECTORA

Myriam Consuelo PARMIGIANI DE BARBARÁ

VICEDIRECTORA

María Teresa MOUGHTY

COORDINADORA ACADÉMICA POR ABOGACÍA

María Alejandra STICCA

COORDINADORA DE EXTENSIÓN POR ABOGACÍA

Isabel Lucía ALEM DE MUTTONI

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

Olga PÁEZ

MIEMBROS DEL COMITÉ EVALUADOR DE
PUBLICACIONES DE ESTE ANUARIO

Ernesto ABRIL
Alejandro AGÜERO
Isabel L. ALEM DE MUTTONI
Marcela ASPELL
Guillermo BARRERA BUTELER
María Inés BERGOLIO
Susana BORGARELLO
Rosa Elena BOSIO
María Alejandra CIUFFOLINI
Martha DIAZ DE LANDA
Adriana DREYZIN DE KLOR
Zlata DRNAS DE CLÉMENT
Gonzalo FERNÁNDEZ
María Susana FRASCAROLI
Jorge GENTILE
María Eugenia GÓMEZ DEL RÍO
Ricardo HARO
Liliana IANNACCONE
Marta Susana JULIÁ
Carlos A. JUÁREZ CENTENO
María Inés LAJE
María Cristina MERCADO DE SALA
Juan Carlos PALMERO
Irma PASTOR DE PEIROTTI
Ernesto J. REY CARO
Pablo RIBERI
Efraín Hugo RICHARD
Andrés ROSSETTI
Graciela RUBIOLO DE LUCERO
Graciela SALAS
Patricia SCARPONETTI
Domingo SESIN
Juan Marco VAGGIONE
Rafael VAGGIONE
Gabriel VENTURA
Ramón Pedro YANZI FERREIRA

REGLAMENTO DEL ANUARIO - NORMAS EDITORIALES

1. Características del *Anuario*

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

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

2. Contenido del Anuario

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

3. Extensión de los originales

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

4. Lineamientos del manuscrito

El manuscrito deberá seguir los siguientes lineamientos:

4.1. Forma del escrito

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

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

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

4.2. *Abreviaturas y otros signos*

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

4.3. *Tablas y figuras*

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

4.4. *Notas*

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

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

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

5. Material a presentar con el libro

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

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

-Breve *curriculum vitae*.

6. Corrección de pruebas

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

7. Entrega de la publicación al Autor

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

PALABRAS PRELIMINARES

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

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

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

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

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

La apertura a todas las temáticas de interés para el derecho y las ciencias sociales y un total pluralismo en cuanto a enfoques teóricos y metodológicos para su abordaje, han sido una característica constante que, conjuntamente con una evaluación cuidadosa y objetiva de calidad, confieren también fortaleza a la publicación. Ciertamente que la diversidad de temas obliga a agrupamientos en secciones que a veces resultan un tanto forzados, atento a la impronta interdisciplinaria de las contribuciones. Pero más allá de este inconveniente de tipo meramente formal, es precisamente en la variedad y diversidad donde se refleja al menos un fragmento de la rica tarea intelectual de la Facultad.

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

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

Myriam Consuelo Parmigiani de Barbará
DIRECTORA

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

- Año 2007 -

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

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

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

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

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

Sistema de Ayudantía de Alumnos en Investigación: Dirigido a alumnos de la Carrera de Abogacía de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, a fin de que tengan la oportunidad de ir formándose en investigación mediante la incorporación a un proyecto de investigación en curso radicado en el CIJS.

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

En el marco de las actividades de difusión, el Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales organizó la **VIII Jornada sobre Experiencias en Investigación**, la que se llevó a cabo el 23 de octubre de 2007.

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

Los Objetivos de la Jornada son:

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

El trabajo se organizó en cuatro comisiones: Comisión de Derecho Privado; Comisión de Derecho Público; Comisión de Estudios Básicos; y Comisión de Escuelas de Trabajo Social y Ciencias de la Información.

En esta edición de la Jornada, también se llevó a cabo en colaboración con Secretaría Académica, un taller sobre "**Presentación de Expe-**

riencias Innovadoras para la Enseñanza del Derecho en Nuestra Facultad-Estímulos Emergentes para la investigación en el Área". En dicho Taller se expusieron las siguientes experiencias:

MARCIONI, Nelson Daniel: "*Gabinete de emergencia en Derecho Internacional Público*"

-

Como en años anteriores y con la colaboración de la Secretaría de Extensión y Relaciones Internacionales, los días 23 y 24 de octubre se presentó la "**Cuarta Feria de Becas y Subsidios**", que contó con la participación de instituciones tales como Alianza Francesa, DAAD, IICANA, Agencia Córdoba Ciencia, Prosecretaría de Relaciones Internacionales, SECyT, Secretaría de Extensión y RRII y Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales.

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

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

En colaboración con la Dirección Nacional del Antártico, la Escuela de Aviación Militar y la Facultad de Agronomía (UNC), se organizó el *Primer Ejercicio Nacional de Simulación "S.O.S Antártida"*, que contó con la participación de docentes y alumnos de nuestra facultad.

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

SECCIÓN I
DERECHO PÚBLICO

“EL CONTROL JUDICIAL DE ENTES REGULADORES Y DE CONTROL: LUCES Y SOMBRAS EN LA EVALUACIÓN DE LOS ENTES”

Jorge Edmundo Barbará ()*

Resumen: Desde el punto de vista teórico, los Entes Reguladores y de Control de los servicios públicos deben ser independientes del poder político y, asimismo, constituidos por expertos. El control y la regulación, por lo tanto, deben significar aplicación –y no creación– de reglas o normas establecidas por los poderes políticos, y en ejercicio de un juicio científico, técnico o experticio que precisamente aquellas reglas han delegado en tales expertos y que, sin embargo, en sustancia suponen innovación de tales reglas.

Desde el punto de vista práctico, la ausencia o fragilidad respecto de la independencia y respecto del ejercicio de sus funciones con criterio técnico o experticio por parte de los Entes Reguladores y de Control, los tornan cuestionables a partir de la propia naturaleza de la especialidad estatal que, precisamente, ha dado origen a su existencia.

El rol del Poder Judicial, en su función de control de una decisión técnica por parte de un Ente independiente y también en su función de control supletoria del déficit de experticia e independencia de un Ente, adquiere un claro carácter de evaluador del sistema de regulación y control de los servicios públicos.

Desde la experiencia en Argentina, la ponencia se propone el análisis doctrinario y jurisprudencial de semejante rol evaluador, poniendo al descubierto las luces y sombras de aquellos Entes.

Palabras Claves: Discrecionalidad técnica – Amplitud – Control judicial

(*) Abogado y Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, República Argentina, Facultad de la que actualmente es Profesor Titular por concurso de la cátedra de “Derecho Político”. Cursó estudios de posgrado en la Universidad de Tübingen, Alemania. Ex Decano de la Facultad de Ciencia Política y Relaciones Internacionales de la Universidad Católica de Córdoba, República Argentina (1988-2003) y actualmente Profesor Titular de las cátedras de “Historia del Pensamiento Político” e “Introducción a la Ciencia Política y a las Relaciones Internacionales”, de la misma Facultad. Vice-Presidente de la Asociación Argentina de Derecho Político (AADP).

1- Independencia y experticia en los entes reguladores y de control

En diversos trabajos anteriores (Barbará, 2000; 2002; 2003), hemos fundado la necesidad de que a los entes reguladores y de control, nacidos a la luz de los procesos de privatización y desregulación de los servicios públicos en la República Argentina en los noventa, les sea respetada independencia –o autonomía– funcional y experticia en su composición personal.

Es que dichos entes, derivados de una mayor división de trabajo en las estructuras estatales, en razón de la necesidad de diferenciar al poder estatal que concede el servicio público de que se trate respecto de aquel poder estatal que regule y controle tal servicio, requiere que dicha diferenciación conlleve independencia y especialización.

Debemos tener en cuenta que con anterioridad al proceso de reformas del Estado de los noventa, en general, resultaba ocioso hablar de mercados sectorizados por servicios públicos diferenciados, toda vez que el régimen de monopolios estatales en la prestación de servicios característico de tal época, suponía que el Estado era único prestador de servicios, en ausencia de mercados operados por empresas privadas que prestaran servicios a usuarios o clientes.

Por lo demás, fue recurrente en aquel escenario preprivatizador que las decisiones especializadas y técnicas que requerían la prestación de los diversos servicios, aparecieran postergadas, o directamente ignoradas, en beneficio de decisiones de carácter político que tenían en mira intereses ajenos a los específicos del sector, siendo éstos últimos los intereses que precisamente ameritaban las decisiones apropiadas.

A partir de los noventa se reclama con énfasis independencia y experticia en estos nuevos organismos reguladores.

Parafraseando a Joseph Stiglitz, decíamos (2002) que la independencia de los entes, como los de cualquier otro organismo estatal, no significa otra cosa que restringir la discrecionalidad del gobierno para tomar decisiones en determinadas áreas, toda vez que se delegan las responsabilidades de tomar ciertas decisiones en cuerpos independientes, normalmente compuestos por expertos.

También como sostiene Stiglitz, la mayoría de los argumentos que sustentan esta independencia, aluden a la desconfianza en el proceso político democrático.

La experticia reclamada para el funcionamiento de los entes, supone resguardarlos de la captura por parte de los operadores privados, de la captura inversa por parte de los usuarios y de la captura por parte de los propios poderes políticos, esta última particularmente practicada cuando los gobiernos pretenden fijaciones tarifarias teniendo en mira procesos electorarios o cuando esconden el velado propósito de

desalentar o producir el quebranto del operador privado en vista de adjudicar el servicio a otro operador o en vista de provocar la reestatación del servicio.

Independencia y experticia significan, entonces, componentes de una fórmula que impida, o, al menos, limite sustancialmente, la influencia de intereses especiales susceptibles de estrechar las perspectivas del ente y aumentar su falta de representatividad.

Es de advertir, que dado el carácter interactuante de la racionalidad administrativa, de la racionalidad política y de la racionalidad económico-social, la distorsión o sustitución de una decisión técnicamente aconsejable por parte de un ente, supondrá, previsiblemente, la disfuncionalidad de todo el sistema configurado por términos interactuantes.

Posiblemente uno de los errores más graves cometidos en materia de regulación de servicios públicos en el escenario preprivatizador haya consistido en practicar políticas regulatorias determinadas, como se dijo, por motivaciones políticas, que desatendiendo criterios de racionalidad y funcionalidad económica, política, administrativa y social, **regularon de manera global, sin selectividad y especialización**, guiadas aquellas prácticas por las necesidades generales antes que por las específicas de cada sector. Así, por ejemplo, las decisiones en materia de combustibles respondían más a exigencias presupuestarias para hacer frente a los gastos generales de administración, que a las que se imponían como específicas e imperativas de ese sector, y que hubieran podido hacer de él un área eficiente y rentable, redundando en definitiva tal decisión específica y sectorial en beneficio del interés general, interés general que paradójicamente se invocaba como fundamento de aquel erróneo criterio.

El respeto, entonces, de la independencia y experticia significa un grado de fortalecimiento estatal susceptible de impedir o limitar sustancialmente, la manipulación de la regulación y del control tendiente a la satisfacción de intereses opuestos, en definitiva, al interés del sector de servicios de que se trate y constitutivo este último, por lo demás, del interés general.

Pero además, justificándose la independencia por el saber experto que se ejerza, el defecto de experticia operará, recíprocamente, restringiendo la independencia del ente.

Por tanto, al momento de evaluarse en otras instancias o por parte de otros actores institucionales el ejercicio de las funciones de los entes, resultarán éstos tanto más restringidos en sus funciones cuanto mayor defecto de experticia revelen o cuanto más extiendan su accionar a un ámbito alejado o ajeno de tal experticia. Y ello resulta enteramente

razonable, pues quedará a cargo de quien evalúe o controle al ente en cuestión, enmendar aquel defecto.

Podemos entonces concluir advirtiendo que los defectos de independencia y experticia por parte de los entes, operarán favoreciendo intereses ajenos a aquellos propios del sector que da sentido a su existencia y operarán exigiendo una evaluación y control que los devuelva al ejercicio de sus funciones especializadas.

Precisamente estas consecuencias nos motivan a una mirada sobre el control que el Poder Judicial en la República Argentina ha efectuado sobre el ejercicio de las funciones por parte de los entes.

2- Diversidad de entes y de funciones

En la República Argentina existe diversidad de entes, a los cuales también ya nos hemos referido (Barbará, 1994; 2002; 2005) y a los que le han sido reconocidas diversas funciones.

Algunos Entes Reguladores han sido creados **por ley**. En tal sentido podemos mencionar a: el Ente Nacional Regulador del Gas (ENARGAS) creado por ley nro. 24.076 y reglamentado por el decreto nro. 1.738/92; el Ente Nacional Regulador de la Electricidad (ENRE) creado por ley nro. 24.065 y reglamentado por decreto nro. 1.398/92 y el Ente Tripartito de Obras y Servicios Sanitarios (ETOSS) creado por ley nro. 23.696 y por el decreto nro. 999/92, que fuera disuelto por el art. 3º de la ley nro. 26.221, sancionada el 13 de febrero de 2007, y en cuyo art. 4º se creara el Ente Regulador de Agua y Saneamiento (ERAS).

Asimismo, y en la misma época, por ley nro. 24.804 de 1997 se creó la Autoridad Regulatoria Nuclear, sucesora del Ente Nacional Regulador Nuclear, con funciones de regulación y fiscalización nuclear y de asesoramiento al Poder Ejecutivo en las materias de su competencia, subsistiendo la Comisión de Energía Atómica, que fuera creada por decreto nro. 10.936 de 1950 y reorganizada por decreto-ley nro. 22.498/56, ratificado por ley nro. 14.467, con funciones de investigación y desarrollo de la actividad nuclear.

Otros entes, por el contrario, han sido creados **por decreto**. En tal sentido podemos mencionar a: la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CNT) que fuera creada por el decreto nro. 1.185/90 y convertida en Comisión Nacional de Comunicaciones (CNC) por el decreto nro. 660/96. Es preciso aclarar que este decreto nro. 660/96 obedeció a un nuevo proceso de reformas institucionales denominado “Segunda Reforma del Estado” –la primera reforma fue la llevada a cabo por la ley nro. 23.696 de 1989 llamada, precisamente, “Ley de Reforma del Estado”–. El art. 31 del decreto nro. 660/96 dispuso la fusión de tres entes que habían sido creados con anterioridad, de los cuales dos de ellos se

habían creado también por sendos decretos dictados en consecuencia con lo establecido por el proceso de reformas previstos en la ley nro. 23.696. En efecto, el decreto nro. 660/96 fusionó en la ya mencionada Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CNT) creada, como se dijo, por el decreto nro. 1.185/90, a la Comisión Nacional de Correos y Telégrafos (CNCT) creada por decreto nro. 214/92 y al Comité Federal de Radiodifusión (COMFER) creado originariamente por la Ley de Telecomunicaciones Nro.19.798 de 1972 y luego previsto en la Ley de Radiodifusión Nro. 22.285 de 1980.

Asimismo, por el mismo decreto nro. 660/96 se creó la Comisión Nacional Reguladora del Transporte (CNRT), fusionando en dicho ente, según su art. 40, a la Comisión Nacional de Transporte Automotor (CONTA) que había sido creada por el decreto nro. 104/93 y a la Comisión Nacional de Transporte Ferroviario que había sido creada por el decreto nro. 1.836/93.

Además, por decreto nro. 1.994/93 se creó el Órgano de Control de las Concesiones de la Red de Accesos a la Ciudad de Buenos Aires (OCRABA) y por el decreto nro. 375/97 se creó el Organismo Regulador del Sistema Nacional de Aeropuertos (ORSNA).

Está claro que el cambio de las políticas públicas en Argentina desde el año 2002 alerta sobre la subsistencia del sistema institucional configurado a partir de las reformas de los noventa.

Sin embargo, no obstante los cambios en tales políticas y aún por pendular e inestable que fuera el sistema institucional mismo, existen obstáculos mayores de superar si se pretendiese un regreso, a secas, al Estado preprivatizador.

Y ello porque el sistema mismo de entes de control, en una economía de mercado, ha adquirido en Argentina jerarquía y rigor constitucional, a partir del art. 42 de la Constitución Nacional que fuera incorporado por la reforma constitucional de 1994¹.

Pero, además, la realidad operada a partir de la privatización de servicios públicos pareciera que, aún cuando dichos servicios hubieran

¹ El art. 42 de la Constitución Nacional dispone: *"Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno.*

Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios.

La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control".

sido posteriormente reestatizados, se ha producido un cambio tan complejo en la prestación de tales servicios, que sería ciertamente dificultoso, aún con motivo de la propia opinión pública, que se consintiera mansamente en un regreso a aquella situación, eliminando a los entes nacidos al amparo de aquellas privatizaciones².

Pero además de los entes de carácter nacional, existen diversos entes provinciales y aún municipales.

La extensa diversidad de entes advierte sobre la dificultad de formular una exposición uniforme sobre los mismos, toda vez que aquella diversidad supone, asimismo, diversidad en sus estructuras, en sus características y en sus funciones.

Ello no obstante, proyectando las tradicionales competencias estatales a los entes, es posible reconocerles, en general, funciones legislativas, administrativas y jurisdiccionales.

En un acabado estudio sobre los entes, Alberto B. Bianchi (2003) nos advierte que los entes pueden ser considerados con *“un Estado dentro del Estado. Esta característica se hace presente cuando consideramos que aquellos reúnen las tres competencias básicas de todo Estado:*

² Resulta oportuno tener presente el caso de la reestatización del servicio de provisión de agua potable y tratamiento de líquidos cloacales en Capital Federal y Gran Buenos Aires y del reclamo formulado por la Asociación Defensa de Usuarios y Consumidores (DEUCO) de que no se disolviera el ente regulador (ETOSS) del agua en la zona de concesión de la ex Aguas Argentinas y de que no se modificara el marco regulatorio del sector, al haberse traspasado la operación del servicio a una nueva empresa estatal (Fuente: Diario “La Nación”, Sección 2ª Economía y Negocios, pág. 2, edición del 17 de julio de 2006).

Asimismo, de acuerdo a una encuesta que intentó medir la evolución de la percepción de los usuarios acerca de los servicios públicos concesionados del gas, la luz, el agua y el teléfono que elaboró el equipo de reforma política Compromiso para el Cambio (CPC), el 70% del universo encuestado de porteños y bonaerenses, se manifestó satisfecho con el servicio que las empresas privatizadas prestan. En el análisis particular de cada caso, sobre una calificación de 1 a 10, la calificación referida a los teléfonos -la más baja- ascendió a 6,68; la del agua, 6,97; la de la prestación de los servicios del gas, 7,40 y la de la energía eléctrica, 7,19 puntos.

Dicha encuesta revela, asimismo, un alto desconocimiento respecto de los entes reguladores respectivos: un 94,4% no conoce cuál es el ente regulador del servicio del agua; un 87,1% desconoce al encargado de controlar la telefonía; un 65,1% desconoce el ente referido al gas y un 41% desconoce el de la electricidad. La encuesta revela, asimismo, que los usuarios reclaman mayor control de las empresas privatizadas. En este último sentido la encuesta revela que la gente entiende que el Estado no controla lo suficiente a las empresas y las favorece en las negociaciones, toda vez que el 72% de los encuestados considera que el Estado beneficia los intereses de las empresas, mientras que el 48% se siente desprotegido como consumidor. El requerimiento de mayor y mejor control aparece, pues, evidente.

Ahora bien, las asociaciones de consumidores -tales como la Liga de Acción del Consumidor (Adelco) y la Asociación de Defensa de Consumidores y Usuarios de la Argentina (Adecua)- coinciden, en general, con los datos de dicha encuesta (Fuente: Diario “La Nación”, pág. 16, edición del día 31 de agosto de 2005).

legislar, administrar y emitir pronunciamientos de carácter jurisdiccional" (sic, 2003:159).

Alejandro Uslenghi (2001), de manera coincidente, manifiesta que los entes ejercen funciones de control o administrativas, reglamentarias –o legislativas– y jurisdiccionales (2001:10).

Asimismo, Héctor Pozo Gowland (2001) entiende que los entes ejercen funciones de control y sancionatorias, *"previniendo, según los casos, conductas monopólicas, anticompetitivas o discriminatorias, verificando la aplicación de las tarifas y el nivel de calidad del servicio, lo cual da lugar a la aplicación de premios y sanciones"*; ejercen funciones reglamentarias, ya que *"dictan reglamentos en cuestiones de seguridad, técnicas, mediciones de servicios, tarifarias, etc."* (2001:16). Y ejercen, también, nos dice este autor, funciones jurisdiccionales, como en los casos del Ente Nacional Regulador de la Electricidad (ENRE) y el Ente Nacional Regulador de Gas (ENARGAS), por controversias que se susciten en los respectivos sectores.

3- El control judicial de los entes

3.1- Introducción.

Cualquiera de las funciones que despliegue un ente, sean de naturaleza administrativa, reglamentaria o jurisdiccional si, de su ejercicio, se suscita un caso o controversia, dicha actividad se encuentra sometida a conocimiento y decisión del Poder Judicial³.

No es nuestro propósito ingresar en las cuestiones formales o procesales, previstas en las leyes procedimentales generales o en las disposiciones de carácter procesal que los específicos marcos regulatorios de los diferentes entes acerca de los recursos, plazos y órganos jurisdiccionales competentes para la revisión o control judicial de las actividades cumplidas por los entes.

³ Es claro que la necesidad de la evaluación judicial aparece como imperativo constitucional. Configurando los entes un organismo integrante de la Administración y, por ende, del Poder Ejecutivo, sin perjuicio de su independencia, autonomía o, con mayor rigor, autarquía, en el supuesto de una controversia y de una decisión del ente que la resuelva, el intrínseco carácter jurisdiccional de esta decisión, vulneraría el principio de división de poderes inherente a nuestro sistema republicano si no existiera el derecho de someter aquella decisión a conocimiento y decisión del Poder Judicial. La Constitución Nacional, en sus arts. 1, 5 y 33, en cuanto establecen la forma republicana de gobierno y el principio de soberanía del pueblo, el art. 109 en cuanto prohíbe al Poder Ejecutivo ejercer funciones judiciales y los arts. 116 y sigtes., en cuanto establece un Poder Judicial independiente al que se le atribuye la facultad de dirimir controversias y aplicar las normas constitucionales o de rango preeminente, así como las demás leyes nacionales, dan fundamento bastante para un control judicial suficiente no sólo de los entes sino de todo otro organismo administrativo estatal.

Nuestra preocupación se centrará en los principios elaborados jurisprudencialmente sobre la evaluación de las actividades de los entes, particularmente en cuanto las mismas suponen ejercicio del conocimiento técnico o experticio y en cuanto las mismas suponen ingresar en un escenario ajeno a aquel conocimiento experticio.

En este último sentido, en Argentina es posible observar un antes y un después en relación a un fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Este fallo, un verdadero *leading case*, se conoce como el caso “Estrada” o “Angel Estrada”. En verdad, la designación exacta de la carátula que contiene dichos autos es “Angel Estrada y Cía. S.A. c/ Resolución 71/96 - Secretaría de Energía y Puertos (expte. nro. 750-002119/96)”.

Resulta, entonces, conveniente, efectuar una mirada a la problemática inherente al control judicial de los entes, antes de ingresar en la exposición y análisis del caso “Angel Estrada”.

3.2- La problemática inherente al control judicial de la actividad de los entes.

3.2.1- La problemática.

Es preciso observar que el acto de un ente regulador asume la forma de un acto jurídico, pero su sustancia es técnica.

Es que las relaciones que median en la prestación de servicios públicos de gestión privada requiere básicamente, para el adecuado control y regulación, de conocimientos técnicos necesarios para comprender su naturaleza, sus alcances, su trascendencia económica para el operador y para los usuarios, de tal manera que el ente esté en condiciones de comprender la manera como las cuestiones técnicas puedan jugar a favor –o en contra– del interés general.

El ente, al ejercer su actividad, en razón de su sustancia técnica, en verdad innova, como una dinámica propia de su sentido. Esto es, en alguna medida, crea nuevas situaciones jurídicas, a través de actos que formalmente son jurídicos. No atiene, en alguna medida, su accionar a reglas preestablecidas.

Al efectuar una interpretación de los hechos propios de las relaciones derivadas de la prestación de servicios, la naturaleza intrínseca de los mismos le exige una interpretación técnica, a los fines de controlar y regular de manera específica.

Se produce la paradójica situación consistente en que los entes, que no deben formular políticas públicas sino sólo ejecutarlas, al ejecutarlas no practican una mera rutina de aplicación de normas, sino que van creando una suerte de derecho consuetudinario de contenido técnico, pues cada situación en la que deben intervenir es prácticamen-

te imposible que esté previa y precisamente prevista por un ordenamiento jurídico de carácter técnico, puesto que ello equivaldría a maniatar a la innovación técnica y, con ello, no sólo al ente sino a la propia sociedad, por cuyos intereses, en definitiva, debe velar a partir de su experticia.

A poco que se advierta que la Función Judicial, por regla general, debe atener su accionar a precisas normas jurídicas previamente establecidas, precisamente al contrario de la peculiaridad que resulta del ejercicio de la función técnica por el ente, se comprenderá el *quid* del problema del control judicial sobre la actividad técnica.

Uno, el ente, por su propio sentido experticio y técnico, y por regla general, no puede atener su accionar a precisas y predeterminadas normas, antes bien, debe integrarlas o completarlas con su accionar; el otro, la función judicial, por regla general, debe ajustar su accionar a precisas y predeterminadas normas.

Dicha problemática ha dado, pues, lugar a interesantes reflexiones sobre discrecionalidad técnica y sobre la posibilidad de su control jurisdiccional⁴.

Se trata, entonces, de compatibilizar el control judicial, el cual supone interpretación y aplicación, pero no creación, de la ley, con el ejercicio de un saber técnico especializado contenido en el acto a controlar, saber técnico que supone una cierta discrecionalidad o novedad, en relación a la ley.

⁴ GASPAR ARIÑO ORTIZ, según la cita de ESTEBAN J. ROSA ALVES, nos dice: “...Las decisiones del ente regulador no revisten las características de los actos administrativos clásicos, caracterizados por lo que se llama su **tipicidad**, esto es, la vinculación estricta del contenido del acto con lo previsto por la norma en la que ese supuesto de hecho se contempla (plena subsunción del acto en la norma). Ya hemos dicho también que, frente a ello, en la regulación económica, aunque se aplique el principio de norma previa, existe un margen de discrecionalidad económica y técnica. . El ente regulador tiene que ponderar, en muchos casos, los diferentes factores (técnicos, económicos, sociales, medioambientales, etc.) que entran en juego en toda decisión reguladora, con un impacto directo en el régimen económico de los servicios públicos. La apreciación y valoración de estos factores no es algo que pueda preverse con detalle en una norma estricta, aunque, ciertamente, una de las tareas fundamentales del ente regulador ha de consistir en la redacción y aprobación de normas reglamentarias a través de las cuales se vayan desarrollando y concretando cada vez más los principios contenidos en las leyes. Pero, en todo caso, el acto administrativo del ente regulador tendrá siempre una capacidad creadora, un ámbito de flexibilidad del que no gozan habitualmente las decisiones de la Administración ordinaria. Justamente, por ello, es especialmente exigible una amplia motivación de los mismos. La decisión debe ser particularmente transparente y argumentada. Sólo así, es pensable su revisión judicial” (pág. 36). Resulta, pues, claro, que la suficiente motivación de una decisión intrínsecamente técnica, permitirá al juez ponderar la razonabilidad de esa decisión y, por ende, su revisión o control.

3.2.2- Reflexiones doctrinarias sobre la problemática.

A este respecto referiremos breve y sintéticamente las reflexiones efectuadas por dos autores: Una, específica y breve, en cuanto referida a los entes, realizada por Esteban J. Rosa Alves y otra, completa y amplia efectuada a lo largo de unas quinientas páginas, de Domingo Sesín (2004).

Esteban J. Rosa Alves, con base en la doctrina y en la jurisprudencia existente hasta el momento de su trabajo, da respuesta al problema de compatibilizar el control judicial suficiente con la especialidad y el tecnicismo de los entes reguladores, a partir de un estudio crítico de los estándares de control aplicados en la materia.

Y así, menciona los siguientes estándares, a saber:

1) La ponderación de la actividad reguladora como actividad pericial.

Según este estándar, la actividad técnica del ente sería análoga a la de un dictamen pericial técnico dentro de un proceso judicial.

La crítica se funda en dos razones: La primera en que el ente aplica una determinada política regulatoria en el sector de servicios de que se trate, lo cual supone que su actividad no es neutra, como la de los peritos judiciales; la segunda, que la actividad de los entes no sólo es técnica sino que también abarca otro tipo de actividades, como por ejemplo jurídica, reglamentaria, etc.

2) El estándar del control judicial diferenciado.

En virtud de este estándar, el control judicial puede extenderse sólo hasta un límite cuya superación convertiría al juez en regulador.

La crítica se orienta en advertir sobre el carácter abstracto del estándar, en razón de que la diferenciación del límite de la competencia del juez respecto del regulador es casuística, esto es, depende de las circunstancias de cada caso.

3) El estándar de la discrecionalidad técnica.

Para Rosa Alves, la discrecionalidad técnica no existiría. Y ello porque este autor circunscribe la comprensión de la técnica a que la misma refiere al ámbito de las ciencias duras o exactas, donde las leyes o reglas se traducirían por su rigor, no existiendo, por tanto posibilidad alguna de discrecionalidad en razón de que, según entendemos, sólo sería posible la aplicación de esa regla y no de otra.

No obstante esta definición tan tajante, Rosa Alves admite la posibilidad de que las soluciones técnicas sean más de una.

Ahora bien, como el propio Rosa Alves cita a Sesín, y este autor, de manera exhaustiva, se ocupa del control judicial en referencia a esta discrecionalidad técnica, preferimos detenernos en este estándar al referirnos más abajo a la posición de Sesín.

4) El estándar de la deferencia al regulador.

Según este estándar, si el Congreso, al dictar la ley que el ente aplica, no ha precisado directamente la cuestión que se ha sometido a revisión judicial, los jueces no pueden imponer su propia interpretación de la ley. Si la ley guarda silencio o es ambigua con relación a la materia específica de que se trata, la actividad jurisdiccional debe controlar si el ente se ha fundado en una interpretación permisible de la ley.

“La cuestión que tiene que resolverse no es si ese concepto es o no inapropiado, sino si la idea de la agencia de que tal concepto era apropiado para aplicar la ley era o no razonable; éste debe, pues, otorgar deferencia a la interpretación de las leyes que hace la Administración, salvo que pueda demostrarse que era irrazonable o absurda”, dice Eduardo García de Enterría según cita que efectúa Rosa Alves.

Para explicar este estándar, Rosa Alves cita a María Morena Del Río, en cuanto ésta sostiene que *“la deferencia hacia la Administración intenta explicarse inicialmente con argumentos pragmáticos: se justifica dada la calidad de los expertos técnicos en materias complicadas con que cuenta la Administración, incomparable con la parvedad de los medios de los tribunales, su mucho trabajo y la idea de que ha habido una voluntad del legislativo de delegar esas arduas cuestiones en el Ejecutivo”* (pág. 40).

La crítica a este estándar se orienta, en primer lugar, a advertir que nuestro sistema de control judicial de filiación continental es diferente al origen norteamericano de este estándar, en cuanto permite evaluar las decisiones administrativas desde un punto de vista más general, teniéndose en cuenta, además de los fines específicos perseguidos, en nuestro caso, por la agencia reguladora, los otros fines de carácter social, y en cuanto permite el control de calidad de aquellas decisiones.

Independientemente de las valoraciones que nos merezcan los estándares mencionados precedentemente, su suscita concepción nos permite obtener una visión de conjunto sobre la manera de compatibilizar el control judicial en relación a cuestiones técnicas decididas por el regulador, extremos que, como se dijo, obedecen a lógicas de acción diferenciadas.

Veamos, ahora, también de manera sintética, y en lo pertinente, lo que nos dice Sesín sobre la discrecionalidad técnica y el control judicial.

Sesín nos dice que *“lo técnico”*, en sentido preciso o restringido –esto es, no en sentido amplio o genérico como cualquier actividad

cumplida con habilidad, experiencia o conocimiento— *“implica un saber especializado que responde a una calidad propia del conocimiento. El concepto restringido de lo técnico deja a un lado la experiencia común, los aspectos filosóficos, morales, sociales y psicológicos y se inclina por los procesos físicos y biológicos, como la ingeniería, arquitectura, medicina, química, matemática, etc. Desde esta perspectiva no toda actividad administrativa supone una técnica, sino sólo aquella que proviene del conocimiento particularizado de un oficio o profesión. De tal manera, conforma una categoría específica dentro del ejercicio de la función administrativa o un modo particular de actuación de ésta”* (2004:197-198).

Sesín nos explica que, dada la complejidad de la problemática referida a la técnica, resulta aconsejable abstenerse de formular generalizaciones, advirtiéndonos que la certeza absoluta no siempre existe, aunque la técnica tienda hacia ella.

Esto es, la técnica, *“cuya naturaleza cognitiva es incuestionable como principio general, no implica siempre certeza absoluta, sino que puede admitir pequeños o grandes bolsones de opinabilidad”* (2004:200, resaltado nos pertenece).

Precisamente, a continuación sienta una premisa que estimo de particular relevancia, cuando afirma:

“Desde una perspectiva jurídica, teniendo presente esta realidad, y sin que corresponda hacer discriminaciones respecto de las disciplinas exactas y no exactas para definir lo técnico, ya que éste no es cometido de los juristas, sólo es menester determinar cuándo existe una técnica cierta y una dubitativa en el caso particular” (2004:200, resaltado nos pertenece).

Sesín, al analizar la vinculación de la técnica con el orden jurídico, advierte que las normas de derecho son diferentes a las normas técnicas, pues mientras las primeras se refieren a un deber ser, las segundas *“están muchas veces sujetas a caracteres de fatalidad, en procura de desentrañar el ser de la cosa, o su principio ontológico”*.

Ahora bien, cualquiera fuere el carácter de la regla técnica contenida en la decisión administrativa —por ejemplo reglas técnicas de universal consenso, o al menos tolerables (cuando trasuntan una verdad relativa)— las mismas siempre son controlables judicialmente, toda vez que o bien el juez debe verificar si, en el caso, se ha respetado la regla determinada por la ciencia, la técnica, la experiencia o el comportamiento social, al momento de concretizarse el acto administrativo bajo análisis, o bien —tratándose de actos que contengan cuestiones técnicas complejas, de certeza técnica o científica relativa— el juez debe asimismo verificar si la decisión administrativa adopta una solución técnica aceptable, “tolerable”, cuya razonabilidad sea aprehensible en virtud de su motivación.

El autor sostiene, entonces, que lo técnico forma parte del orden jurídico y, por lo tanto, el control de juricidad se torna posible, disintiendo con las corrientes jurisprudenciales que sostienen que, frente a cuestiones técnicas complejas resueltas por órganos técnicos de la Administración, dichas cuestiones se vuelven irrevisables por los jueces.

Sin embargo, Sesín advierte que cuando la propia realidad o situación admite márgenes de opinabilidad, declina la labor interpretativa y se acrecienta la discrecionalidad, llegando a la siguiente conclusión:

“En estos casos debemos aceptar, aunque en su mínima expresión, la posible existencia de facultades discrecionales para integrar creativamente el concepto. Debe recordarse que los órganos administrativos no sólo son creados para aplicar el derecho sino también para ejercer la discrecionalidad dentro de la juridicidad.

La opinabilidad no excluye de por sí el control judicial porque el juez debe verificar si ha sido correctamente ejercida la discrecionalidad dentro de la juridicidad. Consecuentemente, el control debe recaer sobre todo el comportamiento administrativo objetivable (cognitivo), y cuando en algunos aspectos percibe pequeños márgenes de opinabilidad, en los que es tan aceptable una solución como otra, debe respetar el espacio de libertad relleno por la Administración...” (2004:205).

Sesín proporciona, pues, un instrumentario conceptual lógico y riguroso para ponernos en condiciones de conocer cómo se compatibiliza el control judicial con un acto administrativo –en nuestro caso, proveniente de un ente regulador– de contenido técnico.

Si bien el análisis jurisprudencial, doméstico y comparado, y la considerable doctrina, también nacional y extranjera, que Sesín refiere resulta de invaluable servicio para desentrañar el control judicial de la actividad reglada, discrecional y técnica, estimamos, a los efectos de este trabajo, concluir con las apreciaciones del autor sobre las diferentes reglas técnicas, científicas o de experiencia, contenidas en un acto, y sobre la labor judicial de control respecto de las mismas.

Y así tenemos:

a) Reglas ciertas, uniformes y consensualmente aprobadas por la comunidad científica. Estas reglas de universal consenso, al asumir el carácter de una regla técnica indiscutible, al ser individualizado y caracterizado como tal, forma parte del precepto normativo. Por tanto, la aplicación errónea de la integración referida constituye un vicio de juridicidad que impone su revisión judicial reparadora.

b) Juicios probables tolerables. En este caso, el ordenamiento normativo es llenado por la aplicación de una regla técnica, científica o de experiencia al menos tolerable por la alta probabilidad en el consenso social, técnico o científico. También ese tipo de juicio forma parte del ordenamiento normativo y su apartamiento constituye un vicio de juridicidad que debe ser reparado a través de su control judicial.

En los casos a) y b) la facultad discrecional de la Administración se encuentra sustancialmente limitada, correspondiendo la aplicación del precepto normativo así integrado por los respectivos tipos de reglas o juicios.

c) Alternativas técnicas, científicas o de experiencia igualmente válidas para el derecho y que justifican una elección discrecional.

Para Sesín, cuando el ordenamiento jurídico se remite a técnicas complejas de difícil comprensión, de imposible reproducción probatoria, la resolución administrativa sólo puede ser revisada en forma limitada por el juez, quien debe controlar si el juicio es, al menos, tolerable, es decir, si se trata de una afirmación razonablemente fundada. Si el juez comprueba que el acto no se encuentra debidamente fundado, que es irrazonable, contradictorio, erróneo, oscuro, incoherente, intolerable, aparece el vicio de juridicidad en aquél. El control del juez recae, pues, sobre esos aspectos.

A través de tales conceptos, como se dijo, Sesín proporciona un valioso andamiaje para orientarnos en el escenario del control judicial de una cuestión técnica, núcleo de la relación entre entes reguladores y poder judicial.

Ciertamente que la circunstancia consistente en que el autor afirme que aún el ámbito discrecional del juicio de la Administración reside en una permisión expresa o tácita del ordenamiento normativo que, en definitiva, se integra con aquel juicio, por discrecional que fuere, advierte que *siempre* la actividad de la Administración es susceptible de ser revisada por el juez, toda vez que aquella integración significa que éste, en definitiva, controlará la juridicidad del acto.

Tal análisis lo hemos estimado no sólo ajustado y pertinente para ubicarnos en el estado del arte previo al caso “Ángel Estrada”, al que a continuación dedicaremos nuestra atención, sino para advertir que lo trasciende, toda vez que, como veremos, el control judicial de

decisiones técnicas continuará siendo una puerta abierta a criterios que nos guíen en un camino que se construye caso a caso.

3.2.3- El caso “Ángel Estrada”.

El caso “Ángel Estrada y Cía. S.A. c/ resol. 71/96 - Secretaría de Energía y Puertos (Expte. nro. 750-002119/96)” fue fallado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación de la República Argentina con fecha 5 de abril de 2005.

Dicho caso se motiva en una resolución del Ente Nacional Regulador de la Electricidad (ENRE) –la resolución nro. 229 del año 1995–, por la cual se rechaza el reclamo de indemnización por daños y perjuicios planteado en sede administrativa contra el concesionario privado prestador del servicio eléctrico –Edesur S.A.–, con motivo de las interrupciones en el servicio de suministro en niveles de tensión insuficientes para poner en funcionamiento determinadas máquinas, impidiendo el normal funcionamiento de una planta industrial.

El control judicial versa sobre las facultades del ente para resolver un reclamo de naturaleza indemnizatoria, extremo el cual merecerá efectuar consideraciones acerca de las otras facultades del ente, esto es, sobre las propiamente técnicas.

Ahora bien, el pronunciamiento arriba referido del ente se efectúa en el ámbito de la competencia que le reconoce la ley nacional nro. 24.065 del año 1991 que regula al sector eléctrico, esto es, a la generación, transporte, distribución y demás aspectos vinculados con la energía eléctrica y que, asimismo, crea y regula el funcionamiento del ente específico, es decir, del Ente Nacional Regulador de la Electricidad. Dicha ley, entonces, en su art. 72, dispone:

“Toda controversia que se suscite entre generadores, transportistas, distribuidores, grandes usuarios, con motivo del suministro o del servicio público de transporte y distribución de electricidad, deberá ser sometida en forma previa y obligatoria a la jurisdicción del ente.

Es facultativo para los usuarios, así como para todo tipo de terceros interesados, ya sean personas físicas o jurídicas, por iguales motivos que los enunciados en este artículo, el someterse a la jurisdicción previa y obligatoria del ente”.

El caso bajo análisis, se encuadra en el art. 72, párrafo 2º, arriba transcripto.

En razón de que el art. 76 de la ley nro. 24.065 establece que “**las resoluciones del ente podrán recurrirse por vía de alzada, en los términos de la ley nacional de procedimientos administrativos y sus dis-**

posiciones reglamentarias” y que *“agotada la vía administrativa procederá el recurso en sede judicial directamente ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal”*, previo a la intervención de la Corte, se pronunciaron, respectivamente, el Superior del ente –la Secretaría de Energía y Puertos– y, posteriormente, en sede judicial, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal.

La Secretaría de Energía y Puertos confirmó, por resolución nro. 71/96, la resolución nro. 229/95 del ENRE.

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, por mayoría, declaró la nulidad de la resolución nro. 229/95 del ente y, por ende, de la resolución nro. 71/96 de la Secretaría de Energía y Puertos, entendiéndolo, al resolver, que el ENRE está facultado para resolver el reclamo indemnizatorio de un usuario por irregularidades en el cumplimiento del servicio, remitiendo, por tanto las actuaciones al ENRE para que sustanciara el reclamo del actor y, en ejercicio de la jurisdicción previa que le corresponde, dictara un nuevo acto con arreglo a lo dispuesto por la sentencia de Cámara.

A este último respecto, la Cámara entendió que por aplicación del Marco Regulatorio Eléctrico y del contrato de concesión celebrado entre el Estado Nacional y la empresa prestataria del servicio de distribución de energía eléctrica, ésta debía responder por la totalidad de los daños y perjuicios ocasionados como consecuencia de la irregular prestación del servicio a su cargo y no sólo por las multas que ya antes, en 1994, el ente había aplicado a Edesur S.A. Por tanto, al devolver la causa al ente, dispuso que éste, en ejercicio de la jurisdicción que le confiere o reconoce el art. 72 de la ley nro. 24.065 –como ya se dijo–, procediera a la determinación de la cuantía de la reparación reclamada por el demandante en concepto de alquiler de equipo eléctrico y sueldos abonados al personal.

Contra tal pronunciamiento, tanto el ENRE cuanto la Secretaría de Energía y Puertos, interpusieron sendos recursos extraordinarios ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

3.2.4- El fallo de la Corte en el caso “Ángel Estrada”.

La Corte entra al estudio del fondo del asunto, examinando dos cuestiones: **a)** la supuesta limitación de la responsabilidad de la empresa distribuidora, limitación que resultaría de determinar si la aplicación de las multas previstas en el contrato de concesión celebrado con Edesur S.A. excluye la posibilidad de que el usuario reclame adicionalmente los daños y perjuicios derivados del incumplimiento del contrato de concesión por parte de la empresa distribui-

dora, particularmente porque el art. 78 de la ley nro. 24.065 dispone que “*las violaciones o incumplimientos de los contratos de concesión de servicios de transporte o distribución de electricidad serán sancionados con las penalidades previstas en los respectivos contratos de concesión*” y **b)** la competencia del organismo de control (en caso de que se admitiera la responsabilidad por daños y perjuicios) para resolver, en sede administrativa, la procedencia del resarcimiento solicitado por la firma usuaria con fundamento en el derecho de los contratos y las disposiciones legales y reglamentarias que determinan las condiciones que debe reunir el suministro de energía eléctrica.

Veamos, pues, las dos cuestiones:

a) En cuanto a la primera cuestión, la Corte examina, en primer lugar, el temperamento asumido por el ENRE, el cual interpreta que el mencionado –y transcrito– art. 78 de la ley nro. 24.065 y las previsiones sancionatorias del contrato de concesión, limitan la responsabilidad de la empresa distribuidora a las “*penalidades previstas en los contratos de concesión*”, esto es, a las multas previstas en tales normas contractuales.

El ente sostiene, sustancialmente, que dicha limitación se justifica por la misma razón técnica que se explican las limitaciones de responsabilidad consagradas en otros ámbitos, tales como las del transportador marítimo y aéreo, o en el derecho de seguros. Afirma que si además de las multas previstas en el contrato, la concesionaria debiera responder frente a cada uno de los usuarios por los perjuicios derivados de las posibles variaciones en el nivel de tensión o de las inevitables interrupciones en el suministro de energía eléctrica, se quebraría el equilibrio económico de las empresas prestadoras, y la previsión de tales costos redundaría, en definitiva, en un incremento sustancial de las tarifas. Potencialmente, cada interrupción en el suministro de energía eléctrica podría dar lugar a una infinidad de reclamos por los daños individualmente sufridos por los usuarios en su profesión, comercio o industria.

Aduce que, por tal razón, las multas previstas en las cláusulas contractuales tienen carácter de cláusulas penales, cuyo efecto propio es el de limitar el importe de los daños derivados del incumplimiento del contrato de concesión al monto fijado en ellas.

Por tanto, la cláusula contractual que reza “*el pago de la penalidad no relevará a la distribuidora de eventuales reclamos de daños y perjuicios*”, tiene por único alcance excluir de la señalada limitación de res-

pensabilidad a los supuestos en que, con motivo de la prestación del servicio de distribución de energía eléctrica, la empresa distribuidora causara un daño a personas distintas de los usuarios del servicio; vale decir, comprende exclusivamente los supuestos de responsabilidad extracontractual.

En sentido análogo agrega que el decreto nro. 1.398 de 1992, al reglamentar la ley nro. 24.065, dispone que *“el régimen de penalidades se establecerá en función del perjuicio económico que ocasione al usuario la prestación del servicio en condiciones no satisfactorias. En consecuencia, la multa por incumplimiento de las normas de calidad de servicio técnico satisfactorio, consistirá en la aplicación de bonificaciones sobre las facturaciones a los usuarios que hayan sido afectados, las que se calcularán en función del costo que representa, para cada grupo de usuarios, la energía no suministrada”*.

Afirma que, de acuerdo al Reglamento de Suministro de la Energía, aprobado por la Secretaría de Energía, sólo en el supuesto de daños a las instalaciones o artefactos de propiedad del usuario, éste puede reclamar, además de las multas, el resarcimiento de los daños y perjuicios producidos a las instalaciones o artefactos.

El ente afirma que la determinación de qué es lo debido al usuario y de las consecuencias de la falta de cumplimiento de la prestación se hallan **íntegramente reguladas por las normas legales, reglamentarias y las disposiciones contractuales referidas** que, para los supuestos de interrupciones o variaciones del suministro de corriente eléctrica, no prevén sino la aplicación de multas o bonificaciones excepto el caso, ya aludido, de daños causados a las instalaciones o artefactos del usuario. Por lo demás, afirma que ya el ente había aplicado a Edesur S.A., en 1994, por interrupciones y variaciones en los niveles de tensión, multa por ca. pesos-dólares 4.000.000. Por tanto, sostiene que es improcedente la indemnización de los daños y perjuicios adicionalmente ocasionados a la empresa usuaria.

En segundo lugar, y luego de haber referido el temperamento asumido por el ente, la Corte lo rebate.

Entiende que la inteligencia propuesta por el ENRE no se ajusta ni a la letra ni al espíritu de la ley, ni al contrato de concesión y sus disposiciones complementarias.

La Corte expresa que la responsabilidad **por eventuales “reclamos por daños y perjuicios” se refiere a los mismos supuestos de hecho que justifica la aplicación de penalidades; esto es, el caso de incumplimiento del suministro de energía eléctrica según los parámetros establecidos en el contrato de concesión y sus especificaciones complementarias.**

Asimismo sostiene el Alto Tribunal que tampoco resulta atendible sostener que el reclamo por daños y perjuicios se refiere sólo a los

supuestos de responsabilidad extracontractual de la empresa concesionaria (esto es, a los daños ocasionados a terceros no usuarios del servicio con motivo de la ejecución del contrato). Al margen de que, salvo texto expreso en contrario, no es presumible que las partes hayan dedicado las cláusulas del contrato a regular los efectos de las relaciones jurídicas extrañas a las nacidas del acuerdo de voluntades, tales previsiones no resultarían oponibles a terceros, especialmente si se atiende al carácter de principio general del derecho que cabe reconocer al axioma *alterum non laedere*.

La Corte, a nuestro entender, ingresa en el núcleo neurálgico de la causa, cuando advierte y sostiene que en el caso se debate si la empresa concesionaria es responsable por los daños ocasionados por interrupciones y variaciones en los niveles de tensión o si, de conformidad con lo alegado en sede administrativa, el incumplimiento no le resulta imputable, porque obedeció a un supuesto de caso fortuito o fuerza mayor. La cuestión se reduce a determinar si (teniendo especialmente en cuenta la naturaleza y modalidades propias conque, según las normas aplicables y el contrato respectivos, debió ser cumplido el suministro de energía) Edesur S.A. es responsable y, en ese caso, si adeuda al usuario los daños e intereses correlativos. **El asunto planteado se resuelve con arreglo a los principios del derecho común, cuya vigencia no ha sido desplazada por ninguna otra norma contenida en el estatuto legal específico que regula la prestación del servicio de electricidad.** El art. 78 de la ley nro. 24.065 (en cuanto dispone que los incumplimientos de los contratos de distribución de electricidad serán sancionados con las penalidades previstas en los contratos de concesión) no sólo no excluye la vigencia de normas generales que regulan la responsabilidad contractual sino que, además, remite al texto que deja a salvo los eventuales reclamos por daños y perjuicios derivados del incumplimiento de la provisión de energía en las condiciones debidas. El Reglamento de Servicios, aprobado por Resolución de la Secretaría de Energía nro. 168 de 1992, se limita a determinar una de las hipótesis de responsabilidad de la empresa distribuidora, esto es, el resarcimiento de los daños producidos a las instalaciones y/o artefactos de propiedad del usuario provocados por deficiencias de la calidad técnica del suministro imputables a dicha empresa.

Pero sus previsiones no son taxativas, pues no es admisible entender que las normas estatutarias que regulan el servicio público de que se trata derogan las normas de derecho común, salvo que el Congreso expresamente hubiera dispuesto lo contrario o cuando la subsistencia de las normas preexistentes fuese tan repugnante al estatuto legal que lo privara de eficacia, esto es, que lo inutilizara. Esto último

registra conformidad en precedente de E.E.U.U., en el caso *Nader vs. Allegheny Airlines*.

La Corte también descalifica el fundamento invocado por el ente, en cuanto éste argumenta que, de aceptarse la responsabilidad de la distribuidora más allá de las multas prefijadas en el contrato de concesión, ello significaría un sobre costo que, inevitablemente, redundaría en el precio prestado a los usuarios. La Corte advierte que las bases para la fijación de las tarifas se hallan establecidas por el art. 40 y siguientes de la ley nro. 24.065. En cuanto interesa al caso, tales normas establecen que las tarifas de los servicios suministrados por los distribuidores serán justas y razonables, de manera que proveerán a quienes operen en forma económica y prudente la oportunidad de obtener ingresos suficientes para satisfacer los costos operativos razonables, las amortizaciones y una tasa de rentabilidad justa. **Ninguna de tales disposiciones permite que las consecuencias de las eventuales faltas de diligencia en que incurriesen las empresas concesionarias pueden ser tenidas en cuenta y cargadas al precio del servicio respectivo**, toda vez que la tarifa debe satisfacer exclusivamente los costos en que aquellas hubieran prudentemente incurrido con el objeto de satisfacer la prestación debida a los usuarios.

b) Respecto de la segunda cuestión planteada en el caso, relativa a determinar si el ENRE tiene facultades para resolver el reclamo de daños y perjuicios interpuesto por Ángel Estrada y Cía. S.A., la Secretaría de Energía se agravia de lo resuelto en la sentencia apelada por considerar que la competencia atribuida por la ley nro. 24.065 al ente regulador se limita exclusivamente a un incumplimiento contractual, y a la imposición de las sanciones establecidas en el contrato respectivo. Sostiene que la determinación y condena al pago de los daños y perjuicios reclamados por el usuario constituye materia ajena a la jurisdicción del ente y, al estar regida por el derecho privado, compete a los jueces ordinarios.

La Corte entiende, entonces, que para resolver la causa es menester armonizar los preceptos de la ley nro. 24.065 con el ordenamiento jurídico restante y, en particular, con los principios y garantías de la Constitución Nacional. En consecuencia, la atribución de dirimir todas las controversias que se susciten con motivo del suministro de la energía eléctrica debe ser entendida con arreglo a la doctrina fijada por la propia Corte, en cuanto que la misma establece que el otorgamiento de facultades jurisdiccionales a órganos de la administración desconoce

lo dispuesto en los arts. 18, que garantiza la defensa en juicio de la persona y sus derechos, y 109 de la Constitución Nacional, que prohíbe en todos los casos al Poder Ejecutivo ejercer funciones judiciales. Tales principios constitucionales quedan a salvo siempre y cuando los organismos de la administración dotados de jurisdicción para resolver conflictos entre particulares haya sido creado por ley, su independencia e imparcialidad estén aseguradas, el objetivo económico y político tenido en cuenta por el legislador para crearlos y restringir así la jurisdicción que la Constitución Nacional atribuye a la justicia ordinaria sea razonable y, además, sus decisiones estén sujetas a control judicial amplio y suficiente.

La Corte recuerda que la atribución de jurisdicción primaria a organismos administrativos (doctrina tomada de E.E.U.U.) se justifica cuando la resolución de la controversia presuponga la familiaridad con hechos cuyo conocimiento haya sido confiado por la ley a cuerpos expertos, debido a que su dilucidación depende de la experticia técnica de dichos cuerpos; o bien porque están en juego los particulares deberes regulatorios encomendados por el Congreso a una agencia de la administración; o cuando se procure asegurar la uniformidad y consistencia en la interpretación de las regulaciones políticas diseñadas por la agencia para una industria o mercado particular, en vez de librarla a los criterios heterogéneos o aún contradictorios que podrían resultar de las decisiones de jueces de primera instancia. Tales criterios los reconoce la Corte de conformidad a la doctrina en los casos *Texas & Pacific Railway vs. Abilene Cotton Oil*; *Far East Conference vs. United States*; *Weinberger vs. Bentex Pharmaceuticals Inc.*

Por el contrario, la Suprema Corte de Estados Unidos entendió que el principio de la jurisdicción primaria no rige cuando la cuestión controvertida es ajena al régimen propio de las agencias. Así, en el caso *Nader vs. Allegheny Airlines, Inc.* (426 U.S. 290,306), dicha Corte estableció que no correspondía someter a la jurisdicción primaria de la Civil Aeronautics Board (CAB) la determinación de si una línea aérea había incurrido en un engaño fraudulento al no informar que podía “sobrevender” sus vuelos e impedir el embarque de pasajeros con reservas confirmadas. En este sentido, la Corte argumentó que no justificaba someter este tema a la jurisdicción primaria de CAB, **desde que para resolver el caso no se necesitaba contar con la experiencia y especialización de dicha agencia.** Agregó que “*la aplicación de los estándares que rigen una demanda por prácticas fraudulentas corresponde a la competencia convencional de los tribunales ordinarios*” y que “*el criterio técnico de un cuerpo experto no parece ser útil para la aplicación de estos estándares a los hechos del caso*”.

Es decir, la jurisdicción de las agencias se circunscribe a las materias que configuran “el corazón” de las tareas que tuvo en miras el Congreso que las emplazó. Entre ellas están, por ejemplo, las decisiones relativas a la razonabilidad de las tarifas (de conformidad con los casos “*Texas & Pacific Railway*” y “*Far East Conference*”, citados precedentemente y “*United States vs. Western Pacific Railroad*”).

Según estos principios, sostiene la Corte, en el caso “Ángel Estrada”, estarían sujetas a la jurisdicción primaria de los organismos administrativos las controversias que se susciten entre los sujetos mencionados en la primera parte del art. 72 de la ley nro. 24.065 –generadores, transportistas, distribuidores, grandes usuarios–, en la medida en que las relaciones entre ellos afectan el correcto funcionamiento del servicio. Lo mismo cabe decir de los supuestos enunciados en el Reglamento de Suministros aprobado por la resolución nro. 168/92 de la Secretaría de Energía y sus modificatorias –daños a las instalaciones o artefactos de propiedad del usuario– cuando, facultativamente, los usuarios optasen por la jurisdicción del ente regulador en los términos del segundo párrafo del art. 72 ya citado. Es que la denominada “jurisdicción primaria” de las agencias administrativas **comprende** los conflictos que originalmente corresponde a la competencia de los jueces ordinarios, pero que en virtud de un régimen propio, incluyen determinados extremos comprendidos dentro de la competencia especial de un cuerpo administrativo (de conformidad con “*United States vs. Western Pacific Railroad*”, citado precedentemente), con la salvaguarda de que la palabra final sobre la validez de las órdenes o regulaciones dictadas por aquél siempre compete a los jueces ordinarios.

Que es relevante añadir que no cualquier controversia puede ser **válidamente** deferida al conocimiento de órganos administrativos con la mera condición de que sus decisiones queden sujetas a un ulterior control suficiente. **Los motivos tenidos en cuenta por el legislador para sustraer la materia de que se trate de la jurisdicción de los jueces ordinarios deben estar razonablemente justificados** pues, de lo contrario, la jurisdicción administrativa así creada carecería de sustento constitucional, e importaría un avance indebido sobre las atribuciones que el art. 116 de la Constitución Nacional define como propias y exclusivas del Poder Judicial.

En consecuencia, dada la sustancial analogía existente entre las facultades atribuidas por el art. 72 de la ley nro. 24.065 al Ente Regulador de la Energía Eléctrica (para resolver “todas las controversias” que se susciten con motivo del suministro de la energía eléctrica) y las otorgadas por el art. 66 de la ley nro. 24.076 al Ente Nacional Regulador del Gas –ENARGAS– (para dirimir “todas las controversias” que se susciten con motivo de la captación, tratamiento, transporte, almacenamiento, dis-

tribución y comercialización del gas), es pertinente extender tal caso de autos la doctrina sentada para aquél. De conformidad con aquélla, la decisión del conflicto relativo a la venta y adquisición de las instalaciones de distribución de gas, por importar una determinación sobre el **derecho de dominio** sobre éstas, se halla **excluida** de la jurisdicción especial atribuida al ENARGAS. De la misma manera, **la determinación y condena al pago de daños y perjuicios eventualmente derivados del incumplimiento del contrato celebrado con el usuario debe considerarse fuera de la jurisdicción especial atribuida al ENRE por el art. 72 de la ley nro. 24.065.**

Que, de manera general, la expresión *“toda controversia”* contenida en el artículo citado debe entenderse como circunscripta a toda *controversia* válidamente sustraída por el Congreso a la competencia de los jueces ordinarios. En particular, la administración de los remedios ordinarios, esto es, el poder para dirimir el reclamo por daños y perjuicios planteado por el usuario con sustento en el derecho común, resulta extraño a las atribuciones conferidas al ente regulador por el art. 72 de la ley nro. 24.065. Ello así porque tal poder no guarda relación con los motivos tenidos en mira por el legislador al crear el ente en cuestión, al margen de que una eventual decisión condenatoria dictada por el ente regulador sobre el punto **carecería de cosa juzgada y no sería susceptible de cumplimiento forzoso** conforme las reglas relativas a la ejecución de sentencias, pues la ley no le ha otorgado estas cualidades a las decisiones del organismo. En suma, que su intervención resultaría estéril, pues no podría satisfacer el reclamo de daños y perjuicios por medio de una decisión que, conforme a la ley, tuviera un alcance equivalente al de una sentencia condenatoria.

La Corte entiende que, a lo expuesto, cabe agregar que la controversia planteada en el caso se reduce a determinar si la empresa distribuidora es responsable o si, por el contrario, el incumplimiento de la obligación de suministrar corriente eléctrica no le resulta imputable. Claro está –advierte la Corte– que ello supone establecer la existencia de las interrupciones y variaciones de niveles de tensión, así como las condiciones que, según el contrato de concesión y las reglamentaciones dictadas por el ente, debía reunir el suministro en cuestión, esto es, definir el contenido concreto de la prestación y el estándar de diligencia exigible a la empresa distribuidora en la prestación del servicio. **Tales extremos, aunque involucren aspectos técnicos, son insuficientes para atribuir jurisdicción al ente regulador, toda vez que nada obsta a que los jueces ordinarios le requieran toda la información relevante para determinar la existencia de la mora y la imputabilidad del incumplimiento.** Sobre el particular cabe agregar que, en las actuaciones administrativas, Edesur S.A. alegó la existencia de caso fortuito y fuerza ma-

yor, derivados del anegamiento de una parte de la zona de emplazamiento del conductor subterráneo como consecuencia de una inundación y negó la existencia del perjuicio invocado por el usuario; **de modo que el conflicto debe resolverse por aplicación de los principios contenidos en la legislación común**, sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones del contrato de concesión y las reglamentaciones administrativas específicas.

Toda vez que la materia del reclamo está constituida por los daños individualmente experimentados en el patrimonio del usuario como consecuencia del suministro insuficiente de energía eléctrica, resulta claro que la disputa no puede resolverse por aplicación del régimen estatutario que conforma el marco regulatorio del servicio público de electricidad, para cuya administración fue especialmente creado el ente respectivo. Por ello (sin perjuicio del indudable valor probatorio que revisten las actuaciones administrativas tramitadas ante el ente regulador), la Corte concluye acogiendo el recurso extraordinario presentado por la Secretaría de Energía, otorgándole razón en cuanto a que el Ente Nacional Regulador de la Electricidad carece de competencia para dirimir el conflicto planteado en autos con arreglo a los principios contenidos en la legislación común, de conformidad al precedente estadounidense precitado “*Nader vs. Allegheny Airlines*, 426 U.S. 290”, agregando que no toda disputa imaginable debe ser sometida a la agencia de la administración porque, de modo periférico, ésta tenga algo que ver con alguna de las partes.

Por todo ello, la Corte resuelve confirmar la sentencia de la Cámara en cuanto a la responsabilidad de la empresa distribuidora y revocarla en tanto confiere competencia al Ente Nacional Regulador de la Electricidad.

Tal ha sido, en lo sustancial, la sentencia de la Corte en el caso “Ángel Estrada”.

3.2.5- Comentarios al caso “Ángel Estrada” - Nuestra posición.

El caso “Ángel Estrada” suscitó numerosos comentarios⁵. De entre ellos, previo a efectuar los nuestros, he estimado pertinente exponer alguna de las críticas que se formularon a dicho fallo a través de la opinión del prestigioso administrativista Ismael Mata.

⁵ Entre otros, es posible citar los siguientes trabajos a propósito del caso “Ángel Estrada”: MATA, ISMAEL; “El caso Ángel Estrada” y la competencia de los entes reguladores para resolver conflictos sobre daños y perjuicios”; Rap Digital –Circular Letter 47 – Mayo 2005 incluido en Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública –Rap– Nº 322 – Julio 2005; CASSAGNE, JUAN CARLOS; “Las Facultades jurisdiccionales de los Entes

Ismael Mata entiende que la sentencia de la Corte recaída en dicho caso *“es acertada en cuanto al enfoque de la responsabilidad del prestador de un servicio público por los daños y perjuicios causados por deficiencias de dicho servicio; en cambio, según mi opinión, la decisión resulta errada en lo relativo a la competencia de los entes reguladores para resolver ese tipo de conflictos mediante una norma legal que les atribuye decidir en forma previa y obligatoria en todas las controversias vinculadas con el servicio regulado”* (2005:73).

Asimismo, Mata critica el fallo cuando, no obstante identificar los aspectos técnicos que jugaban en la especie para establecer la responsabilidad de la distribuidora, les quita entidad para conferirle jurisdicción al ente porque, según la Corte, bien pueden ser sustituidos esos aspectos técnicos por informes requeridos al ente por el juez ordinario. Mata entiende, entonces, que la Corte, incurre *“en una afirmación inexacta”* porque, por un lado desmerece la relevancia de los extremos técnicos pero, por otro lado, entiende que el juez debe pedir al ente dichos informes para resolver la causa.

Asimismo, Mata advierte que sesgar la actividad jurisdiccional del ENRE, estableciendo distinciones en cuanto a cuál controversia puede ser dirimida por el ente y cual no, cuando la ley nro. 24.065 en el art. 72 habla de *“toda controversia”*, significa que la Corte efectúa distinciones donde la ley, en función de sus términos, no lo permite. Vendría así, entonces, a vulnerar el principio exegético *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*. Mata sostiene que la intención del legislador surge con claridad de la norma del art. 72, en cuanto encomendó al regulador resolver todas las controversias que se susciten *“con motivo del suministro o del servicio público de transporte y distribución de electricidad”*, es decir, todos los aspectos vinculados con el servicio asignando, según afirma Mata, la prioridad a los aspectos técnicos y económicos inherentes al mismo.

Asimismo, en cuanto al extremo del fallo referido a la esterilidad de la vía administrativa, en razón de que una decisión condenato-

Reguladores”; La Ley del 9/6/255; MERTEHIKIAN, EDUARDO; “Breves anotaciones sobre los límites de la “competencia” de los entes reguladores en la solución de conflictos, en la jurisprudencia del caso “Ángel Estrada” Revista de la Administración Pública-Rap; Circular Letter 53, 12/08/2005, FANELLI EVANS, GUILLERMO E.; “Indemnizaciones a Usuarios y Competencia de los Entes Reguladores”; La Ley del 22/4/2005; VANOSI, JORGE R.; “De nuevo: ¿Poder Judicial y Tribunales Arbitrales; o Tribunales Administrativos?”; JA - 2005 -II, fascículo 12; MORA, ROBERTO D.; “Una de cal y otra de arena (A propósito del fallo Ángel Estrada y Cía. S.A.)”; La Ley - Suplemento de Jurisprudencia de Derecho Administrativo del 27/5/2005; COVIELLO, PEDRO J. J., ¿Qué es la jurisdicción primaria? Su aplicación a nuestro ordenamiento (a propósito de su invocación en el caso “Ángel Estrada”)”, El Derecho, Administrativo, Buenos Aires, 29/04/2005.

ria dictada por el ente regulador carecería de autoridad de cosa juzgada y no sería susceptible de cumplimiento forzoso conforme a las reglas relativas a la ejecución de sentencias, Mata también lo somete a crítica. Ello así porque entiende que, o bien el pronunciamiento del regulador puede ser consentido por ambas partes y, por tanto, quede firme, con lo cual podría ejecutarse judicialmente, o bien, para el caso de que aquel pronunciamiento fuere recurrido, la decisión del tribunal revisor tendría fuerza de cosa juzgada y sería ejecutable.

En nuestro caso, nuestra primera reflexión apunta al ente regulador y a su pronunciamiento. Ello así porque, al priorizar las normas regulatorias específicas del sector eléctrico por sobre las normas del derecho común, en una cuestión cuya naturaleza manifiestamente exigía un análisis a partir de estas últimas, se revela que un organismo técnico no resulta idóneo para dirimir una controversia cuya sustancia no fuera técnica. En tal sentido, creemos que la Corte transita por el camino correcto al negarle una competencia que el ente desperdició u omitió ejercer.

Pero más grave aún resulta el curioso razonamiento del ente, en cuanto pretende que una indemnización por un hecho ilícito integre la tarifa del servicio que deben pagar los usuarios. En efecto, al sostener el ENRE que si, además de las multas, la concesionaria debiera responder por los perjuicios derivados del incumplimiento contractual que la vincula con los usuarios individualmente, ello quebraría el equilibrio económico de las empresas prestadoras lo cual redundaría, según el ente, *“en un incremento sustancial de las tarifas”*, el ente ha priorizado, de manera antijurídica, el interés del operador privado.

Y es antijurídica porque pretende hacer pagar a los usuarios las consecuencias de un temperamento ilícito en que incurrió el prestador, al incumplir, de manera reprochable, el contrato de suministro de energía a un usuario. El ente, de haber quedado firme su resolución, habría sentado un repugnante precedente conforme al cual la responsabilidad de uno de los sujetos de la relación contractual no existiría a los fines de la reparación pecuniaria que su obrar ilícito habría causado al otro sujeto individual, toda vez que las consecuencias patrimoniales de ese obrar ilícito no serían soportadas por quien incumplió el contrato, sino por la totalidad de los usuarios, a través del incremento tarifario, verdaderos terceros en esa relación. Pero lo que es aún peor, atento a la curiosa solidaridad creada entre los usuarios, también pagaría dichas consecuencias del obrar ilícito del prestador, su propia víctima en cuanto también es usuario.

Suponer que las normas regulatorias específicas disponen un bill de indemnidad en cabeza del operador privado, obviando el elemental principio jurídico de derecho común que reza que quien causa

un perjuicio a otro está obligado a su reparación, supone algo más que un defecto en la interpretación del derecho. Y ello porque aún cuando la intención del ente no haya sido favorecer al operador, objetivamente su decisión lo favoreció, tipificando, a nuestro entender, un lamentable caso de captura del ente.

Adviértase que la legislación de fondo, civil y penal, imponen, al lado de una pena, el resarcimiento económico de las consecuencias de un obrar ilícito a favor de las víctimas.

Pretender hacer jugar la legislación civil –por caso, el art. 655 del Código Civil en cuanto establece el carácter sustitutivo de la pena o multa prevista– en un contrato en lugar de la indemnización de daños y perjuicios, como efectuó el ente, es algo más que una falta de buen gusto. Y ello porque dicha disposición está prevista para un escenario de plena vigencia del art. 1.197 del Código Civil, esto es, de aplicación del principio de autonomía de la voluntad, el cual supone sujetos enteramente libres e iguales, mientras que en la especie el escenario es el de un contrato de adhesión, tipificado, precisamente, por la desigualdad entre partes y por la correlativa exigencia de que el Estado –o el ente– corrigiese esa asimetría en lugar de profundizarla. Para ello no sólo tenía el ente a su disposición el art. 42 de la Constitución Nacional, elaborado precisamente para compensar la desigualdad del débil estructural, esto es, de los consumidores y usuarios; tenía a su disposición a la propia ley nro. 24.240 de defensa del consumidor de carácter sustancialmente tuitivo respecto del consumidor o usuario; tenía también a su disposición las propias normas del Código Civil o legislación común que omitió aplicar y que enseñan, elementalmente, sobre la obligación de reparar los perjuicios causados y, finalmente, lo que es inadmisibile, tenía a su disposición el propio marco regulatorio, particularmente el art. 40 y siguientes de la ley nro. 24.065, cuya correcta inteligencia hubiera impedido el grosero error en que el ente incurrió.

No podemos menos que acordar con la Corte cuando descalifica semejante extremo sostenido por el ente, a través de la precisa –y hasta irónica– apreciación de que *“las bases para la fijación de las tarifas se hallan establecidas por el art. 40 y subsiguientes de la ley 24.065”* y, después de reproducir sintéticamente el contenido de tales normas, concluye afirmando que *“ninguna de tales disposiciones permite que las consecuencias de las eventuales faltas de diligencia en que incurriesen las empresas concesionarias puedan ser tenidas en cuenta y cargadas al precio del servicio respectivo...”*, según ya se vio al exponerse la sentencia.

Ciertamente que el defecto severo en que incurrió el ente se refiere a la primera cuestión tratada por la sentencia de que se trata, esto

es, la alegada limitación de la responsabilidad de la empresa distribuidora.

Sin embargo, al revelarse el ente inidóneo para resolverla, y requerir que las dos instancias judiciales que revisaron su pronunciamiento –la Cámara y la Corte– unánimemente la revocaran, pone de manifiesto la debilidad del ente para comprender y resolver la cuestión de fondo, particularmente cuando su pronunciamiento afecta al usuario. En otras palabras, el desmanejo normativo de fondo efectuado por el ente, del cual no parece haberse derivado, precisamente, el valor justicia que la aplicación del derecho requiere, nos permite avanzar sobre la segunda cuestión del fallo, esto es, sobre la competencia del ente para resolver dicha situación. Y, por las mismas razones apuntadas, nos parece que también, en cuanto tal cuestión, le asiste razón a la Corte.

Pero además, nos parece también acertada la línea conceptual del fallo en cuanto a esta segunda cuestión. En efecto, confiar al ente, en una jurisdicción primaria, la competencia restringida para las cuestiones que, en su medio y en su fin, constituyan cuestiones técnicas, condice con la independencia y experticia reclamada para su correcto funcionamiento.

Pero suponer que le ha sido confiada la resolución de las controversias para cuya dilucidación, desde que apareció el Estado, se confió a jueces formados específicamente en el conocimiento de un único sistema jurídico, precisamente porque poseen ese conocimiento diferenciado, requeriría un replanteamiento no sólo del principio de división de poderes, sino de la propia estructura judicial y su carácter también técnico en lo jurídico como requisito de existencia del Estado y de la Democracia, además de que supondría, precisamente, desvirtuar el carácter experticio de los entes.

Posiblemente lo que debió haber efectuado la Corte, y no hizo, fue declarar la inconstitucionalidad del art. 72 de la ley nro. 24.065 en cuanto atribuye al ente competencia para dirimir “*todas las controversias*” y, a partir de dicha descalificación constitucional, por las mismas razones que invoca en la sentencia, determinar, como, por lo demás lo hizo, cuál es la competencia del órgano regulador.

Bibliografía:

BARBARÁ, JORGE EDMUNDO. “*Privatización y participación: diseño institucional y control horizontal en entes reguladores*”, Revista Contribuciones 4/2000, publicación trimestral de la Konrad Adenauer Stiftung A.C., Centro Interdisciplinario de Estudios sobre el Desarrollo Latinoamericano (CIEDLA), Año XVII, Nro. 4 (68), 2000, Buenos Aires.

“*Criterios constitucionales para el control social de la regulación*”, en Anuario VI (2001-2002), Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, 2003, Córdoba, República Argentina.

“República Argentina: Ruptura de contratos sociales y la cuestión de entes reguladores independientes”, VII Congreso Internacional del Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD) sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Lisboa, Portugal, 8-11 de octubre de 2002.

“El contexto de una democracia delegativa y la cuestión de entes reguladores y de control independientes ejercido por expertos. Sus facultades, extensión y límites”, VIII Congreso Internacional del Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD) sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Ciudad de Panamá, Panamá, 28-31 de octubre de 2003.

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

“La participación y el control del usuario en los entes reguladores y de control”, X Congreso Internacional del Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD) sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Santiago, Chile, 18-21 de octubre de 2005.

BIANCHI, ALBERTO B. *“Los Entes Reguladores”*, Servicio Público, Policía y Fomento, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Ediciones RAP S.A., Buenos Aires, 2003.

CASSAGNE, JUAN CARLOS. *“Derecho Administrativo”*, T. I y II, Séptima edición, Lexis Nexis Abeledo-Perrot, 2002, Buenos Aires.

Diario “La Nación”, Sección 2º Economía y Negocios, pág. 2, edición del 17 de julio de 2006, Buenos Aires, República Argentina.

Diario “La Nación”, pág. 16, edición del día 31 de agosto de 2005, Buenos Aires, República Argentina.

POZO GOWLAND, HÉCTOR. *“Control de los actos de los entes reguladores. Control judicial de cuestiones técnicas”*, Revista de la Administración Pública, RAP N° 273, Editorial “Ciencias de la Administración”, Junio 2001, Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

ROSA ALVES, ESTEBAN J. *“El control judicial suficiente de los actos emanados de los entes reguladores: Estándares doctrinales y jurisprudenciales”*, Revista de la Administración Pública, RAP N° 287, Editorial “Ciencias de la Administración”, Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

SESÍN, DOMINGO JUAN. *“Administración Pública. Actividad Reglada, Discrecional y Técnica. Nuevos mecanismos de control judicial”*, Segunda edición actualizada y ampliada, Lexis Nexis Depalma, 2004, Buenos Aires.

USLENGUI, ALEJANDRO. *“Control de los entes reguladores”*, Revista de la Administración Pública, RAP N° 273, Editorial “Ciencias de la Administración”, Junio 2001, Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en caso “Ángel Estrada y Cía. S.A. c/ resol. 71/96 - Sec. Ener. y Puertos (Expte. N° 750-002119/96) - CSJN - A. 126. XXXVI. También puede consultarse en www.csjn.gov.ar.

EL CONCEPTO DE *HABITANTE*, UNA MEDIDA AL RECONOCIMIENTO Y AL EJERCICIO DE LOS DERECHOS DE LOS EXTRANJEROS

Silvana Begala ()*

Resumen: En este trabajo se aborda la interpretación que se realiza en distintos fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación del concepto de *habitante* utilizado en el Art. 14 de la Constitución Nacional Argentina. Nuestro objetivo no es hacer un análisis desde la perspectiva constitucionalista, sino mostrar cómo el espacio para la construcción de ciudadanía de los extranjeros en el territorio argentino, que es amplio y generoso desde el texto constitucional, se ve medido no sólo por las leyes que lo reglamentan, sino también por la interpretación que de esas normas se hace. También es intención de este trabajo dar elementos para reflexionar sobre la relación entre el alcance de este concepto en las normas y en la jurisprudencia argentinas frente a la consideración de la migración como un derecho humano incorporado expresamente en la nueva ley de migraciones.

Palabras Claves: Migración – Derechos de los migrantes – Derecho a migrar – Derechos humanos.

Introducción

La condición de migrante supone la condición de extranjero, ya que la migración como fenómeno social o subjetivo, tiene siempre como actor a un extranjero respecto del país de acogida o residencia.

Nuestra legislación, hasta la sanción de la ley N° 25.871¹, hacía referencia a la migración como fenómeno colectivo y regulaba la situa-

(*) Abogada, Docente, Jefe de Trabajos Prácticos de la Cátedra B de Sociología Jurídica de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, Investigadora, Categoría 4 del Programa de Incentivos.

¹ Boletín Oficial 21 de enero de 2004.

ción del migrante de acuerdo a los efectos que pretendía conseguir sobre el fenómeno poblacional, en relación con los modelos económicos que buscaba fortalecer. La nueva ley de migraciones reconoce a la migración como un derecho humano, lo que supone un cambio muy importante en la consideración del tema que en este trabajo abordamos.

Cuando una persona es un migrante está sometida a una legislación y a una reglamentación administrativa particular que condiciona su lugar en la sociedad y su posibilidad de ser titular de derechos y de poder gozarlos como ciudadano.

Las normas y reglamentaciones que plasman las políticas públicas respecto a la migración no sólo reflejan y condensan una serie de significados vigentes y como tal son *un producto social*², sino que también, desde una perspectiva socio-jurídica, las normas regulan situaciones generales, a la vez que mediante la interpretación y aplicación que de ellas se hace contribuyen a configurar la realidad del migrante, creando la medida y el marco donde las *subjetividades* pueden desarrollarse.

Hay varios trabajos³ que hacen referencia a la normativa argentina y su incidencia en la configuración del lugar social del migrante. Con este trabajo pretendemos realizar un aporte en ese mismo sentido, pero en lugar de tomar la normativa como objeto de análisis, tomaremos la opinión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Este órgano cuando interpreta las normas y define sus significados contribuye a la delimitación del lugar social que se le asigna los migrantes.

En particular, usaremos la opinión de la Corte Suprema en torno al concepto de "*habitante*" cuando este término es usado en el Art. 14 de la Constitución Nacional, cuando afirma que:

Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: de trabajar y ejercer toda industria lícita; de navegar y comerciar; de peticionar a las autoridades; de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino; de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa; de usar y disponer de su propiedad; de asociarse con fines útiles; de profesar libremente su culto; de enseñar y aprender.

El objetivo de este trabajo no es hacer un análisis desde la perspectiva constitucionalista, sino mostrar cómo el espacio para la cons-

² Novick (1996).

³ Novick, Susana (1990), Olorg, Claudia y Vives, Carmela (1999), Oteiza, E. Novick, S. y Aruj, R (1997), Begala, Silvana (2002).

trucción de ciudadanía de los extranjeros en el territorio argentino, que es amplio y generoso desde el texto constitucional, se ve medido y limitado no sólo por las leyes que reglamentan el ejercicio de los derechos, sino también por la interpretación que de la Constitución y esas normas se hace. También es intención dar elementos para reflexionar sobre la relación entre: la definición en las normas y la jurisprudencia argentinas del concepto de “habitante” como sujeto de derechos por un lado y la consideración de la migración como un derecho humano incorporado por la nueva ley de migraciones, por el otro.

La regulación del Estado argentino

La interpretación y el uso del término *habitantes*, usado en la Constitución Nacional, concentran en sí la contradicción constitutiva de las democracias liberales: entre el reconocimiento, de la libertad de movimiento del hombre *celebrada como uno de los pilares de la civilización occidental moderna* (Mazzadra, 2005, p.45) y la *necesidad* de los estados de regular sobre su territorio, es decir la afirmación de la autodeterminación soberana, por un lado y la adhesión a los principios universales de los derechos humanos, por el otro (Benhabib, 2004, p.14).

El derecho internacional expresa esa contradicción entre la libertad de circulación y la soberanía de los Estados, cuando reconoce con claridad el derecho de libertad de movimiento a través de las fronteras en numerosos compromisos internacionales⁴, pero no obliga a los Estados a permitir el ingreso y la permanencia de las personas, ni compromete a los Estados a otorgar la residencia o la ciudadanía a ciudadanos extranjeros en ninguna norma internacional.

No obstante, el derecho argentino vincula al Estado a ese compromiso en el artículo 20⁵ de la Constitución Nacional cuando afirma:

Los extranjeros gozan en el territorio de la Nación de todos los derechos Civiles del ciudadano, pueden ejercer su industria, comercio y profesión, poseer bienes raíces, comprarlos, enajenarlos, navegar los ríos y costas, ejercer libremente su culto, testar, casarse conforme a las leyes.

⁴ Declaración Americana de los Deberes y Derechos del Hombre, Artículo VIII; Declaración Universal de los Derechos Humanos, Art. 13; Convención Americana sobre Derechos Humanos, Art. 22; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Arts. 12 y 13; Convención Internacional Sobre la Eliminación de Todas Formas de Discriminación Racial, Art. 5 d) i y ii; Convención Sobre la Eliminación de Todas Formas de Discriminación Contra la Mujer, Art. 15 y Convención sobre los Derechos del niño, Arts. 10 y 11.

⁵ Este artículo otorga el derecho a la nacionalidad, esta no es una obligación para el extranjero y el mantenimiento de su nacionalidad de origen no altera el ejercicio de sus derechos civiles, sociales y económicos, solo se les impide el ejercicio de los derechos políticos que en nuestro sistema jurídico se relacionan con la nacionalidad.

No están obligados a admitir la ciudadanía ni a pagar contribuciones forzosas extraordinarias.

Obtienen nacionalización residiendo dos años continuos, pero la autoridad puede acortar este término a favor de quien lo solicite alegando y probando servicios a la república.

A los extranjeros que habitan el suelo argentino también se les reconocen los derechos enumerados en el Art. 14, que ya mencionamos.

Si bien los derechos reconocidos no son absolutos, dado la facultad reglamentaria que la Constitución otorga al Congreso para establecer las formas en que los habitantes van a ejercer esos derechos, la regulación que se haga de ellos no puede derivar en el cercenamiento o supresión del derecho reglamentado⁶, o de aquellos que se derivan del reconocimiento de una condición.

En este sentido, en el marco de los límites que fija la Constitución y en relación con los migrantes, el Estado tiene derecho de impedir la entrada de extranjeros en su territorio o de admitirlos en los casos y bajo las condiciones que juzgue convenientes establecer de acuerdo a la norma constitucional⁷. Pero una vez que las personas están en su territorio ¿puede condicionar el ejercicio de los derechos que la Constitución ha reconocido a los *habitantes* al cumplimiento de las leyes de admisión y residencia sin violar el espíritu de la norma constitucional?

No pondremos nuestra atención en los argumentos que sostienen la *racionalidad* o no de las condiciones de admisión, nuestro interés se relaciona con el abanico de derechos que se les reconoce a los extranjeros y la posibilidad de construcción de ciudadanía que significa poder ejercitarlos como "*habitante*" y cómo estos se recortan si se condiciona esa calificación al cumplimiento de las condiciones de admisión y/o residencia.

¿Cuándo se adquiere la calidad de *habitante*? ¿En qué oportunidad se pierde? ¿Es *habitante* quien se radica en la Argentina violando las normas que rigen el ingreso al país? ¿Hasta qué punto las normas pueden condicionar la calidad de *habitante* al hecho de haber cumplido las normas de ingreso?

⁶ Art. 28 de la Constitución Nacional: *Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio.* Ver en este sentido, Garay (1998).

⁷ Lo que podría ser discutible a partir de la consideración de la migración como un derecho humano, ya que estos resultan indisponibles para los estados.

En ese orden, cabe preguntarse hasta qué punto la nueva Ley de Migraciones N° 25.871 es coherentes con el texto constitucional y con el reconocimiento que ella misma hace cuando por un lado explicita en su Art. 4 que:

El derecho a la migración es esencial e inalienable de la persona y la República Argentina lo garantiza sobre la base de los principios de igualdad y universalidad.

Y en el artículo siguiente, Art. 5, condiciona el ejercicio de los derechos reconocidos a la satisfacción de las leyes de ingreso y permanencia.

El estado asegurará las condiciones que garanticen una efectiva igualdad de trato a fin de que los extranjeros puedan gozar de sus derechos y cumplir sus obligaciones siempre que satisfagan las condiciones establecidas para su ingreso y permanencia de acuerdo a las leyes vigentes.

Mientras el derecho a migrar es reconocido como un derecho humano, el reconocimiento de la condición de *habitante* condicionada al cumplimiento de las normas de ingreso y permanencia reserva al Estado el privilegio soberano de darle medida a ese concepto y por tanto al ejercicio de los derechos que a él se le adscriben.

Las leyes anteriores, con un espíritu mucho más restrictivo que la actual ley de migraciones y acompañado de una política de control, también daban lugar a la discusión y permitieron ampliar y restringir desde su interpretación el espacio de ejercicio de derechos determinado por el concepto *habitante* para los migrantes.

Son habitantes...

En torno al concepto de *habitante* se ha dado un debate que ha estado presente en la historia de la migración en Argentina. La doctrina y la jurisprudencia han tenido posiciones fluctuantes respecto a este tema. Intentaremos, en la medida que la extensión y el objetivo de este trabajo nos lo permiten, exponer algunos puntos de estas fluctuaciones utilizando algunos fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación como indicadores.

Los fallos que tratan el tema, y que hemos analizado para este trabajo⁸, resuelven recursos extraordinarios promovidos por personas que han interpuesto *Habeas Corpus* frente a disposiciones de la Direc-

⁸ Ver anexo.

ción de Inmigraciones (después Dirección Nacional de Migraciones) que los expulsaba, los conminaba a dejar el país o les impedía el ingreso. Estos fallos se pueden analizar en dos grupos:

– El primero en el que los actores invocan su calidad de *habitantes* para que se les reconozca el derecho de reingresar, cuando habiendo salido del territorio del país, a su regreso, se les niega la entrada por no cumplir con las exigencias de ingreso de los inmigrantes⁹.

– El otro grupo reúne los fallos donde los migrantes invocan la calidad de *habitantes* para promover el recurso de *habeas corpus* frente una orden o el temor de expulsión cuando ingresaron, e invocan por tanto el derecho a permanecer¹⁰.

Si bien estos fallos aluden directamente al derecho de locomoción (entrar, permanecer, transitar y salir del territorio), las definiciones que de ellos surgen y las posibilidades del reconocimiento de derechos que ellas determinan se hacen extensivas a los otros derechos enumerados en el Art. 14 de la Constitución Nacional, en la medida que este derecho se niega o reconoce correlacionado con el reconocimiento o negación de la calidad de habitante.

Extranjero que se ha incorporado a la vida nacional es habitante

En una primera etapa, en vigencia de la Ley N° 817 “Ley Avellaneda”¹¹, la jurisprudencia de la Corte asume la definición de inmigrante del Art.12 de esta ley y por tanto no todo extranjero es inmigrante.

Esta ley afirma:

Repútase inmigrante para los efectos de esta ley a todo extranjero, jornalero, artesano, industrial, agricultor o profesor, que siendo menor de sesenta años y acreditando su moralidad y sus aptitudes llegase a la República Argentina para establecerse en ella, en buque a vapor o a vela, pagando pasaje de segunda o tercera clase, o teniendo el viaje pagado por cuenta de la nación, de las Provincias o de las empresas particulares protectoras de la inmigración y la colonización. La ley presume que las personas que

⁹ Magaz de Gonzalez, Bertone Antonio, entre otros.

¹⁰ Massia Gassoll, Pasaradelis Scheimberg, Corona Martinez; Carrizo Coito.

¹¹ Esta ley tiene vigencia formal hasta 1981 en que es derogada por la Ley 22.489 (Ley Videla).

reúnen estas características son inmigrantes y pueden gozar de los beneficios que la ley les otorga, quien no quiera acogerse a ellos debe manifestarlo.

Esta diferencia jurídica también era clara socialmente en esta época. La jurisprudencia cuestionó la constitucionalidad del decreto que reglamentaba esta ley (decreto del 31/12/1923) cuando hacía extensiva estas condiciones y las exigencias de ingreso a los simples pasajeros.

Quienes no reúnen las condiciones de la Ley Avellaneda, son pasajeros no inmigrantes y por lo tanto, la expulsión que esta ley determina para los inmigrantes que no cumplen con las obligaciones que ella les impone no puede ser aplicada a quienes no lo son¹². En el caso de reconocer la posibilidad de aplicar las condiciones y exigencias de ingreso a quienes no tienen la calidad de migrantes y aplicar el poder de policía tiene que ser para el control del ingreso no una vez que la persona ha entrado y reside en el país y ya adquirió la calidad de habitante¹³.

Los extranjeros que tengan la categoría de *habitantes* tienen derecho a *entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino* sin que las restricciones previstas en la ley de migraciones puedan ser usadas para expulsarlo del país. Por tanto, para la Corte son *habitantes*, y por lo tanto les corresponde la garantía del Art. 14, aquellas personas que están incorporadas a la vida nacional, aún cuando hayan ingresado *clandestinamente*¹⁴. Esta tesis se reafirma para el caso de que el extranjero haya salido y quiera volver a ingresar¹⁵, tanto como para aquellos que habiendo entrado clandestinamente se incorporaron a la vida del país y tienen derecho a no ser expulsados.

En esta etapa, la Corte exige para tener la categoría de *habitante* el elemento subjetivo de la intención de residir en el país, a los efectos de la garantía de locomoción¹⁶, este ánimo de residir no necesita para su configuración de la constitución de domicilio definitivo, basta que se distinga de la residencia accidental y transitoria. Si este elemento subje-

¹² En Maciá y Gassol la Corte sostiene que el decreto reglamentario de la ley 817 puede extenderse a los no migrantes en virtud de la ley 4144 la cual considera vigente pese a la derogación de la ley 7029 derogada a su vez por el código penal. Mientras que en Bertone sostiene que no se aplica al caso porque el sujeto no es inmigrante sino habitante.

¹³ Ver caso Pasaradelis.

¹⁴ Esta era la categoría que la Ley N° 817 en el Art. 10 inc. K otorgaba a los migrantes que entraban al territorio argentino violando las leyes y reglamentos migratorios.

¹⁵ Casos: Maciá y Gassol, Bertone Antonio.

¹⁶ Ya que para las otras garantías el Art. 20 no permite hacer diferencia entre los argentinos y los extranjeros ya sea que tengan ánimo de residir o no.

tivo estaba presente, era indiferente que el extranjero hubiese entrado al territorio cumpliendo o violando las leyes del país.

El vocablo habitante comprensivo tanto de los nacionales como de los extranjeros, se refiere a las personas que residen en el territorio de la República con intención de permanecer en él, que lo habiten, aunque no tengan constituido precisamente un domicilio con todos los efectos legales de este.

[...] *que no habiéndose ejercitado la facultad reglamentaria en el momento de entrar en el país los recurrentes, aún admitiendo que esta se haya producido clandestinamente la medida de expulsión que contra ellos se ha tomado después de hallarse incorporados como habitantes de la Nación no se encuentra autorizada actualmente por ley alguna y pugna, por consiguiente los Art. 14 y 20 de la CN¹⁷.*

El extranjero que es útil al país es considerado habitante

En 1930 el gobierno militar buscando desalentar la migración dicta medidas¹⁸ restrictivas a la par que comienzan a hacerse otras distinciones como la de *pasajero, turista y refugiado*, no obstante el decreto de 1931, recepta la jurisprudencia de la Corte y permite el ingreso libre de cargas consulares a quienes ya habían residido en el país¹⁹. El gobierno conservador que siguió²⁰, profundiza las restricciones.

En 1943 la Dirección de Migraciones pasó a las dependencias del Ministerio del Interior, lo que deja ver que el problema migratorio se había convertido en un problema policial y las políticas en una cuestión represiva.

En este segundo momento, la Corte fue cambiando la interpretación y el contenido del término *habitante*, y por tanto cambiaron también los requisitos de quienes podían invocar las garantías del Art. 14 de la CN. Se mantiene la distinción entre extranjero y migrante, pero el elemento subjetivo en la configuración de la condición de *habitante* pierde fuerza y comienzan a tener importancia los requisitos para el ingreso al territorio que fija la Ley N° 817, su decreto reglamentario y la ley de Residencia de extranjeros N° 4144.

Una exigencia que pone claramente a la vista el uso político de los controles a los inmigrantes en esta época, tiene que ver con el

¹⁷ Caso: Maciá y Gassol.

¹⁸ Altas tasas de visados y trabas burocráticas para quienes no viniesen como colonos agrícolas.

¹⁹ También a los familiares en primero y segundo grado de los ya inmigrados.

²⁰ El gobierno de Agustín P. Justo, incorpora la exigencia del contrato de trabajo.

mantenimiento de las condiciones que permitieron su admisión. Entre estas sobresale el criterio de *utilidad* del migrante. Esta postura torna la condición de *habitante* muy inestable e impide su consolidación exigiendo la prueba de la misma cada vez que el Estado la cuestiona.

Esta condición es justificada por la jurisprudencia con el Art. 25 de la CN que afirma:

*El Gobierno Federal fomentará la inmigración europea; y no podrá restringir, limitar ni gravar con impuesto alguno, la entrada de los extranjeros que **traigan por objeto labrar la tierra, mejorar las industrias, e introducir y enseñar las ciencias y las artes***²¹.

Según la Corte los constituyentes adoptaron el criterio de calificación en base a la utilidad del extranjero, no atendiendo la recomendación de Alberdi que en el Art. 33 de su proyecto declaraba que “*la inmigración no podrá ser restringida ni limitada de ningún modo, en ninguna circunstancia, ni por pretexto alguno*”.

Con relación a la necesidad de mantener la calidad de *habitante* ligado a la condición de utilidad la Corte afirma:

[...] *el Art. 25 [...] contiene en su última parte una condición de admisión de la cual el Gobierno Federal no podrá prescindir en su legislación reglamentaria, puesto que la cláusula pone a su cargo el deber de impedir el acceso al país de los extranjeros que no vengan a él con el fin de trabajar, enseñar o perfeccionar las ciencias y las artes. Y correlativamente aquella cláusula crea para el extranjero admitido la obligación de mantener sus actividades durante su permanencia en la República.*

[...] *el criterio de una calificación del elemento extranjero derivado de su utilidad es cabalmente el contenido del Art. 25 citado. La admisión de extranjeros en nuestro suelo dándole los derechos y las prerrogativas que corresponden al hombre en los pueblos civilizados, debe pues entenderse respecto de los hombres útiles, esto es, de aquellos cuyo estado físico o sus condiciones morales no los inhabilite para el trabajo en sus variadas formas.*

[...] *pues la igualdad que este preconiza [el Art. 16 de la CN] se realiza respecto de todos los habitantes nacionales y extranjeros pero siempre que estos últimos observen las condiciones en que fueron admitidos*²².

²¹ El destacado es nuestro.

²² Caso: Scheimberg y Corona Martínez.

Extranjero que ingresa respetando las normas es habitante

En el caso Pasaradelis, la Corte acepta la reconducción de un marino que después de casi un año y medio en el país es detenido por haber ingresado de manera clandestina. Al decir de la Corte, esta circunstancia, no le permite adquirir la condición de habitante. Ya que por el decreto del 7 de octubre de 1930, los tripulantes de los barcos mercantes no pueden permanecer en el territorio argentino, a la salida del buque en que ha llegado, sino mediante el cumplimiento de todas las disposiciones establecidas por las leyes y reglamentos vigentes respecto a los inmigrantes. El marino desertor se equipara al migrante clandestino y se distingue del pasajero.

Así es que la Corte negó el recurso de *Habeas Corpus* en casos donde los solicitantes eran extranjeros que entraron subrepticamente, cuando se trataba de tripulantes “desertores” de buques extranjeros²³, o personas que lograron eludir los controles o la prohibición de entrada²⁴, el argumento que esgrimía era:

El derecho de la nación a regular y condicionar la admisión de extranjeros en la forma y medida que con arreglo a los preceptos constitucionales, lo requiera el bien común en cada circunstancia, no es incompatible con los derechos individuales consagrados por la Constitución, cuyo art. 14 no ampara al extranjero que logra ingresar al país eludiendo el cumplimiento de los requisitos exigidos por la ley de inmigración y su reglamentación.

La Corte mantuvo esta interpretación²⁵, pero la suavizó para los casos en que las personas que ingresan omitiendo los controles²⁶ quienes puedan purgar su situación irregular. Esta purga se realiza comprobando que de haberse realizado los controles las personas hubieran ingresado y por tanto en estos casos pueden, ser considerados, habitantes, más allá de las condiciones irregulares de su ingreso:

No sólo por la demostración de que nada hay de objetable en los antecedentes cuya comprobación se eludió, sino también mediante la jus-

²³ Casos: Pasaradelis; Hernandez Blas, Kaiser, Gagliotti y Rial Freire.

²⁴ En el Caso Hernandez Blas, la corte niega el Habeas Corpus a una persona detenida 6 años después de su llegada al país. Había logrado ingresar luego de fugarse del buque que lo debía regresar a su país por habersele negado el ingreso por estar afectado de tracoma.

²⁵ Caso Tomas Cuesta Urrutia después retomada, ya en vigencia de la Constitución de 1949, en el caso Sosa Lino.

²⁶ En el caso Sosa Lino surge de los hechos que esa omisión no era solo imputable al infractor.

tificación del recto comportamiento en el país durante un tiempo razonablemente suficiente para ponerlo a prueba y acreditar que responde a una leal voluntad de arraigo y subordinación a los principios rectores de la vida nacional, que habilite para invocar la garantía constitucional de permanecer en el territorio.

Que es pues posible conciliar sin violar las respectivas normas constitucionales referidas a la materia, las facultades de la Nación en cuanto a la admisión de extranjeros con la situación que en casos excepcionales y por circunstancias no totalmente imputables a ellos, puede haberles creado su radicación de hecho en el país en condiciones tales que su reembarco al cabo de varios años, podría comportar no ya contralor de entrada, sino una verdadera e injusta expulsión al margen de las atribuciones de la autoridad que pretende realizarlo.

Esta interpretación que condiciona la calidad de *habitante* al ingreso cumpliendo los requisitos exigidos por la ley es receptada por la Constitución de 1949, sancionada durante el primer gobierno de Perón y vigente hasta 1956²⁷. El texto constitucional despeja, en su Art. 31, las posibilidades del debate que venimos analizando. Según este texto gozaba de todos los derechos civiles (Art. 26) los extranjeros que entran al país sin violar las leyes. Asocia así, el goce de los derechos a la legalidad del ingreso.

Los extranjeros que entran al país sin violar las leyes gozan de todos los derechos civiles de los argentinos como también de los derechos políticos después de cinco años de haber obtenido la nacionalidad [...].

De acuerdo al texto constitucional, la Corte mantuvo la posibilidad de purgar el vicio de ingreso sólo para los casos en que la falta de control o de cumplimiento de las normas de ingreso no sea imputable al inmigrante²⁸.

Ya sin vigencia esta constitución y con una nueva reglamentación de la ley de migraciones²⁹ del gobierno de facto³⁰ la Corte, en los casos que llegaron a ella limitó las atribuciones de la Dirección Nacional de Migraciones y del Ministerio del Interior³¹ que cuestionaban la

²⁷ Es dejada sin efecto el 27 de abril de 1956 por el gobierno surgido de la revolución de septiembre de 1955.

²⁸ Caso Sosa Lino.

²⁹ Decreto 22.737 de 1956.

³⁰ Presidencia de Juan Carlos Onganía.

³¹ En los casos Argüello Argüello, Britez, Acostay Carrizo Coito, la Corte revoca las disposiciones administrativas y judiciales que negaban la residencia de quien era habitante desde hacía varios años por no estar suficientemente probada la calidad de "elemento peligroso y perjudicial para la sociedad".

calidad de habitante y por tanto el derecho a permanecer a personas que habían tenido *actividad política de izquierda*,³² cuando habían adquirido esa calidad, ingresando legalmente, trabajado, estudiado, formado una familia en Argentina.

Conclusiones

Está probado ampliamente que intentar controlar el fenómeno migratorio desde las normas es una ilusión y que este intento sólo crea migrantes irregulares donde los espacios para el goce y garantía de sus derechos se ven muy reducidos.

Aún desde posiciones donde el objetivo no es la restricción, el seguir atando el ejercicio de los derechos de los migrantes a la regularidad de su residencia, aunque esta se facilite en la forma en la que lo ha dispuesto la nueva legislación argentina, no rompe con la lógica de la restricción.

En la Argentina, desde el texto constitucional, a los migrantes se les reconoce los mismos derechos que a los nacionales³³, si la migración fuera considerada realmente un derecho humano, los derechos fundamentales no deberían relacionarse ni condicionarse a la situación de residencia. Al atarlos a la regularidad de la residencia se le da al concepto de *habitantes* un contenido que va más allá de la intención y del hecho de residir en el país y hacer de él, el centro de vida. Si bien el contexto argentino hoy es generoso, no siempre lo ha sido, según hemos visto en este trabajo, atar la ciudadanía y el ejercicio de los derechos a la regularidad de la residencia es lo que permite la selección, la vigilancia y la dirección de los migrantes como son claro ejemplo en la actualidad Europa y Estados Unidos.

El tema tratado en este trabajo nos deja abierta la relación entre políticas públicas y mandatos constitucionales. Los distintos contenidos que se le ha dado con el tiempo al concepto de *habitante*, tanto en las interpretaciones de la Corte como en la de las resoluciones administrativas que se llevan a su consideración, muestran como la apertura del texto constitucional se ha visto limitado por la restricción de las políticas en épocas determinadas³⁴, y pone en evidencia que nada obje-

³² Ya que el Art. 10 inc. K del decreto 22.737 establece como causa de inhabilitación absoluta para la radicación definitiva en el país de los extranjeros que "*propugnen la abolición violenta de nuestra forma de organización social o política o prediquen doctrinas que atenten contra las instituciones democráticas o pretendan implantar regimenes totalitarios*".

³³ Salvo los derechos políticos que están asociados al vínculo jurídico con el Estado.

³⁴ Esta relación entre políticas públicas, contexto histórico y el tema que aquí tratamos es un aspecto interesante de abordar y sistematizar pero que excede los objetivos y las posibilidades de este trabajo.

tivo hay en las normas y que muchas veces en lugar de ser la Constitución la que guía las políticas públicas, son las políticas públicas las que guían la interpretación de la Constitución.

Y si bien, dado el contexto actual de apertura, la condición³⁵ a la que la nueva ley de migraciones sujeta el ejercicio de los derechos pueda no tener efectos restrictivos en la construcción de la ciudadanía de los migrantes en la Argentina; sí creemos significa una vuelta atrás en la medida que perdió la oportunidad de dejar en claro, que el derecho a migrar lleva consigo el derecho a tener derechos más allá de la regularidad de la permanencia.

ANEXO: Fallos consultados en este trabajo

Fallo	Publicado	Año	Normativa de encuadre	Corte
Magaz de González Irene	Fallos: 148:410	1927	Constitución de 1853 Ley N° 817 Reglamento de 31/12/1923	A. Bermejo J. Figueroa Alcorta R. Repetto M. Lauracena A. Bermejo
Maccia, Gassol	Fallos: 151:211	1928	Constitución de 1853 Ley N° 817 Ley N° 4144	J. Figueroa Alcorta R. Repetto R. Guido Lavalle (en disidencia de fundamentos)
Bertone Antonio	Fallos: 164:290	1932	Constitución de 1853 Ley N° 817 Reglamento de 31/12/1923	R. Repetto A. Sagarna. R. Guido Lavalle J.V. Pera
Scheimberg y Corona Martinez	Fallos: 164:379	1932	Constitución de 1853 Ley 4144	R, Repetto R Guido Lavalle (D) A. Sagarna (D) J. Pera R.Ferrer

³⁵ Art. 5º de la ley 25.871 [...] *los extranjeros puedan gozar de sus derechos y cumplir sus obligaciones siempre que satisfagan las condiciones establecidas para su ingreso y permanencia de acuerdo a las leyes vigentes.*

Fallo	Publicado	Año	Normativa de encuadre	Corte
Pasaradelis Jorge	Fallos: 171:317	1934	Constitución de 1853 Ley 817 Decreto del 7/10/1930 Reglamento de 31/12/1923	A. Sagarna J. Pera L. Linares B. Nazar Anchorena
Hernández Blas	Fallos: 173: 179	1935	Constitución de 1853 Ley 817 Decreto del 7/10/ 1930 Reglamento de 31/12/1923	A. Sagarna B. Nazar Anchorena R. Repetto
Kaiser Teodoro	Fallos: 183: 373	1938	Constitución de 1853 Ley 817 Decreto del 7/10/1930 Reglamento de 31/12/1923	
Di Cesare Pedro	Fallos: 184:101	1939	Constitución de 1853 Ley 817 Decreto del 7/10/ 1930 Reglamento de 31/12/1923	R. Repetto A. Sagarna (D) L.Linares B. Nazar Anchorena F Ramos Mejía
Gagliotti Luis	Fallos: 184:326	1940	Constitución de 1853 Ley 817 Decreto del 7/10/ 1930 Reglamento de 31/12/1923	
Rodríguez Eladio	Fallos: 197: 332	1943	Constitución de 1853 Ley 817 Reglamento de 31/12/1923	A. Sagarna L. Linares B. Nazar Anchorena F Ramos Mejía R. Repetto

Fallo	Publicado	Año	Normativa de encuadre	Corte
Cuesta Urrutia Tomás Luis	Fallos: 200: 99	1944	Constitución de 1853 Ley 817 Reglamento de 31/12/1923	A. Sagarna T.D. Cáseres B. Nazar Anchorena F Ramos Mejía R. Repetto
Jesús Rial y Ángel Freire	Fallos 205: 628	1946	Constitución de 1853 Ley 817 Decreto del 7/10/1930	B. Nazar Anchorena F Ramos Mejía T. D. Cáseres
Sosa Lino	LL 82, 362	1956	Constitución de 1949 Ley 817 Decreto del 7/10/1930	A. Orgaz M. Argañaraz E. Galli C. Herrera J. Vera Vallejo
Argüello Hernana	Fallos: 268:398	1967	Constitución de 1853 Ley 817 Decreto 22.737	E. Ortiz Basualdo R. Chute L. Cabral J. Bidau
Britez Silvestre Ramón	Fallos: 268:406	1967	Constitución de 1853 Ley 817 Decreto 11.982/65 Decreto 22.737/56 Decreto 49/64	E. Ortiz Basualdo R. Chute L. Cabral J. Bidau
Acosta Wigberto	Fallo: 2 78:147	1970	Constitución de 1853 Ley 817 Decreto 4418/65	E. Ortiz Basualdo R. Chute L. Cabral A. Risolía
Carrizo Coito	JA 1980 IV 113	Junio de 1980	Constitución de 1853 Decreto 4805/63 Ley 16.478 Decreto 4418 de 1965	A. Gabrielli A. Rossi P.J. Frías E. Guatavino

Bibliografía:

- BEGALA, SILVANA (2002) *Los derechos de los extranjeros: reconocimientos y condiciones de la legislación argentina*. Publicación electrónica de las Jornadas Internacionales de Globalización y Crisis en la Representación Política. UNLP La Plata.
- BENHABIB, SEYLA (2004) *Los derechos de los otros*. Barcelona: Gedisa.
- CASAVARILLAS, DIEGO (1999) *Los Laberintos de la Exclusión*. Buenos Aires: Ed. Lumen-Humanitas.
- CELTON DORA, DOMENENAH HERVÉ, GUSTI ALEJANDRO- editores- (1999) *Migraciones y Procesos de Integración regional*. Córdoba: Copiar.
- CENICACELAYA, MARÍA DE LAS NIEVES (2004) Protección nacional e internacional de los derechos humanos de los migrantes. *Actas del V Congreso nacional de Sociología Jurídica*. Universidad Nacional de La Pampa, pp. 641-648.
- DEVOTO, FERNANDO (2003) *Historia de la inmigración en la Argentina*. Buenos Aires: Sudamericana.
- GARAY, ALBERTO (1998) "Derechos Civiles de los extranjeros y presunción de inconstitucionalidad de las normas". *La ley* Tomo 1989 B Sec. Doctrina, pp.931-941.
- HERNANDEZ, ANTONIO MARÍA (1988), "Derechos" en *La Nueva Constitución de Córdoba*. Córdoba: Marcos Lerner.
- JELIN, ELIZABETH (2006) "Migraciones y derechos: instituciones y prácticas sociales en la construcción de la igualdad y la diferencia" en *Migraciones regionales hacia la Argentina*. Buenos Aires: Prometeo. Pp 47-68.
- MAZZADRA, SANDRO (2005) *Derecho de fuga*. Madrid: Traficante de sueños.
- NOVICK, SUSANA (1990), "Ley y Población: La experiencia Argentina" Ponencia presentada en el Seminario Reforma Constitucional y Ordenamiento Legislativo en materia de Población. Secretaria parlamentaria. Senado de la Nación Buenos aires Mayo de 1990.
- OLORG, CLAUDIA y VIVES, CARMELA (1999) "La normativa migratoria. Su papel en la producción de discursos y representaciones sobre los inmigrantes". *De eso no se habla...* Buenos Aires: EUDEBA. pp. 91-116
- OTEIZA, E. NOVICK,S. y ARUJ, R. (1997) *Inmigración y Discriminación. Políticas y Discursos*. Buenos Aires: Grupo editor Universitario.
- SABSAY, DANIEL y ONAINDIA, JOSÉ (1997) *La Constitución de los argentinos* 3ª Edición actualizada. Buenos Aires: Errepar.
- TOHARIA, JOSÉ JUAN, "La cultura legal: qué es y cómo se mide", *Guión del Seminario de Oñati*. 1997.



INDEPENDENCIA DEL PODER JUDICIAL y PRESUPUESTO

*Ricardo S. Bianciotti*¹

Sumario: Se describe la función del Poder Judicial y las críticas sociales, la necesidad de cambio y modernización, el costo y esfuerzo necesario de los otros Poderes. Se muestra el decrecimiento porcentual del gasto en justicia relacionado con los otros Poderes en los últimos ocho años; analizando el derecho comparado regional que establecen pisos mínimos porcentuales. Se establece la necesidad de fijar Políticas de Estado a fin de fortalecer el sistema judicial. Se relaciona la independencia del Poder judicial con un mínimo piso porcentual. Se sugiere la consagración legislativa en principio y posteriormente constitucional de la independencia presupuestaria del Poder Judicial.

Palabras Claves: Independencia – Poder Judicial – Presupuesto – Autarquía – Políticas de Estado – Piso mínimo porcentual – Reforma legislativa y Constitucional.

I) Función del Poder Judicial y crítica social

La función constitucional del Poder Judicial es la de administrar justicia, esto es, conocer, resolver y hacer ejecutar las sentencias que se dictan.

La sociedad critica al Poder Judicial, por su falta de respuesta a tiempo en la solución de los conflictos –advertimos un fuerte rechazo a la lentitud de los procesos–; por una justicia para todos –percibida como un servicio al cual pueden acceder determinados sectores–; por

¹ Investigador por concurso del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Especialista en Derecho Procesal Civil y Comercial de la misma Facultad y Universidad. Juez de Concursos y Sociedades Nro.5 del Poder Judicial de la Provincia de Córdoba.

una justicia poco independiente –percepción de que la justicia no hace frente a otros poderes-.

II) Proceso de cambio y modernización

El Poder Judicial no es ajeno a estas percepciones. Por el contrario, ha diagnosticado la crisis actual² y está inmerso en un proceso de cambio y modernización, presionado, eso sí, por las exigencias de la comunidad que procura la defensa de sus derechos a una justicia pronta.

Se requieren reformas y actualizaciones, que permitan incorporar soluciones que mejoren el servicio, para que se pueda recobrar la credibilidad en el sistema de justicia y en la defensa de las instituciones democráticas.

III) Costo y esfuerzo conjunto de los otros Poderes del Estado

Sin embargo, debe entenderse que un proceso de tal magnitud tiene un costo y que no es posible lograr las metas si no lo es con un esfuerzo conjunto de los Poderes del Estado, con la colaboración de la comunidad.

Para agilizar y simplificar los procedimientos, diseñar nuevas oficinas judiciales, adecuando toda la estructura jurisdiccional y administrativa del Poder Judicial, se debe contar con los recursos financieros suficientes.

IV) Decrecimiento porcentual del Gasto en Justicia relacionado con los otros Poderes.

Los gastos de justicia se financian con lo que “buenamente” le asignan en los presupuestos de la Nación o de la Provincia, los Poderes Ejecutivo y Legislativo, recursos que son siempre insuficientes, para las necesidades de mantener la normal prestación del servicio de justicia.

La incidencia del gasto en justicia conforme la evolución del presupuesto público de la Provincia de Córdoba ha decrecido en los últimos ocho años, específicamente entre los años 2000 a 2006, del

² El presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Dr. Ricardo Luis Lorenzetti, presentó las “Políticas de Estado para el Poder Judicial”, a consideración de los Magistrados participantes en la Segunda Conferencia Nacional de Jueces “Poder Judicial. Independencia. Gestión y Servicio a la sociedad”, Salta, septiembre de 2007; se trabajó en el diagnóstico de los múltiples problemas estructurales del Poder Judicial y se desarrollaron experiencias parciales de reformas y modernización.

7,59 % del año 2000 hasta disminuir al 5,76% en el año 2006, elevándose al 6,92 % en el 2007 conforme los datos estadísticos oficiales³.

Si bien se han registrados aumentos nominales en los diversos años analizados, se constata un decrecimiento porcentual con relación a los gastos de los otros poderes (Ejecutivo y Legislativo).

La tendencia indica que en los últimos años el incremento en el presupuesto judicial no fue proporcional al crecimiento del presupuesto público provincial.

A nivel nacional la cuestión es mucho más preocupante, si bien el Ministro de Justicia de la Nación, manifiesta que el presupuesto se incrementó en el 2007⁴, no explicita cual es el porcentaje en relación con el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo. El Ex-Administrador General de la Corte Suprema de Justicia de la Nación informó que la participación del Poder Judicial de la Nación en el presupuesto general es del 1,3%⁵.

V) Protección de los derechos de los individuos con relación al presupuesto

A partir de esta incidencia en el presupuesto, es posible comparar lo que se destina a la protección de los derechos de los individuos con otro tipo de erogaciones, dado el crecimiento poblacional el presupuesto judicial por habitante cada vez es menor.

VI) Derecho comparado regional

En el derecho comparado de países similares al nuestro, no Europeos o Norteamericano o Canadiense, sólo en países Centro y Latinoamericanos que tienen las mismas dificultades de la región, en algunos, sus cartas magnas, establecen una cláusula constitucional que contiene toda una definición en defensa de los que menos tienen, al dotar con un piso mínimo porcentual que oscila del 2% del presupuesto al 6% para el Poder Judicial Nacional.

³ Años 2000/2002 estimado www.mecon.gov.ar; Año 2003 Ley de presupuesto en www.cba.gov.ar; año 2004 Ley Nro.9137, año 2005 www.jufejus.org.ar. Fuente: Unidos por la justicia. Años 2006 y 2007 Ley de Presupuesto del Gobierno de la Provincia de Córdoba en www.cba.gov.ar.

⁴ Según el Ex-Ministro de Justicia de la Nación Dr. Iribarne de \$800.000.000, se incremento a \$1.600.000.000, conforme argumento en su discurso en la Segunda Conferencia Nacional de Jueces, Salta, Septiembre de 2007.

⁵ Conforme noticia dada por el Dr. Nicolás Reyes, si bien el Poder Judicial de la Nación tiene un presupuesto asignado, para su ejecución, depende de la firma del Jefe de Gabinete de la Nación, para poder ejecutarlo y hacer efectivo el gasto, en su conferencia sobre "Autarquía presupuestaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", en la Segunda Conferencia Nacional de Jueces, Salta, Septiembre de 2007, lo que denota un preocupante poder de veto de un funcionario del Poder Ejecutivo por sobre todas las necesidades de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de los Tribunales Federales de país.

La República Bolivariana de Venezuela establece que dentro del presupuesto general del Estado se le asignará al sistema de justicia una partida anual variable, **no menor del dos por ciento** del presupuesto ordinario nacional, para su efectivo funcionamiento, el cual no podrá ser reducido o modificado sin autorización previa de la Asamblea Nacional⁶.

Si bien hacemos notar que no permite el Asociacionismo entre sus Magistrados, también resaltamos que vive en tensión permanente con Estados Unidos de Norteamérica.

La República del Paraguay en su Constitución Política de 1992, establece que el Poder Judicial goza de autonomía presupuestaria. En el Presupuesto General de la Nación se le asignará una cantidad **no inferior al tres por ciento** del presupuesto de la Administración Central⁷.

Tal vez su calidad institucional en la designación y remoción de sus Magistrados no sea de excelencia, pero tiene un presupuesto que duplica al de nuestra Nación.

Costa Rica es el país que desde hace más de cincuenta años tiene un diseño de afianzamiento real de la Justicia, así estableció que para la discusión y aprobación de proyectos de ley que se refieran a la organización o funcionamiento del Poder Judicial, deberá la Asamblea Legislativa consultar a la Corte Suprema de Justicia; para apartarse del criterio de ésta, se requerirá el voto de las dos terceras partes del total de los miembros de la Asamblea; y garantizó un incremento progresivo constitucionalmente, que en la actualidad destina el 6% de su presupuesto nacional al gasto de Justicia⁸.

⁶ La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, establece en su Artículo 254. El Poder Judicial es independiente y el Tribunal Supremo de Justicia gozará de autonomía funcional, financiera y administrativa. A tal efecto, dentro del presupuesto general del Estado se le asignará al sistema de justicia una partida anual variable, **no menor del dos por ciento** del presupuesto ordinario nacional, para su efectivo funcionamiento, el cual no podrá ser reducido o modificado sin autorización previa de la Asamblea Nacional. El Poder Judicial no está facultado para establecer tasas, aranceles, ni exigir pago alguno por sus servicios. Y en su Artículo 267. Corresponde al Tribunal Supremo de Justicia la dirección, el gobierno y la administración del Poder Judicial, la inspección y vigilancia de los tribunales de la República y de las Defensorías Públicas. Igualmente, le corresponde la elaboración y ejecución de su propio presupuesto y del presupuesto del Poder Judicial.

La República de Paraguay, en su Constitución de 1992 establece en el Artículo 249 – De la autarquía presupuestaria: El Poder Judicial goza de autonomía presupuestaria. En el Presupuesto General de la Nación se le asignará **una cantidad no inferior al tres por ciento** del presupuesto de la Administración Central. El presupuesto del Poder Judicial será aprobado por el congreso, y la Contraloría General de la República verificará todos sus gastos e inversiones.

⁸ La Constitución de la República de Costa Rica de 1949 a garantizado en su Artículo 167, que para la discusión y aprobación de proyectos de ley que se refieran a la organi-

VII) Políticas de Estado y fortalecimiento del sistema judicial

El país que mayores políticas de estado de fortalecimiento del sistema Judicial es Costa Rica, que se reitera destina un 6% del total de su presupuesto a los gastos de Justicia. Si bien, se puede argumentar que ello es posible porque carece de Fuerzas Armadas⁹, no es menos cierto que tiene Fuerzas de Seguridad¹⁰. El poder político¹¹ y la prensa¹² acompañaron este diseño en la Política de Estado.

zación o funcionamiento del Poder Judicial, deberá la Asamblea Legislativa consultar a la Corte Suprema de Justicia; para apartarse del criterio de ésta, se requerirá el voto de las dos terceras partes del total de los miembros de la Asamblea; y en el Artículo 177, que el porcentaje a que se refiere el artículo 177 para el Presupuesto del Poder Judicial se fijará en una suma no menor del tres y un cuarto por ciento para el año 1958; en una suma no menor del cuatro por ciento para el año 1959 y en una suma no menor del uno por ciento más para cada uno de los años posteriores, hasta alcanzar **el mínimo del seis por ciento** indicado.

Costa Rica abolió sus fuerzas armadas constitucionalmente en 1949. De acuerdo con el art. 12 de la Constitución de 1949: "El Ejército como institución permanente queda abolido. Para la vigilancia y la preservación del orden público, existirán las fuerzas policiales necesarias".

¹⁰ La constitución prevé la introducción de fuerzas armadas y de servicio militar cuando parezca necesario. De acuerdo con el gobierno de Costa Rica en 1983: "Las fuerzas militares están establecidas sólo en lo pertinente al Acuerdo Panamericano o para los propósitos de la defensa nacional (arts. 12 y 147 de la Constitución). En tal caso el servicio militar será obligatorio... En caso de establecimiento de fuerzas militares, los hombres entre 18 y 60 pueden ser llamados a prestar servicio militar; se puede conceder exención debido a problemas de salud o defectos físicos y a personas en órdenes religiosas, salvo en el evento de movilización; exención temporal existe para algunas categorías profesionales".

Antes de 1949, cuando Costa Rica tenía un ejército, había provisión para el servicio militar pero nunca se llevó a cabo. La principal razón para abolir las fuerzas armadas fue evitar que soldados simpatizantes con los partidos de oposición –republicano y comunista– se rebelasen contra el gobierno.

¹¹ Durante el Tercer Debate de la sesión ordinaria celebrada por la Asamblea Legislativa el 14 de mayo de 1957, el Diputado Quesada Chacón, dijo estas palabras: "El darle así independencia completa al Poder Judicial, sólo beneficios podrá traerle al País. Y cualquier sacrificio de carácter económico que hubiera que hacer, estaría ampliamente compensado con esos beneficios, que indudablemente serán muchos. Si hubiera que hacer sacrificios en lo económico, y la situación presente es en este aspecto fiscal bastante delicada, pues que se hagan en cualquier otra parte de la Administración, en cualquier otra rama de los gastos del Poder Ejecutivo o aún en la Asamblea Legislativa. Pero que se le den fondos con largueza, con toda la largueza necesaria, digámoslo así, en cuanto a la institución en sí, en cuanto a la organización y en cuanto a la ubicación de sus oficinas del Poder Judicial." El proyecto se aprobó y se convirtió en reforma constitucional, con el voto afirmativo de treinta y nueve Diputados, de cuarenta y cinco que integraban, entonces, el total de la Asamblea Legislativa. Únicamente dos Diputados votaron negativamente, y lo hicieron defendiendo "ad ultranza" la idea de la caja única, que fue clásica pero ya superada.

¹² El periódico Diario de Costa Rica publicó, el 13 de mayo de 1956, un editorial de adhesión al proyecto de reforma y allí expresó: "A nosotros la reforma no sólo nos parece necesaria, sino conveniente y justa. El Poder Judicial de la República, el más respetable"

El rol del Poder Judicial en el diseño estratégico tanto en la Nación como en la Provincia es imprescindible, por ello es necesario discutir Políticas de Estado, con consensos básicos que perduren en el tiempo, sin las oscilaciones pendulares de los cambios de opinión; concentrarlas en las soluciones de fondo que permitan atender tanto lo urgente como lo importante, orientadas hacia soluciones concretas.

VIII) Independencia del Poder Judicial y piso mínimo presupuestario porcentual

Se asegura una mayor independencia al Poder Judicial, asignándole una suma global del Presupuesto, fijada en la Constitución. Eso le permitirá ejercer su alto cometido, libre de toda preocupación por su estabilidad económica. Nada existe hoy que pueda justificar ningún temor, pero siempre es preferible que los instrumentos legales garanticen lo que hasta ahora ha sido norma de buena conducta de los funcionarios públicos.

El disponer de un porcentaje o suma global permitirá a la Corte o el Tribunal Superior de Justicia elaborar sus proyectos de acuerdo con las necesidades que confronte en cada oportunidad. Podrá crear nuevos Tribunales, construir edificios y dotarlos de elementos y materiales de trabajo, así como garantizar la seguridad económica y de los funcionarios judiciales.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación o el Tribunal Superior de Justicia, tendrán la garantía constitucional de que sus presupuestos no serán alterados por razones de orden administrativo diferentes de la función judicial, dentro del porcentaje legal.

IX) Independencia presupuestaria

A fin de profundizar la independencia judicial, debemos lograr un fortalecimiento institucional, con una autarquía presupuestaria real,

ble y austero de todos por su tradición, por su trayectoria de honestidad y acatamiento a la Constitución y las leyes, tiene de sobra ganadas las ejecutorias necesarias en la conciencia pública para obtener su autonomía económica. .. máxime que, tratándose del Poder Judicial, la autonomía económica es complemento consustancial y necesario para la autonomía funcional que le asigna la Constitución de la República frente a los demás Poderes del Estado. Son muchas las necesidades que padece y vive el Poder Judicial, que no puede remediar, por falta de presupuesto. Oficinas mal instaladas, ausencia de muebles y máquinas de escribir; insuficiencia de útiles de escritorio. Hacen falta más oficinas judiciales en el país para que la justicia se imparta de acuerdo con el aumento de la población registrado en los últimos tiempos en Costa Rica, uno de los porcentajes más altos de Latinoamérica..."

con un nivel mínimo porcentual del presupuesto del Poder Judicial, con relación a los Poderes Ejecutivo y Legislativo.

X) Consagración legislativa y constitucional de la independencia presupuestaria

Deben lograrse los consensos necesarios que permitan fijar políticas de Estado a fin de fortalecer el sistema judicial y consagrar legislativamente en principio y posteriormente constitucionalmente, la independencia presupuestaria, mediante la autarquía económica del Poder Judicial, con una cláusula, que afirme que el Poder Judicial de la Provincia de Córdoba, tendrá una asignación presupuestaria no menor al diez por ciento del presupuesto total de la Provincia; y para el Poder Judicial de la Nación no inferior al seis por ciento del presupuesto general de la República Argentina, fundada en la adecuada provisión de recursos que le permitan mantener la normal prestación del servicio de justicia.



EL DERECHO HUMANO A LA INFORMACIÓN ENTRE LA REALIDAD Y LA FICCIÓN: UNA VISIÓN CRÍTICA DEL RÉGIMEN LEGAL ARGENTINO DE RADIODIFUSIÓN

E. Susana Borgarello – Dafne García Lucero** – Francisco Cipolla*** – Sebastián Peña*****

Resumen: La radiodifusión no es una mera actividad comercial en las que se disputan los grandes oligopolios su posesión. La radiodifusión es una de las formas del derecho natural a la información. El pluralismo en este medio es condición sine qua non para una auténtica democracia. La Corte Interamericana de Derechos Humanos a través de su Opinión Consultiva 5/85, sostiene que:

“la libertad de expresión requiere que los medios de comunicación social estén virtualmente abiertos a todos sin discriminación, o, más exactamente, que no haya individuos o grupos que, a priori, estén excluidos del acceso a tales medios, exige igualmente ciertas condiciones respecto de éstos, de manera que, en la práctica, sean verdaderos instrumentos de esa libertad y no vehículos para restringirla”

*Doctora en Derecho y Cs Ss. Profesora a cargo de la titularidad de Derecho de la Información. Profesora adjunta de Historia del Derecho Argentino. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad Nacional de Córdoba. Miembro del Consejo Consultivo de Ciencias de la Información. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales Universidad Nacional de Córdoba. Autora de distintas publicaciones, disertante en Jornadas, Congresos y Seminarios.

** Magíster en Relaciones Internacionales. Profesora adjunta a Cargo de la Cátedra de Metodología de la Investigación para las carreras de Sociología, Ciencia Política y Desarrollo Regional en la Extensión Áulica de Pilar de la Universidad Nacional de Villa María. Docente del Centro de Estudios Avanzados. Universidad Nacional de Córdoba. Autora de distintas publicaciones, disertante en Jornadas, Congresos y Seminarios.

*** Abogado. Jefe de Trabajos Prácticos de Derecho de la Información. Escuela de Ciencias de la Información. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad Nacional de Córdoba. Autor de distintas publicaciones, disertante en Jornadas, Congresos y Seminarios.

**** Profesor adjunto de Taller de lenguaje y producción radiofónica I y II. Ciencias de la Información. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad Nacional de Córdoba. Autor de distintas publicaciones, disertante en Jornadas, Congresos y Seminarios.

Las licencias deben ser otorgadas por el Estado con un sentido democrático, no pueden ser renovadas a sus antiguos licenciatarios sine die. Deben ser adjudicadas con un plazo determinado y contemplando el pluralismo democrático, el principio de solidaridad y el servicio de la comunidad.

Las actuales licencias datan de los años '80 y aún antes, siendo los únicos cambios los representados por sus accionistas. Pluralismo y democracia van de la mano. No hay democracia si unos pocos controlan la información. El Estado debe adoptar políticas efectivas con el fin de evitar la concentración de los medios de comunicación

Palabras Claves: Derecho a la información – Radiodifusión – Regulación legal de la radiodifusión – Derecho humano a la información.

Antecedentes de la reglamentación en materia de radiodifusión

El antecedente legislativo más lejano en materia de comunicaciones data de 1875 cuando se sancionó la ley 750 1/2, que es la vieja ley de telégrafos. En 1913 se dictó la ley 9127 que regulaba el servicio de telegrafía sin hilos, estableciendo un monopolio estatal. Se entendía que esa era la mejor forma para proteger la seguridad del Estado. En esta ley, se legisló sobre la transmisión radioeléctrica relacionada con los faros y los barcos, las habilitaciones eran otorgadas por el Ministerio de Marina.

En 1920 apareció la radiofonía. Fue el anochecer del 27 de agosto de 1920 cuando el Dr. Susini y un grupo de amigos, instalaron en la azotea del edificio un equipo transmisor de no más de 5 vatios de potencia, para difundir la ópera "Parsifal" de Richard Wagner, desde el Teatro Coliseo. Ese fue el comienzo de la Sociedad Radio Argentina que obtuviera la primera licencia de radiotelefonía del país. En el lapso 1922-1923 se crearon cuatro radios. La transmisión de la pelea de box entre Firpo y Dempsey, puso de relieve las posibilidades verdaderamente prodigiosas de la radio como medio de comunicación masiva. En ese momento sólo había habilitaciones municipales. En 1933, el decreto 21004 regula las telecomunicaciones y por primera vez habla de la radiodifusión.

En 1946, durante la presidencia de Perón, se creó el Servicio Oficial de Radiodifusión, (SOR). Se aplicó un proyecto –elaborado durante la presidencia de Ortiz– de 1939, por el que caducaban todas las licencias de las emisoras comerciales privadas, se integran tres redes comerciales y una red oficial sin publicidad. También se habilitó en General Pacheco –Buenos Aires– la Planta Transmisora de LRA Radio del Estado.

En 1953 se sancionó la ley 14.241 que trataba en forma integral el aspecto legal de la radiodifusión. Con el golpe militar del año 1955 se

derogó dicha legislación, liberalizando la radiodifusión en todo el país. Se entendía que la radiodifusión era un aspecto meramente comercial y como consecuencia se dictó el decreto-ley 15.460 /57 (ley 14.467) que regulaba los Servicios de Radiodifusión y Televisión. Por decreto el Gobierno de facto a cargo del General Aramburu adjudicó las primeras licencias para establecer canales de televisión privados.

El 15 de mayo de 1967 se dicta la ley de facto N° 17 282 –que modificó el decreto 15460/57– por las que se establecían nuevas condiciones en torno a la adjudicación de licencias para la explotación y funcionamiento de emisoras de radio y televisión. El 22 de agosto de 1972, se dictó el decreto-ley 19.798, la llamada Ley Nacional de Telecomunicaciones que –en general– reproduce las disposiciones del decreto-ley 15460/57.

La regulación legal de la tele-radiodifusión –y que actualmente rige– se completa con la ley de facto N° 22.285 modificada por numerosos decretos presidenciales. Regula específicamente la radiodifusión desligándola de la ley de telecomunicaciones. Es así, que la ley 19798 del año 1972 está vigente como ley de telecomunicación –ya que la parte específica sobre radiodifusión fue derogada por la 22285/80. Esta ley 22.285, hoy representa una mora que desde 1983 tiene el Estado puesto que a casi 25 años de normalidad institucional, aún no se deroga. De este modo, los diferentes gobiernos amplían el período de licencias sin realizar una reforma integral de la misma.

Ley 22.285 de radiodifusión¹

A partir de 1980, la radiodifusión argentina tiene una reglamentación específica a través de la Ley 22.285. Se imponía decidir quién debía regular este nuevo medio de comunicación, y se dirimió a través del Art. 75, inc. 13 y 14 de la Constitución Nacional (antes de la reforma de 1994, Art.57, inc. 12 y 13) porque dichas normas comprenden no sólo el intercambio y tráfico de mercaderías, sino también el intercambio de comunicaciones.

A partir de esta clave constitucional, a veces, el Congreso y en otras ocasiones el Poder Ejecutivo Nacional (PEN) por delegación, han regulado todo lo concerniente a la radio y la televisión a nivel nacional, desde el Decreto del 27-03-24. Aquí, usando el término inglés «broadcasting» se define a las “estaciones”, en la conveniencia de regularizar el funcionamiento de dichas estaciones de radio eléctricas instaladas con el propósito de difundir “noticias de interés general, conferencias, con-

¹ Información extraída de [www .infoleg.gov.ar](http://www.infoleg.gov.ar)

ciertos vocales o artísticos, audiciones teatrales u otras manifestaciones culturales”.

Los programas difundidos por estos medios se transmiten mediante el empleo de ondas electromagnéticas que se propagan por el espacio aéreo y, jurídicamente lo administra el Estado por ser el espacio ultramagnético res humanitates y tener el Estado las facultades constitucionales para regular los servicios de comunicaciones. (Art. 75, inc. 13 CN)

Al Estado le compete distribuir las bandas de frecuencias por las que transmiten con exclusividad sus programas las estaciones de radio y televisión. Se cuida así, la superposición de transmisiones que de lo contrario se perturbarían o anularían recíprocamente.

Estas razones explican el ejercicio privativo y excluyente del orden federal para acordar licencias a los permisionarios. Así como en el orden internacional se ha seguido el “principio del orden”, confiando la administración a un organismo internacional como la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT), aquí, –atento a la estructura federal del Estado– se ha confiado tal facultad al gobierno federal.

El nuevo fenómeno también necesitó de un encuadramiento constitucional en materia de contenido y se lo obtiene del Art. 14 de la CN: “*publicar las ideas por la prensa sin censura previa*”. El mismo le confiere hospitalidad quedando así fundado, y definitivamente incuestionado con el fallo Servini de Cubría –amparo– más comúnmente llamado caso Tato Bores de setiembre de 1992, cuando la Corte Suprema de Justicia de la Nación entiende que los medios audiovisuales quedan comprendidos en los límites del concepto de prensa del artículo 14 la Constitución Nacional.

Aspectos fundamentales que caracterizan la ley 22.285

Del análisis de la ley se puede extraer algunos principios fundamentales que la caracterizan, así:

*Especificidad: El hecho de tratarse de una ley específica, no implica desvincular la radiodifusión del contexto de las telecomunicaciones.

*Jurisdicción nacional: La competencia para legislar y juzgar corresponde al orden federal (Art. 2º).

*El Poder Ejecutivo Nacional (PEN) como único administrador de las frecuencias del espectro radioeléctrico asignado a la radiodifusión. También es el único que puede ejercer su control, debiendo además orientarlo y promoverlo (Art. 3º). En sus comienzos –1924– lo hacía a través del Ministerio de Marina o del Interior.

*Interés público: (Art. 4º). Esto incluye tres connotaciones fundamentales:

- a) Debe satisfacer los objetivos comunitarios que se le fijan;
- b) Su prestación no debe ser, obligatoriamente, monopolio del Estado;
- c) La protección resultante del principio de subsidiaridad no debe constituir una mera actividad mercantil o lucrativa (el interés privado de la explotación debe conciliarse con el interés público del servicio) habida cuenta de que el Estado asegura la provisión del servicio donde éste no sea rentable o donde lo exijan razones de soberanía nacional.

*Gratuidad del servicio tanto en la recepción como en la tenencia de receptores. (Art. 6º).

**Sujetos prestadores*: (Art. 8º):

- a) particulares (personas físicas o jurídicas);
- b) el Estado (nacional, provincial o municipal);

El Estado nacional: subsidiariamente (en zonas de fomento y de frontera) y es el único responsable del Servicio Oficial de Radiodifusión (SOR). (Art. 33).

Las provincias y municipios pueden instalar repetidoras externas al área primaria del servicio que tengan asignadas las estaciones de origen, atendiendo los problemas de integración cultural y territorial. No pueden tener estaciones de origen de televisión.

Las provincias pueden convenir programas con las estaciones del SOR, ubicadas en su territorio. El PEN puede autorizar la prestación del servicio de radiodifusión sonora con modulación de amplitud por parte de las provincias.

Además, el Ejecutivo Nacional puede autorizar a los municipios para prestar dicho servicio con modulación de frecuencia. En ambos supuestos, siempre que no lo preste la actividad privada. Ésta podrá hacerlo posteriormente, en razón de que las frecuencias correspondientes quedarán excluidas en el régimen de concurso abierto y permanente. (Art. 11)

*La comunicación como derecho natural del hombre: Este principio implica que existe un reconocimiento expreso (Art. 14, d). En esto es indudable la influencia internacional, especialmente desde la línea de los derechos humanos.

*La libertad de información: Igualmente trascendente pues implica la recepción normativa de un derecho de amplia protección internacional. (Art. 18)

*Características de la información: esta ley fija que la información debe ser veraz, objetiva y oportuna. (Art. 18)

*Protección del derecho a la intimidad: la ley impone que «no deben perturbar en modo alguno la intimidad de las personas ni comprometer su buen nombre y honor» (Art. 16). Esto completa el cuadro de las disposiciones de las leyes 11.723 de Propiedad Intelectual (art. 31 sobre derecho a la imagen), 18.248 o ley del nombre, 21.173 o de derecho a la intimidad (Art. 1071 bis. del Código Civil), entre otras, y que protegen los derechos personalísimos.

Protección de la minoridad: no sólo en el horario fijado, sino disponiendo que los menores de 12 años no pueden participar en programas entre las 22 y las 8 hs, salvo que hayan sido grabados antes de ese lapso, lo que se debe aclarar al momento de la emisión. (Art. 17 y 22)

*Órgano de aplicación: el Comité Federal de Radiodifusión (COMFER).

*Licencias: (Art. 39), considerado el sistema óptimo.

Adjudicación:

- a) Las licencias de radio y de televisión son adjudicadas por el Poder Ejecutivo Nacional, mediante concurso público.
- b) Para los servicios complementarios de radiodifusión (subsidiarios de frecuencia modulada; antenas comunitaria; circuito cerrado comunitario de audiofrecuencia o televisión y análogos), por adjudicación directa del COMFER.

El término común de adjudicación es de 15 años y en zona de frontera, 20 años, prorrogables por 10 años.

El sistema permite la multiplicidad de licencias.

Otras normas que se fueron dictando sin sentido de unidad y en búsqueda de imponer el modelo neoliberal, han sido:²

² SCHIFER, PORTO (2006) **Regulación jurídica de la radiodifusión argentina** Instituto de Derecho de las comunicaciones Facultad de Derecho UBA Año 1 N° 4.

-la resolución 1226/93 que autorizó la difusión de propaganda extranjera, sobre la base de una interpretación del decreto de desregulación económica 2284/91.

-la resolución 390/98 del COMFER respecto de la cotización en bolsa de las sociedades, que permite a las empresas licenciatarias ampliar sus fuentes de financiamiento.

-el decreto 1062/98 que modificó lo relativo al uso del idioma y los juegos de azar.

-el decreto de necesidad y urgencia 1005/99, que sustituyó diversos artículos de la ley de radiodifusión, así los vinculados con los fines de la programación, la protección del destinatario, los programas educativos y los anuncios publicitarios, la multiplicidad de licencias –24–, ampliándose sustancialmente el sentido primigenio de la ley de radiodifusión sancionada en 1980 –hasta 4–.

-la transferencia de emisoras –prohibida por la ley 22.285– fue modificada con los tratados de promoción y protección recíproca de inversiones, suscriptos con EEUU, Italia, Francia y Holanda. Con la ley 25.750 de protección de los bienes culturales, se admite la participación de extranjeros en las estaciones de radiodifusión hasta un 30% del capital accionario.

-el decreto 2368/2002 que modifica la ley de radiodifusión, habilitándose a los medios que integran el SOR a operar aún en aquellas zonas en donde se encuentre instalada una estación de radiodifusión privada, con lo cual se deja sin efecto el principio de subsidiariedad del Estado expresamente consagrado por la ley 22.285.

- ley 23.377 por la que en materia tributaria, se derivaron aportes al cine y al teatro.

Valoraciones y críticas al sistema actual³

Al comenzar este artículo, se definió la tele-radiodifusión como comunicación; como tal, excede la mera actividad comercial. Desde el punto de vista del Derecho, puede considerarse la información como perteneciente al Derecho Natural. Por lo tanto, el pluralismo es un valor que fortalece el sistema democrático.

³ Normas extraídas de www.infoleg.gov.ar.

Se observa que, a través de las resoluciones de los gobiernos de Menem y Kirchner –Decreto N° 527/05–, las licencias han sido renovadas a los antiguos licenciarios por plazos muy amplios: diez años. En la sumatoria, ambos gobiernos, las han ampliado a veinte (sin contar los plazos de quince y veinte años otorgados por la ley) Esto resta oportunidades a los que desean incorporarse al sistema. Opinamos que las licencias deben otorgarse por el Estado con un sentido democrático, y por lo tanto, no deberían ser renovadas a sus licenciarios sine die. Deberían ser adjudicadas por un plazo temporal determinado y con una visión que contemple el pluralismo democrático, el principio de solidaridad y el servicio a la comunidad.

Las actuales licencias datan de los años ´80. Los únicos cambios han sido los representados por sus accionistas o titulares. Así, se consolida la concentración de la propiedad de los medios de comunicación, se excluye a los pequeños y medianos radiodifusores que desde hace años se encuentran sin posibilidades de acceder a una licencia; violando el principio 12 de la Declaración de Principios de Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en correlación con el art. 42 de nuestra CN, y el art. 13 del Pacto de San José de Costa Rica.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos a través de su Opinión Consultiva 5/85, sostiene que:

“ la libertad de expresión requiere que los medios de comunicación social estén virtualmente abiertos a todos sin discriminación, o, más exactamente, que no haya individuos o grupos que, a priori, estén excluidos del acceso a tales medios, exige igualmente ciertas condiciones respecto de éstos, de manera que, en la práctica, sean verdaderos instrumentos de esa libertad y no vehículos para restringirla”⁴.

Otro de los aspectos críticos de la aplicación de la legislación se relaciona con el contenido de los programas. Si bien, entre las funciones que tiene el Estado está la de velar por el bienestar de la población, en este aspecto aparece ausente. Así, por ejemplo, cada vez que las emisoras violan lo establecido por la legislación vigente, se deberían aplicar las sanciones legales previstas, pero la política aplicada por el Comité Federal de Radiodifusión (COMFER), es que cuando las empresas televisivas incurren en faltas penadas con multas permite que esas deudas sean canjeadas por segundos de propaganda gubernamental.

Uno de los aspectos importantes a señalar es el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Asociación Mutual Carlos Mujica

⁴ www.corteidh.org.cr.

c/ Estado Nacional (PEN-COMFER) s/ amparo” de septiembre de 2003 con la declaración de inconstitucionalidad del art. 45 de la ley de radiodifusión y posterior modificación del mismo por ley del Congreso de la Nación –26.053–. A raíz de este fallo, la ley autoriza no sólo a las sociedades comerciales sino también a las asociaciones sin fines de lucro a ser licenciatarias. De esta manera se cumple lo exigido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos a través de su Opinión Consultiva 5/85 cuando señala que la libertad de expresión requiere que los medios de comunicación social estén virtualmente abiertos a todos sin discriminación. Exigencia acorde a la advertencia contenida en que el Informe 2002 de la Relatoría de Libertad de Expresión de la OEA cuando señala que:

“...resulta inadmisibile el establecimiento de marcos legales discriminatorios que obstaculizan la adjudicación de frecuencias de radios comunitarias...los Estados en su función de administradores de las ondas del espectro radioeléctrico deben asignarlas de acuerdo a criterios democráticos que garanticen una igualdad de oportunidades a todos los individuos en el acceso a los mismos”⁵.

Se viene a resolver así un conflicto instalado desde 1980 ya que la ley anterior –19798– contemplaba las cooperativas, asociaciones obviadas por la ley 22285 que exigía que las personas jurídicas fueran sociedades comerciales.

En síntesis: Consideramos necesaria una nueva ley de radiodifusión que respete lo establecido por nuestra Constitución Nacional, para asegurar el Derecho a la Información y a la expresión con un sentido pluralista a partir de la premisa de que la teleradiodifusión es una de las formas de ejercicio que asume el derecho natural a la información y no sólo una actividad comercial.

Las actuales licencias datan de más de cuarenta años, y sólo han cambiado sus accionistas o titulares. Consideramos que deberían ser administradas por el Estado, con criterios democráticos y adjudicadas por períodos de tiempo determinados, a quienes ofrezcan un mejor servicio, ya que el proceso de concentración monopólico de los medios debe ser subsanado.

La democracia no es posible si unos pocos controlan la información. Sería conveniente adoptar políticas efectivas para evitar la concentración de la propiedad de los medios de comunicación. Los monopolios y oligopolios atentan contra la democracia ya que restringen la

⁵ www.oas.org.

pluralidad y la diversidad informativas que aseguran el acceso a la información y el ejercicio de la expresión de ideas.

La propiedad y el control de los servicios de radiodifusión deben estar sujetos a normas anti-monopólicas. Es indispensable que haya pluralidad de medios y que se impida todo monopolio. La ley 22.285 establecía en su artículo 45 que los dueños de empresas gráficas no podían ser al mismo tiempo propietarios de medios de telera-diodifusión. Esto fue modificado con la Ley de Reforma del Estado durante la presidencia de Menem.

Una ley de radiodifusión debe contemplar que el público tenga derecho a acceder a una información pluralista, -que si bien lo dice la actual legislación, en la práctica no se cumple por este proceso monopólico en el manejo de la información

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su opinión consultiva número 5, de 1985, sostiene que la libertad de expresión, requiere que los medios de comunicación social estén virtualmente abiertos a todos, sin ningún tipo de discriminación.

Asimismo, el informe 2002 de la Relatoría de Libertad de Expresión de la OEA advierte que resulta inadmisibles el establecimiento de marcos legales discriminatorios. Sostiene que los Estados, en su función de administradores de ondas del espectro radioeléctrico, deberán asignarlas de conformidad con acuerdos democráticos que garanticen una igualdad de oportunidades en lo que tiene que ver con el acceso a la información para todos los individuos

La actual ley obvia la mención de los comunicadores olvidando que la tele-radiodifusión no es un mero comercio sino que están en juego valores fundamentales que hacen al desarrollo personal y social de los miembros de una sociedad democrática. Los profesionales de la comunicación social deben participar activamente del proceso de dirección de los medios, ya que tienen la preparación teórica y técnica que se requiere. Además, la actual ley contempla en su articulado a la Secretaría de Medios de Comunicación de la Presidencia de la Nación y al COMFER como órganos gubernamentales de control.

Hoy es inadmisibles que la actual composición del COMFER y su organismo asesor sea tal como lo prevé el art. 96 de la ley vigente:

*“El Comité Federal de Radiodifusión será un organismo autárquico, con dependencia del Poder Ejecutivo Nacional. Su conducción será ejercida por un Directorio formado por un (1) presidente y seis (6) vocales designados por el Poder Ejecutivo Nacional a propuesta del organismo que representan; duraran tres (3) años en sus funciones y podrán ser nombrados nuevamente por otros periodos iguales. Los miembros de su Directorio representaran a los siguientes organismos: **Comandos en Jefe del Ejér-***

cito, de la Armada y de la Fuerza Aérea, Secretaría de Información Pública, Secretaría de Estado de Comunicaciones y Asociaciones de Licenciatarios, uno (1) correspondiente a radio y el otro a televisión. Como órgano asesor del Directorio actuara una Comisión formada por representantes de todos los Ministerios del Gobierno Nacional y de la **Secretaría de Inteligencia del Estado**⁶.

La resolución 753 del 5 de mayo de 2006, del Comité Federal de Radiodifusión (COMFER) reconoce el funcionamiento y la titularidad del servicio a 126 radios censadas de organizaciones sin fines de lucro. Medida que se inicia con la resolución 1572/05 por la que se legaliza a las radios comunitarias y que es consecuencia de la ley 26.053 que modifica el artículo 45 de la ley 22.285/80. Esta ley 26.053 permite el acceso a la titularidad de los servicios a las personas jurídicas no comerciales pero estas normativas recientemente dictadas –y esto es de señalar– no implican el reconocimiento de todas las radios de distintas organizaciones, por caso debemos señalar que no fue reconocida Radio Revés de nuestra Escuela de Ciencias de la Información –UNC– por no encuadrarse en su momento en los ítems exigidos por el COMFER.

Es por ello que hay que volver al tratamiento de una norma general que regule integral y sistematizadamente los servicios de tele-radiodifusión, que sea más comprensiva de la realidad democrática, contemplando el pluralismo, la solidaridad, la sana competencia y fundamentalmente el principio de libertad de expresión y el derecho a la información –aún más precisamente a la comunicación– que tienen todos y cada uno de los habitantes de nuestro país.

Como se observa, hay numerosas normas que con el paso del tiempo, han modificado la ley 22.285 según las necesidades del momento sin ninguna sistematización, en consecuencia, debe realizarse una nueva legislación con una mirada moderna, integral, adecuada a los tiempos actuales

Pluralismo y democracia van de la mano, esta última no se desarrolla si unos pocos controlan la información. El Estado debe –como premisa fundamental– buscar el bienestar general, como lo postula nuestro Preámbulo constitucional. Por ello, es imperativo que adopte políticas efectivas con el fin de evitar la concentración de los medios de comunicación.



⁶ El resaltado es nuestro.

TRATAMIENTO DEL FACTOR RELIGIOSO EN LA VIGENTE CONSTITUCIÓN DE LA PROVINCIA DE CÓRDOBA, REPÚBLICA ARGENTINA.*

Sergio Dubrowsky – Córdoba 1987/2007*

Resumen: La finalidad de los cuatro primeros capítulos es la exposición de los fundamentos del Derecho Eclesiástico formalizado en la Constitución de la Provincia de Córdoba, una de las provincias federadas de la República Argentina. El quinto capítulo es la exposición de la libertad religiosa garantizada tanto a individuos como a comunidades, en el sexto intentamos exponer posibilidades de desarrollo de la libertad religiosa conforme la Constitución de la Provincia de Córdoba y en el séptimo nuestras conclusiones.

Palabras Clave: Derecho Eclesiástico – Libertad Religiosa

I. Introducción

La ciencia y el arte del derecho –el estudio científico de lo real desde la perspectiva de la justicia (lo que comúnmente llamamos “realidades jurídicas”) y la búsqueda y determinación de lo justo en una

^(*) *N. del A:* El presente trabajo estaba prácticamente terminado en el año 1989, y sufrió su última revisión, si mal no recuerdo, en el año 1992. Desde entonces hasta ahora, tuvo una limitada difusión privada entre personas de mi amistad, o fue presentado como *pro manuscripto* en concursos de oposición, etc. Si bien desde entonces hasta ahora se han publicado cosas que serían de obligada referencia en una nueva revisión, y se ha reformado la Constitución Nacional y numerosas Constituciones Provinciales, no he querido demorar más la publicación del mismo Temo que de esperar poder revisarlo nuevamente, pase otra década sin que vea la luz.

^(**) Abogado (UN Buenos Aires). Licenciado en Derecho Canónico – Doctor en Derecho (Universidad de Navarra – ESPAÑA). Ex becario del Consejo Superior de Investigaciones Científicas (ESPAÑA); del Consejo de Investigaciones Científicas y Tecnológicas de Córdoba (CONICOR), ARGENTINA y del Consejo Nacional de Investigaciones Cien-

concreta relación entre dos o más sujetos—no admiten, en último término, distinciones y digresiones: la realidad es, y es la que marca la pauta si de ella partimos sea para la elaboración científica como para dirimir un concreto conflicto¹.

Es un dato de la realidad, sin embargo —insoslayable— que no obstante esta perspectiva unitaria, global y totalizante en la conceptualización y búsqueda de la justicia que intentamos asumir, que en el campo académico y científico —como asimismo en el ejercicio de la abogacía y en la delimitación de la competencia forense— se ha dado una división en ramas, y hablamos de Derecho Público y Derecho Privado, de Derecho Civil, Penal, Administrativo, etc. Cada uno de estos sectores reclama, y en muchos casos la ha establecido, autonomía científica y académica —y paralelamente una especialización en la profesión y en la magistratura— por tener unos principios, un objeto, una metodología, o al menos una perspectiva formal de trabajo propia. Cosa que entendemos es muy importante, y que ha contribuido al desarrollo de la ciencia jurídica. Siempre que esos principios, objeto y metodología sean propiamente jurídicos, es decir, que tengan la justicia y la realización de lo justo en concreto como norte, pues de lo contrario escaparían a lo que llamamos ciencia jurídica (o arte del derecho).

Esto presupuesto, vamos a encarar el estudio del factor religioso² en la Constitución de la Provincia de Córdoba, vigente desde mayo de 1987, desde la perspectiva específica del Derecho Eclesiástico. Dada la escasa tradición de esta rama de los estudios jurídicos en las Facultades de Derecho, y en las publicaciones, en el contexto argentino, vale la pena hacer algunas puntualizaciones sobre la disciplina.

tíficas y Técnicas (CONICET). ARGENTINA. Ex Investigador Asociado del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET). ARGENTINA. Miembro de número del Instituto de Historia del Derecho y de las Ideas Políticas Dr. Roberto I. Peña de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (ARGENTINA). Investigador del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad Nacional de Córdoba. Jefe de Trabajos Prácticos por concurso. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad Nacional de Córdoba.

¹ Cuando hablamos de realidad y de realismo, lo hacemos en el sentido clásico del término. Al respecto, vid. VILLEY, M; **Précis de Philosophie du Droit**, 2 vol; Dalloz, Paris 1977-78. ERRÁZURIZ MACKENNA, C. J. **La Teoría Pura del Derecho de Hans Kelsen. Visión Crítica**. Ed. EUNSA. Pamplona, 1986. SCHOUPPE, J. P; **Le réalisme juridique**. Ed. Story-Scientia, Bruxelles, 1987. HERVADA, J; **“Apuntes para una exposición del realismo jurídico clásico”**, en Persona y Derecho 18 (1988) 281-300 y **Introducción crítica al diritto naturale**. Ed. Giuffrè, Roma-Milano, 1990.

² Hablamos de factor religioso, en el preciso —y técnico— sentido expuesto por VILADRICH, P. J., en **“Principios informadores del Derecho Eclesiástico Español”**, pp. 182-184, en AAVV, **Derecho Eclesiástico del Estado Español**, Ed. EUNSA. 2a. Ed., 1a. reimpresión. Pamplona, 1983.

El Derecho Eclesiástico no es el Derecho Canónico. El Derecho Canónico es la disciplina científica –con también escasa divulgación actual en nuestro país– que estudia el derecho de la Iglesia Católica. Se denomina Derecho Eclesiástico al estudio del derecho común, que rige las relaciones jurídicas en la sociedad (que actualmente, si bien no exclusivamente, tiene como origen la producción normativa estatal) en tanto haga referencia al factor religioso, en cuanto específicamente religioso. En Argentina hay muy escasos antecedentes de trabajos jurídicos hechos desde esta perspectiva: podemos encontrar referencias tangenciales en estudios con otra finalidad: estudios históricos, estudios de Derecho Concordatario, o de las relaciones Iglesia-Estado desde la perspectiva del anacrónico Derecho Público Eclesiástico, que considera a la Iglesia Católica como el único factor religioso en nuestro contexto, con también anacrónicas injerencias del Estado en aspectos específicamente religiosos; o también en monografías, manuales y tratados que atendiendo a otros objetos específicos, rozan el tratamiento jurídico del factor religioso³. En otros países, en cambio, la disciplina cuenta con una tradición científica y las consiguientes publicaciones, y es materia específica del plan de estudios de la carrera de derecho en España, Italia y Alemania

Respecto a la denominación de la especialidad, en España la denominan Derecho Eclesiástico del Estado, o simplemente Derecho Eclesiástico –siendo más común actualmente esta última forma, el agregado “del Estado” fue necesario para evitar confusiones con el derecho canónico en el período histórico ya superado de la España confesional, donde el ordenamiento jurídico interno del Estado hacía una recepción total del ordenamiento canónico–, criterio que también adopta la doctrina Ecuatoriana y Uruguayaya, y algunos autores argentinos. Los italianos la denominan *Diritto Ecclesiastico*, los franceses *Droit civil ecclésiastique* o simplemente *Droit ecclésiastique*, los alemanes la denominan *Staatskirchenrecht* –literalmente, Derecho Eclesiástico del Estado– y en

³ Un buen primer trabajo, desde la perspectiva específica del Derecho Eclesiástico, es el de BOSCA, R. “**El Derecho Eclesiástico en la Argentina: reseña legislativa y jurisprudencial**”, en ANUARIO DE DERECHO ECLESIASTICO DEL ESTADO, III (1987) 461-482. A los antecedentes allí citados, se pueden agregar BOSCA, R. - v. USTINOV, H. A. “**El Derecho de Asociación Religiosa en el Derecho Argentino**”, en AAVV, DAS KONSOZIATIVE ELEMENT IN DER KIRCKE, pp. 1007-1024, Hereausgegeben von W. Aymans, K. T. Geringer, H. Schmitz. Eos Verlag Erzabtei St. Ottilien, 1989; VALDUNCIEL DE MORONI, M. del C. **Objeción de Conciencia y Deber Militar**. Ed. Ediar. Buenos Aires, 1989; los trabajos de v. USTINOV y BIDART CAMPOS citados en nt. 3; de ESTRADA, J. R. “**El régimen de dominio público es aplicable a ciertos bienes de la Iglesia Católica**”, en El Derecho, diario del 6.II.90; NAVARRO FLORIA, J. G “**Los bienes de la Iglesia**”, en El Derecho, diario del 7.II.90; FIGUEROA, A. J. “Jurisdicción Eclesiástica (determinación de su ámbito)”, en La Ley, diario del 6.VI.91.

el área angloparlante aún no hay un término definido: *Ecclesiastical Law* parece ser el más adecuado⁴.

Dichas estas cosas que centran la perspectiva de nuestro trabajo, debemos puntualizar otras, obvias para quien conozca el ordenamiento constitucional de la República Argentina y nuestra cultura y tradición jurídica, precisiones importantes quizás para el jurista de otras latitudes. Nuestra tradición constitucional y nuestra cultura jurídica difieren –sea por imperativos históricos y de la realidad social, como por factores culturales, científicos e ideológicos– de la de las naciones europeas. Son innegables los influjos heredados del continente –el castellano es la lengua en que estamos redactando– pero precisamente la realidad de esa influencia, desvinculada de la también innegable herencia indiana preconstitucional y del influjo de Inglaterra y del proceso de emancipación y posterior configuración institucional de los Estados Unidos de Norteamérica pueden atentar contra una adecuada apreciación de una síntesis donde la invocación de una doctrina, o el texto de una norma, tienen connotaciones completamente diferentes a las del texto o contexto de las que fueron tomados.

“La Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa republicana y federal...” reza el art. 1º de la Constitución Nacional, vigente desde 1853. El sistema de organización federal de la República, de claras analogías con el de los Estados Unidos de Norteamérica, difiere notablemente –entre otros aspectos– con el de dicho país precisamente en el tratamiento del factor religioso. La Constitución Nacional consagra expresamente el derecho de libertad religiosa (art. 14) para todos los habitantes, reiterándolo en el art. 20 con referencia a los extranjeros. Sin embargo –y sin consagrar un sistema confesio-

⁴ Acerca de la ciencia del Derecho Eclesiástico en la actualidad, cfr. LOMBARDIA, P. “**El concepto actual de Derecho Eclesiástico y su marco constitucional**”, en ANUARIO DE DERECHO ECLESIASTICO DEL ESTADO. Madrid. I (1985) 623-675; y AAVV, LAS RELACIONES ENTRE LA IGLESIA Y EL ESTADO. Universidad Complutense de Madrid, Universidad de Navarra, Editoriales de Derecho Reunidas. Madrid, 1989. Acerca del nuevo Derecho Eclesiástico en plena evolución en los países del este europeo, cfr. ERDO, P. “**La nuova condizione giuridica della Chiesa in Ungheria**” pp. 457-472; KRUKOWSKI, J. “**Revisione del sistema dei rapporti tra lo Stato e la Chiesa in Polonia**”, pp. 473-496; PIERONEK, T. “**Lo «status» degli atenei pontifici in Polonia**”, pp. 497-522; SALKÁ, L. “**Il mutamento della condizione giuridica della Chiesa in Cecoslovacchia**”, pp. 523-542, todos en IUS ECCLESIAE, II (1990). Cfr. LARREA HOLGUIN, J. **Derecho Eclesiástico Ecuatoriano**. Ibarra, 1983. ALGORTA DEL CASTILLO, E.

“**Calificación jurídica del Estado uruguayo en materia religiosa**”, en Excerpta e Dissertationibus in Iure Canonico II, Pamplona 1984, pp. 485-529. Cfr. GONZÁLEZ DEL VALLE, J. M. “**El Derecho Eclesiástico: denominación, origen, evolución y materias que abarca**”, en AAVV, LAS RELACIONES ENTRE LA IGLESIA Y EL ESTADO Universidad Complutense de Madrid, Universidad de Navarra, Editoriales de Derecho Reunidas. Madrid, 1989. pp. 149-151.

nal- valora la religión –y en concreto la religión Católica, Apostólica Romana- como un factor positivo que el Estado Federal sostiene (art. 2) y promueve (art. 67 inc. 15). En este sistema constitucional federal –que difiere profundamente a su vez del alemán o del suizo, o de los estados unitarios que en su interior se dividen en regiones con cierta autonomía como es el caso de la República Italiana o de la República de Chile, o del peculiar ordenamiento del Reino de España con sus autonomías- se inserta la Constitución de la Provincia de Córdoba, objeto de nuestro trabajo, normativamente subordinada a la Constitución Nacional (art. 31 CN, art. 1 CPC)⁵.

⁵ Escapa al marco que nos hemos trazado en el presente trabajo –que ese uno más dentro del proyecto de investigación en el que se inserta- la comparación de nuestro sistema Constitucional Federal Argentino con el de los Estados Unidos de Norteamérica en los que al tratamiento del factor religioso respecta. También lo excede el tratamiento del tema en la Constitución Nacional. Aunque han corrido ríos de tinta en nuestra doctrina jurídica nacional, sea calificando nuestro régimen Constitucional desde una perspectiva de separación de Iglesia y Estado según el modelo Francés o de U.S.A. –que a la vez difieren notablemente entre sí- o intentando cualificarlo como “oficialmente católico”, “sociológicamente católico”, o que “privilegia el culto católico”, ninguna de estas posturas nos satisface plenamente. Oportunamente expondremos nuestro pensamiento in extenso sobre esta cuestión, en un futuro trabajo. Basta señalar, por ahora, y como marco del presente estudio, que entendemos que nuestra Constitución Nacional garantiza la mas amplia libertad religiosa, que no hace “profesión de fe” en religión positiva alguna (aunque no pueda tampoco calificársela como atea o indiferente ante Dios, a quién se invoca como “fuente de toda razón y justicia” en el Preámbulo), y que entendemos resulta forzado interpretar las menciones explícitas a la Iglesia Católica, Apostólica y Romana como consecratorias de una posición de privilegio o de preferencia respecto a otros cultos, o como discriminatorias de los cultos no católicos: dichas menciones obedecen a factores históricos y político-institucionales heredados del régimen preconstitucional anterior (p. ej. la cuestión del Patronato y las ingerencias del Estado Argentino en materia de gobierno eclesiástico) o a la reparación de las incautaciones de bienes eclesiásticos por parte de la autoridad civil (art. 2 C. N.), o a la valoración del trabajo de la Iglesia Católica –en un sentido amplio- como positiva para el bien común (arts. 2 y 67 inc. 15), cosa que no implica a nuestro modo de ver un juicio sobre la realidad intrínseca de la Iglesia Católica, o una valoración negativa respecto de otros cultos: no podemos perder de vista tampoco la escasa significación y presencia social de los cultos no católicos entonces –sobre todo comparándola con la realidad del múltiple despliegue de la Iglesia Católica en lo cultural, cultural, educativo, asistencial, etc.- y la escasa elaboración doctrinal sobre el tema de la libertad religiosa entonces existente. Es más, el texto vigente de la Constitución Nacional Argentina ofrece una solución que nos aventuramos a calificar como “demasiado moderna y realista” –excepción hecha de la anacrónica cuestión del Patronato y de las ingerencias del Estado en materia de gobierno Eclesiástico, ya superadas por el Concordato de 1966-, y quizás por falta de perspectiva no siempre bien comprendida desde posturas ideológicas “pro” o “anti” católicas. En síntesis, pensamos que nuestra Constitución Nacional establece un Estado de Derecho en consagra la libertad religiosa como primer principio para su Derecho Eclesiástico, dando a su vez un tratamiento específico, que en parte comporta abusivas intromisiones del Estado respecto de la confesión específicamente tratada, que en modo alguno puede considerárselo discriminatorio respecto a los otros cultos, que tuvieron y tienen asegurada su libertad y fueron libres de abusivas ingerencias estatales.

II. Principios directivos, presupuestos axiológicos y fin de la Constitución de la Provincia de Córdoba.

Fuera del clima de consenso imperante en la Convención Constituyente –actitud reiteradamente declarada por numerosos convencionales y por los portavoces de los distintos bloques⁶– que se refleja por otra parte, aunque con leves matices, en los distintos proyectos de reforma presentados en el recinto⁷ y en el tono de los debates, y de la continua referencia a la larga –en nuestra perspectiva americana– tradición cultural e institucional de Córdoba, permeada por un humanismo de raíz cristiana que le da su fisonomía característica en sus cuatro siglos de vida –que no aparecen reflejados explícitamente en su texto– entendemos que el contenido literal del Preámbulo es suficientemente explícito y claro en lo que al enunciado de esta parte de nuestro trabajo respecta.

⁶ Valga como una pequeña muestra, entre las muchas que se podrían extraer del Diario de Sesiones, y todas ellas en referencia a la materia específica de nuestro trabajo: Diario de Sesiones de la Convención Provincial Constituyente. Año 1987 (en adelante, se abreviará DS), T. I. Sr. Hernández, pag. 724. DS, T. II. Sr. Orgaz (miembro informante de la comisión redactora): Hemos puesto, finalmente, una cláusula invocativa. En este sentido, debo decir que a la comisión cada uno de los bloques llevó su propia fórmula. Nos pareció prudente –y fue una forma de conciliar– copiar, extraerla mención que hace a Dios la Constitución Nacional. Entonces, pusimos la clásica forma “Invocando la protección de Dios, fuente de toda razón y justicia”. (debate sobre el preámbulo) (pág. 1212). DS, T. II. Sr. Orgaz, pág. 1213. DS, T. II Sr. Cornet pág. 1235. DS, T. II, Sr. Del Barco pág. 1243.

⁷ CONSTITUCIÓN PROVINCIAL. REFORMA INTEGRAL. PROYECTO. (Presentado por Bloque de la Unión Cívica Radical.) (DS, T. I, pp. 124/148). Se citar como PY 1. CONSTITUCIÓN PROVINCIAL. REFORMA INTEGRAL. PROYECTO.-PROYECTO DE REFORMA CONSTITUCIONAL. (Presentado por Bloque del Peronismo Renovador y la Democracia Cristiana y las CC. de: Preámbulo y Declaraciones; Derechos individuales, Civiles, Sociales y Políticos, y Garantías; políticas Especiales; Poder Ejecutivo y Administración; Poder Judicial; Régimen Municipal; Reforma de la Constitución; R. gimen Electoral y participación). (DS, T. I, pp. 149/163). Se citar como PY 2. CONSTITUCIÓN PROVINCIAL. PREÁMBULO Y DECLARACIONES, DERECHOS Y GARANTÍAS. REFORMAS. PROYECTO. (Presentado por el Bloque del Partido Unión Demócrata de Centro, y también por la C. de Derechos Individuales, Civiles, Sociales y Políticos, y Garantías) (DS, T. I, pp. 164/168). Se citar como PY 3. CONSTITUCIÓN PROVINCIAL. DERECHOS PERSONALES, SOCIALES Y POLÍTICOS; GARANTÍAS Y DEBERES. RÉGIMEN. MODIFICACIÓN. (Presentado por el Bloque del Partido Justicialista y por la C. de Derechos Individuales, Civiles, Sociales y Políticos y Garantías) (DS, T. I, pp. 206/210). Se citar como PY 4. CONSTITUCIÓN PROVINCIAL. CAPITULO UNICO. DECLARACION. REFORMA. (Presentada por Armando Segundo Andruet y Alfredo Ignacio Alonso y la CC de Preámbulo y Declaraciones y de Derechos Individuales, Civiles, Sociales y Políticos y Garantías) (DS, T. I, pp. 229/231). Se citar como PY 5. CONSTITUCIÓN PROVINCIAL. REFORMA INTEGRAL. PROYECTO. (Presentado por el Bloque del Peronismo Renovador y la Democracia Cristiana. Los fundamentos están aprobados también por las CC. de Preámbulo y Declaraciones; Derechos Individuales, Civiles, Sociales y Políticos, y

Siguiendo el orden lógico, fundado en la prioridad óptica, queremos señalar que el concepto –y el contenido– que es la clave de toda la estructura del Preámbulo, y de toda la Constitución, como enfáticamente lo resaltara el convencional Andruet durante las sesiones de la Convención Constituyente con el explícito consenso de todos los convencionales –algunos de los cuales se refirieron a la cuestión en idéntico sentido, aunque en un lenguaje más llano, y con menos precisión– es el de persona⁸. Persona que por el hecho de ser tiene una dignidad, digni-

Garantías; políticas Especiales; Poder Legislativo; Poder Ejecutivo y Administración; Poder Judicial; Régimen Municipal; Reforma de la Constitución, Régimen Electoral y participación) (DS, T. I, pp. 234/259). Se citar como PY 6. CONSTITUCIÓN PROVINCIAL. CAPITULO: DECLARACIONES. REFORMA. (proyecto presentado por Demetrio Alejandro Páez y Nélica Bercovich de Sacchetta, y aprobado por la CC. de Preámbulo y Declaraciones) (DS, T. I, pp. 267-269). Se citar como PY 7 CONSTITUCIÓN PROVINCIAL. CAPITULO: POLÍTICA EDUCATIVA - LIBERTAD DE ENSEÑANZA. REFORMA. (Proyecto presentado por Demetrio Alejandro Páez y Nélica Bercovich de Sacchetta y aprobado por la CC. de políticas Especiales) (DS, T. I, pp. 269-271). Se citar como PY 8. CONSTITUCIÓN PROVINCIAL. CAPITULO: JUVENTUD-ESTADO. REFORMA. (Proyecto presentado por Demetrio Alejandro Páez y Nélica R. Bercovich de Rodríguez y la C. de políticas Especiales) (DS, T. I, p. 271). Se citar como PY 9. CONSTITUCIÓN PROVINCIAL. REFORMA INTEGRAL. PROYECTO. (Proyecto de reforma integral presentado por el Dr. José Alejandro Mosquera, y aprobado por las CC. de Preámbulo y Declaraciones; Derechos Individuales, Civiles, Sociales y Políticos y Garantías; políticas Especiales; Poder Legislativo; Poder Ejecutivo y Administración; Poder Judicial; Régimen Municipal; Reforma de la Constitución, Régimen Electoral y participación) (DS, T. I, pp. 272-294.). Se citar como PY 10. CONSTITUCIÓN PROVINCIAL. CAPITULO: LEGISLACIÓN SOBRE SALUD. INCLUSIÓN. (proyecto presentado por el Bloque del Partido Justicialista y visto por la C. de políticas Especiales) (DS, T. I, pp. 294- 297). Se citar como PY 11. CONSTITUCIÓN PROVINCIAL. TITULO PRIMERO: PODER LEGISLATIVO. MODIFICACIÓN. (Presentada por el Bloque el Partido Justicialista y aprobada por la C. de Poder Legislativo) (DS, T. I, pp. 297-303). Se citar como PY 12. CONSTITUCIÓN PROVINCIAL. EDUCACIÓN. FINES. ARTICULO. INCLUSIÓN. (Proyecto presentado por Demetrio Alejandro Páez y aprobado por la C. de política Especiales) (DS, T. I, p. 309). Se citar como PY 13. CONSTITUCIÓN PROVINCIAL. REFORMA INTEGRAL. PROYECTO. (Presentado por el Bloque del Partido Justicialista y aprobado por las CC. de Preámbulo y Declaraciones, Derechos Individuales, Civiles, Sociales y Políticos, y Garantías; políticas Especiales; Poder Legislativo; Poder Ejecutivo y Administración; Poder Judicial; Régimen Municipal; y Reforma de la Constitución, Régimen Electoral y participación) (DS, T. I, pp. 321-341). Se citar como PY 14. Además de estos, hay algún otro proyecto parcial, que omitimos por carecer de interés en nuestro trabajo.

(8) Cfr. Andruet, DS, T.II, pp. 1286-1288. Se refirieron a la dignidad de la persona humana en el preciso sentido referido los convencionales Hernández, Rostagno, Montilla, Alonso, Cornet, del Barco (DS, T. I, pp. 725, 726-727; T. II, pp. 1217, 1230, 1233 y 1235, 1240-1243, respectivamente). Ricardo del Barco, además, haciendo referencia al derecho fundamental a la libertad religiosa y de conciencia que dimana de la naturaleza humana, cita expresamente el Magisterio de la Iglesia Católica, concretamente la declaración Dignitatis Humana, no 73 «(sic) entendemos se trata de los nn. 2 y 3» del Concilio Ecuménico Vaticano II, y la Encíclica Pacem in Terris del Papa Juan XXIII como fuentes doctrinales. A esta inspiración doctrinal hacen sustancialmente referencia los PY 1, art. 48 (DS, T. I, p. 128), PY 3 (DS, T. I, p. 165), PY 5. FUNDAMENTOS (DS, T. I, p. 229), PY 6 PREÁMBULO, arts. 61, 62 y FUNDAMENTOS (DS, T. I, pp. 234/235, 241,257

dad que la Convención Constituyente explícitamente asume como su “finalidad” “exaltar”. Dignidad de la persona, que vista la cosa desde la perspectiva de la justicia –o sea la “perspectiva jurídica”– le corresponden –por imposición de la realidad y con carácter previo y prioritario a cualquier convención o declaración– unos derechos, que la Convención Constituyente señala como su cometido, su “finalidad”, el “garantizar el pleno ejercicio”.

Esta finalidad la consigue bien sea acuñando fórmulas en que se expliciten estos derechos inherentes e inalienables a la persona humana por el hecho de ser (lo que comúnmente llamamos derechos naturales o derechos humanos en nuestra cultura), formulación y explicitación que no pretende ser exhaustiva ni excluyente, como textualmente lo indica el art. 20, al señalar que “Los derechos enumerados y reconocidos por esta Constitución no importan denegación de los demás que se derivan de la forma democrática de gobierno y de la condición natural del hombre”, como arbitrando los mecanismos técnico-constitucionales –pues no es suficiente su mera enunciación, ni siquiera la del art. 22– para hacerlos operativos en la realidad, cometido que en último término queda de modo inmediato y fáctico en manos ora de las distintas instituciones que la misma Constitución prevé en el reparto del poder y en última instancia en manos de sus titulares de carne y hueso, ora de las personas privadas, familias, instituciones y asociaciones que componen el substrato social de la Provincia de Córdoba, dentro o fuera de la estructura formal de la organización constitucional.

El segundo lugar –ciñéndonos al orden óntico y lógico, considerando ahora la persona no desde su perspectiva de individuo, sino en su inserción y interrelación social– entendemos que lo ocupa la “consecución del bien común” enunciada en el Preámbulo, como finalidad de la Convención Constituyente, de la Constitución que se promulga y sanciona y en último término de la comunidad de personas a la que la misma se refiere. Esto es así, porque nuevamente estamos ante una positivación y explicitación de la finalidad intrínseca de la organización social, que se desprende de la consideración de la realidad de la persona humana y de la organización social, que es asumida explícitamente y formalmente –pero no creada– por los constituyentes, finalidad de la que en última instancia depende, y a la cual se subordina, como ya lo hemos dicho, cualquier organización social.

Las demás aseveraciones del Preámbulo (y también de los artículos de la Constitución que explicitan y formalizan el contenido de los

y 258, respectivamente), PY 7 FUNDAMENTOS, 2 arts. s/n (DS, T. I, p.267, 268, 269), PY 8 FUNDAMENTOS (DS, T. I. p. 270), PY 9, art. s/n (DS, T. I. p. 271), PY 10. PREÁMBULO (DS, T. I, p. 273), PY 13 –art. sobre educación– (DS, T. I, p. 309).

derechos las personas, cuyo ejercicio regular se ordena simultáneamente –distinguiéndolos, pero jamás contraponiéndolos– al bien de los individuos y al bien común) se derivan inmediata o mediatamente sea de la realidad de la persona, sea de la “consecución del bien común” como finalidad de la organización social.

Pero aún hay algo más que señalar. No soslayaron los convencionales constituyentes de la Provincia de Córdoba –y la convención como institución– parafraseando a los constituyentes que en 1853/1860 nos dieron la Constitución Nacional vigente, invocar “la protección de Dios, fuente de toda razón y justicia”. No hay en esta invocación una profesión de fe en una determinada religión o culto positivo. Pero tampoco una profesión de indiferentismo, de agnosticismo o de ateísmo: se reconoce la realidad de la contingencia de la persona y de todos los seres respecto del Ser Supremo, afirmación a la que es capaz de llegar el hombre haciendo recto uso de su razón, afirmación que comporta una afirmación sobre la realidad de la persona humana, o sobre la “condición natural del hombre” por utilizar las palabras del art. 20 de la Constitución de la Provincia de Córdoba, de gran importancia hermenéutica para todo el texto constitución en general, y en particular de las normas que analizaremos en el curso de nuestro trabajo y en nuestra elaboración científica desde una perspectiva jurídico-dogmática: esta afirmación antropológica es ni más ni menos que la radical apertura del hombre a ese Ser Supremo –que la Convención Constituyente invoca como fuente de toda razón y justicia– en la que descubrimos el fundamento fáctico de su derecho natural, inalienable y fundamental, a la libertad religiosa.

Mas aún debemos señalar, pasando ahora del plano fundamental de la estructura óptica de la persona humana y de la organización social al de las realidades políticas contingentes, que la “finalidad de exaltar la dignidad de la persona y el pleno ejercicio de sus derechos”, tendiente a “la consecución del bien común” que señala el Preámbulo, se inserta en el contexto de “el definitivo establecimiento de una democracia pluralista y participativa”, consolidando asimismo “el sistema representativo, republicano y democrático”. Estas afirmaciones de principios y finalidades, fieles a nuestra tradición patria y a la de la Provincia de Córdoba, comportan a su vez “afianzar los derechos de la Provincia en el concierto federal argentino”. De estas afirmaciones nos interesa destacar como pautas que no podremos perder de vista en nuestra ulterior elaboración la democracia, el pluralismo, la participación, y la república. Por otra parte, el afianzar los derechos de la Provincia en el concierto federal argentino implica –sea respecto al tratamiento del factor religioso como en los otros– una doble consecuencia. Primera: la inescindible pertenencia de Córdoba a la Nación Argentina –y

más allá de la explícita subordinación formal de su Constitución a la Constitución Nacional– la plena sintonía de la nueva Constitución de Córdoba con la Federal de 1853/60 en su vigente formulación. Bien puede decirse que la Constitución de la Provincia de Córdoba hace una interpretación política muy autorizada –que no podemos llamar auténtica pues sería confundir los planos Provincial y Federal del poder constituyente– de la Constitución Nacional. Segunda: la necesaria congruencia con la vigente Constitución de la Provincia de Córdoba –y con las demás constituciones provinciales recientemente promulgadas– que debiera observar una eventual convención constituyente que se convocara para una reforma de la Constitución Nacional.

III. Normas constitucionales que tratan directa y explícitamente del factor religioso.

Son cinco los artículos que captan en modo directo, explícito y específico al factor religioso, para formalizar técnicamente su contenido y alcance. Se trata de los arts. 5, 6, 19,5, 62,5 y 142

El art. 5, bajo la rúbrica “*Libertad religiosa y de conciencia*”, textualmente establece: *Son inviolables en el territorio de la Provincia la libertad religiosa en toda su amplitud, y la libertad de conciencia. Su ejercicio queda sujeto a las prescripciones de la moral y el orden público. Nadie puede ser obligado a declarar la religión que profesa.*

Como puede constatarse de su lectura, no puede ser más amplia –valga la redundancia con el texto– la formulación del principio de libertad religiosa, como principio configurador de la organización institucional de Córdoba. Nótese que tanto este artículo como el sexto están sistemáticamente colocados en la Sección primera (Declaraciones de fe política) del Título primero de la Primera Parte de la Constitución. Dicha norma garantiza la total inmunidad de coacción externa de la persona frente a lo religioso, y distingue entre la libertad religiosa y la libertad de conciencia, precisión importante para una correcta hermenéutica del texto, como bien se puso de manifiesto durante su tratamiento en la Convención Constituyente⁹. No es superflua la formalización del derecho de la persona a no declarar la religión que se profesa – o m s ampliamente, la propia postura frente a lo religioso, que podría

⁹ Sr. Andruet. DS, T.II, pp. 1286-1288). Distinguieron también entre libertad de conciencia y libertad religiosa los convencionales Montilla (DS, T. II, pp. 1217-1218), Alonso (DS, T. II, pp. 1223-1233), Cornet (DS, T. II, pp. 1233-1235), del Barco (DS, T. II, pp. 1240-1243).

ser no profesar religión alguna— cuya lectura desde la perspectiva no ya de la propia libertad, sino como principio configurador de la estructura jurídica y política de Córdoba, entendemos que implica una prohibición expresa de interrogar al respecto, prohibición que alcanza una dimensión especial en quién de cualquier modo está investido y participa de la autoridad y el poder público. Esta “libertad religiosa en toda su amplitud” que el art. 5 declara inviolable en toda la Provincia, no se agota, como es obvio, en su dimensión de derecho de la persona en su perspectiva individual. Además, como veremos más adelante, la libertad religiosa como derecho personal está garantizada expresamente en los arts. 19,5 y 142. Hay un derecho humano fundamental a la libertad religiosa del individuo —esto es innegable— pero también dicho derecho comporta el despliegue de la actividad religiosa de las personas que trascienda el ámbito individual, privado. Así, también están incluidos en la garantía del art. 5 —que explicita el art. 19, 5, congruente con el art. 19, 8 y 10— el derecho a asociarse, reunirse, comunicarse y expresarse por motivos o con fines religiosos, como asimismo el derecho a la existencia y a su reconocimiento institucional con independencia de la persona de sus adherentes o fieles, de las distintas confesiones religiosas.

Este último aspecto viene expresamente tratado y reconocido en el art. 6, que bajo la rúbrica de “Cultos”, reza: *La Provincia de Córdoba, de acuerdo con su tradición cultural, reconoce y garantiza a la Iglesia Católica, Apostólica Romana el libre y público ejercicio de su culto. Las relaciones entre, ésta y el Estado se basan en los principios de autonomía y cooperación. Igualmente garantiza a los demás cultos su libre y público ejercicio, sin más limitaciones que las que prescriben la moral, las buenas costumbres y el orden público.*

Resulta evidente la inescindible relación del art. 5 con el art. 6, que fuera subrayada durante la Convención Constituyente por los convencionales Montilla y del Barco¹⁰, y la de ambos artículos con el art. 19,5., sistemáticamente ubicado bajo la rúbrica “Derechos enumerados”, en el Capítulo primero, de la Sección segunda del Título primero de la Primera Parte de la Constitución. El texto del artículo citado en último término es el siguiente: *Todas las personas en la Provincia gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio... 5. A la libertad de culto y profesión religiosa o ideológica.*

Si en los arts. 5 y 6 —como veremos más adelante— se formalizan primariamente principios de la organización constitucional de la Provincia de Córdoba, y mediatamente derechos, en el art. 19, confor-

¹⁰ DS, T. II, (debate) Sr. Montilla, p. 1218; DS, T. II. (debate) Sr. del Barco, pp. 1241-1243.

me a la sistemática del texto de la Constitución y de modo coherente con los principios, se establece el derecho de libertad de la conciencia, el derecho de libertad religiosa y el derecho de libertad ideológica.

Pero hay todavía otro texto en la Constitución de la Provincia de Córdoba, de singular importancia pues por un lado ratifica y es coherente con los principios constitucionales informadores de Córdoba en materia religiosa, y los concreta y aplica por un lado –como principios informadores de una política específica– y por otro concreta y aplica el derecho de libertad religiosa en relación con otro derecho-deber humano fundamental cual es el de la patria potestad y, más concretamente, el derecho-deber de educar y formar a los hijos, que es uno de sus contenidos específicos. Es el art. 62, 5 in fine, que dice: *La política educativa provincial se ajusta a los siguientes principios y lineamientos:.. 5... Los padres tienen derecho a que sus hijos reciban en la escuela estatal, educación religiosa o moral según sus convicciones.*

Finalmente, el art. 142 aplica los principios y derechos formalizados en los arts. 5, 6 y 19,5 a un caso muy concreto: el juramento que deben prestar el Gobernador y Vicegobernador en el acto de su recepción por la Asamblea Legislativa. Su texto dice así: *El Gobernador y Vicegobernador prestan en el acto de su recepción... el juramento de rigor y que respete sus convicciones religiosas de:...*

IV. Principios directivos de Derecho Eclesiástico en la Constitución de la Provincia de Córdoba.

Señalar los principios directivos en la materia a partir del texto constitucional, e inferirlos y elaborarlos doctrinalmente cuando no hubieren sido establecidos en el texto constitucional de una manera explícita, para que orienten futuros desarrollos doctrinales y el quehacer jurisprudencial, entendemos debe partir y guardar siempre estrecha relación con la realidad, si queremos ser fieles a la perspectiva con que iniciamos nuestro trabajo. Esto presupuesto, dicha elaboración no partir de un a priori ideológico, ni consecuentemente tampoco podrá apartarse de lo que señalábamos más arriba (cfr. II.) como principios y perspectivas axiológicas y teleológicas de todo el texto constitucional y de la realidad a la que se refiere y en cierto sentido es su consecuencia: la estructura político-institucional de la Provincia de Córdoba en la República Argentina.

a) Libertad religiosa: Hemos señalado que el concepto –y el contenido– que es la clave de toda la Constitución es la persona humana. Partiendo de aquí, entendemos que el derecho humano fundamental de libertad religiosa nos proporciona a

su vez el principio fundamental en la sistematización e interpretación del Derecho Eclesiástico sancionado en la Constitución de la Provincia de Córdoba. Analizaremos más adelante el contenido del derecho humano fundamental de libertad religiosa (vid. infra V). Ahora sólo queremos señalar que entre las “declaraciones de fe política” de la Sección primera del Título primero de la Parte primera, inmediatamente después del principio de la inviolabilidad de la persona humana –e inescindiblemente unido a éste, como es evidente y lo señalará el convencional del Barco durante los debates¹¹– se señala el principio de libertad religiosa en toda su amplitud.

Nos parece en consecuencia que el principio de libertad religiosa es el principio primero y fundamental –evidentemente relacionado con los otros principios específicos en la materia que señalamos a continuación– fundado a su vez en el primero y principal de los derechos humanos fundamentales, que esencialmente es el de libertad religiosa

Pero resulta a su vez importante señalar que este principio fundamental de la organización política –formalizado por la Constitución de la Provincia de Córdoba como principio fundamental de rango constitucional– no puede ni debe ser interpretado en la superada clave decimonónica como principio de laicismo oficial del Estado, o como separación radical del ámbito religioso del resto de los factores sociales interactuantes, al modo del superado modelo francés o de algunas tendencias en la interpretación de la *establishment clause* de la Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica¹².

La dimensión religiosa de la persona humana¹³, la inviolable autonomía de su acto de libre opción frente a Dios y a la religión¹⁴ y el papel histórico determinante de las confesiones religiosas en la reali-

¹¹ DS, T. II. (debate), pp. 1240/1241.

¹² Una importante referencia bibliográfica respecto al tratamiento del factor religioso en los EEUU en la doctrina comparada y en la jurisprudencia, puede verse en MARTÍNEZ TORRON, J. “**La Objeción de Conciencia en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo Norteamericano**”, en ANUARIO DE DERECHO ECLESIASTICO DEL ESTADO, I (1985) pp. 395-458.

¹³ Cfr. DS, T.I, PY 1, arts. 43, 48 y 93; p. 145; PY 2, pp. 150, 151, 154, 162, 163; PY 3, pp. 163, 165; PY 5, pp. 229, 230, 231; PY 6, pp. 235, 235; PY 6, art. 15, p. 236; art. 39, p. 238, art. 58, p. 240, art. 61, p. 241; PY 7, pp. 268,269; PY 10, art. 14, p. 275, art. 38, p. 277; PY 11, p. 294; PY 14, art. 29, p. 234; T. II (debate) Sr. Orgaz (miembro informante de la comisión redactora de Preámbulo) p. 1212, entre muchas citas posibles.

¹⁴ Entre otras posibles referencias, cfr. DS, T. I, PY 4, p. 208; (debate) Sr. Hernández, pp. 724-725; Sr. Rostagno, pp. 726-727; T. II (debate), Sr. Montilla, pp. 1217, 1218; Sr. Cornet, p. 1235; Sr. del Barco, pp. 1240, 1241; Sr. Aracena, pp. 1283-1286.

dad de la Córdoba presente¹⁵ fueron temas y cuestiones de una decisiva y crucial importancia en el debate en el seno de la Convención Constituyente cuando se trató y votó el art. 5, cuyo texto estaba presente en los distintos proyectos presentados por los diferentes bloques y partidos políticos¹⁶, por lo que resultó relativamente fácil concordar y consensuar el texto definitivo. En estos hechos, suficientemente probados y fundamentados, nos basamos para afirmar también que no cabe una recta hermenéutica del mismo en sentido laicista, prescindente, o reductivo del factor religioso.

Como lógica consecuencia, los poderes constituidos en la Provincia de Córdoba, coherentes con este principio fundamental de su organización en lo que al factor religioso respecta, no sólo deben asumir una actitud respetuosa ante las confesiones religiosas y tutelar la libertad religiosa de sus habitantes, sino que además –como con respecto a todos los principios de su organización política, y a todos los derechos humanos– según sostiene el art. 9 de la misma Constitución, deben promover “las condiciones para hacer real y efectiva la plena participación política, económica, social y cultural de todas las personas y asociaciones”.

b) Laicidad: Apartándose de las formas tradicionales de proclamar la confesionalidad del Estado –tradicionales también en nuestros antecedentes patrios anteriores a la vigente Constitución Nacional de 1853/60, que también desechó esta fórmula– la Provincia de Córdoba no adopta religión o culto positivo alguno como propio, actitud de los constituyentes plenamente coherente con la opción por el principio de libertad religiosa como el primero que rige la materia.

Junto al aspecto negativo de la ausencia de adopción de una determinada religión o culto como el propio, o el público y oficialmente patrocinado, el art. 6 positivamente “reconoce y garantiza a la Iglesia Católica Apostólica Romana el libre y público ejercicio de su culto”, y a los demás cultos “su libre y público ejercicio”. Así, junto a la ausencia de una opción positiva por un determinado culto, podemos observar que de modo coherente con el principio y derecho fundamental de libertad

¹⁵ Cfr., entre muchos otros, DS, T. I, PY 5, p. 230; PY 6. FUNDAMENTOS, p. 257; PY 7, p. 268; DS, T. II (debate), Sr. Montilla, pp. 1217, 1218; Sr. Alonso, p. 1230-1233.

¹⁶ DS, T. I, PY 1, art. 12, p. 125; PY 2, p. 150; PY 3, art. 2, p. 165; PY 4, p. 208; PY 5, pp. 230-231; PY 6, art. 4, p. 235; PY 7, p. 268; PY 10, art. 14, p. 275; PY 14, art. 3, p. 322, art. 29, p. 324; y las referencias que a esta coincidencia hicieron entre otros: T. II. (debate) Sr. Orgaz (miembro informante de la comisión redactora) p. 1213; Sr. del Barco, pp. 1240-1241; Sr. Aracena, pp. 1283,1284.

religiosa, se garantiza a las confesiones el libre y público ejercicio del culto.

Esta laicidad que enumeramos como el segundo principio en materia de Derecho Eclesiástico en el ámbito constitucional de Córdoba, implica que en la promoción de la libertad religiosa a la que hemos hecho referencia en el último párrafo del apartado anterior, no puede haber por parte de los poderes constituidos en Córdoba, por acción u omisión, sea injerencia en lo estrictamente religioso –que atentaría además contra el principio de incompetencia– sea favoritismo o discriminación respecto de confesión alguna –actitud que sería contraria además al principio de libertad religiosa y al principio de igualdad–. En suma, Córdoba frente al factor religioso pretende actuar sólo como “Estado Social de Derecho”, como se autodefine en el art. 1 de la Constitución.

En este punto es importante destacar que la mención expresa de la Iglesia Católica, Apostólica, Romana –de modo análogo a lo que entendemos sucede con el art. 2 de la Constitución Nacional– en modo alguno implica una “oficialización” de dicho culto, o un pronunciamiento sobre la verdad del dogma que dicha confesión predica¹⁷. Las diferencias de tratamiento que el art. 6 de la Constitución de la Provincia de Córdoba dispensa a la Iglesia Católica y a los demás cultos importan solamente un caso de tratamiento específico respecto a una determinada confesión religiosa que obedece a evidentes motivos de tradición cultural –como el mismo art. 6 señala– de real arraigo social, al tratamiento específico que la Constitución Nacional, los tratados internacionales y Legislación Nacional también dispensan a la Iglesia Católica en el ordenamiento jurídico argentino, a las peculiaridades y complejidad de la estructura jurídico-institucional de la Iglesia Católica, como asimismo al sinnúmero de relaciones jurídicas entre los entes de la

¹⁷ Al respecto, el convencional Alonso, quién propugnara un sistema confesional o de al menos de asignación de un carácter preeminente al culto Católico, Apostólico y Romano, textualmente argumentó para impugnar el texto promulgado finalmente: “La redacción del artículo 6o es ambigua y contradictoria. Comienza diciendo que la Provincia de Córdoba, de acuerdo a su tradición cultural, reconoce y garantiza a la Iglesia Católica, el libre y público ejercicio de su culto. Pero al final, otorga a los demás cultos exactamente las mismas prerrogativas. Cabe preguntarnos: Cual es entonces la consideración que otorga al catolicismo la tradición cultural de la provincia? Y debemos respondernos: ninguna. Queda la religión Católica Apostólica Romana, en las mismas condiciones que los demás cultos, muchos de ellos extraños a nuestra idiosincrasia, cuando no a nuestras propias tradiciones históricas... No reconocer a la Iglesia Católica su preeminencia sobre las demás religiones y sectas amparadas en el mismo texto constitucional, es desconocer lisa y llanamente el sentimiento del pueblo cordobés, puesto de manifiesto públicamente días pasados en ocasión de la visita del Santo Padre...” DS, T. II, (debate) Sr. Alonso. p. 1233.

Iglesia Católica y las personas físicas y jurídicas, públicas y privadas, en la Provincia de Córdoba. La omisión de un tratamiento específico, y de un reconocimiento expreso en el texto constitucional –reconocimiento al que no puede darse un alcance mayor, insistimos, que el de un tratamiento específico– hubiera atentado contra la realidad fáctica de la presencia social actual e histórica de este culto –preexistente y munido de personalidad jurídica aún antes de la configuración institucional de la actual Córdoba y de la actual República Argentina– y contra la realidad del ordenamiento jurídico, sea considerando el tratamiento específico que de la Iglesia Católica hace la Constitución Nacional, los tratados internacionales, el Código Civil y el resto de la legislación nacional, como de las innumerables relaciones jurídicas en que por vía negocial o extracontractual es parte la Iglesia Católica o sus entes dotados de personalidad jurídica o de legitimación en el ordenamiento.

Vale la pena insistir también que la falta de un reconocimiento expreso y nominal a otras confesiones religiosas no implica una valoración negativa o peyorativa de las mismas: simplemente –y coherentemente con la realidad a la que hemos hecho referencia más arriba– al mismo tiempo que el art. 6 CPC “garantiza a los demás cultos su libre y público ejercicio”, se constata que al presente –sea por arraigo y difusión, sea por la misma estructuración de las otras confesiones en cuanto factores sociales que reclaman un tratamiento específico por parte de la potestad del Estado, ninguna otra confesión requiere al presente un reconocimiento y tratamiento específico a nivel constitucional, fuera del de reconocerle, en general, su derecho a la existencia y su libertad.

Lo mismo cabe decir de la diferencia que puede observarse en el texto respecto al límite a la libertad en cuanto al público ejercicio del culto. Mientras respecto a la Iglesia Católica pareciera no haberlo, respecto a las otras confesiones se establece el límite de “la moral, las buenas costumbres, y el orden público”. Entendemos que esta diferencia de tratamiento no implica por parte de la Provincia de Córdoba un abandono de su laicidad, o una opción o preferencia por el culto Católico: el mismo límite está implícito en los principios de “autonomía y cooperación” que rigen las relaciones entre dicha confesión y la Provincia de Córdoba. Consecuentemente, esa diferencia de tratamiento no puede tener otro alcance que una valoración constitucionalmente preconstituida –fundada en los mismos motivos que hicieron justo y necesario un tratamiento específico del culto Católico– de que el ejercicio regular de dicho culto, considerado desde la óptica de la sociedad políticamente organizada como un factor social específico y sin entrar en valoraciones ni en pronunciamientos sobre la verdad de su predicación religiosa, no sobrepasa los límites que, con carácter general, se establecen a la libertad de cultos.

También cabe una precisión más acerca de la laicidad que entendemos informa el vigente texto constitucional de la Provincia de Córdoba y el modo en que formaliza la libertad de todo culto religioso público. Además de lo expresado en el sentido que ningún culto establecido y operante al momento de dictarse la Constitución fuera considerado por el legislador constituyente como necesitado de un tratamiento específico –excepción hecha del Católico– y de la positiva prescindencia de la convención constituyente a la hora de optar por uno, o varios, determinados cultos, entendemos que el modo en que ha quedado redactado el art. 6 expresa la laicidad de Córdoba en proyección de futuro, o sea, en la dimensión práctica, asegura la libertad religiosa –determinando a su vez claros límites– al posible establecimiento de otros cultos, confesiones o grupos religiosos, inexistentes o no presentes en Córdoba al momento de la sanción de la Constitución.

c) Igualdad: Consecuencia del principio de libertad religiosa y del principio de laicidad –entendida como prescindencia de pronunciamiento sobre el aspecto propiamente religioso de las confesiones, y no como prescindencia en la consideración de la libertad religiosa de las personas y de las confesiones, consideradas como factores sociales específicos interactuantes en el entramado de las relaciones jurídicas y sociales– e inescindible de estos dos principios, entendemos que el principio de igualdad informa las normas de la Constitución de la Provincia de Córdoba que tratan específicamente del factor religioso.

La Provincia de Córdoba, junto a la consideración del factor religioso como una realidad, como un factor social específico, que es captado por su Constitución, y consecuentemente haber formalizado el derecho humano fundamental de libertad religiosa de las personas y los colectivos humanos, y no sólo formalizado estos derechos de libertad, sino de haber asumido la libertad religiosa y la laicidad como “declaraciones de fe política”, que preferimos referir técnicamente principios de su organización institucional y constitucional, en el contexto de un “Estado Social de Derecho” (art. 1 CPC) que “organiza su Gobierno bajo la forma representativa, republicana y democrática” (art. 2 CPC), aún sin mencionarlo expresamente, también informa su texto constitucional a la luz del principio de igualdad.

¿Qué entendemos por igualdad? Nada más ni nada menos que la radical igualdad ante la ley o la radical igualdad de posición jurídica de las diversas confesiones religiosas. Esto, insistimos, es consecuencia lógica del principio y derecho fundamental de libertad religiosa y de la

laicidad de la Provincia de Córdoba. Pero entiéndase bien, hablamos de “radical igualdad” no en un sentido de “igualitarismo” injusto, incapaz de percibir las reales y justas diferencias que implican sea un tratamiento jurídico específico, como una concreta posición jurídica diversa. Hablamos de igualdad, siguiendo la reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, como “igualdad de tratamiento en igualdad de circunstancias”, no olvidemos que el objeto de la justicia, “el verdadero principio no es el de dar a cada uno lo mismo, sino a cada uno lo suyo”, como afirmó el maestro Francesco Ruffini, citando a Calvino¹⁸.

Así, como referíamos en el apartado anterior en relación al art. 6 CPC, entendemos que el tratamiento específico del culto Católico, Apostólico, Romano –como su diversa posición jurídica respecto a los otros cultos en el ordenamiento jurídico argentino– no implica una discriminación. Si lo sería, atendiendo a nuestras circunstancias históricas y actuales, que no tuviese ese tratamiento específico, como también sería atentatorio contra la libertad religiosa y contra el principio de laicidad que la legislación pretendiese reconocer una estructura orgánica jerárquica en una confesión organizada en forma asamblearia, o le reconociese el estatuto de “persona jurídica de derecho público” –o incluso su personalidad o el ser sujeto de derecho– a otra que no lo pretendiese, incluso por motivos dogmáticos o espirituales –religiosos, en una palabra– que el Estado, en virtud de los principios de libertad religiosa, de laicidad y de incompetencia que trataremos más abajo, no podría ni debería entrar a valorar.

d) Incompetencia y cooperación: El art. 6 de la CPC señala, siguiendo la terminología al uso en el Derecho Comparado, que las relaciones entre la Iglesia Católica, Apostólica, Romana y el Estado “se basan en los principios de autonomía y cooperación”. Nada dice expresamente acerca de los principios que rigen sus relaciones respecto de los otros cultos. Sin embargo, ello no es óbice para sistematizar doctrinalmente esos principios. Entendemos que el principio de libertad religiosa y el principio de laicidad implican, en el contexto de una Constitución cuyo concepto medular –como hemos señalado reiteradamente– es la persona y su finalidad última la promoción y tutela de sus derechos, un reconocimiento de la radical incompetencia del Estado sobre determinados ámbitos per-

¹⁸ F. RUFFINI, *Corso di diritto ecclesiastico italiano. La libertà religiosa come diritto pubblico subiettivo*. Torino 1924, p. 424.

sonales, entre ellos el religioso. En esta concepción de Estado, resulta evidente que su finalidad es la consecución bien común, entendido no en una falsa contraposición dialéctica con el bien de los individuos, sino como dimensión, y a la vez condición, de el bien de las personas, y de cada persona. Respecto a la Iglesia Católica, esta radical incompetencia del Estado está expresada mediante la “autonomía” que la CPC señala como principio de las relaciones¹⁹, lo que implica también una afirmación por parte del Estado –cosa para nada problemática respecto de la Iglesia Católica, pues es ésta es la manera en que se expresa su Magisterio acerca del modo de entender las sus relaciones con la sociedad civil, y viceversa, de la sociedad civil con ella misma– de su radical independencia, en su propio ámbito, respecto de esa confesión. Pero entendemos que esa mutua y recíproca independencia –cada institución en su propio ámbito– del Estado y la Iglesia Católica, implica un principio general de la organización del Estado –consecuencia, insistimos una vez más, de los principios de libertad religiosa y de laicidad– respecto al factor religioso, y consecuentemente, respecto de cualquier confesión religiosa.

Junto a este principio de independencia recíproca, mejor que “principio de autonomía”, y también íntimamente relacionado con el principio de libertad religiosa, podemos señalar el principio de cooperación, que aunque referido en el texto de modo expreso solamente en relación con la Iglesia Católica, sea por la propia naturaleza de las cosas como por su relación con el principio de participación consagrado en el art. 9 entendemos está implícito respecto de todas las confesiones reli-

¹⁹ Se utiliza este término, que –aunque está, al uso en el Derecho Comparado– no es del todo exacto: podría interpretarse en sentido regalista o jurisdiccionalista, entendiendo a la Iglesia Católica como un ente “autónomo”, pero inmanente al Estado, como bien señaló J. HERVADA, criticando el uso de este vocablo para referirse a la relación de recíproca independencia entre el Estado y las confesiones religiosas, en “Diálogo en torno a las relaciones Iglesia-Estado en clave moderna”, pág. 28, en PERSONA Y DERECHO 18 (1988) 13-30., o también, agregamos nosotros, desde una perspectiva religiosa monista, al Estado como una entidad “autónoma” dentro de la única realidad religiosa. En dos trabajos publicados antes de la promulgación de la CPC, P. FRÍAS hacía referencia a que las relaciones entre la Iglesia Católica y el Estado se fundan en los principios de “libertad y cooperación”, vid. IGLESIA Y ESTADO: EL PATRONATO CONSTITUCIONAL, pág. 111. Imprenta de la Universidad Nacional de Córdoba, Junio 1972. pp. 111-123; y “El Acuerdo entre la Santa Sede y la Republica Argentina”, pág. 239, en ANALES DE LA ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE CORDOBA, XXV (1986) 223-262, conceptualización más amplia, y a nuestro modo de ver más precisa, que la utilizada en el art. 6 CPC.

giosas. También aquí cabe puntualizar lo que señalábamos a propósito del principio de igualdad: si bien el principio de informa la relación del Estado respecto de todos los cultos, y en virtud del principio de igualdad, la posición de las diferentes confesiones es radicalmente la misma, de esto no se sigue que, de hecho, el modo de concretar esa cooperación deba ser idéntica en todos los casos: depender por una parte de cada confesión, y del modo en que fuera valorado su accionar –como un factor social específico, y no desde una valoración teológica, o religiosa, que el Estado es radicalmente incompetente de efectuar– por la autoridad política respecto del bien común.

Por último, no queremos soslayar un principio hermenéutico general de la Constitución de la Provincia de Córdoba, que tuvimos –y pensamos siempre debe tenerse en cuenta, no sólo en general, sino para la elaboración doctrinal específica– siempre presente: es el reenvío que el art. 18 hace, en materia de derechos y garantías de las personas, a los tratados internacionales ratificados por la República, principio reforzado por la disposición complementaria sin número, a continuación del art. 200.

De los debates en el seno de la convención constituyente surge reiteradamente el recurso al derecho comparado –legislación y doctrina, particularmente española y europea²⁰– recurso que en materia de Derecho Eclesiástico ha sido determinante para la formulación de los artículos específicos. Hemos tenido en cuenta también este derecho comparado en nuestro trabajo, y queremos puntualizar que entendemos que tanto la normativa constitucional específica como nuestra elaboración, es consonante y congruente con las orientaciones mayoritarias y más caracterizadas en la materia.

V. Derechos formalizados en relación con el factor religioso en la Constitución de la Provincia de Córdoba.

a. Libertad religiosa

a.1: de los individuos

Además de lo ya dicho de la libertad religiosa como principio inspirador de la Constitución de la Provincia de Córdoba, queremos tratar ahora específicamente del derecho humano fundamental de li-

²⁰ Cfr. Sr. Del Barco, Sr. Aracena, Sr. Abecasis, Sr. Rostagno, Sr. Mosquera, Sr. Martínez, Sr. Alonso, Sra. Sabattini, Sr. Páez, Sr. Maqueda; Sr. Cafferata Nores. DS, T. II, pág. 1240/1243, 1288/1290, 1304/1307 y 1797/1798; 1282/1286 y 1301/1303; 1290/1291 y 1800/1801; 1293/1297; 1298/1299; 1299/1301; 1307/1310; 1794/1795; 1795/1796; 1801; 1803/1804, respectivamente.

bertad religiosa. A él se refiere específicamente –además de los arts. 5 y 6– el art. 19, 5.

El contenido de este derecho humano fundamental es negativo: consiste en la inmunidad de coacción tanto por otras personas como entidades, y fundamentalmente por parte de los poderes públicos en la propia y personalísima opción religiosa. Este derecho implica la libertad de tener o no tener una religión o creencia, la libertad de conservar o cambiar la propia opción religiosa y en su caso adherir, no adherir o cambiar la afiliación a una determinada confesión. También la libertad de manifestar o callar la propia opción religiosa, como la libertad de profesar un determinado culto en público o en privado, y divulgar la propia religión o credo, sea en forma individual o colectiva. Resulta evidente la relación de este derecho humano fundamental con los otros derechos enumerados en art. 19. Sin embargo, importa destacar su especificidad, pues la opción religiosa y los actos externos que ella comporta –que son los únicos que capta el derecho– se distingue de otras nobilísimas e inalienables capacidades y potencialidad de la persona humana. Tampoco está de más señalar –aunque los textos de la CPC que tratan específicamente del factor religioso no lo señalen expresamente– que el principio de igualdad ante la ley y la consiguiente no discriminación formalizado con carácter general en el art. 7 alcanzan e implican también al derecho de libertad religiosa, o sea el derecho a no ser discriminado con ocasión o como motivo de la propia opción religiosa, ya que en modo alguno la opción religiosa afecta la radical igualdad ante la ley.

a.2 de los entes religiosos

Lo que vale respecto de las personas, sobre todo teniendo en cuenta el art. 6, vale *congrua congruis referendo* para los grupos de personas y para las confesiones. Así, en su dimensión pluripersonal el derecho de libertad religiosa implica en primer lugar el derecho a la existencia y al reconocimiento de las confesiones religiosas como tales, y si por las confesiones fuera querido y solicitado de acuerdo a la legislación vigente, el reconocimiento o concesión de su personería jurídica.

Por fin, entendemos que cualquier desarrollo legislativo o interpretación doctrinal o jurisprudencial en torno al derecho humano fundamental de libertad religiosa en la Provincia de Córdoba, deber hacerse a la luz de los principios inspiradores que en materia de Derecho Eclesiástico informan la Constitución de la Provincia de Córdoba, cuyo desarrollo doctrinal hemos expuesto en IV.

b. La libertad religiosa en relación con la patria potestad y con la política educativa: el derecho de los padres a educar a los hijos en

materia religiosa según sus convicciones y el derecho de los padres a que sus hijos reciban en la escuela estatal, educación religiosa o moral según sus convicciones.

b.1: el derecho de los padres a educar a los hijos en materia religiosa según sus convicciones.

El art. 62 de la CPC, al establecer los principios y lineamientos de la política educativa, señala algunos que en modo mediato, aunque directo, inciden en nuestro tema.

Los constituyentes, fieles a una opción antropológica y a unos determinados lineamientos políticos, han señalado en el inc. 1 del mencionado artículo la obligación del Estado Provincial de subvenir a la familia –que es reconocida expresamente en el inc. 2 como agente natural y primario de educación– y a la comunidad en la función educativa. En el inc. 3 se reconoce la libertad de enseñanza, y en consecuencia el derecho de las personas y asociaciones –evidentemente, también a las confesiones religiosas o a los entes de alguna confesión religiosa que tuviesen capacidad jurídica– “a crear instituciones educativas ajustadas a los principios de esta Constitución”, como asimismo que la ley deber reglamentar la cooperación económica del Estado con las instituciones educativa –también, aunque no exclusiva ni excluyentemente, las creadas por inspiración de un determinado credo religioso, o directamente por una confesión o ente religioso– cuando “aquellas... no persigan fines de lucro”.

En el siguiente apartado nos referiremos específicamente al derecho de los padres, formalizado en el art. 62 inc. 5 de la CPC, “a que sus hijos reciban en la escuela estatal, educación religiosa o moral según sus convicciones”. Ahora debemos precisar que si bien dicha norma que analizaremos a continuación se refiere exclusivamente a la enseñanza pública estatal, no podemos dejar de señalar que también alcanza a la enseñanza privada, aunque en un sentido diverso. En efecto, la enseñanza estatal tiene carácter gratuito, asistencial y plural, mientras que la legítima opción de los padres por brindar a sus hijos educación escolar en centros de enseñanza no estatales, responder precisamente a la valoración de la calidad de esa enseñanza, o a una concreta orientación pedagógica o religiosa, en centros que no necesariamente –es más, sólo excepcionalmente– estarán informados simultáneamente por los principios de gratuidad, asistencialidad y pluralismo. En consecuencia, entendemos que el ejercicio de este derecho en el campo de la enseñanza no estatal no podrá plantearse como exigencia al centro educativo de brindar una determinada enseñanza religiosa o moral –o abstenerse de brindarla– sino como el incuestionable derecho –ya ga-

rantizado en el inc. 3– de los padres a acudir a los centros de enseñanza no estatales, e incluso de fundarlos con la finalidad de brindar a sus hijos una determinada educación, en la que no puede descartarse la formación religiosa incluso como el cometido principal de la fundación de un centro educativo.

Pero más allá del derecho de los padres a procurar la formación de sus hijos según sus convicciones religiosas en el ámbito escolar, esta norma tiene un presupuesto implícito, al que nos referiremos brevemente, por exceder los límites del presente trabajo: esta norma presupone como parte integrante de los derechos-deberes que rigen la relación paterno-filial respecto de los hijos no emancipados, la formación de los mismos según las convicciones que sobre la cuestión religiosa –que en uso de su libertad religiosa– tuviesen los padres. Si bien el principio que la constitución implícitamente reconoce es claro, plantea una serie de problemas e interrogantes que deberán resolver la doctrina y la jurisprudencia. Por ejemplo, el conflicto entre padres de distinta religión –o de diversa opción personal frente a la religión, ya fuera inicial o sobrevenida en plena etapa evolutiva del hijo o de los hijos– en la educación de sus hijos, o el conflicto entre la opción religiosa y las pretensiones educativas de los padres y las opciones religiosas de los menores adultos, si en este punto es analogable la patria potestad a la guarda, tutela y curatela, etc.²¹

b.2: El derecho de los padres a que sus hijos reciban en la escuela estatal, educación religiosa o moral según sus convicciones.

Junto a estos principios que tienen una incidencia mediata, aunque directa, en la relación del derecho fundamental a la libertad religiosa con el derecho fundamental a la educación y las políticas educativas y culturales, en el inc. 5, junto a asegurar el carácter gratuito, asistencial y plural de la educación pública estatal –lo que implica un matiz al inc. 1 cuando se refiere a que el Estado Provincial debe establecer “la política” educativa... necesariamente, serán “las políticas”, nunca una política única, uniforme y “dogmática” (léase totalitaria)– afirma netamente que “los padres tienen derecho a que sus hijos reciban en la escuela estatal, educación religiosa o moral según sus convicciones”.

Resulta así claro del texto literal de la norma transcrita que asiste a los padres el derecho a que sus hijos reciban o no formación

²¹ El Dr. Jorge de la Rúa planteó muy acertadamente alguna de estas cuestiones, actuando como convencional constituyente, proclamando su adhesión y compromiso con el principio de libertad religiosa y de laicidad, aunque en un tono beligerantemente negativo y pesimista que no compartimos. Cfr. DS, T. II, pág. 1799/1800.

religiosa –de ahí la referencia a la educación religiosa o moral, que en nuestra tradición educacional y antecedentes legislativos tiene la precisa connotación de permitir la posible opción de los padres a que sus hijos reciban formación ética, desvinculada de cualquier injerencia de principios o elementos dogmáticos vinculados a una determinada religión positiva– y en caso afirmativo, que ésta sea según sus personales convicciones. Tan evidente como la formalización de este derecho resulta el imperativo constitucional dirigido a los poderes legislativo y ejecutivo, sea por esta norma como por el inc. 8 que manda “satisfacer los requerimientos del sistema educativo, en cuanto a la formación y actualización docente” y el art. 22 que señala la exigencia de la “imprescindible reglamentación legal” de los derechos establecidos en la Constitución, para hacer factible la operatividad de los mismos, lo que implicar necesariamente que la enseñanza religiosa está, prevista en la curricula de contenidos mínimos de la educación, la dotación presupuestaria para la formación y el pago de los docentes especializados²², y el necesario acuerdo con las autoridades de las confesiones cuyo credo,

²² Esta inteligencia de la normativa constitucional, que a nosotros nos parece evidente considerando su tenor literal, es también la que hizo un destacado hombre de derecho en el propio recinto de la Convención Constituyente, precisamente abogando contra el proyecto que fuera promulgado. Me refiero al convencional Dr. Jorge de la Rúa, quien se opuso enérgicamente al proyecto, aparentemente más por razones de orden económico –era perfectamente consciente del imperativo constitucional para la Provincia de Córdoba, en caso de aprobarse y promulgarse la Constitución, como efectivamente lo fue, de la obligación de la Provincia de implementar la enseñanza religiosa en las escuelas públicas, respetando el pluralismo de opciones religiosas de los padres, con la consiguiente carga presupuestaria– que de orden ideológico, pues se confiesa un acérrimo partidario del pluralismo, en contraste con la postura de otros convencionales defensores de opciones confesionales religiosas o confesionales laicistas, aparentemente incapaces de percibir la realidad del pluralismo, la contribución al bien común del factor religioso, y la ausencia de “problema religioso” en nuestro medio. Pienso que vale la pena transcribir textualmente sus sabias argumentaciones: “Sr. de la Rúa... Creo que debemos partir de un concepto fundamental: la Constitución –y aunque es obvio, vale la pena reiterarlo– es una norma jurídica y, como tal, responde a los principios de la lógica jurídica. En este sentido encontramos, en primer lugar, una cuestión que la simple lectura de la norma genera. Cuando se habla en el ámbito jurídico de un derecho, se habla correlativamente de un deber; no hay derecho sin deber. De modo tal que, en principio, la norma estaría estableciendo una regla en virtud de la cual, fundado en el derecho de los padres a que se les proporcione a sus hijos educación religiosa en las escuelas estatales, el Estado tiene el deber de proveer esa enseñanza religiosa. Si se medita con sencillez las consecuencias de esta regla, pueden resultar abrumadoras para el ya recargado sistema educativo de la Provincia. La Nación tiene reconocidos centenares de cultos y si no hay animo de discriminación –como descuento que no lo hay en los miembros de la comisión– el Estado tendrá que proveer centenares, o miles, de maestros o maestras de religión o de moral, para cubrir todo el espectro religioso e ideológico de los alumnos. Porque, de lo contrario, reitero, estaríamos en un plano de discriminación. La norma suscita otras dudas y otros problemas. Yo diría, recordando las palabras de la convencional Sabbatini, que es poco lo que dice, en función de lo que

prácticas religiosas e ideario, fueran solicitadas por los padres de los alumnos como educación religiosa conforme a sus concepciones para sus hijos, para la habilitación de estos docentes especiales, etc. Asimismo, deber estar previsto el modo de supervisar el cumplimiento de este imperativo constitucional, en conformidad con lo establecido por el inc. 1 del art. 62, sea mediante los mecanismos generales de supervisión, sea creando algún modo especial de llevarla a cabo²³.

cree la convencional Sabattini que dice, y dice mucho más de lo que ella no cree. Por una parte, hizo ella un relato de una forma de ateneo extraescolar o paraescolar, originado primero en una sola religión –lo que no me parece correcto–, aunque luego lo extendió a otras religiones. Pero otro de los convencionales ha dicho que no sabe si va a ser dentro, o fuera del horario de clase, tampoco se sabe de acuerdo a la norma si puede o no integrar programas escolares. De modo tal que aquí también tenemos otro problema que la norma no está aclarando, que tiene que ser explicitado. Yo creo que el día de mañana, cuando se quiera interpretar este precepto y se lean las exposiciones de la convencional Sabattini, del convencional Páez, del convencional del Barco, no va a ser fácil determinar el verdadero alcance de esta interpretación. Además, señor presidente, somos escépticos en cuanto a la posibilidad de asegurar una efectiva no discriminación en el resultado de la aplicación de la cláusula. No creemos que en relación a alumnos de cultos poco difundidos, se pueda proveer la enseñanza religiosa adecuada. Y volver a generar de una forma u otra, lo que nosotros vivimos en nuestra infancia donde había una mayoría que tenía el privilegio de una enseñanza religiosa adecuada y una minoría que salía con su pelota de trapo al patio frío, a pasar la hora siendo mirado como un ser extraño por el resto de los alumnos. Por fin, señor presidente, y como última observación sobre esta norma, creo que acá hay algo que llama poderosamente la atención y que hace pensar realmente en que pueda haber otras intenciones, u otras finalidades que escapan quizás al respeto a lo no discriminación. La regla del derecho de los padres a la educación religiosa y el correlativo deber, se impone sólo al Estado. Es decir, sólo las escuelas estatales están obligadas a proveer la enseñanza religiosa. Acá expuso muy bien el convencional Maqueda que toda educación el publica, que el sistema educativo es unitario, vale decir que cada escuela es una unidad de formación integral del ciudadano, sea publica o privada. Pero resulta que la obligación es sólo para la escuela estatal y no para la escuela privada. "O es que acaso el alumno, por el solo hecho de entrar a una escuela privada, entra embanderado en una religión de la que no puede cambiar? "Dónde está (fin pág. 1799, continúa pág. 1800) la igualdad? "Dónde está la no discriminación, señor presidente? Creo realmente que estamos frente a una norma que en su amplitud puede generar severos problemas de aplicación práctica, y puede generar reales y concretas situaciones de discriminación. La escuela estatal podrá permitir fuera de clases la enseñanza de religión, podrá hacerlo en forma no discriminada, pero también lo deber hacer la escuela privada. A mí no me inquieta la idea de que en base a un principio de un pluralismo, en el colegio Santo Tomás, o en la Universidad Católica un profesor hebreo enseñe el Talmud, porque ése es el sistema del pluralismo y la no discriminación. Todas estas razones, señor presidente, hacen que anticipe mi voto negativo a este precepto. (Aplausos)." DS. T. II. No estamos, sin embargo, de acuerdo con la apreciación del Dr. de la Rúa acerca de la entidad de las dificultades prácticas que la aplicación de la norma plantea. En el texto y siguiente nota, nos expediremos sobre la cuestión.

²³ Este punto podría ser uno de los contenidos de los posibles acuerdos a celebrar entre el P. E., los municipios, o los entes descentralizados y autárquicos, por fin, cada escuela, con las confesiones religiosas, o con cada centro de atención pastoral. Insistimos, la

VI. Posibilidades de desarrollos operativos de la libertad religiosa y de colaboración estatal en el fomento del factor religioso en el marco dinámico delineado en la Constitución de la Provincia de Córdoba.

El art. 144, 4 establece un amplio cuadro de atribuciones y deberes al Gobernador de la Provincia de Córdoba en materia pacticia y negocial. De acuerdo con una tradición que se remonta a tiempos anteriores a nuestra organización nacional –aunque, como resulta evidente, desde una distinta concepción del Estado y de las relaciones del mismo con las confesiones religiosas– y a los precedentes del Derecho Comparado²⁴, entendemos que aquí se señala expresamente un fundamento normativo de carácter constitucional a la posibilidad de acuerdos entre la Provincia y las confesiones religiosas. Junto a señalar esta posibilidad, es evidente que las posibilidades de acuerdos sobre cuestiones concretas entre la Provincia, o sus entes dotados de la capacidad y facultades necesarias, y las confesiones, o los entes de las confesiones, resulta muy amplia, y que su factibilidad depende de los puntos de

cuestión es compleja, pero ha sido encarada resueltamente en otras latitudes, y constituye un desafío a la imaginación de juristas, políticos y dirigentes religiosos, si de veras estamos comprometidos con la operatividad real, valga la redundancia, de los derechos humanos fundamentales.

²⁴ Pueden servir como referencias P. LOMBARDIA, “**Fuentes del Derecho Eclesiástico Español**”, en AAVV, *Derecho Eclesiástico del Estado Español*, Ed. EUNSA. 2a. Ed., 1a. reimpresión. Pamplona, 1983, pp. 200-202; Id. “**Los acuerdos entre el Estado y las Confesiones religiosas en el Nuevo Derecho Eclesiástico español**”, en *Nuove prospettive per la legislazione ecclesiastica. Atti del II Convegno nazionale di diritto ecclesiastico*. Siena, 27-29 novembre 1980. Milano 1981, pp. 413-431; Id. “**Los acuerdos entre el Estado y las Confesiones religiosas en el Nuevo Derecho Eclesiástico español**”, en *Diritto, persona e vita sociale. Scritti in memoria di Orio Giacchi*, V. II. Milano 1984, pp. 328-337; E. BAJET, “**Acuerdos entre la Generalitat de Cataluña y la Iglesia Católica. Presupuestos doctrinales**”, en IC XXIII (1983) 840ss. A. MOTILLA, “**Los acuerdos o convenios de cooperación entre el Estado y las confesiones religiosas en el Derecho Español**”, en *Revista de Derecho público* 99, II (1985) 400ss. Id., *Los acuerdos entre el Estado y las confesiones religiosas en el Derecho español*. Barcelona, 1985. A. MARTÍNEZ BLANCO, “**Naturaleza jurídica de los pactos Iglesia-Comunidades autónomas sobre patrimonio cultural**”, en ADEE I (1985) 363-368. I. ZABALZA BAS, “**Los concordatos y contratos Iglesia-Estado en el Derecho eclesiástico alemán**”, en ADEE II (1986) 333-354. A. MOTILLA, “**Fuentes pacticias del Derecho Eclesiástico Español**”, en ADEE III (1987) 175-199. AAVV. *Acuerdos Iglesia-Estado español en el último decenio. Su desarrollo y perspectivas*. Barcelona 1987. *Constitución y Acuerdos Iglesia-Estado (Actas del II Simposio Hispano-Alemán)*. Ed. Carlos Corral y Joseph List. Universidad Pontificia de Comillas. Madrid 1987. V. TOZZI, “**Pactos y diversidad de fines del Estado y de las Confesiones religiosas**”, en ADEE IV (1988) 59-74. C. SERRANO, “**Los Acuerdos del Estado español con las confesiones no católicas**”, en ADEE IV (1988) 89-106. A-C. ÁLVAREZ CORTINA, “**Función práctica de los Acuerdos Iglesia-Comunidades autónomas en materia de patrimonio histórico-artístico**”, en ADEE IV (1988) 265-287. AAVV, a cura di C. MIRABELLI, *Le intese tra stato e confessioni religiose. Problemi e prospettive*. Milano 1978. G. LONG. “**Le**

interés común sobre los cuales pactar. A modo de ejemplo, señalábamnos más arriba la cuestión de la educación religiosa en el sistema escolar estatal. También resulta necesario puntualizar que la naturaleza jurídica de estos acuerdos necesariamente no será unívoca, entre otros aspectos por la diversa configuración jurídica de las confesiones, y consecuentemente su diferente posición jurídica en el ordenamiento interno argentino, y en sus puntos de conexión con el ordenamiento internacional, como asimismo, según cual fuera el interlocutor por la parte estatal, y el ámbito de sus facultades²⁵.

Algo similar se podría referir a propósito de las facultades que el art. 190 de la CPC confiere a las Municipalidades, o de las Cartas Orgánicas a que se refieren los arts. 182 y 183.

VII. Conclusiones

Entendemos que la Constitución de la Provincia de Córdoba, fiel a la tradición histórica de Córdoba y de la Provincias Unidas del Río

intese con l'Unione avventista e con le Assemblee di Dio in Italia", in QDPE (1987) 119ss. F. ONIDA, "**Considerazioni sul sistema pattizio alla luce dell'esperienza comparatistica**", en ADEE IV (1988) 47-58. G. CAPUTO, "**La funzione del sistema pattizio nella Storia**", en ADEE IV (1988) 39-46. E. VITALI, "**Accordi con le confessioni e principio de uguaglianza**", en ADEE IV (1988) 75-88. C. CARDIA, "**Ruolo e prospettive della «legislazione contrattata» nei rapporti tra Stato e Chiese**", in AAVV, Nuovi studi di diritto ecclesiastico e canonico. Salerno 1990, pp. 183ss. F. MODUGNO, "**Considerazioni preliminari sulle intese fra Stato e Chiesa nel c.d. sistema delle fonti**", in AAVV, Studi in onore li Lorenzo Spinelli. V. III. Milano 1990, pp. 935ss. V. TOZZI, "**La cooperazione per mezzo di accordi fra stato e confessioni religiose ed i principia di specilità ed uguaglianza**", in Il Diritto Ecclesiastico, (1990,1) 122-140. AAVV. W. WEBER, Die deutschen Konkordate und Kirchenverträge der Gegenwart. Göttingen 1971.

²⁵ Así, la Sede Apostólica y otros entes de la Iglesia Católica Apostólica Romana, tienen personalidad jurídica internacional cfr. A. BOGGIANO, "Personas Jurídicas en el nuevo Código de Derecho Canónico", en DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. Buenos Aires 1983, T. I, p. 347. Por otra parte, algunos entes de la Iglesia Católica Apostólica Romana tienen personalidad jurídica pública no estatal en el ordenamiento interno argentino, mientras otros tienen personalidad jurídica privada. Las demás confesiones, pueden tener personalidad en el ordenamiento interno argentino, y las posibilidades de actuación en el ordenamiento argentino de las confesiones y su posición jurídica por vía de reenvío de las normas de Derecho Eclesiástico de otros Estados son también múltiples. También cabe tener en cuenta la diversa naturaleza intrínseca – mas allá de quiénes fueran las partes intervinientes– de los posibles acuerdos. A modo de ejemplo, entendemos que cabrían desde un acuerdo entre un dispensario u hospital provincial o municipal con una congregación religiosa femenina de la Iglesia Católica cuyo contenido fuera la prestación de los servicios de auxiliares de enfermería por parte de la congregación, o de un centro médico, penitenciario o escolar con un ministro de alguna religión para brindar asistencia espiritual, hasta un acuerdo celebrado por el Gobernador de la Provincia con la máximas autoridades de uno o varios cultos – o las máximas autoridades de ese o esos cultos a nivel de la jurisdicción provincial– sobre la enseñanza religiosa en las escuelas públicas de toda la provincia, acuerdo que

de la Plata que configuran la Nación Argentina, a los principios que nuestra mejor doctrina constitucional ha llamado dogmáticos e inmutables de nuestra vigente Constitución Nacional, y a los mejores desarrollos doctrinales y legislativos en el Derecho Comparado, asegura convenientemente el derecho humano fundamental a la libertad religiosa de las personas y de las confesiones. Es evidente que quizás pudieran señalarse aspectos perfectibles –como en toda obra humana– pero nos parece que debe también señalarse que no encontramos en sus disposiciones aspectos que pudieran calificarse como atentatorios contra dicho derecho fundamental –como si pueden señalarse en la vigente Constitución Nacional–, donde se puede constatar la paradoja, malgrado los impecables principios de libertad, y específicamente de libertad religiosa que formaliza, pues fundada en la ilegítima y abusiva injerencia del Estado respecto de la confesión Católica Apostólica Romana consagrada en el art. 86, 8 y 9, resulta contradictoria con los principios republicanos y discriminatoria respecto de los ciudadanos que no pertenezcan –o no deseen manifestar su pertenencia– a una determinada confesión religiosa en el art. 76.

Por otra parte, aunque sin hacer mención expresa y directa en sus normas, deja abierta la posibilidad de establecer acuerdos entre las autoridades civiles y las confesiones religiosas, sea al máximo nivel de gobierno provincial como en el nivel municipal, y paralelamente, establecer esos acuerdos con las máximas autoridades –y en su caso, instituciones– de una determinada religión –según los casos, a nivel provincial, nacional o internacional– o con aquellas personas o instituciones que según la propia estructuración jurídico-institucional de cada religión –y de como dicha estructuración jurídica fuese captada por nuestro ordenamiento jurídico– ocupasen en nivel inferior de representatividad, capacidad y legitimación²⁶.



en caso de sobrepasar las facultades, incluso reglamentarias, del Poder Ejecutivo provincial, requiriéndose la sanción legislativa, y proyectase así su eficacia –también normativa– sobre toda la provincia.

²⁶ Ver nt. 47. A modo de ejemplo, entendemos que cabría desde un nivel de cierta relación y establecimiento de acuerdos –salvando las competencias propias, en nuestro ordenamiento constitucional, del Poder Ejecutivo Nacional en materia de relaciones exteriores– de la Provincia con aquellos entes religiosos mundos de personalidad jurídica internacional –Sede Apostólica, entes de la Iglesia Católica supranacionales, estructuras jerárquicas jurisdiccionales que abarcan diversos países, Patriarcados Orientales fuera de la plena comunión con la Sede Apostólica, etc. o de un Municipio o ente público con un ente religioso menor– una parroquia, una asociación religiosa, etc. tendiente a la cooperación en un ámbito muy concreto, p. ej., enseñanza religiosa, transporte escolar, asistencia sanitaria o alimentaria, etc.

MODALIDADES ESPECIALES DE RECEPCIÓN DEL TESTIMONIO: VICTIMIZACIÓN SECUNDARIA Y DERECHO DE DEFENSA

*César Fortete**

Resumen: La participación de la víctima en el proceso penal, en particular los menores, puede provocar una nueva victimización si no se hace con los resguardos necesarios. El objetivo de este trabajo es analizar modalidades especiales de recepción testimonial de los menores (con acompañamiento de una persona de su confianza o utilizando una cámara Gesell) que procuran brindar una atmósfera más adecuada para el menor y determinar si se adecuan a sus necesidades y a la normativa internacional incorporada por nuestra constitución. Asimismo, se analizará si contemplan la garantía del derecho de defensa y la solución ante un conflicto de intereses.

Palabras Claves: Victimización secundaria – Testimonio – Menores – Derecho de defensa.

1. Introducción

Las consecuencias del delito para la víctima pueden tener diversos grados y no dependen solamente de la gravedad del delito que padeció, sino también de su situación personal, de la reacción del entorno social y familiar y, sobre todo, del trato que reciba por parte de aquellas personas ante las que concurre a solicitar ayuda: la policía y los organismos de administración de justicia. Diversos estudios han puesto en evidencia que la participación de la víctima en los distintos

* Abogado, egresado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Investigador Auxiliar del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNC. Realizó estudios de Criminología en la Universidad Karl-Eberhard de Tubinga, Alemania y fue becario del Instituto Max-Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional de Freiburg, Alemania (Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht).

actos procesales, o la repetición de algunos de ellos, incrementa muchas veces sus problemas (pérdida de tiempo, faltas laborales, erogaciones extras para traslados, frustraciones, etc.) y que con frecuencia esas intervenciones constituyen una verdadera segunda victimización por el trato al que es sometida y porque se ve enfrentada repetidas veces al recuerdo del hecho delictivo que le tocó vivir.¹ Esta preocupación generó propuestas legislativas que adhieren a movimientos de política criminal que tienden a brindarle a la víctima del delito una mayor protección y un rol más protagónico durante el proceso penal, ya que se reconoce que es una pieza fundamental en el proceso de persecución penal. En efecto, se ha demostrado que sin la cooperación de la víctima, que da a conocer el delito que sufrió a través de la denuncia y a través del aporte de pruebas que permitan identificar al agresor y acreditar el hecho delictivo, la mayor parte de los delitos permanecerían impunes.² Por ello, se busca darle mayor protagonismo, ampararla y protegerla de manera que su intervención en esta tarea no suponga una alteración profunda en su vida, en su trabajo y en cualquier otro aspecto de su persona.³ En este sentido, Naciones Unidas, en los “Principios fundamentales de justicia para las víctimas del delito y del abuso de poder”, insta a los Estados Miembros a tomar las medidas necesarias para reducir la victimización y recomienda que dispongan los medios necesarios para facilitar la adecuación de los procedimientos judiciales a las necesidades de las víctimas, prestándole asistencia apropiada durante todo el proceso judicial y adoptando medidas para minimizar las molestias, proteger su intimidad y garantizar su seguridad.⁴ También en nuestros ordenamientos procesales, en reconocimiento de esta realidad, se han incorporado disposiciones que tienen por objetivo proteger a la víctima contra los efectos nocivos del propio procedimiento

¹ Cfr. HIGHTON, ELENA I., ÁLVAREZ, GLADYS S. Y GREGORIO, CARLOS G., *Resolución alternativa de disputas y sistema penal. La mediación penal y los programas víctima-victimario*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires 1998, pág. 45 y ss. Ver también LANDROVE DÍAZ, GERARDO, *La moderna victimología*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 1998, pág. 49 y ss.

² Diversos estudios son coincidentes en establecer que entre un 90 a un 95% de los hechos delictivos tradicionales son conocidos por la denuncia de la víctima. Cfr. KAISER, GÜNTHER, *Kriminologie*, 9. Auflage, Heidelberg 1993, pág. 334. También HEINZ, WOLFGANG, “Anzeigeverhalten”, en KAISER, KERNER, SACK Y SCHELLHOSS (Hrsg.), *Kleines Kriminologisches Wörterbuch*, 3. Auflage, Heidelberg 1993, pág. 27 y ss. y KETTELHÖHN, DIETER, “Anzeigeverhalten”, en KERNER, HANS-JÜRGEN (Hrsg.), *Kriminologie Lexikon*, 4. Auflage, Heidelberg 1990, pág. 24 y 25.

³ Cfr. DAYENOFF, DAVID ELBIO, *De la querrela al sobreseimiento. Teoría y práctica del proceso penal (actuaciones en comisarias y juzgados)*, Ed. García Alonso, Buenos Aires 2001, pág. 69.

⁴ Resolución 40/34, art. 6, apartado c) y d).

penal.⁵ No obstante ello, pese a lo positivas que puedan parecer las disposiciones legales que tienden a mejorar la situación de la víctima, éstas no han quedado ajenas a las críticas. Por un lado, una corriente de opinión sostiene que los nuevos derechos de las víctimas, así como pueden significar un reconocimiento de sus intereses, también pueden implicar un perfeccionamiento de un modelo penal vigente que incorpora a la víctima para relegitimarse⁶, siendo la víctima tan funcional al sistema como el delincuente. De esta manera se cuestiona el rol del Estado como representante de la víctima en el proceso de persecución penal y se establece la necesidad de que sea considerada como un sujeto de derecho independiente y no sólo como un órgano u objeto de prueba. Por otro lado, existe otra corriente crítica de los derechos de las víctimas que destaca que la faz jurídico-penal relevante del procedimiento penal es la existencia de la pretensión punitiva del Estado y no los intereses particulares de las víctimas, señalando que el reconocimiento de estos derechos podría afectar seriamente las garantías procesales del imputado.⁷

Teniendo en cuenta estas consideraciones, el objetivo del presente trabajo es analizar las modalidades especiales de recepción de testimonios incorporadas en las legislaciones procesales de la Provincia de Córdoba⁸ y de la Nación⁹, que tienen por objetivo ofrecer condiciones de mayor protección a la víctima y a los testigos más vulnerables y establecer si estas modalidades de recepción del testimonio colisionan con el derecho de defensa del imputado y con el interés punitivo del Estado y, en su caso, si se prevén soluciones a estos conflictos.

2. Distintas modalidades de recepción del testimonio de la víctima del delito

En el actual sistema procesal y en la práctica judicial la participación de la víctima del delito en el proceso se reduce prácticamente

⁵ Así se manifiesta en la exposición de motivos del proyecto del Código Procesal de la Provincia de Córdoba: “[...] la víctima del delito debe tener un reconocimiento en la ley procesal por su dramático protagonismo en el hecho objeto del proceso, incluso para que su participación no signifique una revictimización [...]” (*Proyecto...*, p. 25), citado en D’ALBORA, FRANCISCO J., *Código procesal penal de la Nación. Anotado, comentado, concordado*. Ed. Lexis Nexis-Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2002, 5° Edición, p. 200.

⁶ Cfr. BOVINO, ALBERTO, *Problemas del derecho procesal penal contemporáneo*, Editores del Puerto S.R.L., Buenos Aires, 1998, págs. 110 y ss.

⁷ Cfr. HIRSCH, HANS JOACHIM, “Acercas de la posición de la víctima en el derecho penal y en el derecho procesal penal”, en: AA.VV. *De los delitos y de las víctimas*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992, pág. 100.

⁸ En adelante C.PPCba.

⁹ En adelante C.PPNac.

al de su condición de testigo, dejándose de lado su verdadera condición: la de damnificado del delito que hace que tenga un interés especial en que se lo investigue, se castigue a su autor y se repare el daño que sufrió. Lejos de esto, en atención al rol o carácter procesal que tiene el testigo en el proceso, hace que la víctima sea considerada un extraño en el proceso. En efecto, la doctrina ha entendido siempre que el testigo tiene el carácter de un tercero respecto de los sujetos de la relación procesal, es decir, son personas ajenas a la relación procesal. Por otro lado, muchas investigaciones han puesto de relieve que la obligación de la víctima de comparecer a declarar en calidad de testigo le ocasiona una nueva victimización, sobre todo a aquellos grupos de víctimas más vulnerables, considerándose tales a los niños e incapaces.

Muchas investigaciones han demostrado que los niños o niñas víctimas de abuso sexual son revictimizados cuando deben someterse al procedimiento judicial tanto en la fase de instrucción como en la etapa de juicio oral. Se señala como principal factor de esa revictimización la reiteración de pericias y estudios sobre el menor y la falta de un ambiente y personal preparado para este tipo de problemática y de víctimas, por lo cual se recomienda la implementación de técnicas y procedimientos adecuados.¹⁰ También se señala reiteradamente la falta de compatibilidad del sistema procesal con las necesidades de la víctima, ya que muchas veces éstas deben ceder en favor de los objetivos del proceso o de las garantías del imputado. Desde este punto de vista es necesario adecuar los procedimientos judiciales a las necesidades diferenciales de los niños, de modo tal que su participación a través del testimonio no sea una vivencia traumática y estresante que perjudique su salud psíquica y que, paralelamente, permita resguardar la calidad del testimonio.

Con motivo de ello, tanto en el ordenamiento procesal de la provincia de Córdoba como en el de la Nación, se incorporaron normas que prevén el derecho del menor o incapaz de ser acompañado a todos los actos procesales en los que deba participar por una persona de su confianza y también se han diseñado nuevos modos de recepción de testimonios para evitar la victimización secundaria, tales como la videograbación. Estas innovaciones generan cuestionamientos en torno a la posible violación de las garantías de defensa del imputado y de otros principios que gobiernan el proceso penal.

¹⁰ "Directrices sobre justicia para los niños víctimas y testigos de delitos", publicado en *Pensamiento penal y criminológico. Revista de derecho penal integrado*, año IV-Nº 7-2003, Ed. Mediterránea, p. 291 y ss.

2.1. El derecho de las víctimas a recibir acompañamiento o asistencia durante los actos procesales

Con la finalidad de reducir el riesgo de una segunda victimización, el C.PPCba. (ley 8123) en su art. 96 dispone que *“la víctima del delito o sus herederos forzosos, tendrán el derecho a ser informados acerca de las facultades que puedan ejercer en el proceso (7 y 24), de las resoluciones que se dicten sobre la situación del imputado y, cuando la víctima fuere menor o incapaz, se la autorizará a que durante los actos procesales sea acompañada por personas de su confianza, siempre que ello no perjudique la defensa del imputado o los resultados de la investigación, sin perjuicio de lo dispuesto por el Artículo 221 bis, del presente Código”*¹¹. Como puede apreciarse, la norma contiene, básicamente, dos aspectos: uno relacionado al derecho a la información sobre las facultades que la víctima o sus herederos forzosos tienen en el proceso¹² y sobre aquellas resoluciones que se dicten relacionadas a la situación del imputado¹³ y, en su última parte, establece el derecho de la víctima menor o incapaz a ser acompañada por una persona de su confianza durante los actos procesales en los que deba intervenir. Nos detendremos en este último supuesto, que es el que reconoce la mayor situación de vulnerabilidad en la que se encuentra la víctima por su condición de menor edad o incapacidad. Es en razón de ello que la norma autoriza precisamente a estas víctimas a recibir la protección y apoyo emocional de una persona de su confianza con el objetivo de disminuir el stress que provoca la participación en los distintos actos procesales, ya que, de lo contrario, estarían más expuestas a sufrir un proceso de revictimización.

Si bien estamos concentrando el trabajo en modalidades especiales de recepción del testimonio, debe señalarse que, además del testimonio, los actos procesales a los que la ley se refiere son aquellos necesarios para determinar la existencia del hecho delictivo, las circunstancias que lo rodearon, los que permitan cuantificar los daños producidos e individualizar a sus autores y víctimas como, por ejemplo: interrogatorios, exámenes médicos o psicológicos, reconocimiento de personas, etc.

¹¹ Texto según ley 9.197.

¹² Concretamente la facultad de constituirse como actor civil para procurar la restitución del objeto materia del delito y la indemnización por el daño causado (arts. 24 y ss. y 97 y ss. del C.PPCba.), y a la facultad de constituirse como querellante particular para intervenir en el proceso penal para acreditar el hecho delictuoso y la responsabilidad penal del imputado (arts. 7 y 91 y ss. del C.PPCba.). Cfr. FORTETE, CÉSAR, “La víctima del delito y el acceso a la justicia”, en revista *Ley, Razón y Justicia. Revista de investigación en ciencias jurídicas y sociales*, Neuquén, año 6, N° 9, Ed. Alveroni, Neuquén 2005.

¹³ Se trata de aquellas resoluciones que modifiquen la situación del imputado, tales como prisión preventiva, recupero de la libertad, sobreseimiento, condena, absolución, libertad condicional, etc.

Como ya señalamos antes, la declaración testimonial es uno de los actos más frecuentes a los que es sometida la víctima del delito y en este acto la víctima se ve nuevamente obligada a repetir o reproducir intelectualmente los hechos traumáticos que vivió y se ve sometida, además, a todo tipo de mortificaciones y hasta humillaciones como consecuencia de las injerencias de este tipo de actos en la esfera de su intimidad y por las conductas o modos inapropiados que pueden tener las personas encargadas de llevarlos a cabo. Es por ello que se recomienda el acompañamiento de una persona de confianza que le brinde apoyo afectivo o psicológico para evitar o disminuir el impacto negativo que estas intervenciones puedan provocarle. Está probado que un niño víctima que recibe acompañamiento para asistir a los distintos actos procesales y se le explica el significado de ellos, está mucho más tranquilo y tiene una actitud más positiva y colaborativa.¹⁴

La norma nada dice sobre la forma, criterios y personas facultadas para proponer o seleccionar a la persona que acompañe a la víctima, de modo que entendemos que estas serán aquellas que la víctima elija, familiares, amigos, el psicólogo que la asista, etc. También puede ser personal especializado del Centro de Asistencia a la Víctima del Delito¹⁵, o, en el caso que ya haya intervenido un psicólogo del Cuerpo Técnico de Asistencia Judicial o de la Dirección de la Policía Judicial, éste acompañará al niño víctima en toda otra cooperación técnica o acto procesal que deba ser celebrado sobre su persona o con su participación¹⁶. No obstante, según las circunstancias del hecho delictivo o la naturaleza del acto procesal que deba realizarse, si la víctima por propia iniciativa no hace uso de este derecho, también puede ser el funcionario judicial actuante quien recomiende o disponga que la víctima sea acompañada por una persona de su confianza para asegurar el éxito del acto procesal y para evitar una revictimización.

Por otro lado, para fortalecer las políticas tendientes a evitar la revictimización de las víctimas menores contempladas en el art. 96 del C.PPCba., en el ámbito de la Dirección de Servicios Judiciales del Poder Judicial de Córdoba se creó el Programa de Abordaje Integrado del Niño Víctima de Maltrato Físico y/o Psíquico o de Delitos contra su

¹⁴ KACZYNSKI, OLIVER NICOLAS, *Zeugenbetreuung in der Justiz. Zu den Möglichkeiten und Auswirkungen justizieller Zeugenbetreuungsstellen*, Mainzer Schriften Band 23, Mainz 2000, pág. 41 y ss.

¹⁵ Art. 15, inc. b) y c), del Reglamento Interno del Centro de Asistencia a la Víctima del Delito de Córdoba.

¹⁶ Programa de Abordaje Integrado del Niño Víctima de Maltrato Físico y/o Psíquico o de Delitos contra su Persona, su Libertad o su Integridad Sexual (P.A.N.), Reglamento, De la integración Profesional, apartado b). Esta disposición será comentada con más precisión más abajo.

Persona, su Libertad o su Integridad Sexual, denominado con la sigla P.A.N.¹⁷ Este Programa tiene por objetivo evitar la exposición de los niños a factores institucionales revictimizantes que multiplican el daño sufrido en oportunidad de producirse el material probatorio. El objetivo principal es la obtención de la prueba, entre las que se incluye el testimonio, con la mínima intervención posible, evitándose la repetición innecesaria de las mismas a través de su videofilmación, fotografía y su documentación en una Base de Datos y Carpeta Única del Menor (C.U.M.) con la correspondiente certificación de un fedatario habilitado para que pueda ser consultada siempre que resulte necesario, conservando pleno valor probatorio. La repetición de alguna de las evaluaciones sobre la persona del menor sólo será practicada si existe alguna causal válida de apartamiento, excusación, o urgencia ineludible. Finalmente, es importante destacar que el Programa prevé que en la evaluación de un niño víctima intervendrá siempre un equipo profesional integrado por un psicólogo, un médico y un trabajador social y que el psicólogo intervendrá en primera instancia y lo acompañará personalmente a la evaluación médica y toda otra cooperación técnica o acto procesal que deba ser celebrado sobre su persona o con su participación.¹⁸

Como puede apreciarse, este Programa podría complementar las disposiciones del art. 96 del C.PPCba., ya que se propone reducir el número de intervenciones sobre el niño-víctima con la finalidad de evitar nuevos sufrimientos. Además, con el mismo fin, y asimilable al derecho de acompañamiento que autoriza el art. 96 del C.PPCba., el Programa dispone que el niño-víctima sea acompañado durante todos los actos procesales en los que deba intervenir por un psicólogo que le brinde el apoyo necesario para reducir los efectos revictimizantes que se producen en contacto con el sistema de justicia. No obstante ello, los beneficios que ofrece este programa no pudieron ser aprovechados en el procedimiento penal, ya que generalmente el menor ingresa primero a otro fuero (fuero de Menores o Familia) y generalmente las entrevistas no incorporan toda la información necesaria para poder determinar circunstancias de tiempo, modo y lugar de comisión del delito y toda otra información útil para la investigación penal. Del mismo modo tampoco se prevé garantizar el derecho de defensa.

Por último, pese a lo poco claro de la expresión “sin perjuicio de lo dispuesto por el Artículo 221 bis, del presente Código” contenida al final del texto del artículo que comentamos, entendemos que ello significa que, en el caso de ser aplicable el artículo 221 bis, no se aplicará lo

¹⁷ Acuerdo Reglamentario del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba número cinco, serie B, de fecha 24 de abril de 2001.

¹⁸ Cfr. Reglamento aprobado por el Acuerdo Reglamentario del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba número cinco, serie B.

dispuesto en este artículo sobre el derecho de acompañamiento. En efecto, el derecho de los niños a recibir acompañamiento de una persona de su confianza cuando deba deponer como testigo queda excluido cuando estos niños sean víctimas de delitos contra la integridad sexual, ya que para estos casos existe un procedimiento especial para la recepción del testimonio.

Si analizamos la legislación procesal nacional, veremos que la situación es similar. En efecto, el C.PPNac. en su art. 80, inc. c, dispone que, entre otros derechos, *“sin perjuicio de lo establecido en el artículo precedente, la víctima del delito tendrá derecho: [...] c) cuando fuere menor o incapaz, el órgano judicial podrá autorizar que durante los actos procesales en los cuales intervenga sea acompañado por persona de su confianza, siempre que ello no coloque en peligro el interés de obtener la verdad de lo ocurrido”*. Como puede apreciarse, las disposiciones de este ordenamiento son similares a las del art. 96 del C.PPCba. ya analizadas, puesto que, por un lado, se refiere a “los actos procesales”, incluyéndose, de esta manera, todos aquellos actos procesales en los que deba intervenir la víctima desde el inicio del proceso hasta su conclusión, dentro de los cuales se encuentran la obligación de declarar. Por otro lado, también limita la posibilidad de recibir acompañamiento a los distintos actos procesales únicamente a aquellas víctimas que sean menores o incapaces. Por último, en su parte final el texto de la norma nacional se diferencia de la provincial, ya que agrega que este derecho no podrá ser ejercido si con su ejercicio peligra el interés de obtener la verdad de lo ocurrido, no haciendo ninguna alusión a la posible afectación del derecho de defensa del imputado.

2.2. Modalidades especiales de recepción del testimonio para niños víctimas o testigos de delitos sexuales

El testimonio es, sin lugar a dudas, el acto procesal al que más frecuentemente es sometida la víctima de un delito y, como bien nos enseña Hilda Marchiori, declarar en el marco de una investigación penal no implica solamente relatar lo sucedido, sino también verbalizar el sufrimiento padecido en el hecho delictivo. Agrega que, en el caso de niños víctimas, romper el silencio de su victimización representa una nueva conmoción y estrés y por ello se requiere una cuidadosa atención y respeto a su situación, ya que debe relatarle las circunstancias del delito a personas extrañas. Recomienda, en consecuencia, que la Policía y la Administración de Justicia implementen técnicas modernas de recepción de testimonios adecuadas a los niños.¹⁹

¹⁹ “Consideraciones sobre el relato de niños víctimas” en *Pensamiento penal y criminológico. Revista de derecho penal integrado*, año IV-Nº 6-2003, Ed. Mediterránea, p. 385.

En este mismo sentido las “Directrices sobre justicia para los niños víctimas y testigos de delitos” recomienda la utilización de procedimientos adaptados a los niños que incluyan profesionales capacitados, salas de entrevistas especialmente diseñadas para ellos y que se limite el número de entrevistas, declaraciones, audiencias y específicamente el contacto innecesario con el proceso de justicia, evitar en lo posible el contacto con el presunto delincuente y su equipo de defensa, utilizando medios tales como videos pregrabados.²⁰

Estas modalidades de recepción del testimonio de niños tiene antecedentes que se remontan a la Ley de Revisión de la Protección de la Evidencia en Niños de 1957 en Israel, que incluyó la figura legal del “interrogador juvenil”. Luego surgen otros métodos y técnicas para el testimonio de menores, tales como la grabación de audio y/o video con uso simultáneo de la Cámara Gesell. El uso de esta técnica permite la presencia observadora pasiva o activa, mediatizada en este último caso a través de la intervención del interrogador juvenil, tanto por parte del órgano judicial como de los defensores de las partes.

Con la videograbación se creó lo que se denomina la “prueba conservada”, ya que la posibilidad de reproducción permite que pueda ser usada como testimonio válido en cualquier momento del procedimiento penal sin necesidad de la repetición del testimonio. De esta manera se evita una situación estresante para la víctima, ya que la obligación de tener que concurrir una y otra vez a declarar implica revivir nuevamente la situación traumática, generando sufrimiento mental tanto en ella como en su familia.²¹

Siguiendo estos lineamientos, en Córdoba se agregó el artículo 221 bis²² al ordenamiento procesal penal, que contempla un procedimiento especial para la recepción del testimonio a los niños víctimas o testigos de delitos de carácter sexual. En estos casos se prevé que los menores de 16 años que hubieran sido víctimas o testigos de delitos contra la integridad sexual sólo serán entrevistados por un psicólogo del Poder Judicial de la Provincia, pudiendo ser acompañado por otro especialista cuando el caso particular lo requiera. Los profesionales serán designados por el órgano judicial que ordene la medida, procurando la continuidad del mismo profesional durante todo el proceso y los menores en ningún caso podrán ser interrogados en forma directa

²⁰ “Directrices sobre justicia para los niños víctimas y testigos de delitos”.

²¹ CENTENO DE MADA, SILVIA MOLINA, “Cómo el testimonio del menor, víctima de delitos sexuales, puede transformarse en un acto reparatorio de su salud mental. Una experiencia piloto interdisciplinaria”, en *La Ley. Actualidad*, Año LXIII, nº 80, Buenos Aires, 27 de abril de 1999, pág. 1.

²² Ley 9.197, B.O. 15/12/04.

por el órgano judicial interviniente o las partes, salvo que excepcionalmente y por razones debidamente fundadas, el fiscal lo pudiera autorizar. Por otro lado, el órgano judicial interviniente evitará y desechará las preguntas referidas a la historia sexual de la víctima o testigo o las relacionadas con asuntos posteriores al hecho. Con relación a la modalidad del acto, éste se llevará a cabo de conformidad a los artículos 308 y 309 del C.PPCba. y en un gabinete acondicionado con los implementos adecuados a la edad y etapa evolutiva del menor, cuando ello fuere posible. Asimismo, el órgano judicial interviniente podrá requerir al profesional actuante la elaboración de un informe detallado, circunscrito a todos los hechos acontecidos en el acto procesal. A pedido de parte, o si el órgano interviniente lo dispusiera de oficio, las alternativas del acto podrán ser seguidas desde el exterior del recinto a través de vidrio espejado, micrófono, equipo de video o cualquier otro medio técnico con que se cuente, o, en su defecto, mediante cualquier otra modalidad que preserve al menor de la exposición a situaciones revictimizantes, sin perjuicio del derecho de defensa. Previo a la iniciación del acto, el órgano interviniente hará saber al profesional a cargo de la entrevista las inquietudes propuestas por las partes, así como las que surgieren durante el transcurso del acto, las que serán canalizadas teniendo en cuenta las características del hecho y el estado emocional del menor. Cuando se trate del reconocimiento de lugares y/o cosas, el menor será acompañado por el profesional que designe el órgano interviniente, no pudiendo, en ningún caso, estar presente el imputado, quien a todos los efectos será representado por el defensor, debiendo con posterioridad, imponérsele y posibilitarle el acceso al informe, acta, constancias documentales o respaldos fílmicos del acto.

El mismo artículo agrega, en un párrafo final, que cuando se trate de menores víctimas o testigos de delitos contra la integridad sexual que a la fecha de ser requerida su comparecencia hayan cumplido 16 años de edad y no hubieren cumplido los 18 años, el órgano interviniente, previo al acto o la recepción del testimonio, requerirá informe al especialista acerca de la existencia de riesgos para la salud psicofísica del menor respecto de su comparendo ante los estrados y, en caso afirmativo, se procederá de acuerdo a lo dispuesto para los menores que no hubieren cumplido 16 años de edad.

El ordenamiento procesal federal cuenta con una norma que prácticamente tiene igual contenido.²³ En efecto, el art. 250 bis, agrega-

²³ En realidad esta modalidad de recepción de testimonios en menores víctimas de delitos sexuales se introdujo primero en el ordenamiento procesal nacional y luego la provincia de Córdoba incorporó un texto prácticamente igual.

do por la ley 25.852, establece un procedimiento especial para la recepción del testimonio de los menores de dieciséis años que hayan sido víctimas de los delitos de lesiones o contra la integridad sexual. En estos supuestos el menor será entrevistado por un psicólogo especialista en niños y/o adolescentes en un gabinete acondicionado y luego elevará un informe al tribunal que haya dispuesto la medida. El Tribunal, de oficio o a pedido de parte, podrá disponer que todas las alternativas de la entrevista se puedan seguir desde el exterior del recinto y, previo a la entrevista y, en su caso, durante su desarrollo, se hará saber al profesional los aspectos sobre los que deberá interrogar al menor. Por otro lado, en caso de actos de reconocimientos de lugares y/o cosas el menor será acompañado por el profesional. Del mismo modo, el art. 250 ter del C.PPNac. dispone que los mayores de dieciséis años y menores de dieciocho cuya salud psicofísica esté en riesgo en caso de comparecer a prestar testimonio ante los estrados, se procederá del mismo modo que en el caso del art. 250 bis.

Como puede observarse, en ambos ordenamientos procesales se incorporó una modalidad especial de recepción del testimonio a menores víctimas para evitar la revictimización que pueden provocar las condiciones o el ambiente en las cuales debe deponer como testigo o que se genera por la múltiple reiteración del acto de declarar. Prácticamente la única diferencia entre los textos legales es que en el ordenamiento procesal de la Nación este procedimiento de recepción del testimonio se contempla solamente para niños y jóvenes víctimas de delitos de carácter sexual o de lesiones, mientras que en el de Córdoba es para niños y jóvenes víctima y testigos, pero solamente de delitos de carácter sexual.²⁴

Debe destacarse que esta modalidad de recepción del testimonio, a diferencia de lo que se regula para el resto los testigos, prohíbe que el Tribunal o las partes interroguen en forma directa al “menor víctima o testigo de delitos sexuales o lesiones”, salvo en el caso de Córdoba, donde se admite que el Fiscal lo podrá autorizar, pero sólo en casos excepcionales y por razones debidamente fundamentadas. Por otro lado, debido a que lo que se persigue es eliminar la repetición del acto, en el caso de Córdoba el acto se debe realizar con previsiones legales reguladas en los artículos 308 y 309 del C.PPCba. de modo que se garantice el derecho de defensa al adelantarse el contradictorio. En efecto, estos artículos regulan el procedimiento que debe seguirse para la recepción de elementos de prueba por medios que por su naturaleza

²⁴ Sin dejar de lado esta diferencia, en adelante cuando nos refiramos en general a ambos ordenamientos procesales para simplificar la redacción diremos “menor víctima o testigo de delitos sexuales o lesiones”.

y características no pueden ser repetidos, es decir que deben ser considerados definitivos e irreproductibles. Se refiere a los registros, reconocimientos, reconstrucciones, pericias, inspecciones y también a la declaración de testigos que por enfermedad u otro impedimento no podrán presumiblemente deponer durante el juicio, o porque existe el peligro de que puedan luego ser inducidos a falsear su declaración. En estos casos se les debe dar participación a los defensores de las partes, de modo tal que puedan presenciar y participar de manera activa, formulando preguntas, proponiendo medidas, haciendo observaciones o solicitando se deje constancia de irregularidades.²⁵

La implementación de esta modalidad de recepción del testimonio requiere de cierta infraestructura y ésta no está disponible en todas partes. Por este motivo, el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, tras reconocer que no cuenta con la infraestructura necesaria, para evitar la demora en la recepción de las declaraciones de las víctimas durante la investigación penal preparatoria, la suspensión de audiencias de debate en las Cámaras del Crimen y retrasos en las tareas periciales, reglamentó las normas prácticas que deberán seguirse.²⁶ En este sentido, dispone que los Fiscales de Instrucción y las Cámaras en lo Criminal de aquellos centros judiciales que cuenten con equipos técnicos de psicología o multidisciplinarios, receptorán el testimonio de los niños víctimas de delitos en contra de la integridad sexual utilizando la Cámara Gesell. Sin embargo, si esta metodología acarrea demoras que pueden afectar las garantías constitucionales imbricadas en el proceso penal o bien la consecución de sus fines, deberán recibir la declaración utilizando un Protocolo de Recomendaciones que se elaboró para estos casos y que se anexó a la acordada. Para los centros judiciales que no cuentan con equipos técnicos dispone que los Fiscales de Instrucción (omite a las Cámaras) deberán receptor la declaración de niños y jóvenes con ajuste al Protocolo de Recomendaciones. Por su parte, el Protocolo de Recomendaciones se trata de una suerte de guía de cómo se debe proceder para disminuir la victimización secundaria en la recepción de declaraciones de niños y jóvenes víctimas de delitos contra la integridad sexual durante la investigación penal preparatoria y durante el debate.

Llama la atención que tanto en la Acordada como en el Protocolo solamente se habla de víctima, cuando en la ley dicho procedimiento es obligatorio para las víctimas y para los testigos.

²⁵ Cfr. CAFFERATA NORES, JOSÉ Y TARDITTI, AIDA, *Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba comentado*, Editorial Mediterránea, Córdoba 2003, T. 2, pág. 17.

²⁶ Ver Acuerdo Reglamentario N° 751, Serie A, del 28 de febrero de 2005.

3. Garantías en juego

Las dos modalidades especiales de recepción testimonial analizadas son acordadas únicamente a niños o incapaces (en el caso del artículo 96 del C.PPCba. y el 80, inc. C, del C.PPNac. a ambos, y en el caso de los artículos 221 bis del C.PPCba. y 250 bis y 250 ter del C.PPNac. únicamente a niños). Esta circunstancia nos lleva a considerar algunas de las garantías que están en juego: 1) la obligación del Estado de garantizar la integridad personal a todas las personas sometidas a su jurisdicción, en este caso menores, 2) la obligación del Estado de atender el interés superior del niño y 3) el derecho de defensa del imputado. En efecto, tanto el acompañamiento del niño o incapaz como la recepción testimonial del niño por medio de técnicas especiales analizadas tienen por objetivo eliminar o disminuir los riesgos de una victimización secundaria, entendiéndose por ésta los sufrimientos a los que víctimas o testigos son sometidos por los organismos encargados de administrar justicia, tanto sea por la modalidad inadecuada en el trato, por la reiteración de actos o por ambos. Al respecto, se reconoce que el paso de las víctimas o testigos por el proceso penal tiene efectos negativos para su salud psicosocial y que éstos son más profundos en el caso de niños.²⁷

La protección de la integridad personal está garantizada en nuestro sistema jurídico²⁸ por la Convención Americana sobre Derechos Humanos²⁹ en los artículos 5.1. y 19 y por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos³⁰ en el artículo 9.1. Además los artículos 1.1. de la CADH y el 2., apartados 1 y 2, del PIDCP obligan a los Estados partes a respetarlos y garantizarlos. Por otro lado, el art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, introduce el principio del “interés superior del niño” como principio fundamental de la convención. Se trata de un principio garantista que en el caso de existir conflictos entre los derechos del niño y otros derechos o garantías obliga a resolverlos haciendo privilegiar el bienestar y los derechos del niño. Se reconoce al niño como sujeto de derecho, pero en virtud de su inmadurez y vulnerabilidad, este principio debe proteger y garantizar sus derechos y esto

²⁷ Cfr. ANKER, CHRISTIAN, “Hacia una fenomenología de la victimización secundaria en niños”, en *Anales V Congreso Iberoamericano Psicología Jurídica*, Asociación Iberoamericana de Psicología Jurídica y Policía de Investigaciones de Chile, Santiago de Chile, 2003, pág. 177 y ss. Ver también KIEFL, WALTER Y LAMNEK, SIEGFRIED, *Soziologie des Opfers. Theorie, Methoden und Empirie der Viktimologie*, Fink-Verlag, München 1986, pág. 239.

²⁸ Las convenciones de Derechos Humanos que se citan a continuación fueron incorporadas a la Constitución Nacional por el art. 75, inc. 22, y tienen carácter operativo, por lo cual no requieren de reglamentación alguna.

²⁹ En adelante CADH.

³⁰ En adelante PIDCP.

debe proyectarse en la regulación de los procedimientos administrativos o judiciales en los que deba participar.³¹ Del mismo modo, la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, recepta el principio de interés superior del niño, definiéndolo como la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esa ley, aclarando también que cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes con otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros.³² Luego, en su artículo 9, señala que las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la dignidad como sujetos de derechos y derecho a su integridad física, sexual, psíquica y moral.

Con relación al derecho de defensa, se entiende por éste la posibilidad del imputado de intervenir en el proceso, de contar con una defensa técnica, de conocer y contradecir la imputación, de controlar la legalidad del ingreso de las pruebas, de ofrecer pruebas de descargo y controlar las de cargo, alegar sobre el mérito de todas éstas para demostrar la carencia total o parcial de fundamentos en la pretensión acusatoria y de interponer recursos.³³ Si bien el derecho de defensa ya encontraba regulación en la legislación interna argentina (arts. 18 de la Constitución Nacional y 40 de la Constitución de la Provincia de Córdoba), con la incorporación de la CADH y el PIDCP a nuestro ordenamiento constitucional, se consagra, dentro del derecho de defensa y como garantía procesal expresa, el derecho de todo acusado a interrogar a los testigos (arts. 8.2.f. de la CADH y 14.3.e. del PIDCP).

³¹ Con relación al artículo 19 de la CADH, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la Opinión Consultiva OC-17/2002 del 28 de agosto de 2002, ha señalado que “[...]el niño tiene derecho a recibir medidas de protección por parte de los Estados, las cuales deben ser brindadas sin discriminación. De manera que para dar contenido a esta disposición, se debe tomar en cuenta lo establecido en otros instrumentos internacionales, de conformidad con el criterio interpretativo del artículo 29 de la Convención Americana que consagra “el principio de aplicabilidad de la norma más favorable al individuo”, así como las normas y principios de la Convención sobre los Derechos del Niño, que se manifiesta especialmente en el principio del “interés superior del niño”. Las medidas de protección especial que los niños deben recibir “superan el exclusivo control del Estado” y el artículo 19 de la Convención Americana exige a los Estados la existencia de “una política integral para la protección de los niños” y la adopción de todas las medidas necesarias para garantizar el disfrute pleno de sus derecho [...]”. Luego agrega que la necesidad de adoptar esas medidas o cuidados proviene de la situación específica en la que se encuentran los niños, tomando en cuenta su debilidad, inmadurez o inexperiencia.

³² Artículos 1 y 3 de la ley 26.061.

³³ El derecho de defensa está receptado en distintos cuerpos legales: art. 18 de la Constitución Nacional, art. 40 de la Constitución de la Provincia de Córdoba, así como en los tratados internacionales ya citados incorporados por el art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional. Cfr. también CAFFERATA NORES, JOSÉ I. *Proceso penal y derechos humanos*, Centro de Estudios Legales y Sociales, Editores del Puerto S.R.L., Buenos Aires, 2000, p. 102 y ss.

Como podemos apreciar, el Estado Argentino y, en consecuencia, las provincias que lo integran, está obligado por igual a proteger la integridad y seguridad de las personas sometidas a su jurisdicción y a garantizar el derecho de defensa de los imputados, constituyendo ambas garantías un límite al poder penal del Estado. La convivencia de estas garantías no es fácil de sostener y no siempre se contempla en su reglamentación una solución para resolver los casos de conflicto.

3.1. *El derecho de defensa frente al derecho de recibir acompañamiento*

Con relación al análisis propuesto, la reglamentación y posible conflicto entre garantías constitucionales, el texto del artículo 96 del C.PPCba., tras acordarle a la víctima el derecho a recibir acompañamiento en los distintos actos procesales con la intención de protegerla de una posible victimización secundaria, dispone que si el ejercicio de este derecho afectara al derecho de defensa del imputado o los resultados de la investigación, la víctima no podrá ejercerlo. De esta manera, el texto prevé la posible colisión de intereses entre este derecho de la víctima y el derecho de defensa del imputado o el interés punitivo del Estado, resolviendo sacrificar el derecho de protección de la víctima, ya que expresamente hace que éste ceda a favor de los demás.

Por su parte, el texto de la norma nacional se diferencia de la provincial, ya que luego de otorgarle a la víctima menor o incapaz el derecho a recibir acompañamiento, en su parte final agrega que este derecho no podrá ser ejercido si con su ejercicio peligró el interés de obtener la verdad de lo ocurrido, no haciendo ninguna alusión a la posible afectación del derecho de defensa del imputado. De esta manera, en el orden procesal federal la norma, frente a un conflicto de este derecho con el derecho de defensa del imputado o la pretensión punitiva del Estado, sólo resuelve el conflicto con el último, ya que jerarquiza el descubrimiento de la verdad por sobre el derecho de la víctima a recibir acompañamiento.

Si tenemos en cuenta las garantías que están en juego y la jerarquía que la constitución les da a las mismas, es evidente que si el acompañamiento al menor víctima en un acto procesal es recomendable para preservar su integridad psicofísica, en virtud del interés superior del niño, debe hacérselo prevaler por sobre los demás. En este sentido creemos que la solución que da la norma en el caso de Córdoba no es la correcta, ya que, como acabamos de decir, va en contra del principio de interés superior del niño receptado por nuestra Constitución Nacional y por la ley 26.061 a la que la provincia adhirió recientemente por ley número 9.042. Tampoco es correcta la solución dada por el ordenamiento procesal penal de la Nación, ya que jerarquiza el interés punitivo del Estado por sobre la integridad psicofísica del niño.

Independientemente al análisis realizado, debe tenerse en cuenta que, con relación a las restricciones al derecho de acompañamiento que imponen los ordenamientos procesales referidos, si se toman los recaudos necesarios no creemos que el acompañamiento de la víctima por parte de una persona de su confianza pueda poner en riesgo el derecho de defensa del imputado o los resultados de la investigación. En efecto, consideramos que a los fines de garantizar que esto no suceda se puede indicar claramente al acompañante que no deberá influenciar la voluntad de la víctima (influenciar el testimonio por ejemplo), que se limitará a acompañarla y apoyarla emotivamente con su presencia y que bajo ningún punto de vista podrá intervenir activamente en el acto procesal. En todo caso, pensamos que la única restricción a este derecho de la víctima debe estar relacionada a la elección de la persona que la acompaña. Es necesario que esta persona no tenga algún interés particular en la investigación de modo que su sola presencia determine a la víctima en su testimonio o que en virtud de su acompañamiento tenga acceso a información relevante cuando su publicidad aún es reservada.³⁴ No obstante, cuando el funcionario judicial actuante detecte el riesgo de que el derecho de defensa del imputado o el éxito de la investigación, en caso del C.PPCba., o la obtención de la verdad en el caso del C.PPNac., se vean afectados con la intervención de un acompañante de confianza de la víctima y deba resolver aplicar esta restricción, también deberá hacer un análisis del costo personal que puede tener para la víctima una intervención en estas condiciones y tomará los recaudos necesarios para eliminarlos o disminuirlos. Una posibilidad sería brindarle acompañamiento terapéutico.

3.2. *La declaración en cámara Gesell y el derecho de defensa del imputado*

En el caso de los artículos 221 bis del C.PPCba. y 250 bis y 250 ter del C.PPNac. presenta algunos inconvenientes que deben ser tenidos en cuenta. Por un lado, la recepción del testimonio se mediatiza, ya que no lo podrá receptor directamente el Fiscal o el Juez de Instrucción y tampoco las partes pueden participar de manera directa. Esta circunstancia ha generado alguna preocupación en el ámbito de los tribunales,

³⁴ Puede darse el caso que una víctima no pueda elegir libremente y concurra con una persona que previamente, y con el fin de favorecer al imputado o entorpecer el éxito de la investigación, la ha amenazado o coaccionado y con su presencia controla su voluntad. También puede suceder que el acompañante, con el mismo interés, obtenga información de los resultados de los distintos actos procesales y con ello haga fracasar medidas futuras, ya que puede poner sobre aviso a los involucrados o bien condicionar su propio testimonio cuando aún se espera que deponga en esa calidad.

ya que su implementación en la práctica judicial diaria exigiría contar con una infraestructura de ambientes especialmente acondicionados y de personal especializado para poder receptor las declaraciones testimoniales de los menores víctimas de delitos sexuales y, por otro lado, porque el Fiscal ya no dirige ni controla el acto en forma directa, por lo cual tampoco puede valorar libremente el momento o la oportunidad para recibir el testimonio.

Para resolver el problema de la infraestructura, como ya señalamos más arriba, el Tribunal Superior de Justicia de la provincia de Córdoba adoptó un Protocolo³⁵ que establece cómo debe proceder el Fiscal de Instrucción para receptor el testimonio en aquellos casos en los que las demoras pueden afectar el normal desarrollo del proceso, o en aquellos lugares en los que no se cuenta con infraestructura de Cámara Gesell o de equipos técnicos. En este sentido, se dispone que en esos supuestos el Fiscal de Instrucción, contrariamente a lo que dispone el artículo 221 bis del C.PPCba., procederá a recibir declaración en forma directa al menor con ajuste al Protocolo de Recomendaciones del Servicio de Psicología Forense. Con relación a este punto, si bien es cierto que la norma prohíbe que el Fiscal interrogue directamente al menor y que sólo excepcional y fundadamente podrá hacerlo, el Tribunal Superior de Justicia adoptó este Protocolo haciendo uso de las atribuciones de dictar las normas prácticas necesarias para la aplicación del Código Procesal Penal que le da el artículo 4 del mismo ordenamiento. Se trata de una atribución similar a la de dictar reglamentos ejecutivos de las leyes que la Constitución Nacional y Provincial le otorgan al Poder Ejecutivo con la restricción de no alterar el espíritu de las leyes.³⁶ En este sentido, si analizamos el texto de la Acordada y del Protocolo, creemos que, si bien de manera transitoria hasta tanto se cuente con infraestructura y personal suficiente transforma en regla lo que debe ser una excepción³⁷, no se modifica el espíritu de la ley. En efecto, el Protocolo es una guía que tiene por objetivo que quien recepte la declaración al menor lo haga con los cuidados necesarios para evitar una nueva victimización y la norma analizada persigue, precisamente, el mismo objetivo.

Independientemente a lo dicho en el párrafo anterior, con relación a la posibilidad de que el Fiscal interrogue directamente al menor ante la necesidad o la urgencia para salvaguardar el éxito de la investi-

³⁵ Acuerdo Reglamentario N° 751.

³⁶ Art. 99, inc. 2, de la Constitución Nacional y art. 144, inc. 2, de la Constitución de la Provincia de Córdoba.

³⁷ Ya que, según la norma, sólo excepcionalmente el Fiscal de Instrucción podrá receptor declaración al menor en forma directa.

gación y, en consecuencia, el interés punitivo del Estado, el ordenamiento de Córdoba prevé la situación y autoriza excepcionalmente al Fiscal a que lo haga si lo fundamenta debidamente. Esta posibilidad, junto a la Acordada que le indica al Fiscal cómo debe proceder en estos casos, creemos que garantiza ambos intereses: la salud psicofísica del niño y el interés punitivo del Estado.

Con relación al derecho de defensa del imputado, lo que debe tenerse en cuenta es que las disposiciones que analizamos pretenden que el testimonio del menor se tome con los recaudos necesarios para que no deba repetirse y que, en todo caso, en la etapa del juicio se pueda reproducir a través de medios audiovisuales. Desde este punto de vista, puede plantearse como probable la vulneración del derecho de defensa, ya que éste implica poder debatir y controvertir la prueba en el juicio, que, en el caso en concreto, se garantiza sólo con el contradictorio a través del derecho de las partes a interrogar a los testigos.³⁸

Para solucionar este inconveniente, tanto en el ordenamiento nacional como en el provincial, se impone un procedimiento que implica adelantar el contradictorio, ya que disponen que las partes podrán participar en el acto y transmitir las inquietudes que tengan al profesional a cargo de la entrevista a través del Fiscal o el Tribunal. Sin embargo, en el ordenamiento procesal nacional se deja condicionada esta posibilidad a que el Tribunal lo disponga de oficio o bien a que la parte lo solicite, con lo cual no siempre se garantiza la participación de las partes. En efecto, si por cualquier circunstancia las partes no solicitan la participación (por ejemplo, porque no se enteraron de su realización) y el Tribunal no lo dispone de oficio, se vería frustrado el pleno ejercicio del derecho de defensa.

En el caso del ordenamiento procesal de Córdoba, si bien también dispone que a pedido de las partes o por disposición de oficio del órgano interviniente las partes podrán participar en el acto, con lo cual estaríamos en la misma situación que el ordenamiento procesal nacional, al señalar en el párrafo anterior que el acto se llevará a cabo de conformidad a los artículos 308 y 309, la situación cambia sustancialmente. En efecto, como ya lo mencionamos antes, estos artículos regulan aquellos actos que por su naturaleza y características no pueden ser repetidos, es decir que deben ser considerados definitivos e irreproducible. Es por ello que, para garantizar el contradictorio y el derecho de defensa de las partes, antes de iniciarse el acto y bajo pena de nulidad, se debe notificar a los defensores para que puedan participar del

³⁸ Artículos 18 de la Constitución Nacional, 40 de la Constitución de la Provincia de Córdoba, 8.2.f. de la CADH y 14.3.e. del PIDCP.

mismo. Al disponer el artículo 221 bis que la entrevista al menor se hará de conformidad a ellos, el acto se haría garantizando la participación de la defensa y recreando condiciones similares al del debate. De esta manera, las garantías del menor a ser protegido en su integridad psicofísica y el derecho de defensa están debidamente protegidas, ya que la defensa participa del acto de recepción testimonial, la víctima es interrogada en un medio adecuado y por personal idóneo para evitar su revictimización y el testimonio puede ser reproducido tantas veces como sea necesario, ya que puede ser gravado para tal fin.

Debe señalarse que con relación a esto último, es decir, si la grabación y la posibilidad de reproducir la entrevista del menor garantiza el derecho de defensa, existen posturas en contra que señalan que el resguardo en video de la entrevista sólo sirve para mostrar versiones parciales o que distorsionan la realidad. Por este motivo se sugiere la repetición del testimonio durante el juicio propiamente dicho mediante la utilización de circuitos cerrados, de modo tal que el menor se encuentre en un ambiente protegido y acondicionado para que no sufra una victimización secundaria y los defensores y el tribunal, a su vez, puedan seguir directamente las alternativas del testimonio y plantear las preguntas e inquietudes que surjan. Esto también podría solucionar otro inconveniente que presenta el hecho de tomar una entrevista al menor al inicio de una investigación penal, ya que en el curso de la investigación o concluida ésta pueden surgir otros elementos o aspectos que serían útiles de ampliar con el menor.

4. Conclusiones

Del análisis realizado podemos señalar que si bien las normas analizadas significan un paso importante para la protección de las víctimas, circunscriben su aplicación únicamente a los menores o incapaces, ya que no hacen ninguna referencia a las personas mayores. Aunque esto no necesariamente signifique la exclusión de su utilización en adultos, creemos que limitar este derecho a los menores o incapaces es una decisión que merece alguna discusión, ya que el riesgo de la victimización secundaria está latente para todas las personas, independientemente de su edad o capacidad. Sobre este aspecto, las recomendaciones de Naciones Unidas señalan que a la víctima, sin hacer distinciones de edad ni capacidad, se le debe brindar la posibilidad de contar con apoyo emocional y acompañamiento durante todos los actos procesales.³⁹ Es evidente que nuestras leyes procesales se proponen brindarle

³⁹ “Manual de justicia sobre el uso y aplicación de la Declaración de Principios Básicos de Justicia para Víctimas de Delito y Abuso de Poder”, *op. cit.*, p. 50 y ss.

protección a las víctimas especialmente vulnerables, tomando para ello un concepto restrictivo basado en la fragilidad de las personas en virtud de la edad o la capacidad. Al respecto, teniendo en cuenta las recomendaciones elaboradas por expertos de Naciones Unidas, hubiera sido conveniente optar por un concepto más amplio de vulnerabilidad, ya que ésta por lo general está condicionada por situaciones particulares y no sólo por condiciones de madurez o capacidad. Existen victimizaciones que crean situaciones especiales de fragilidad, como por ejemplo la violencia familiar, por lo cual un concepto más amplio o abierto de vulnerabilidad que permita considerar cada caso en particular sería más apropiado.

Con relación a las distintas garantías que están en juego debe tenerse presente las disposiciones del artículo 28 de nuestra Constitución Nacional, que establece el principio de inalterabilidad de las normas constitucionales al señalar que *Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por leyes que reglamenten su ejercicio*. En consecuencia, los institutos procesales penales que reglamenten las distintas garantías y que pongan en práctica la persecución penal no deben alterar ni producir contradicciones en el sistema constitucional de garantías.

En el caso en particular del derecho de acompañamiento, tal como hemos analizado, tanto la norma procesal penal nacional como la provincial buscan dar solución a un posible conflicto entre los distintos intereses, sin embargo creemos que no lo hace satisfactoriamente, ya que la solución aportada por la misma ley va en perjuicio del interés superior del niño víctima. Lo cierto es que frente a estos conflictos el Estado debería buscar alternativas que no signifiquen forzar a la víctima a una nueva victimización para garantizar la defensa del imputado y el éxito de la investigación penal. El conjunto de garantías del imputado es el límite que tiene el Estado para realizar su interés punitivo, pero también hay que señalar que, en cumplimiento de la permanente búsqueda de la equidad que le compete, tampoco puede pretender alcanzar ese interés a costa de la vulneración de los derechos y garantías de las víctimas. En efecto, pensamos que si el Estado, por priorizar su interés punitivo o el derecho de defensa, viola garantías fundamentales de las personas entraría en contradicción con su deber de respetar y asegurar los derechos humanos contenidos en su propia normativa.⁴⁰

⁴⁰ Así, el Fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C: Resoluciones y Sentencias, No. 71, Caso del Tribunal Constitucional, (Aguirre Roca, Rey Terry y Revoredo Marsano vs. Perú), sentencia de 31 de enero de 2001, expresa que “[...] *El respeto a los derechos humanos constituye un límite a la actividad estatal, lo cual vale para todo*

Con relación a la recepción del testimonio del “menor víctima o testigo de delitos sexuales o lesiones”, la metodología implementada contempla el equilibrio de las distintas garantías en juego. En efecto, la incorporación de la Convención sobre los Derechos del Niño a nuestro ordenamiento jurídico con equiparación constitucional⁴¹, implica la obligación del Estado de adoptar los medios o procedimientos que aseguren que los niños sean escuchados en un marco de protección, de modo tal que no sean revictimizados. En este sentido, las referencias a que los niños deben recibir protección contra los malos tratos comprende también a los malos tratos institucionales.⁴²

Por otro lado, la modalidad adoptada, pese a algunas críticas, garantiza de la mejor manera posible el derecho de defensa de las partes al autorizarlas a participar de la entrevista y al resguardar la misma a través de la videograbación. Esto permite que el testimonio pueda ser reproducido en las distintas etapas del proceso sin necesidad de que el menor deba concurrir nuevamente a los Tribunales.

Por último, creemos que limitar la aplicación de esta modalidad de recepción testimonial solamente en beneficio del “menor víctima o testigo de delitos sexuales o lesiones” no está en sintonía con el mandato constitucional. En efecto, la obligación de garantizar el interés superior del niño y proteger su integridad psicofísica es general y no sólo para determinada categoría de víctimas menores, por lo cual nada impide que menores víctimas o testigos de hechos de igual o mayor gravedad queden expuestos a sufrir una victimización secundaria, ya que pueden ser convocados a prestar declaración de acuerdo a los procedimientos tradicionales en todas las etapas del proceso.



órgano o funcionario que se encuentre en una situación de poder, en razón de su carácter oficial, respecto de las demás personas. Es, así, ilícita, toda forma de ejercicio del poder público que viole los derechos reconocidos por la Convención. Esto es aún más importante cuando el Estado ejerce su poder sancionatorio, pues éste no sólo presupone la actuación de las autoridades con un total apego al orden jurídico, sino implica además la concesión de las garantías mínimas del debido proceso a todas las personas que se encuentran sujetas a su jurisdicción, bajo las exigencias establecidas en la Convención [...]”. Por otro lado, el Estado debe garantizar el respeto de los derechos y garantías incorporados a su legislación por el art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional, ya que así lo disponen los tratados allí mencionados: art. 1, inc. 1, de la CADH; art. 2, inc. 1, del PIDCyP; art. 2, inc. 1 y 2, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

⁴¹ Artículo 75, inc. 22, de la Constitución Nacional.

⁴² La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la Opinión Consultiva OC-17/2002 del 28 de agosto de 2002, señaló que las medidas que debían adoptar los Estados partes debían asegurar la protección de los niños contra malos tratos, sea en su relación con las autoridades públicas, o en las relaciones inter-individuales o con entes no estatales.

CUÁLES SON LOS LÍMITES PARA DICTAR PRESUPUESTOS MÍNIMOS AMBIENTALES?

*Dra. Marta S. Juliá**

Resumen: El presente artículo aborda algunos de los problemas derivados del dictado de leyes de presupuestos mínimos, a partir de los interrogantes, precisiones y definiciones que están en discusión aún. El análisis de las leyes vigentes y la tarea desarrollada para su implementación, permite ponderar la situación actual para reflexionar y tener en cuenta en las nuevas propuestas de leyes de estas características.

Palabras Claves: Derecho Ambiental – Legislación ambiental – Presupuestos mínimos ambientales.

Introducción

La propuesta de proyectos de leyes y la existencia de proyectos en tratamiento de presupuestos mínimos ambientales, en el ámbito del congreso, nos plantea nuevas reflexiones relacionadas con la situación de indefinición del significado, alcance y contenido de los “presupuestos mínimos”.

Teniendo en cuenta los antecedentes de la legislación vigente, que vamos a destacar y profundizar, deberían considerarse los requisitos que deben contener dichos proyectos de leyes para que superen los inconvenientes planteados. Ello implica debatir si es posible, si es ne-

* DRA. MARTA SUSANA JULIÁ, Doctora en Derecho y Ciencias Sociales egresada de la Universidad Nacional de Córdoba, Investigadora del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Docente de post-grado en distintas Maestrías vinculadas a temáticas ambientales.

cesario, y en su caso, como delinear los límites para dictar presupuestos mínimos ambientales.

El presente artículo parte de describir algunas problemáticas que tienen que ver con el dictado de leyes presupuestos mínimos ambientales como las siguientes: las discusiones pendientes (en el concepto mismo de presupuesto mínimo), el estado de situación de las leyes vigentes, las actividades realizadas sobre la complementación de las leyes por parte de las jurisdicciones provinciales, las opiniones de los interesados en la problemática y de alguna manera la incidencia que tienen hoy, como su proyección a futuro, en el sistema jurídico actual.

Se complementa lo enunciado en el párrafo anterior con un tema, que no es menor, que es la tarea encomendada al Consejo Federal de Medio Ambiente (COFEMA) por los legisladores en las leyes de presupuestos mínimos. El rol pensado, logrado y actual del COFEMA como coordinador de las políticas ambientales con las distintas jurisdicciones.

Si bien no ha existido una discusión extendida, no podemos esperar a la profusión de leyes de presupuestos mínimos, sino repensar su concepto a partir de la pregunta que constituye el disparador de esta aproximación que realizamos ¿existen límites para fijar presupuestos mínimos?

Abordar la situación planteada nos permite poner en consideración los temas que tenemos pendientes en el marco de nuestro sistema y propender a impulsar su discusión y una mayor reflexión.

Una discusión que no está saldada

Los convencionales constituyentes en 1994 no imaginaron, cuando incorporaron la cláusula ambiental, la importante discusión que iban a despertar en abogados, especialistas y doctrinarios interesados en ésta temática.

Un término que parecía casi intrascendente como el de “presupuestos mínimos”, que para los allegados al tema ambiental parecía tan claro, comenzó a diluirse con la incomprensión de la palabra “presupuesto” por parte de quienes no estaban en tema, primer indicador de un término con diverso significado. Su asociación a una interpretación económica, no permitía dar por sentada su interpretación etimológica. Presupuesto con el sentido de presuponer, casi una obviedad, resultó ser el primer cuestionamiento a la claridad conceptual que los ambientalistas considerábamos.

El término presupuesto se define, de acuerdo al Diccionario de la Real Academia como “motivo, causa o pretexto con que se ejecuta algo”, “supuesto o suposición” “propósito formado por el entendimien-

to y aceptado por la voluntad” y el de “cantidad de dinero calculado para hacer frente a los gastos generales de la vida cotidiana, viaje, etc.”¹

Continuando con lo meramente terminológico el concepto de presupuesto mínimo, inexistente en el vocabulario jurídico, manifiesta una enorme tarea de acordar una única interpretación por parte de los juristas.

Lugones, con una visión crítica plantea: “El constituyente de 1994 tuvo en materia ambiental una clara preferencia por lo léxico y poca vocación de definidor; rol este último riesgoso ante situaciones novedosas” y también destaca en cuanto al significado del término que “es como primera acepción participio pasivo de presuponer: dar antecedentemente por sentada, cierta, notoria y constante una cosa para pasar a tratar otra relacionada con la primera”².

Así también podemos observar que Badino considera que “la inclusión de las palabras presupuestos mínimos en el artículo 41 provocó que se diversificaran las definiciones e interpretaciones, como así también llevó a parte de la doctrina a criticar la delegación de facultades de las provincias hacia la Nación de dictar presupuestos mínimos”³.

Como dijéramos en un primer artículo sobre la temática⁴ podíamos por lo menos visualizar claramente tres posiciones acerca del contenido que podría incluir el presupuesto mínimo ambiental:

1. Un posición restrictiva, donde el alcance del concepto está limitado: un piso o umbral fijado por valores o límites equiparables a estándares, y que no puede regularse nada mas bajo el concepto de presupuesto mínimo.
2. Una posición intermedia, que si bien es coincidente en la necesidad de fijar límites y valores, entienden que el concepto puede albergar algunos principios y la formulación de instrumentos de gestión uniformes y, en algún caso, la guía de objetivos políticos mínimos.
3. Una posición amplia, que comprende que es una verdadera delegación de la temática ambiental y, por lo tanto, bajo el

¹ Diccionario Real Academia página de internet: <http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta> (9/5/2007).

² LUGONES, N.J. “*Algunas cuestiones de límites y vocabulario en el Derecho Ambiental Argentino*” Revista de Derecho Ambiental N° 2, Lexis Nexis, pag.63 y 64.

³ BADINO, J. “*Medio ambiente: mínimos presupuestos ¿Máxime confusión?*” Doctrina.

⁴ JULIÁ, M.S. “*La discusión del concepto de presupuesto mínimo en el marco de un nuevo orden político, jurídico e institucional*” Revista de Derecho Ambiental N° 1, enero/marzo 2005, Lexis Nexis. Pag. 99 y sgtes.

rubro de presupuestos mínimos podría incluirse, menos la legislación común que está delegada a la Nación, todos los aspectos.

La discusión en este sentido no ha sido saldada, no existió una definición terminante sobre el tema y tampoco ayudó el intento legislativo de precisar el término al incorporar en el artículo 6° de la ley 25.675 un amplio significado.

Asimismo es interesante destacar que quienes se han planteado los primeros interrogantes, los que han impulsado la generación de ámbitos de reflexión y debate han sido quienes tienen la tarea de interpretar, aplicar o decidir en la temática ambiental (en rigor de verdad no todos sino algunos o un grupo importante).

Esta discusión ha sido jurídico-técnica, si la podemos definir de esta forma, pero no ha sido generalizada ni tampoco han intervenido los distintos actores sociales que pueden estar involucrados en las situaciones ambientales.

Un importante esfuerzo en este sentido lo llevó a cabo la Fundación Ambiente y Recursos Naturales con sus talleres de discusión en el ámbito de las Organizaciones no gubernamentales⁵ y el COFEMA y la Secretaría de Ambiente desde lo institucional, liderando la importante discusión técnica realizada sobre las principales leyes de presupuestos mínimos durante 2004 a 2006, fijando su posición al respecto, en ese momento⁶.

Supongamos que no avancemos mucho más en definir los presupuestos mínimos, que consideremos una interpretación restringida o amplia de su concepto, pero de alguna manera dejemos establecido su alcance y significado.

Por otra parte, las leyes de Presupuestos Mínimo Ambientales existen y están incorporadas en el sistema jurídico argentino, algunas han sido muy cuestionadas, otras ya aplicadas en muchos casos a situaciones ambientales concretas. La tarea del intérprete y del operador del derecho, por tanto, debe avanzar hacia una definición, alcance y significado del concepto de presupuesto mínimo.

Un problema importante que plantea la existencia de estas leyes de presupuestos mínimos es su incorporación al sistema: cómo

⁵ FARN "Los presupuestos mínimos de protección ambiental" FARN y Centro de Derecho Ambiental de UICN, 2003, y FARN "Presupuestos mínimos de protección ambiental II, 2006.

⁶ NONNA, SILVIA-SAVINO, ATILIO-ROSAALVES, ESTEBAN: "Postura de la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable sobre los presupuestos mínimos de protección ambiental", p. 1, en Suplemento de Derecho Ambiental La Ley / FARN, 18/11/04, Año XI, Nº 2.

ubicarlas, en qué rango y categoría se las puede considerar, qué relación tienen con las leyes de fondo y cuál con las leyes especiales, ¿constituyen leyes de fondo? En muchos casos pueden ser mixtas y regular aspectos comunes y sustanciales y aspectos específicos y hasta procedimentales, como es el caso de la ley general que establece ella misma su preeminencia y jerarquía. A partir de la aplicación de las leyes a situaciones concretas se generarán nuevos interrogantes sobre estos temas.

La ley 25.675 General del Ambiente

La ley General del Ambiente constituye un nuevo orden jurídico ambiental a partir de su sanción, es la ley más importante en jerarquía a nivel nacional ya que fija el mencionado orden, los principios, los objetivos de política y los instrumentos de la gestión ambiental. Ello implica el marco desde el cual se debe interpretar la legislación ambiental en Argentina.

En cuanto al significado asignado por la ley general del ambiente viene a establecer una pauta compleja, ya que tendió a precisar un concepto en el momento en que se planteaba su discusión.

En el art. 6º establece que : “Se entiende por presupuesto mínimo, establecido en el artículo 41 de la Constitución Nacional, a toda norma que concede una tutela ambiental uniforme o común para todo el territorio nacional, y tiene por objeto imponer condiciones necesarias para asegurar la protección ambiental. En su contenido, debe prever las condiciones necesarias para garantizar la dinámica de los sistemas ecológicos, mantener su capacidad de carga y, en general, asegurar la preservación ambiental y el desarrollo sustentable”.

Si bien constituye una interpretación sobre el concepto de presupuesto mínimo, la ley general no utilizó una definición acotada o restrictiva del mismo sino amplia y general, generando mas incertidumbre que precisión.

De hecho existen numerosas normas que reúnen las características planteadas en tanto conceden una tutela uniforme o común para todo el territorio nacional e imponen condiciones necesarias para asegurar la protección ambiental, un ejemplo de ello es la ley de residuos peligrosos 24.051. En el caso planteado no sería controvertido pero existen otras leyes especiales que reúnen similares características que implicarían invadir las competencias propias de las provincias como es el caso de la ley de conservación de la fauna silvestre 22.421, para tomar un ejemplo opuesto.

Si bien estas leyes no fueron dictadas como presupuestos mínimos podría considerarse por sus particularidades para “convertirlas”, pero si bien esto es poco probable, el planteo es que con un criterio como el establecido en el art. 6º que obviamente responde a una concepción amplia de ambiente entraría un enorme espectro de normas en el concepto de leyes de presupuestos mínimos.

Todo lo anteriormente mencionado llevaría a considerar en cada propuesta si es una ley de presupuesto mínimo o no, porque no requiere solo que estén formuladas como tales sino de la evaluación de la regulación que contienen.

Lo trascendente es que la ley general y sus principios se encuentran por encima del resto de las normas al declararse de orden público y sujeta su interpretación a lo que ésta fija.

Ante la vigencia de seis leyes de presupuestos mínimo se intenta establecer, de acuerdo a sus características principales, algún criterio que permita agruparlas, compararlas u ordenarlas. Se puede observar que si bien es complejo establecer un orden o clasificación de las normas que se encuentran vigentes detectamos similitudes y diferencias que nos permiten diseñar una sistematización de las mismas.

Un criterio teniendo en cuenta el orden jurídico ambiental y la temática regulada, una modalidad para distinguirlas es, por una parte, la ley general del ambiente con una temática amplia, de entidad propia, ordenadora del sistema y por otra, un conjunto de leyes con temáticas específicas (gestión ambiental de aguas, gestión de residuos provenientes de actividades industriales y de actividades de servicios, gestión de PCBs, gestión de residuos domiciliarios, información pública ambiental).

Otro criterio que podríamos utilizar es a partir de su objeto donde se puede diferenciar la ley general y la de información ambiental, de las que parten de establecer una gestión determinada. Cuatro de las leyes de presupuestos mínimos incursionan en la temática de “gestión”: de residuos provenientes de actividades industriales y de servicios, de residuos domiciliarios, de la gestión y eliminación de PCBs y de gestión ambiental de agua: al respecto se puede decir que no se ha seguido un criterio uniforme en el tratamiento de cada tema. Tampoco responden a una definición de gestión ambiental. Sin profundizar si la gestión como tal es un tema de competencia propia de las provincias.

El balance de las leyes de presupuestos vigentes y las discusiones pendientes.

En la vigencia de las leyes de presupuestos mínimos y a casi cinco años de su promulgación es importante comenzar a ponderar su

importancia, el uso, la gestión que se ha realizado, la implementación administrativa, etc.

Existen numerosos artículos que se han ocupado de observar y analizar las leyes de presupuestos mínimos desde el concepto como De Benedictis⁷, o aspectos de federalismo en la ley general del ambiente en el caos de Esain⁸, o planteando la crítica a la ley general como Bec y Franco⁹, como opiniones de mayor o menor generalidad (Cafferatta, Valls, Pigretti, por ejemplo) que sería extenso mencionar los distintos autores con trabajos sobre el tema.

La ley 25.688 “Régimen de gestión ambiental de aguas” es la más cuestionada y discutida de todas las leyes de presupuestos mínimos vigentes y los argumentos que la cuestionan plantean que invade las competencias propias de las provincias en materia de aguas.

Menores cuestionamientos tienen las leyes de gestión de residuos domiciliarios, de gestión de PCBs y de gestión de residuos industriales en tanto suponen aspectos de gestión y de tipo administrativo que para muchos invaden competencias provinciales. Restringiéndose a los artículos que puedan constituir una intromisión a las competencias de las provincias.

En el caso de la ley general se cuestiona el art. 6º al definir los presupuestos mínimos como destacáramos anteriormente y en líneas generales se aceptó su incorporación al sistema y hoy es parte del análisis de los doctrinarios en el tema.

Asimismo la ley de acceso a la información no generó discusiones, ni cuestionamientos en tanto viene a instaurar una situación muy reclamada en los últimos años e incorporada también a través de la convención Aarhus.

Entre los temas pendientes está la posibilidad de reglamentar o no estas leyes, si pueden reglamentarse se supone que tienen un quantum o límite a los aspectos de jurisdicción nacional. En muchos casos reglamentar puede significar inmiscuirse en las competencias propias de las provincias o afectar los aspectos administrativos que son propios de las provincias.

Hasta el presente se avanzó muy poco en la reglamentación de las leyes de presupuestos mínimo, lo que indudablemente es producto de los cuestionamientos que se han planteado ante los intentos desarrollados.

⁷ DE BENEDECTIS, L. *¿Que son los presupuestos mínimos de protección ambiental?* L.L.23/07/2004.

⁸ Esain, J. “El federalismo ambiental reparto de competencias legislativas en materia ambiental en la CN y en la Ley General del Ambiente 25.675”, JA, 2004-I, 776.

⁹ BEC, E, FRANCO, H. “La mala definición de presupuestos mínimos de la Ley General del Ambiente”, JA, 2005-IV, 1445.

En tanto no se plantee seriamente el conjunto de discusiones pendientes con respecto a las leyes se van a seguir generando nuevos proyectos sin un límite acerca de que y como se deben regular a través de la modalidad de los presupuestos mínimos.

Existe un conjunto de proyectos presentados al Congreso de la Nación de leyes de presupuesto mínimos en distintos temas, algunos con trámite legislativo, donde si no se tienen en cuenta los cuestionamientos y discusiones que ya han generado las leyes vigentes se seguirá ampliando e incorporando normas con nuevos inconvenientes.

Las tareas complementarias y su cumplimiento

Las leyes de presupuestos mínimos por una parte pueden ser complementadas por la legislación que dicten las provincias de acuerdo a lo establecido en el art. 41 tercer párrafo, pero además de ello las propias leyes han establecido un conjunto de actividades, obligaciones o regulaciones que deben implementar y cumplir las jurisdicciones locales, las provincias o que deben concertarse en el ámbito del COFEMA.

Desde el dictado mismo de las leyes existe un mandato en el articulado de cada ley de tareas asignadas a las provincias, a los gobiernos locales y al COFEMA como se describen en el cuadro siguiente:

LEY	Provincias	Jurisdicciones locales	COFEMA
25.675	Arts. 3º, 4º, 5º, 26	Arts. 3º, 4º, 5º, 26	Art. 3º, 4º, 5º, 9º, 15, 17, 23, 24
25.670	Art. 22	11 inc.a), b)25.688	Art. 6º
25.831	Art. 1º, art. 4º	Art.1º, art.4º	Art. 5º
25.612	Arts. 8º, 12, 14, 15, 19, 26, 31, 49 y 61		33, art. 57 inc. a) y c) art.61
25.916	Art. 36	Arts. 5º a 8º y art. 35	Arts. 22, 23, 25 inc. a) e i)

Se pueden plantear situaciones diferentes con relación a las jurisdicciones provinciales y los gobiernos locales de acuerdo a la ley que hacemos referencia pero es indudable que la primera obligación es la de complementar por parte de las provincias.

Para complementar las provincias deben realizar un relevamiento y sistematización de su normativa, verificar si se cumple o no con los preceptos establecidos en las leyes de presupuestos mínimos y en el caso de ser necesario realizar las adaptaciones y modificaciones en su marco legal actual.

Existen jurisdicciones con distinto desarrollo normativo, lo que implica mayor o menor profusión de normas lo que determinará el grado de complejidad de la tarea a realizar.

Así podremos observar la situación de las provincias que tienen un esquema legal simple, que pueden incluir sin conflictos las normas actuales, ya que solo requieren complementar en su implementación administrativa los aspectos que no estaban incorporados en su administración.

En esto se puede tomar como ejemplo la ley 25.612 sobre gestión de residuos provenientes de actividades industriales y actividades de servicio, estado de situación que provoca la coexistencia y vigencia de la ley 24.051. Existían al momento de dictado de la ley 25.612 distintas situaciones:

1) Jurisdicciones provinciales que habían adherido al régimen de la ley 24.051 y por tanto tienen su propio sistema administrativo (registro y seguimiento de la gestión de dichos residuos en consonancia con lo que establece la ley y bajo una modalidad administrativa que la nación ya cuenta).

2) Provincias que no habían adherido pero estructuraron su propio régimen de gestión (tienen un sistema administrativo diferente a la nación y a las provincias que adhirieron).

3) Provincias que no adhirieron y no contaban con régimen propio por lo cual podrían iniciar su gestión con la complementación a la ley de presupuestos mínimos. (Organizar sus sistemas bajo la modalidad que tiene la nación y algunas provincias).

Las provincias que no había regulado el tema con solo su incorporación y dictando de la normativa complementaria resuelven la situación en el tema. Tarea que no es menor en el ejemplo elegido porque implica la creación e instrumentación de registros, seguimientos, control y supervisión de las actividades existentes. Ello constituye un compromiso de recursos de personal, materiales y presupuesto para llevar a cabo la administración ambiental en el tema de los residuos industriales.

En los casos de las provincias que adhirieron a la ley 24.051 ya tienen un procedimiento estructurado por lo cual la implementación de la ley 25.612 les requeriría solo la ampliación hacia los aspectos que trae esta ley.

La situación más compleja en este ejemplo la tendrían quienes establecieron un régimen propio con sus características administrativas lo que significa que adaptarla genera un esfuerzo mayor.

De todas formas existe igual un requerimiento previo a cumplir establecido en el art. 7º de la ley 25.612 donde la autoridad de aplicación nacional concertará los niveles de riesgo que poseen los diferentes residuos definidos en el art. 2º, a través del COFEMA.

La situación antes mencionada fue merituada por los representantes de las provincias en las reuniones organizadas por la Secretaría de Ambiente aspectos que impidieron avanzar en la reglamentación de la ley. Las provincias consideraron que hasta tanto no se definiera lo establecido acerca de los niveles de riesgo no podía reglamentarse los demás aspectos.

Otro ejemplo se plantea con la ley de acceso a la información ambiental donde en el artículo 5º regula el procedimiento y establece que las autoridades competentes nacionales, provinciales y de la ciudad de Buenos Aires, concertarán en el ámbito del COFEMA los criterios para establecer los procedimientos de acceso a la información ambiental en cada jurisdicción.

Esta referencia es compleja para cumplimentar por parte de las provincias ya que algunas jurisdicciones tienen su propio sistema de acceso a la información regulado lo que implica adaptar las modalidades y regulación administrativa de cada jurisdicción.

La uniformidad en este sentido debe aspirar a cumplir los objetivos generales de las normas y que se cumpla el mínimo de exigencias establecidas.

Una tarea para llevar a cabo es cuantificar en las distintas jurisdicciones sobre las acciones realizadas para complementar las leyes de presupuestos mínimos, trabajo a futuro para quienes queramos corroborar en datos concretos el estado de situación al respecto.

El COFEMA

Las tareas asignadas al Consejo Federal del Ambiente han sido variadas y numerosas en las distintas leyes de presupuestos mínimos que se encuentran vigentes.

Así el cuadro que destaca cuales son los artículos de cada ley que asignan tareas al COFEMA sería el siguiente:

Ley 25.675	Ley 25.612	Ley 25.688	Ley 25.670	Ley 25.831	Ley 25.916
Art. 9º	Art. 7º	-----	Art. 11 incs. a y b	Art. 5º	Art. 23
Art. 15	Art. 33	-----			Art. 25 incs. a) e i)
Art. 17	Art. 57 incs. a, c	-----			
Art. 23	Art. 61	-----			

Las tareas asignadas al Consejo Federal del Ambiente son las siguientes de acuerdo a lo establecido en cada una de las leyes de presupuestos mínimos:

1. En la Ley General del Ambiente Nº 25.675

El ordenamiento ambiental va a desarrollar la estructura de funcionamiento global del territorio de la Nación y se generan mediante la coordinación interjurisdiccional entre los municipios, las provincias, y de estas con la ciudad de Buenos Aires con la Nación. El COFEMA deberá considerar la concertación de intereses de los distintos sectores de la sociedad entre si y de estos con la administración.

En la temática de educación ambiental establece que las autoridades competentes deberán coordinar con los consejos de medio ambiente y de cultura y educación, la implementación de planes y programas en los sistemas de educación formal y no formal.

En materia de información ambiental en el desarrollo del sistema nacional integrado de información deberá proyectar y mantener un sistema de toma de datos sobre los parámetros ambientales básicos, estableciendo los mecanismos necesarios para la instrumentación efectiva a través del COFEMA.

Se establece el sistema federal ambiental con el objeto de coordinar la política ambiental nacional, tendiente al logro del desarrollo sustentable, entre el gobierno nacional, los gobiernos provinciales y el de la ciudad de Buenos Aires. Se instrumenta a través del COFEMA. Asimismo se ratifican los acuerdos federales entre ellos el acta constitutiva del COFEMA en el art. 25 y el pacto federal ambiental.

La ley general establece un rol activo y dinámico al COFEMA que presupone una participación intensa de las jurisdicciones en su ámbito que permita avanzar en los consensos de tal manera de iniciar su implementación.

2. En los presupuestos mínimos para la gestión y eliminación de los PCBs ley N° 25.670.

En el art.11 cuando regula la autoridad de aplicación establece en el inc. a) entender en la determinación de políticas en materia de gestión de PCBs en forma coordinada con las autoridades competentes de las provincias y de la ciudad autónoma de Buenos Aires, en el ámbito del COFEMA.

En el inc. b) dictar las normas de seguridad relativas al uso, manipulación, almacenamiento y eliminación de PCBs y controlar el cumplimiento de las mismas.

En el caso particular de esta ley que asume compromisos internacionales con vencimientos es muy importante la coordinación.

El primer aspecto a destacar es que ya se venció uno de los plazos y el próximo 2010 nos debe encontrar sin PCBs en Argentina, sin embargo no se conoce cual es el estado actual de situación en le tema y a que acuerdos se llegó en materia de implementación en el ámbito del COFEMA.

3. En la gestión de residuos domiciliarios ley N° 25.916

Cuando regula la coordinación interjurisdiccional en el art. 25 establece que el COFEMA a los fines de la presenta ley, y en cumplimiento del Pacto Federal Ambiental actuará como el organismo de coordinación interjurisdiccional, en procura de cooperar con el cumplimiento de los objetivos de la presente ley.

En la regulación de la autoridad de aplicación en el art. 25 el inc. a) establece como funciones formular políticas en materia de gestión de residuos domiciliarios, consensuadas en el seno del COFEMA.

En el inc.i) impulsar y consensuar, en el ámbito del COFEMA, un programa nacional de metas cuantificables de valorización de residuos de cumplimiento progresivo; el cual deberá ser revisado y actualizado periódicamente.

Los residuos domiciliarios son gestionados por los municipios y comunas y toda su regulación se encuentra en los ámbitos mencionados. Las políticas, objetivos y principios que determina la ley de presupuestos mínimos son propios de los municipios y realizan referencias a los pasos y las garantías que deben establecer en su ámbito jurisdiccional.

Para quienes defienden las autonomías municipales la norma puede llegar a condicionar ciertos aspectos ya que la gestión en si misma de los residuos está asociada al presupuesto municipal o comunal, sus recursos, y el cumplimiento de lo mínimo varía de acuerdo al estado de situación de cada lugar.

4. En la ley de gestión de residuos provenientes de actividades industriales y de actividades de servicios ley N° 25.612.

En el art.7 establece que la autoridad nacional concertará los niveles de riesgo que poseen los diferentes residuos definidos en el art.2 conforme lo previsto en el art. 57 inc. a) y c) esto debe cumplimentarse a través del COFEMA, y estableciendo lo que deberá tener en cuenta para ello.

En el art. 33 establece que a través del COFEMA las características y contenidos del estudio de impacto ambiental y las condiciones de habilitación de las plantas de almacenamiento, tratamiento y disposición final de residuos industriales y de actividades de servicios, así como las características particulares que deben tener las mismas de acuerdo a la calidad y cantidad de residuos que traten, almacenen o dispongan finalmente.

En el art. 57 determina en el inc. a) entender en la determinación de políticas en materia de residuos industriales y de actividades de servicios, en forma coordinada. en el ámbito del COFEMA. Y en el inc. c) el ámbito del COFEMA para formular e implementar el plan nacional de gestión integral de residuos industriales y de actividades de servicios, el que deberá incluir, parámetros de reducción de los residuos en la etapa de generación y los plazos de cumplimiento.

En el art. 61 se recomienda a los estados provinciales y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a dictar las normas complementarias a la presente en los términos del artículo 41 de la constitución nacional y al COFEMA a que proponga las políticas para la implementación de la presente ley.

La gestión de los residuos provenientes de las actividades industriales y de las actividades de servicios debe necesariamente compatibilizarse con la gestión de los residuos peligrosos. Consideramos que en el COFEMA debería primar la necesidad de integrar progresivamente estas temáticas.

Asimismo es central la tarea de coordinación en esta temática por que es muy diversa la situación de las distintas jurisdicciones, donde la gestión de los residuos peligrosos e industriales constituye un tema esencial de la gestión y otros donde las actividades territoriales prioritarias son otras. Todo ello producto de nuestra amplitud territorial, diversidad de actividades, climas y regiones.

5. En la ley 25.831 de acceso a la información pública ambiental.

En el artículo 5° las autoridades competentes nacionales, provinciales y de la ciudad Autónoma de Buenos Aires, concertarán en el

ámbito del Consejo Federal de Medio Ambiente los criterios para establecer los procedimientos de acceso a la información ambiental en cada jurisdicción. Remitimos al comentario que ya formulamos anteriormente.

El esquema seguido por los legisladores en la mayoría de las leyes de presupuestos mínimos, ya que solo la ley de gestión ambiental de aguas es la excepción, ha sido instalar en el ámbito del COFEMA la discusión y la coordinación interjurisdiccional en los aspectos que lo requieren.

Las leyes han reconocido, valorado y jerarquizado al COFEMA instalándolo definitivamente en el escenario interjurisdiccional. Lo que debe ir de la mano con las prioridades que establece cada gestión gubernamental nacional en cuanto a los espacios y recursos que se asignen al COFEMA.

Un indicador de cuan federal es una gestión, pensando en un instrumento de evaluación, será observar el espacio asignado al COFEMA y los recursos y medios disponibles además de lo que se pueda evaluar en cuanto a resultados de las actividades del mismo.

Reflexiones finales

La existencia de un nuevo esquema jurídico institucional en materia ambiental es una realidad en nuestro sistema jurídico desde la reforma de la constitución en 1994 y con el dictado de las leyes de presupuestos mínimos, en especial a partir de la ley general del ambiente.

En este orden es de vital importancia la instancia de coordinación federal donde el concepto de concertación federal ha sido instalado por la mayoría de las leyes y debe consolidarse su ejercicio, es allí donde tendrá un rol protagónico la Secretaría de Ambiente fijando las condiciones necesarias para que se desarrolle.

La demanda a juristas, gestores y expertos es en esta instancia la construcción teórica que promueva el desarrollo del nuevo esquema otorgando la solidez y seguridad, desde sus distintos aspectos teóricos, que requiere un nuevo orden jurídico ambiental en la Argentina.

Cuando nos referimos a distintos aspectos teóricos hacemos referencia a la invasión de este nuevo orden en todas las ramas del derecho por tanto habrá que discutir e incorporar los aspectos constitucionales, civiles, penales, administrativos, etc.

Es por ello que la preocupación central que destacamos es la necesidad de reflexionar sobre los conceptos, sus alcances y significados ya que constituyen la estructura básica a partir del cual se crea y configura el sistema y se irradia a los diversos sectores del derecho.

Este nuevo orden requiere definiciones, precisiones en materia jurídica ambiental, en virtud que se han determinado objetivos de política, se han definido principios, se han determinado herramientas de gestión y nuevos aspectos sustanciales en la materia.

Es una necesidad reflexionar sobre la tarea impuesta para implementar este nuevo orden, en sus distintos niveles de análisis, tanto en su faz teórica que planteamos en los párrafos precedentes como en sus aspectos prácticos en tanto deben llegar a implementarse en los distintos ámbitos del sistema.

Se observa que las tareas de implementación no son sistemáticas y que las gestiones van avanzando en función de sus necesidades, prioridades y objetivos que no siempre coinciden con los establecidos en las leyes.

El gestor y el intérprete ambiental se enfrentan a un nuevo sistema en construcción que es necesario desarrollar e implementar.

Bibliografía

BRANES, R. *“El desarrollo del Derecho Ambiental Latinoamericano y su aplicación”*. PNUMA, México, 2001.

BEC, EUGENIA- FRANCO, HORACIO. *“La mala definición de presupuestos mínimos de la Ley General del Ambiente”* JA 2005-IV, 1445.

CAFFERATA, N. *“Introducción al Derecho Ambiental”*, Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales de México, Instituto Nacional de Ecología de México, y Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, México, 2004.

DE BENEDICTIS, LEONARDO. *“¿Qué son los presupuestos mínimos de protección ambiental”*, LL, 23/07/2004.

ESAIN, JOSÉ. *“El federalismo ambiental. Reparto de competencias legislativas en materia ambiental en la CN y en la Ley General del Ambiente 25.675”*, JA, 2004-I-776.

JULIÁ, M. S. *“Algunas estrategias en la construcción de un nuevo esquema jurídico ambiental”* Revista de Derecho Ambiental N° 8, octubre-diciembre. Lexis Nexis, 2006.

JULIÁ, M. S. *“Reflexiones y aportes para la Construcción de teoría en Derecho Ambiental”* Anuario VIII del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad Nacional de Córdoba. 2005

JULIÁ, M. S. *“La discusión del concepto de presupuesto mínimo en el marco de un nuevo orden ambiental político, jurídico e institucional”*, Lexis Nexis, Revista de Derecho Ambiental, N°1, enero-marzo, 2005.

LUGONES, JUAN N. *“El artículo 41 de la Constitución Nacional y la jurisdicción”*, JA-1997- IV-1029.

LUGONES, JUAN N. “*Algunas cuestiones de límites y vocabulario en el derecho ambiental argentino*”, RDA N1 2, Abril / Junio 2005, p. 59, Lexis Nexis.

MOYANO, AMÍLCAR. “*Leyes de presupuesto mínimo ambiental (La formación del derecho ambiental en el Estado Federal argentino por complementación de las reglas de derecho del Congreso con las normas jurídicas provinciales)*”, ED Serie Especial Derecho Ambiental, p. 4, 22/04/2004.

PIGRETTI, EDUARDO A. “*Los presupuestos mínimos de protección ambiental en materia de residuos industriales y de servicios de la ley 25.612*”, Adla 20/2002, p. 129.

SABSAY, DANIEL ALBERTO. “*El nuevo artículo 41 de la Constitución Nacional y la distribución de competencias Nación-Provincias*”, DJ, 1997-II-783.

VALLS, MARIO F. “*La Ley 25675, Ley General del Ambiente. Una miscelánea de medidas protectoras del ambiente uniformes que sigue dispersando la legislación ambiental federal*”, JA 2003-III-1294.



LA POLÍTICA DE AGENCIALIZACIÓN EN EL MARCO DE LA REFORMA DEL ESTADO EN LA PROVINCIA DE CÓRDOBA

María Alejandra Nallino ⁽¹⁾

Resumen: Se analiza el proceso de creación e institucionalización de agencias constituidas como sociedades del Estado y sociedades de economía mixta, en el marco de la reforma del Estado implementada en la Provincia de Córdoba, a partir del año 1999.

Palabras Claves: Agencialización – Reforma del Estado – Administración Pública

La creación e institucionalización de las agencias en la Provincia de Córdoba.

A partir del año 1999 tiene lugar en la Provincia de Córdoba la implementación de un proceso de reforma del Estado en el seno de la Administración Pública Provincial a través de la creación de “agencias”.

En la medida en que no se ha tratado de un hecho aislado y limitado a un área puntual de políticas públicas, es posible hablar de un proceso de “agencialización”.

Acuñamos el neologismo agencialización para designar la transformación de estructuras tradicionales de la Administración Pública provincial, tales como Ministerios y Secretarías, en sociedades del Estado y sociedades de economía mixta.

El impulso inicial del proceso de agencialización corresponde a la Ley Orgánica de Ministerios 8779/99 que crea varias de ellas: las

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

Agencias Córdoba Ciencia Sociedad del Estado, Córdoba Cultura Sociedad del Estado, Córdoba Ambiente Sociedad del Estado, Córdoba Deportes Sociedad de Economía Mixta y Córdoba Turismo Sociedad de Economía Mixta.

La dinámica legislativa posterior, siempre instada por el Poder Ejecutivo provincial, crea nuevas agencias o modifica o disuelve las ya existentes. En efecto, la Ley 8938/01 crea la Agencia Pro Córdoba Sociedad de Economía Mixta; la Ley 9006/02 a la vez que dispone la fusión de las Agencias de cultura, ambiente, turismo y deporte en una sociedad de economía mixta, crea la Agencia Córdoba Solidara Sociedad del Estado; la Ley 9050/02 crea la Agencia Córdoba de Inversión y Financiamiento Sociedad de Economía Mixta; la Ley 9117/03 crea la Agencia Córdoba Juventud Sociedad del Estado y finalmente, la Ley 9156/04 dispone la escisión de las agencias de cultura, ambiente, turismo y deportes fusionadas por la Ley 9006/02.

En este punto es importante señalar que las agencias son formal y materialmente una iniciativa y producto del Poder Ejecutivo. Por cierto, su presencia no se ha limitado a la etapa fundacional de las mismas, sino que se ha extendido a lo largo del proceso de institucionalización. Este no solo ha definido el diseño institucional, sino que ha determinado –con un criterio no explícito ni público– qué actores serían convocados a integrar las agencias.

Las leyes del denominado “Estado Nuevo”: Ley Carta del Ciudadano (Ley 8835/00), Ley Modernización del Estado (Ley 8836/00) y Ley Incorporación de Capital Privado al Sector Público (Ley 8837/00), aun siendo posteriores a la Ley Orgánica de Ministerios (Ley 8779/99), constituyen el marco interpretativo de la política de reforma del Estado implementada por el gobierno provincial a través de la creación de agencias.

Este proceso, representa en el ámbito de la administración pública provincial una verdadera innovación, que se manifiesta en dos dimensiones interrelacionadas: la estructural y la ideológica.

Una refiere a los cambios en la distribución de funciones, competencias y recursos del sistema político administrativo. La otra refiere a la valoración de decisiones consensuadas, cooperativas y horizontales, tanto dentro del sistema político administrativo, cuanto en su articulación con la sociedad civil; con la consecuente declinación de la legitimación de decisiones unilaterales y jerárquicas.

En el presente trabajo nos avocaremos exclusivamente a la dimensión estructural de la reforma. A tal efecto, consideraremos en primer lugar la condición de innovación institucional de las agencias. Luego, apreciaremos respecto de las agencias sociedad de economía mixta y de las agencias sociedad del Estado las características que presentan

en los siguientes aspectos: naturaleza jurídica, política y económica, régimen jurídico aplicable, sujeto y objeto de la agencia, titularidad de los medios para la administración, estructura organizativa, procedimiento decisorio, régimen del personal y mecanismos de control. Finalmente trataremos el sistema de incentivos y sus limitaciones.

Sin embargo, aun cuando nos concentremos en la dimensión institucional, es conveniente destacar el carácter fuertemente innovador de la agencialización en el plano ideológico, por cuanto a través de las modificaciones introducidas en la dimensión estructural, recepta y combina elementos valorativos –con sus correspondientes herramientas institucionales–, de tres modelos: el modelo centrado en el Estado, el modelo centrado en el mercado y el modelo de redes. Algo similar sucede con los modelos de gestión de políticas públicas denominados modelo burocrático, gerencial y participativo, aunque con un predominio de los dos últimos en la institucionalidad formal. La discusión suscitada en el ámbito legislativo con motivo de la sanción de la Ley Orgánica de Ministerios 8779/99 es suficientemente ilustrativa de la tensión resultante de la yuxtaposición de modelos articulados sobre diferentes valores y principios.

El proyecto remitido por el Ejecutivo a la Legislatura y tratado inicialmente en la Cámara de Diputados, ha recibido la crítica de la oposición (UCR). Su cuestionamiento a la creación de las agencias se sostiene en esta instancia sobre tres ejes:

En primer lugar, la naturaleza de las agencias. Se cuestiona aquí la adopción de la figura jurídica de las sociedades comerciales regidas primordialmente por el régimen de derecho privado; lo cual es interpretado por la oposición en términos de privatización, incluso respecto de aquellas sociedades para las cuales se adopta el tipo legal de las sociedades del Estado. Es esta condición de las agencias la que instala la discusión acerca de los mecanismos de control necesarios para garantizar la realización del interés público. Esto conduce a que la ley provincial, entre otras medidas, establezca en el caso de las sociedades de economía mixta, que la participación del Estado en el capital accionario de la sociedad debe ascender como mínimo al cincuenta y uno por ciento (51%) del capital, como una forma de asegurar la supremacía del sector público sobre el sector privado. En el mismo sentido se orienta la facultad de veto que se confiere a los directores del sector público toda vez que pudiera verse comprometido el interés público.

En segundo lugar, se objeta lo que es interpretado por una parte, como una expansión de la estructura de la administración y por la otra, un incremento del gasto público a través de la creación de las cinco agencias y la ampliación número de Ministerios, que de seis que registraba la Ley Orgánica N° 8666/98 (segunda Ley de Ministerios de Mes-

tre) pasa a contar con ocho. Estos reparos se alzan incluso respecto de las agencias sociedades de economía mixta, que implican, al menos formalmente, la participación de aportes de capital privado. Por cierto que en los hechos la participación del sector privado en la integración del capital de las sociedades de economía mixta ha sido exiguo, lo que permite a la oposición sostener que se usufructúa la condición de socio sin arriesgar capital.

“pese a ser sociedades de economía mixta, el apoyo económico que reciben del sector privado las agencias creadas por el gobierno de José Manuel De la Sota es exiguo.” (Diario La Voz del Interior, 16/12/2001).

Expresiones de un actor del sector público entrevistado: SPE 11: *“Los sectores vinculados a las políticas públicas siempre han tenido al Estado como una fuente de beneficios para ellos y no al revés. Los privados no aportan nada, salvo conocimiento. Tienen una actitud pasiva, no arriesgan capital, absolutamente nada. Se les donaron las acciones, ni compraron las acciones. El Estado tiene el noventa por ciento de las acciones y el cien por ciento del gasto y el gerenciamiento de la política. La participación del sector privado en el aporte y en el gerenciamiento es cero. Es una concepción cultural de nuestra sociedad. El Estado es de todos y es de nadie. Se supone de antemano que el Estado es responsable de todo.”*

Finalmente, en tercer lugar, es objeto de resistencia por parte de la oposición los poderes que se otorgan a la Secretaría General de la Gobernación, los cuales se estiman excesivos, considerándose en este sentido, que se opera una concentración de poder, toda vez que las cinco agencias que se crean se encuentran bajo su órbita.

Expresiones del Diputado Sr. Acuña en la sesión del 14 de Julio de 1999: *“No coincidimos en ampliar la estructura del Gobierno de la Provincia. Nos parece que aumentar la burocracia, no contribuye a un eficiente manejo del Gobierno provincial. No nos parece que se condiga, –tampoco con la reducción propuesta–, esto de aumentar la burocracia, aumentar las reparticiones del Estado... Nos preocupa también y tenemos algunas incertidumbres, ..., en las responsabilidades, quien sabe, demasiado grandes, que se otorgan por ejemplo, a la Secretaría General de la Gobernación. ... Nos produce incertidumbre, esto (respecto de las Agencias)... de la privatización de estas áreas. Nos da incertidumbre que el área del Ambiente se privatice, nos da incertidumbre que el área de la Cultura se privatice y lo mismo que el área de la Ciencia.”* (Diario de Sesiones Cámara de Diputados, Poder Legislativo de la Provincia de Córdoba, 1999, Tomo 2: 1087).

Desde el oficialismo, las mismas cuestiones son justificadas en tanto jerarquización política, sin ampliación del gasto, creación de estructuras dinámicas y eficientes y coparticipación de niveles de responsabilidad con los actores interesados y afectados por las políticas públi-

cas, a través de un diseño institucional capaz de articular a los actores del sector público y privado y sin que fuera un objetivo prioritario del Gobierno que los actores del sector privado aportaran capital para la constitución de la sociedad, a pesar de adoptarse ese tipo societario.

Dice la Dra. Olga Riturort, Secretaria General de la Gobernación: *“Pienso que no supieron interpretar que en el caso de las áreas de Cultura, Deportes, Turismo, Ciencia y Tecnología y Medio Ambiente, no existían en las anteriores administraciones y al transformarlas en agencias y hacerlas depender de la Secretaría, pareciera que es una cosa muy grande.”* (Diario La Mañana de Córdoba 21/07/1999).

Expresiones del Diputado Sr. Sosa en la sesión del 14 de Julio de 1999: *“Esta Ley de Ministerios, innova substancialmente, sobre la estructura que mantuvo el Gobierno de la Unión Cívica Radical, no solamente porque tiene ocho ministerios, ... sino que además, crea nuevas figuras en el marco de la organización en el funcionamiento del Estado Provincial, como son las cinco agencias.... Esto, ... apunta a darle al Estado provincial, en áreas como el deporte, la cultura, la ciencia o el turismo, la organización y la participación no sólo de los funcionarios del propio Estado, sino de los representantes, de los actores sociales que participan en cada una de esas actividades, para reformular, actividades en las cuales el actor social, el capital privado, el gestor privado, asumirá la corresponsabilidad de las decisiones que tengan que ver con la política en las áreas de turismo, de deportes, de ciencias, de cultura, etcétera. Esto forma parte de un diseño de un Estado de coparticipación social, de un Estado moderno, que asume corresponsabilidades con los particulares, de un Estado que quiere comprometer a los actores sociales, en la fijación de las políticas estratégicas de áreas que tienen que ver con la participación directa de los sectores y de las fuerzas económicas y sociales de cada sector en particular.* (Diario de Sesiones Cámara de Diputados Poder Legislativo de la Provincia de Córdoba, 1999, Tomo 2: 1082). *“Coparticipar niveles de responsabilidad no significa privatizar, por eso la figura jurídica es “Sociedad de Economía Mixta” o “Sociedad del Estado”... lo que pasa es que buscamos en la figura de la sociedad, para permitir jurídicamente interrelacionar a los actores sociales con los funcionarios del Estado”.* (1999, Tomo 2: 1088).

Expresiones de actores del sector público estatal entrevistados:

SPE 08: *“La idea era darle participación activa al sector privado en la toma de decisiones. Si el objetivo era que se aportara fondos, nunca se cumplió. Creo que nunca fue ese el objetivo.”*

SPE10 *“Nunca me imaginé una cola de empresarios con la plata en la mano para ponerla en el Estado. Nosotros no esperábamos que trajeran plata a la agencia, sino que la invirtieran en sus empresas. La oposición*

le acusa de transferencia de recursos al sector privado, pero el Presidente del Directorio tiene la facultad de veto. Allí está la garantía de lo público. Se abrió las puertas al privado, pero el Estado se quedó con el control.”

La condición de innovación estructural del diseño institucional de las agencias se manifiesta en varios aspectos.

En primer lugar, la forma jurídica que adoptan las leyes provinciales para las agencias, esto es, la sociedad de economía mixta y la sociedad del Estado.

La historia institucional de la Provincia de Córdoba no registra en las áreas en las cuales se han creado agencias, la adopción de una estructura orgánica semejante a éstas. De modo general, salvo la creación de los entes autárquicos en el área de ciencia (Consejo de Investigaciones Científicas y Tecnológicas de la Provincia de Córdoba y Centro de Excelencia en Productos y Procesos) estas áreas tradicionalmente han sido objeto de un Ministerio o de una Secretaría de Estado, de modo que han estado sometidas a pautas y principios organizativos diferentes.

En segundo lugar, el modo de actuación prescrito. Se trata esencialmente del régimen de derecho privado, por oposición al régimen característico de la administración tradicional.

Organizar la Administración bajo la forma de Ministerio supone someter las áreas de políticas públicas, que así se organizan, a un régimen especial, con notas institucionales características y distintivas, que se resumen en la fórmula de régimen de derecho público y cuya naturaleza política responde a la idea de centralización.

La naturaleza jurídica del Ministerio es la de un órgano de la Administración Central de jerarquía constitucional. La Constitución fija las condiciones para ser nombrado Ministro, las inmunidades, a quién corresponde su designación, cuales son sus competencias y sus deberes. La Constitución de la Provincia de Córdoba legisla sobre los “Ministros” en el capítulo cuarto de la sección correspondiente al Poder Ejecutivo, artículos 145 a 149. La Ley Orgánica de Ministerios, como Ley reglamentaria de la normativa constitucional y de conformidad a lo que ella dispone, establece el número de ministerios, las áreas de políticas que comprenden, la competencia y atribuciones de los ministerios. En este caso el sujeto es estatal y el objeto es definido por la ley que establece la competencia del órgano (Ley orgánica de ministerios). Su capital es público en cuanto estatal. El procedimiento decisorio lo establece la Ley de procedimiento administrativo provincial, debiendo guardar los actos administrativos la forma ordenada por la ley, siendo nulos los actos administrativos dictados por autoridad incompetente, o que violan sustancialmente los principios que informan los procedimientos y normas establecidos legal y reglamentariamente para su dictado.

En tercer lugar, los actores involucrados. Con diferentes modalidades de participación las agencias incorporan a su estructura, en los diversos órganos societarios (asamblea, directorio, sindicatura, consejos asesores) actores gubernamentales de distintos niveles jurisdiccionales y actores no gubernamentales.

Finalmente denota el carácter innovador de las agencias el tipo de relaciones que promueve. En efecto, la institucionalidad formal legal propone, a través de un conjunto de mecanismos de articulación de actores del sector público y privado, la adopción de un diseño de coordinación horizontal en redes de políticas públicas, claramente diferenciado del diseño vertical y jerárquico de la administración clásica

Tanto la denominación agencia como la adopción de la figura jurídica de la Sociedad del Estado y de la Sociedad de Economía Mixta, son una novedad en la estructura orgánica de la Provincia de Córdoba, en las áreas de políticas públicas que fueron agencializadas.

La creación de agencias tiene su antecedente en el llamado proceso de agencialización, de especial desarrollo en Gran Bretaña durante los años ochenta. El gobierno de Thatcher transfirió funciones administrativas y ejecutivas de los departamentos ejecutivos a lo que se llamó "agencias ejecutivas". La creación de las "agencias" formaba parte del programa "*The Next Steps*" ["los pasos siguientes"], orientado a descentralizar numerosas funciones del gobierno, mediante la creación de oficinas ejecutivas semiautónomas encargadas de áreas específicas, a cargo de personal contratado y bajo la idea de optimizar la eficiencia (Peters, 1999; Martínez Nogueira, 2000). Peters describe las agencias británicas en los siguientes términos:

"Cada una de estas agencias está conectada a un departamento, pero disfruta de gran autonomía por lo que toca a su propia organización. El plan esperaba que estas organizaciones actuaran casi como empresas privadas que trataran de maximizar sus ingresos por la venta de servicios si tal fuese el caso, ..., o que trataran de minimizar sus costos si tuviesen un presupuesto firmemente establecido. Además los directores de las agencias no son técnicamente funcionarios públicos, sino que son contratados, de modo que su remuneración dependerá del desempeño de la agencia y podrán ser despedidos con mayor facilidad que los funcionarios públicos." (Peters, 1999:246).

En Córdoba, la cantidad de agencias y el tipo societario adoptado para cada una de ellas no se ha mantenido estable en el tiempo, sino que tanto el número como el diseño institucional ha constituido una respuesta a razones circunstanciales, particularmente de índole política. En efecto, la preocupación por el éxito en la lucha por el poder generó oportunismo. Al calor de éste llegó a ignorarse, la conveniencia de

otras racionalidades (jurídica, económica, administrativa), además de tender a reducir la legitimación democrática a una mera cuestión de imagen, sea de iniciativa y liderazgo en el proceso de modernización del Estado, o bien de austeridad y/o desconcentración del poder político, según las urgencias de la política nacional y provincial.

Dan testimonio de esto las sucesivas modificaciones experimentadas por las agencias en las áreas de turismo, deporte, cultura y ambiente, por una parte y solidaridad por la otra. En el primer caso, las agencias inician su vida institucional como agencias independientes, turismo y deporte como sociedades de economía mixta y cultura y ambiente como sociedades del Estado (Ley 8779/99). Posteriormente, son fusionadas todas ellas adoptando la forma de la sociedad de economía mixta (Ley 9006). Finalmente, la agencia resultante de la fusión es escindida, recuperando cada agencia su diseño original (Ley 9156/04).

Desde el Poder Ejecutivo se sostuvo que la “megaagencia”, como se llamó a la Agencia DACyT, nace como respuesta a la demanda social de reducción de los costos de la política. Del mismo modo, desde esa instancia, se sugirió que la articulación de las agencias (deporte, ambiente, cultura y turismo) era posible gracias a la homogenización que resultaba de concebir al deporte, la cultura y el ambiente como tributarios de una política integral de turismo en la Provincia. En una entrevista concedida al diario La Voz del Interior, la Secretaria General de la Gobernación, Dra. Olga Riutort, expresaba:

“De cinco agencias van a quedar dos. Una, con elementos comunes y que generan productos vinculados con el turismo (Deportes, Turismo, Cultura y Ambiente) y la otra, la de Ciencias.” (Diario La Voz del Interior, 25 de Noviembre de 2001).

Sin embargo, ambos argumentos resultan de difícil conciliación con la política de la primera y tercera etapa que constituye agencias independientes y con la expresa toma de posición del oficialismo negando un incremento del gasto en ambas ocasiones. En este sentido, resulta interesante que del sector público, (incluso actores oficialistas) coinciden en señalar que el objetivo que persiguió el Gobierno a través de la fusión de las agencias de turismo, deporte, cultura y ambiente fue legitimarse frente a la ciudadanía proyectando una imagen de reducción de gastos y desconcentración de poder, en momentos en que se alzaban críticas que precisamente cuestionaban la profusión de gastos y la concentración de poder en la Secretaría General de la Gobernación.

Expresiones de actores del sector público estatal correspondientes al oficialismo (SPE) entrevistados:

SPE 02 *“Fue una decisión política. Se pasaba Solidaridad de Ministerio a agencia. Habría entonces seis agencias bajo la órbita de Riutort, una mujer más o menos autoritaria, en una sociedad como la cordobesa, conservadora, que no acepta el poder de la mujer y un Gobernador con cuatro ministerios. Se incendiaba Córdoba. Por lo tanto lo que hicimos fue pasar Ciencia a Producción y fusionar las otras cuatro. La verdad es que nada cambió, cada una sigue con sus cuentas y sus cosas. Para nosotros no cambió nada.”*

SPE10 *“Si el Gobierno se redujo de ocho ministerios a cuatro, no podía haber seis agencias. Cuestión de imagen política más que otra cosa.”*

En el segundo caso, Solidaridad es inicialmente un Ministerio, luego una agencia Sociedad del Estado y por último nuevamente un Ministerio.

Tabla N° 1 *Etapas del proceso de creación e institucionalización de las agencias*

Ley	Año	Áreas de Políticas Públicas									
		Ciencia	Cultura	Ambiente	Turismo	Deporte	Solidaridad	Juventud	Inversión	Pro Cba	
8779	1999	SE	SE	SE	SEM	SEM					
8938	2001										SEM
9006	2002	SE	SEM				SE				
9050	2002									SEM	
9117	2003							SE			
9156	2004	SE	SE	SE	SEM	SEM					

Referencia: SE: Sociedad del Estado; SEM: Sociedad de Economía Mixta.

En ausencia de una exposición de motivos que en las diferentes leyes de cuenta de las razones por las cuales se ha optado en cada caso por uno u otro tipo societario, resulta esclarecedor lo expresado por uno de los actores del sector público, quien sostiene que la idea era que todas las agencias fueran sociedades de economía mixta, pero que, sin embargo, por razones de índole política, que hacían poco probable la aceptación de ese tipo societario para ciertas áreas, se optó por la sociedad del Estado en esos casos, primando en consecuencia la racionalidad política, orientada por la idea de mantener el poder político, por sobre la racionalidad jurídica, económica o administrativa. Expresiones de un actor del sector gubernamental entrevistado:

SPE 10 *“Fue una decisión política. La idea de Olga (Riutort) era que fueran mixtas, pero los cambios tienen que ser aceptados por la sociedad. Ciencia, Cultura y Ambiente no se iba a entender que fueran mixtas”.*

Bajo la forma jurídica de la sociedad de economía mixta se crearon las agencias correspondientes a las áreas de turismo, deporte, inversión y financiamiento y la agencia para la promoción del sector exportador ProCórdoba.

Transitoriamente se adoptó para las agencias correspondientes a las áreas de cultura y ambiente la forma de la sociedad de economía mixta, al ser fusionadas con las agencias de turismo y deporte. Estas luego recuperaron el diseño original de sociedades del Estado independientes al ser escindida la sociedad. Bajo la forma de sociedades del Estado se crearon las agencias correspondientes a las áreas de ciencia, cultura, ambiente, políticas sociales (Solidaridad) y la agencia relativa a la promoción de los jóvenes (Juventud).

Notas institucionales características y distintivas de la agencia sociedad de economía mixta

Las sociedades de economía mixta tienen en la Argentina una vieja historia que se remonta al año 1946 con el dictado del Decreto N° 15.349 del Estado Nacional, ratificado por Ley N° 12.962, que establece el régimen legal para la constitución y el funcionamiento de sociedades mixtas formadas con aportes del Estado y capitales privados. Dice el Decreto N° 15.349/46, Artículo 1°: “Se denomina sociedad de economía mixta la que forma el Estado Nacional, los Estados provinciales, las municipalidades o entidades administrativas autárquicas dentro de sus facultades legales por una parte, y los capitales privados por la otra...”

Es a esta figura jurídica a la cual recurren las leyes orgánicas de ministerios de la Provincia al crear las agencias sociedades de economía mixta, haciendo expresa remisión al régimen legal del Decreto N° 15.349.

La naturaleza jurídica de la agencia sociedad de economía mixta es la de una entidad no estatal, por no tener capital exclusivamente estatal, pública o privada según su objeto.

Desde el punto de vista de su naturaleza política, constituye una forma de descentralización², en tanto tipo de estructura estatal donde

² La Ley N° 9086/03 “Ley de Administración financiera y del control interno de la Administración General del Estado Provincial”, en el Artículo 5°: “Estructura del Sector Público no Financiero” sitúa, expresamente, a las Agencias entre las Entidades Descentralizadas. A su vez, las Sociedades de Economía Mixta y las Sociedades del Estado constituyen subespecies del género entidades descentralizadas.

la capacidad es atribuida a un ente separado de la Administración central, dotado de personalidad jurídica propia (tiene capacidad de adquirir derechos y contraer obligaciones) y constituido por órganos propios que expresan la voluntad del ente.

Finalmente, considerando su naturaleza económica, la agencia sociedad de economía mixta participa del género empresa, en tanto organización de medios materiales y personales para realizar una determinada explotación económica.

El régimen jurídico de la agencia sociedad de economía mixta está constituido por un plexo normativo de reglas específicas y subsidiarias, quedando fuera de las mismas por expresa disposición legal un conjunto de normas que son excluidas.

El régimen jurídico específico es el que prescribe el Decreto Ley 15.349/46 ratificado por la Ley N° 12.962 de Sociedades de Economía Mixta. Asimismo, forma parte del régimen específico el Estatuto de la agencia sociedad de economía mixta.

El régimen subsidiario lo constituye la Ley de Sociedades Comerciales N° 19.550 y modificatorias, en particular las disposiciones relativas a las Sociedades Anónimas.

El régimen jurídico excluido está representado por la Ley de Quiebras, la que no es aplicable.

El sujeto agencia es una sociedad pluripersonal mixta, en virtud de constituirse con la participación de sujetos estatales y no estatales (capitales privados). En el caso en estudio, el sujeto estatal está representado por la Provincia de Córdoba (y algunos gobiernos locales en el caso de la Agencia ProCórdoba) y los sujetos no estatales por accionistas del sector privado.

El objeto según lo define la Ley de Sociedades de Economía Mixta (Art. 1°), es la explotación de empresas que tengan por finalidad la satisfacción de necesidades de orden colectivo y/o la implantación, el fomento o el desarrollo de actividades económicas. Según las leyes provinciales de creación de las agencias sociedades de economía mixta, el objeto es la promoción, regulación, supervisión, fiscalización y asistencia de las actividades correspondientes a las áreas de políticas que quedan bajo su órbita, contando a tal efecto con amplias facultades para administrar y disponer de los bienes, comprendiéndose aquellas para las cuales la ley requiere poderes especiales, pudiendo celebrar toda clase de actos, tales como: establecer agencias, sucursales u otra especie de representación fuera o dentro del país, operar con todos los bancos e instituciones de crédito oficiales o privados, otorgar poderes con el objeto y extensión que juzgue conveniente.

La titularidad de los medios para la administración es de carácter mixto, público y privado. Público en cuanto estatal y privado por

participar en la composición de capital el sector privado. Según lo dispuesto por la Ley de Sociedades de Economía Mixta, la proporción de la participación de cada sector en el capital de la sociedad es convenido entre partes (Art. 5º). En el caso de las agencias la participación del Estado provincial en el capital de la sociedad fue definido legalmente, estableciéndose como mínimo una participación del cincuenta y uno por ciento (51%) en el capital social.

La estructura organizativa de la agencia sociedad de economía mixta pone de manifiesto su carácter de sociedad regida subsidiariamente por las normas de la sociedad anónima, pero que posee no obstante, algunas notas distintivas que le confieren una fisonomía propia.

Cada una de las sociedades de economía mixta cuenta con un Directorio, que cumple las funciones de órgano de administración; con una Asamblea, que es su órgano de gobierno y con una Sindicatura, que es el órgano de control de la agencia.

El procedimiento decisorio a seguir por los órganos de la agencia sociedad de economía mixta de ordinario es el dispuesto por la Ley de Sociedades Comerciales. Sin embargo, dada la naturaleza mixta de esta sociedad (público-privada) y con el objetivo de tutelar el interés público, se confiere al sector público la facultad de veto como régimen específico. Así, el presidente de la sociedad (o en su ausencia, cualquiera de los directores nombrados por la administración pública) tendrá la facultad de vetar las resoluciones del Directorio o de la Asamblea de accionistas, cuando fueren contrarias a la ley, a la ley de su creación, al estatuto de la sociedad o se pudiera comprometer las conveniencias del Estado con relación a la sociedad.

El personal de las agencias sociedad de economía mixta se distingue de conformidad al régimen jurídico que le es aplicable.

Los Directores constituyen el personal jerárquico de la sociedad, son responsables y responden, según lo dispone el estatuto de la sociedad, en forma solidaria e ilimitada ante la sociedad, ante quienes posean certificados nominativos y los terceros, por el mal desempeño de su cargo, por la violación de la ley, el estatuto, el reglamento y por cualquier daño producido por dolo, culpa grave o abuso de facultades.

El personal subordinado (empleados) de las agencias sociedad de economía mixta transferido de la administración pública provincial mantiene el régimen del personal de la Administración Pública (Ley N° 7233) y en caso de disolución de la agencia reingresa a la Administración Central.

Los mecanismos de control de las agencias sociedad de economía mixta se distinguen de acuerdo al carácter interno o externo de los mismos.

La fiscalización interna corresponde a la Sindicatura. La fiscalización externa intra-poder es el control del Poder Ejecutivo sobre su

propia administración. La fiscalización externa extra-poder es el control que ejerce un órgano ajeno al Poder Ejecutivo, tal el caso del Tribunal de Cuentas o el Poder Legislativo.

El control externo intra-poder lo ejerce la Dirección de Inspección de Personas Jurídicas de la Provincia de Córdoba y consiste en el control de legalidad de la actuación de las agencias.

El control externo extra-poder corresponde al Tribunal de Cuentas³. Este control es dispuesto, de modo expreso, (Ley N° 9156, Art. 55) al establecerse que el Tribunal de Cuentas de la Provincia controlará preventivamente el esquema de funcionamiento, el sistema de contrataciones y de pagos, el manejo de los fondos permanentes y la organización contable de todas las agencias. Asimismo se le reconoce la posibilidad de ejercer control a través de auditorías periódicas y permanentes.

El tema del control por el Tribunal de Cuentas fue motivo de discusión desde el momento que se crearon las agencias. Fue planteado y demandado por la oposición como una exigencia de transparencia de la gestión de entidades novedosas que operan fundamentalmente bajo el régimen de derecho privado y en las que tienen la posibilidad de participar en la toma de decisiones actores privados, en el caso de las sociedades de economía mixta. Fue rechazado por el oficialismo, según sus argumentos, por estimarlo innecesario, toda vez que el interés público es resguardado por otros mecanismos institucionales, tales como la Sindicatura constituida con representantes del sector público, entre los cuales se cuenta el Síndico de la oposición y el “derecho de veto” de que dispone el sector público. La pulseada por institucionalizar el control del Tribunal de Cuentas en las agencias concluye con la imposición de este control, pero con un saldo negativo para la oposición que a partir de la nueva Ley Orgánica de Ministerios (Ley 9156/04) ya no dispone de un representante en la Sindicatura, al eliminarse la exigencia de integración de la Sindicatura con al menos un Síndico elegido a propuesta del partido político de oposición con mayor representación legislativa.

Dando forma a sus objeciones acerca de la falta de control en las agencias, el Bloque de Senadores de la Unión Cívica Radical propu-

³ El Tribunal de Cuentas es un órgano de control externo del sector público provincial de jerarquía constitucional. Son atribuciones del Tribunal de Cuentas, entre otras enunciadas por la propia Constitución: Aprobar o desaprobar en forma originaria la inversión de caudales públicos efectuada por los funcionarios y administradores de la Provincia y cuando así se establezca, su recaudación; intervenir preventivamente en todos los actos administrativos que dispongan gastos en la forma y alcance que establezca la Ley; realizar auditorías externas en las dependencias administrativas e instituciones donde el Estado tenga intereses y efectuar investigaciones a solicitud de la Legislatura.

so el 21 de Julio de 1999, la sanción de un proyecto de ley de creación de una Comisión Bicameral de seguimiento y control de las agencias. En sus fundamentos el proyecto expresa:

“con la sanción de la Ley N° 8779, se han creado cinco sociedades, dos de “economía mixta” y tres “del Estado”, para conducir y ejecutar las políticas públicas en materias tan importantes como son la Ciencia, Cultura, Deporte, Turismo y Ambiente. Esto implica una decisión de política estructural, no solo una división de funciones ejecutivas. La creación de sociedades de economía mixta implica la posibilidad de incorporación de capitales privados en las áreas de gobierno, lo que significa que personas de derecho privado tengan injerencia en la toma de decisiones de políticas de Estado...Por ello, presentamos este proyecto de Ley creando la comisión de control y seguimiento de estos nuevos organismos... Sin lugar a dudas, el Poder Legislativo, en cumplimiento de su función de control, es el órgano que debe seguir paso a paso y con las facultades que le sean necesarias el diseño de esta nueva modalidad de gestión...” Bloque de Senadores de la Unión Cívica Radical. (Expediente 12181-S/99).

Poco después, el 18 de Agosto de 1999, el Legislador oficialista Carlos Presas presentó un proyecto con la misma finalidad. En sus Fundamentos el Senador Carlos Presas expresa:

“La creación de las agencias para la ejecución de políticas y actividades que siempre han sido exclusivas de la burocracia estatal, es sin duda un novedoso intento en el propósito de eficientizar la actividad del Estado. La creación de las agencias viene a revolucionar, en el ámbito de la Provincia, la manera de concebir al Estado y muchas de sus actividades, que necesariamente, hoy necesitan de una transformación en su manera de pensarlas y encararlas para acercarlas a la ciudadanía que es, en definitiva, la destinataria del res pública. Pero precisamente, por ser una creación original, sin antecedentes en el derecho administrativo provincial, necesitamos realizar un seguimiento de las Agencias creadas por la Ley de Ministerios, sin perjuicio de los organismos de control interno y externo que las Leyes y la misma Constitución prevén, con más razón cuando por primera vez se intenta dar un rol protagónico a la incorporación de capital y de sectores privados (no estatales), antes impedidos de cualquier intervención en ámbitos de decisión gubernamental. En este sentido, es la Legislatura el órgano de control y seguimiento de estas nuevas y hasta ahora desconocidas (en nuestro ámbito) maneras de conducción y ejecución de políticas estatales. Por ello, dejando de lado el rol de oposición u oficialismo de los integrantes del parlamento, creemos que una Comisión Bicameral integrada por legisladores de la mayor parte de los bloques y presidida por un

miembro de la oposición, lo que aventaría cualquier sospecha de obediencia partidaria, puede ser un mecanismo para el efectivo control y conocimiento del pueblo sobre las marchas y posibles contramarchas de las agencias.” (Expediente 12288-S/99).

El control extra poder respecto de la actuación del Ejecutivo, a llevarse a cabo por el Poder Legislativo a través de una Comisión Bicameral para el control y seguimiento de las agencias no prosperó, a pesar de constituir el control un aspecto neurálgico en estos diseños institucionales. Ambos proyectos caducaron sin más trámite y fueron archivados al no haber obtenido tratamiento en el término de doce meses corridos desde su presentación en la Cámara de origen.

Notas institucionales características y distintivas de la agencia sociedad del Estado

Las sociedades del Estado tienen existencia en Argentina desde la sanción de la Ley Nacional N° 20.705 en el año 1974. A esta figura jurídica es a la que recurre la Ley Orgánica de Ministerios N° 8779 cuando dispone en el año 1999 la creación de las agencias en las áreas de ciencia, cultura y ambiente, todas bajo la forma de sociedades del Estado, haciendo expresa remisión al régimen legal de la Ley N° 20.705. A la misma norma remiten las leyes que crean las agencias Solidaridad y de la Juventud, ambas sociedades del Estado.

La naturaleza política y económica de las agencias sociedades del Estado es idéntica a la de las sociedades de economía mixta, que hemos expuesto.

La naturaleza jurídica en tanto, es la de una entidad estatal, por tener capital exclusivamente estatal; pública, por ser estatal, y de carácter comercial / industrial, según su objeto.

El régimen jurídico presenta características semejantes al caso anterior. El régimen jurídico específico es la Ley de Sociedades del Estado N° 20.705 según lo establecen las Leyes Orgánica de Ministerios de la Provincia de Córdoba: Ley 8779, Ley 9006, Ley 9117 y Ley 9156. Asimismo, forman parte de su régimen específico los respectivos Estatutos.

El régimen subsidiario lo constituye la Ley de Sociedades N° 19.550 y modificatorias, en particular las disposiciones relativas a las Sociedades Anónimas.

El régimen jurídico excluido, por expresa disposición de la Ley de Sociedades del Estado (N° 20705, Art. 6), comprende la Ley de Contabilidad, la Ley de Obras Públicas y la Ley de Procedimientos Administrativos.

La Ley N° 20.705 define a las sociedades del Estado (Artículo 1°) como aquellas que con exclusión de toda participación del capitales priva-

dos constituyan el Estado Nacional, los Estados provinciales, los municipios y los organismos estatales legalmente autorizados al efecto. Pueden ser ellas sociedades unipersonales (Artículo 2°), es decir, constituidas por un único sujeto de los mencionados en el Artículo 1°.

El objeto, según lo define la Ley de Sociedades del Estado es “desarrollar actividades de carácter industrial y comercial y/o explotar servicios públicos” (Artículo 1°). Por su parte, las leyes provinciales han definido el objeto de cada una de las agencias sociedad del Estado que se han constituido.

La titularidad de los medios para la administración, esto es, el origen del capital del ente, es de carácter estatal al ser la Provincia de Córdoba quien de modo exclusivo integra el mismo.

La estructura organizativa de las agencias sociedad del Estado pone de manifiesto su carácter de sociedad regida subsidiariamente por las normas de la sociedad anónima pero que –como sucede con las agencias sociedad de economía mixta– cuenta no obstante con algunas características que le otorgan un perfil propio.

Los órganos de las agencias sociedad del Estado son el Directorio, que cumple las funciones de órgano de administración, la Asamblea que es su órgano de gobierno y la Sindicatura que es el órgano de control.

Tanto el procedimiento decisorio como el régimen del personal (jerárquico y dependientes) como los mecanismos de control son idénticos a los de la sociedad de economía mixta.

Mecanismos de articulación de las relaciones entre los actores del sector público y el sector privado institucionalmente previstos. Su sistema de incentivos

La constitución de las agencias se ha propuesto como objetivo general la articulación de actores en dos planos, a saber:

- Actores del sector público (incluso de diferentes niveles jurisdiccionales) y actores del sector privado,
- Actores del sector privado entre sí.

A tales efectos, se ha definido (según lo institucionalmente previsto) el modo de articulación de actores.

En algunos casos, especialmente en las sociedades del Estado, la relación en ambos planos está planteada fundamentalmente en términos de diálogo, consulta y asesoramiento, a partir de la constitución de Consejos Asesores que tienen la misión de ser nexo de vinculación con los diferentes actores de la política de su incumbencia y facilitar la

programación flexible y participativa. Así, el Consejo Asesor Empresarial de la Agencia Córdoba Ciencia Sociedad del Estado tiene por objeto:

“Trasmitir las necesidades del sector privado relacionadas al área científico tecnológica; participar activamente en la formulación de propuestas y proyectos que permitan alcanzar los objetivos de la política científico tecnológica provincial; contribuir al establecimiento de mecanismos de vinculación y transferencia adecuados y pertinentes; promover la orientación de recursos científico – tecnológicos hacia temas de interés para las empresas de la Región.

Su principal objetivo es sumar los criterios del empresariado para el diseño e implementación de la política científico y tecnológica provincial. Estudiará y propondrá prioridades y propuestas para la ejecución de las acciones concretas.” (Anuario 2000, Agencia Córdoba Ciencia: 24).”

La creación de un espacio de diálogo, que sienta a una misma mesa de discusión a actores del sector público y del sector privado, debería obrar como estímulo capaz de generar relaciones cooperativas y horizontales. Así, el diseño tiene la expectativa de lograr la participación de los actores aun cuando no se otorga a los participantes del sector privado ningún recurso institucional mediante el cual hacer valer su posición e intereses. Desde el punto de vista institucional, sería suficiente incentivo tener la posibilidad de acceder a un espacio de discusión sobre políticas, con otros actores del sector privado y con actores del sector público.

En el caso de las agencias sociedad de economía mixta, la articulación entre los actores resulta del establecimiento de mecanismos de participación en la definición e implementación de las políticas públicas, al formar parte de los órganos de gobierno, administración y control de la sociedad. Esta posibilidad de participación sería, según lo institucionalmente previsto, el incentivo que movilizaría al sector privado y officaría como integrador de los actores en las respectivas áreas.

Observación final

Establecido el carácter innovador de la reforma del Estado implementada en la Provincia de Córdoba a través de la agencialización de numerosas áreas de la Administración Pública provincial en el plano de la institucionalidad formal, cobra sentido la pregunta por la orientación que efectivamente ha asumido el proceso de reforma en el ámbito de las relaciones intergubernamentales e intersectoriales; pregunta a la que va conexas otras sobre una probable tendencia de evolución de la innovación institucional.

Bibliografía:

AGUILAR VILLANUEVA, LUÍS.

1998 – “Administración y Estado moderno. Notas para una discusión”, en *La política como respuesta al desencantamiento del mundo, el aporte de Max Weber al debate democrático*, Editorial Universitaria de Buenos Aires (EUDEBA), Buenos Aires, Argentina.

1999 – “Coordinación social y administración pública”, en *Reforma del Estado y coordinación social*, Editorial Plaza y Valdés, México.

ECHEVARRÍA ARIZNABARRETA, K.

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

GOODIN, ROBERT

2003 – “Las instituciones y su diseño”, en *Teoría del diseño institucional*, Goodin (compilador) Editorial Gedisa, Barcelona, España.

JONES, L. Y THOMPSON, F.

1999 – “Un modelo para la nueva gerencia pública: lecciones de la reforma de los sectores público y privado”, en *Revista del Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD) Reforma y Democracia* N° 15, Caracas, Venezuela.

LECHNER, NORBERT

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

LONGO, FRANCISCO

1999 – “Burocracia y postburocracia en el diseño organizativo”, en *¿De burócratas a gerentes? Las ciencias de la gestión aplicadas a la administración del Estado*. Carlos Losada i Marrodán Editor, Banco Interamericano de Desarrollo, Washington D.C.

MARTÍNEZ NOGUEIRA, R.

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

MAYNTZ, RENATE

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

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

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

MESSNER, DIRK

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

MOORE, MARK

2006 – “*Creando valor público a través de asociaciones público-privadas*”, en *Revista del Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD) Reforma y Democracia* N° 34, Caracas, Venezuela.

NALLINO, MARÍA ALEJANDRA

2005 – *La articulación del Sector público y del sector privado en la reforma del Estado, desde el enfoque neoinstitucionalista centrado en actores. El caso de las agencias de turismo y deportes en la Provincia de Córdoba*. Publicado en actas del VII Congreso Nacional de Ciencia Política de la Sociedad Argentina de Análisis Político, Noviembre de 2005, Córdoba.

PARMIGIANI DE BARBARÁ Y NALLINO

2000 – “Instituciones y gobernabilidad: Actores y estrategias en torno a la sanción de las leyes de reinversión del Estado en Córdoba”, en *Ponencias del Congreso Nacional de Sociología Jurídica. La Sociología Jurídica en la Argentina y su relación con las distintas ramas del Derecho: La situación actual y las posibilidades en el siglo XXI*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata, 2 al 4 de Noviembre 2000.

PETERS, GUY

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

RAMIÓ MATAS, CARLES

1999 – “*Teoría de la organización y administración pública*”, Editorial Tecnos, Universidad Pompeu Fabra, Madrid, España.

2001 – “Los problemas de implantación de la nueva gestión pública en las administraciones públicas latinas: modelo de Estado y cultura institucional”, en *Revista del Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD) Reforma y Democracia* N° 21, Caracas, Venezuela

RESTREPO, DARÍO

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

SULBRANDT, J. LIRA, R. et al.

2001 – “*Redes interorganizacionales en la administración pública*”, en *Revista del Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD) Reforma y Democracia* N° 21, Caracas, Venezuela.

ZURBRIGGEN, CRISTINA

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



REGIONALIZACIÓN SUBNACIONAL E INSTITUCIONALIDAD EN UN CONTEXTO DE AUTONOMÍAS LOCALES

*Myriam Consuelo Parmigiani de Barbará**

Resumen: Luego de ubicar la problemática de las relaciones intergubernamentales en el contexto de los procesos de reforma del Estado, el artículo analiza el proceso de regionalización reciente de la Provincia de Córdoba (Argentina) en el marco de la ley 9206/04, plantea la pregunta sobre la persistencia, cambio o desinstitucionalización de las autonomías locales y propone una respuesta desde la perspectiva neo-institucional.

Palabras Claves: Regionalización subnacional – Autonomía local – Institucionalidad

1. Introducción

Los procesos de descentralización político-administrativa constituyen una de las transformaciones más evidentes del Estado contemporáneo en las últimas décadas. Este denominado “empoderamiento” de niveles infraordenados de gobierno, impulsó tanto la incorporación de elementos autonómicos en sistemas unitarios, cuanto el incremento y la reafirmación de la autonomía de las instancias locales en sistemas de gobierno multinivel.

Se trata por cierto de un proceso con potencialidad para incidir positivamente en varios aspectos: en el sistema político a través de una mayor democratización y en el sistema administrativo, incluido el componente financiero, a través de su adecuación a los requerimientos y

* Profesora Titular de Derecho Político y Directora del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba.

posibilidades locales, en beneficio de la eficiencia, la calidad y la responsabilidad del sector público. Asimismo, la adquisición de nuevas competencias, sea de modo concurrente o exclusivo, ha habilitado a las instancias estatales subnacionales para operar como importantes agentes del desarrollo.

La adaptación a los requerimientos del mundo globalizado no ha sido por cierto extraña a este proceso; la reflexión de Castells (1998: 397, Vol.2) en tal sentido resulta más que sugerente: "La identidad territorial está en las raíces del alza mundial de gobiernos locales y regionales como actores significativos de representación e intervención, más apropiados para adaptarse a la variación interminable de los flujos globales".

De modo coincidente y al explicar las causas que conducen a lo que denomina "Estado vacío"¹, Jessop (1999: 82) destaca que en la etapa postkeynesiana y postfordista de la economía globalizada, la preocupación central de las instituciones estatales es cómo estimular la regeneración económica y la competitividad. Esto genera –según el mismo autor–, dos tendencias que confieren protagonismo a los niveles locales. En primer lugar, hay que recordar que la regeneración económica no es una mera cuestión técnica, sino que implica el máximo aprovechamiento de las potencialidades locales y ello exige reorganización del gobierno de la localidad para desplegar coordinadamente acciones en las más diversas áreas (educación, política cultural, desarrollo de infraestructura, búsqueda de capital de riesgo, etc.) y en articulación con la sociedad civil (cámaras empresariales, sindicatos, capital de riesgo local, centros de educación e investigación, etc.). Dado que el Estado central no tiene la capacidad institucional para llevar adelante programas lo suficientemente diferenciados, acordes a las características de cada localidad, transfiere competencias (de hecho o de derecho) y apoya y provee los recursos necesarios. En segundo lugar y en lógica sintonía con lo anterior, las ciudades buscan relacionarse unas con otras para un mejor aprovechamiento de sus recursos vía complementariedad u optimización de escala; sin embargo estas experiencias, frecuentes en la Unión Europea, se presentan aún aisladas en otros lugares. Además, la

¹ Entre otros muchas consecuencias, la globalización ha producido una modificación en la arquitectura de la estatalidad que, con una metáfora quizás exagerada, JESSOP (1999: 63, 80) califica de "vaciamiento" y, en consecuencia, habla de "Estado vacío" ("*hollow state*"): de manera análoga a las grandes empresas transnacionales que tienen su sede central en un país mientras realizan sus operaciones principales en otros países, el Estado nacional mantiene importantes funciones de dirección central efectiva, así como los atributos formales de la soberanía, pero buena parte de sus poderes se han desplazado hacia las esferas internacionales y supranacionales, por un lado, como hacia las esferas regionales y locales, por el otro.

doctrina informa sobre las dificultades para llevarlas adelante exitosamente, aún en los países centrales, especialmente en los casos de unidades locales con baja densidad poblacional y con un desarrollo económico e institucional insuficiente (Díaz de Landa, 2005; 2007)².

A pesar del reconocimiento del relevante rol que los gobiernos locales están llamados a cumplir en el mundo globalizado, también es cierto que en Argentina, como en Latinoamérica en general, los entusiasmos descentralizadores de las pasadas décadas han debido ser revisados a la luz de la experiencia.

Es por eso que si bien la descentralización político-administrativa conserva un importante grado de legitimación socio-política y académica, ya no son frecuentes diagnósticos tan optimistas como el formulado por el Banco Mundial diez años atrás en términos de incremento de eficiencia y de un impacto en el sistema político que el organismo calificara con los términos de “impresionante transformación”³. Por el contrario, se multiplican serias advertencias como la formulada por Jordana (2002:6), quien aludiendo a la baja capacidad institucional de los niveles subnacionales de gobierno en Latinoamérica, expresa: “... si no se corrige adecuadamente puede llegar a provocar graves frenos al desarrollo de la descentralización o incluso su involución en algunos países. Existe el peligro de que la descentralización sea percibida como un proceso en crisis, ...conllevando su deslegitimación con respecto a la situación previa”.

Incluso frente a algunos éxitos ampliamente difundidos logrados en materia de participación ciudadana a través de instituciones no

² Precisamente el aún escaso desarrollo de experiencias consolidadas y las dificultades detectadas que se señalan en el texto, explicarían a mi entender las perspectivas contradictorias en orden al resultado de las tendencias favorables al protagonismo de los niveles locales. El propio JESSOP (1999) se ve forzado a apuntar que mientras las perspectivas más optimistas visualizan como consecuencia la constitución de confederaciones de ciudades aliadas y cooperativas para lograr y mantener la competitividad, las pesimistas avizoran el crecimiento de las desigualdades regionales con la polarización del crecimiento en algunas ciudades.

³ Sin duda hoy el acento debe ponerse, en todo caso, en la advertencia incorporada al final del párrafo que a continuación se transcribe, luego del diagnóstico laudatorio: **“Recuadro 3. El programa regional.** A continuación se resumen los componentes y desafíos fundamentales del proceso encaminado a aumentar la eficacia del Estado en diversas regiones en desarrollo. Inevitablemente, se trata de generalizaciones amplias, y cada grupo regional abarca varios países con experiencias muy diferentes. ... La descentralización del poder y del gasto, acompañada de la democratización, ha provocado una impresionante transformación del panorama político en *América Latina*, produciendo lo que algunos han denominado una “revolución silenciosa”. En la región está surgiendo un nuevo modelo de gobierno. Es necesario, sin embargo, que los países hagan también más hincapié en la reforma del sistema jurídico, la administración pública y las políticas sociales” (*Informe sobre el Desarrollo Mundial 1997: El Estado en un Mundo en Transformación* – BANCO MUNDIAL, Washington , D.C)

convencionales⁴, diversos estudios informan, en cambio, sobre dificultades para efectivizar la participación y el control democráticos a nivel local (Díaz de Landa y Parmigiani de Barbará, 1996; Veneziano Esperón, 2001; Ryan y Aguilar Fong, 2002; López y Tecco, 2005), permitiendo remover los componentes históricos de centralismo, personalismo y clientelismo que impregnan la cultura política latinoamericana y distorsionan el funcionamiento de sus instituciones (Méndez, 1997).

En nuestra concreta realidad latinoamericana se manifiestan deficiencias con respecto a las dos tendencias emergentes en la “aldea global” señaladas por Jessop a las que más arriba referí, cuales son la reorganización de las unidades locales hacia el interior, en su subsistema político-administrativo, así como en su articulación con la sociedad civil y en su necesario relacionamiento con otras unidades locales; todo ello encaminado al logro del desarrollo sustentable mediante la decisión e implementación de complejos “paquetes de políticas públicas”. De lo que se trata, en fin, es de poseer las hoy tan reclamadas “*capacidades estatales*”, consistentes en la *aptitud para decidir y ejecutar acciones de interés colectivo de modo eficiente*.

Argentina reproduce, por cierto, las deficiencias generales apuntadas. Específicamente, corresponde describir al nivel de las autonomías locales –a pesar de encontrarse constitucionalmente consagrado, socialmente legitimado y acrecido en sus competencias y roles por los procesos de descentralización–, como un nivel de escaso desarrollo de las capacidades institucionales. Ello genera una baja sustentabilidad de las innovaciones institucionales de descentralización producidas mayoritariamente en la etapa de la primera generación de reformas del Estado.

Las innovaciones en materia de relaciones interjurisdiccionales locales (ya auto coordinadas, ya coordinadas bajo la sombra de la jerarquía –situación esta última que genera formas “inducidas” de cooperación–), no manifiestan en el país hasta el momento concreciones significativas y, sobre todo, duraderas y con aptitud para producir el denominado “isomorfismo institucional” (Parmigiani de Barbará, 2007), de tal manera que se consoliden y difundan soluciones al delicado y extendido problema de la fragmentación de los gobiernos locales⁵.

⁴ La experiencia “estrella” en este sentido es la del denominado “presupuesto participativo”, iniciada en la ciudad de Porto Alegre (Brasil) en el año 1989 y que ha recibido numerosos reconocimientos, entre otros de las Naciones Unidas (1996), del Instituto de Desarrollo Económico del Banco Mundial (1997) y del Banco Interamericano de Desarrollo (1997).

⁵ Huelga decir que la doctrina especializada ha señalado insistentemente las consecuencias perniciosas del inframunicipalismo que aqueja al país, con sus secuelas de

La necesidad de coordinación para la acción colectiva constriñe entonces a plantear estrategias para una adecuada articulación entre las unidades locales autónomas, o sea, lleva a la *problemática de las relaciones intergubernamentales y de su institucionalización en un contexto de autonomías locales*.

En el presente trabajo me propongo reflexionar sobre tal problemática a partir de los nuevos patrones de institucionalización de la distribución espacial de las competencias del poder, resultantes de la Ley Orgánica de Regionalización de la Provincia de Córdoba n° 9206/04. Y aunque su desarrollo y conclusiones son de mi responsabilidad, los mismos abrevan en los datos empíricos y elementos teóricos relevados y discutidos en el curso de una investigación en equipo sobre tal innovación institucional⁶.

2. La importancia de lo institucional

Hacia mediados de los años 90 surge un nuevo consenso: cualquier respuesta seria a la crisis debería incluir el fortalecimiento de las instituciones públicas, más que la desaparición del Estado. Esta valoración de las instituciones para comprender y direccionar la realidad ya venía siendo adelantada por los científicos sociales desde fines de los años 70, resultando de ineludible referencia las obras pioneras de Stepan (1978) y Skocpol (1979) y luego, en 1985, el difundido trabajo de esta última, que marca un verdadero punto de inflexión: *El Estado regresa al primer plano: Estrategias de análisis en la investigación actual*. Podría decirse que las reflexiones de la academia se receptan luego de la dura lección resultante de una aplicación en la práctica a ultranza y sin matices, de un purismo neoliberal que se evidenció con serias dificultades para la concreción del desarrollo sustentable.

Es el momento de las denominadas “reformas de segunda generación”, sobre cuya necesidad incluso han insistido los organismos internacionales de crédito al reconocer el imprescindible rol del Estado en la consecución del desarrollo, y la correspondiente necesidad de reforzar las denominadas “capacidades institucionales” de la estatidad⁷.

omisiones, obstrucciones y superposiciones, y el desaprovechamiento de la complementariedad o de las economías de escala para la producción eficiente de los bienes públicos de interés generalizable que están bajo la responsabilidad exclusiva o concurrente de los gobiernos locales

⁶ Proyecto “La nueva política de regionalización en la Provincia de Córdoba: consensos y disensos en torno a la validez jurídica y viabilidad política de la ley n° 9206/04”: 2005/2007. Con subsidio SeCyT UNC. Res. n° 197/05 y n° 2254/06. Dirección: Myriam C. Parmigiani de Barbará y co-dirección: Martha Díaz de Landa.

⁷ “LAS MIRADAS DEL MUNDO ENTERO ESTÁN VUELTAS HACIA EL ESTADO. Los trascendentales acontecimientos registrados en la economía mundial nos han obligados

Es en este contexto, “en el que las instituciones importan”, en el que se sitúa la cuestión problematizada en el presente artículo.

¿Qué significa que las instituciones importan?

En un artículo⁸ en el que reitera su enfoque estratégico-relacional sobre el Estado, Jessop introduce la idea de “giro” (o vuelta o regreso) institucional para analizar a través de esta categoría conceptual los modos cómo los científicos sociales se ocupan (o se han vuelto a ocupar, en algunos casos) de las instituciones, así como las razones de tal actitud. Redactado para analizar, insisto, teorías, enfoques y desarrollos científicos, su agudeza habilita una traspolación al análisis de la praxis institucional que –con los lógicos ajustes– estimo a la vez válida y provechosa y que me permito por eso hacer en este trabajo.

El giro institucional puede definirse en términos muy generales como conductas sociales afirmativas de que “las instituciones importan” en un contexto práctico donde su existencia y/o relevancia haya sido previamente pasada por alto, negada o ignorada.

Ciertamente, otorgar sentido al párrafo anterior requiere precisar un concepto de institución. A tal efecto, entenderé aquí que una institución es un *conjunto de normas formales e informales, a las que subyacen valores y que estructuran los comportamientos sociales de manera relativamente estable*, definiendo los parámetros de aquello que se considera aceptable a partir de las relaciones entre roles a seguir y situaciones definidas (March y Olsen, 1989). Este conjunto de elementos constituye además de un *marco regulativo*, un *esquema cognitivo* que, con cierto carácter *simbólico*, proporciona estabilidad y significado al comportamiento de los agentes. Siguiendo lo conceptualizado, cabe remarcar que las instituciones no son sólo “reglas de juego” que utilizan los actores para desarrollar sus estrategias, sino que configuran la propia visión que éstos tienen de su campo de actuación. A esta compren-

a replantearnos algunos interrogantes fundamentales. Cuál debe ser el papel del Estado, qué es lo que puede y no puede hacer, cómo debe hacerlo. ... Son muchas y diversas las nuevas inquietudes e interrogantes sobre la función del Estado; cuatro acontecimientos recientes las han hecho especialmente apremiantes: ... En este Informe se hace patente que el factor determinante de esos acontecimientos tan diversos ha sido la eficacia o ineficacia de los poderes públicos. Un estado eficaz es imprescindible para poder contar con los bienes y servicios –y las normas e instituciones– que hacen posible que los mercados prosperen y que las personas tengan una vida más saludable y feliz. En su ausencia, no puede alcanzarse un desarrollo sostenible ni en el plano económico ni en el plano social. ...” (*Informe sobre el Desarrollo Mundial 1997: El Estado en un Mundo en Transformación* – BANCO MUNDIAL, Washington, D.C).

⁸ Se trata de “Institucional (Re) Turn and the Strategic-Relational Approach” (2002). Las citas del mismo en el texto son de traducción propia.

sión de lo que es una institución, se asocia el concepto de la “lógica de lo apropiado” en contraposición a la “lógica instrumental” asociada a una visión más exclusivamente racional y estratégica del comportamiento de los actores; la “lógica de lo apropiado” es la que provee a los actores de un repertorio de normas y valores que guían su conducta según una interpretación y selección que debe realizar, atento tanto al rol que ocupa cuanto a la situación que enfrenta. Estas normas y valores son internalizados por el actor y es a partir de ellos que moldea su comportamiento (con lo que se modifican sus percepciones sobre el tema y sobre sus propios intereses). Se genera justamente estabilidad a partir de una ponderación que hacen los agentes de lo que legítimamente puede alterarse o no (valores), así como de lo que resulta empíricamente viable o no (expectativas de roles e intereses –dimensión cognitiva–).

La estabilidad constituye precisamente uno de los rasgos distintivos de toda institución: “...los comportamientos y estructuras que están institucionalizados tienden a cambiar con mayor lentitud que aquellos que no lo están” (Powell y DiMaggio, 1999).

Con lo expuesto, es ya posible otorgar un sentido al enunciado “las instituciones importan”: lleva implícito “... que debería haber un elemento significativo de *continuidad en la discontinuidad* si se usa el término ‘giro’, más que un cambio de paradigma, un ‘corte epistemológico’, ...”⁹ (Jessop, 2002: 3). Es decir, una dinámica evolutiva, adaptativa, incluso *incremental*¹⁰, pues de lo contrario se estará frente a una ruptura, a un cambio o simplemente, a una “desinstitucionalización” en tanto ausencia de normas, valores y rutinas claras y generalizadas en punto a una cuestión cuya relevancia y conflictividad social reclama los convenientes arreglos institucionales.

Esto se relaciona con la dialéctica de la “dependencia del rumbo” (*path dependence*), enfatizada por el institucionalismo histórico, la cual supone que el desarrollo previo de una institución da forma a las trayectorias actuales y futuras. Sugiere que los legados institucionales limitan las opciones o posibilidades actuales en la innovación institucional. *La historia hace la diferencia*. “Pero esto no necesita suponer el fatalismo. Las instituciones deben ser reconstruidas más que reificadas.

⁹ El resaltado me pertenece.

¹⁰ El ajuste paulatino es un proceso desde hace tiempo identificado en la Ciencia Política (Lindblom, 1965) según un modelo realista de análisis de políticas públicas opuesto a los modelos bajo el paraguas del *racional problem solving*. Puede ser visto como un medio de adaptación institucional ante las cambiantes demandas y las fallas del diseño inicial.

En particular, tienen historias. Son fenómenos emergentes dependientes del camino, recursivamente reproducidas a través de formas específicas de acción” (Jessop, 2002: 8). Ciertamente, una institución –justamente por ser tal– opone resistencia al cambio en tanto define un rumbo, mas ello no implica un acatamiento total a la forma inicial; habrá modificaciones y evolución, pero la gama de posibilidades para ese desarrollo reconoce restricciones en el período formativo de la institución. Sólo dentro de esos límites puede aceptarse –en una interpretación que juzgo fiel a las ideas del propio autor– la afirmación de Jessop de que “Precisamente porque las instituciones no son nunca completamente constituidas, es que se crea un espacio para los proyectos y se diseña y se asegura que el futuro permanece cargado de un sinnúmero de posibilidades” (2002:8).

Naturalmente que en más de una oportunidad las transformaciones evolutivas pueden resultar insuficientes para resolver la desvalorización de una institución –sea por una modificación del contexto económico, político, tecnológico, etc., o por la alteración de las percepciones, intereses y valores de los actores a los que ella implica en una relación estratégica–. ¿Cómo explicar entonces el cambio?. March y Olsen (1989) hablan de “oportunidad de cambio”, esto es, momentos en que los modelos mentales y recursos de los actores se conjugan en torno a la necesidad de un cambio más profundo de las instituciones. Pero esto me parece plausible para explicar cómo se cambia, pero no por qué se cambia. Probablemente una orientación suficiente la proporciona North, al afirmar que la emergencia de nuevos modelos mentales propicios para el cambio institucional ocurre “...por la percepción de los empresarios de las organizaciones políticas y económicas de que las cosas podrían marchar mejor si el entramado institucional fuera alterado en algún grado” (North, 1990). Es decir, cuando se percibe que las instituciones existentes no resuelven exitosamente los problemas según se espera de ellas; se trata de un cuestión empírica, en la que el grado de insatisfacción obedece tanto a factores subjetivos cuanto objetivos. En este punto, por lo demás, conviene no desestimar la contribución que puede hacer el institucionalismo de la elección racional al insistir sobre los “incentivos” para la acción colectiva.

¿Y si las instituciones no importan?

Pero pueden no importar las instituciones, privilegiándose lo provisorio e impreciso, normativa y fácticamente. Estimo que en los procesos de innovación en materia de políticas públicas, ello sucederá cuando se entienda que las instituciones han sido reificadas o naturalizadas, con la consecuencia de que se descrea en la posibilidad de legitimar un cambio.

Aparecerán en ese caso los “giros discursivos” narrativos y argumentativos: Por la precisa caracterización que aportan, transcribo a continuación las citas escogidas por el mismo Jessop para describir tales giros: “Sommer nota que ‘es a través de la narratividad que nos enteramos, comprendemos y encontramos el sentido del mundo social, y es a través de las narraciones y la narratividad que constituimos nuestras identidades sociales... todos nosotros nos convertimos en lo que somos (no importa cuán efímero, múltiple o cambiante) al ser ubicados o ubicarnos a nosotros mismos’ (Somers 1994: 606).... El giro argumentativo puede ser útil donde la incertidumbre, el riesgo, la polarización o las contradicciones entre las instituciones significan que estas últimas no llegan a determinar el comportamiento y así abren un espacio mayor para la argumentación, la retórica, etc. (Fischer and Forrester 1993; Throgmorton 1996)” (Jessop, 2002: 9).

El giro institucional también puede ser reemplazado por el giro pragmático. “Esto implicaría que ‘no se realizan más esfuerzos para aislar acciones individuales analíticamente ni para preguntar por las intenciones y las racionalidades en ellas por un lado, ni por las normas aceptadas y las reglas aplicadas por otro. En vez de esto, en el centro de interés encontramos la temporalidad de la situación, la incertidumbre del individuo sobre la identificación de la situación y el esfuerzo interpretativo que se requiere para determinar, junto con otros, la situación como compartida y común’ (Wagner 1994: 274)” (Jessop, 2002: 9).

3. ¿Han importado las instituciones en la creación de las Comunidades Regionales a través de la ley 9206/04 de la Provincia de Córdoba

Justificación de la selección del caso

Más arriba se explicó la importancia de mejorar las denominadas capacidades institucionales de los gobiernos locales y el rol indispensable que para ello juega una adecuada articulación de las relaciones intergubernamentales. También, que desarrollar experiencias exitosas abarcativas y estables en este campo de la política pública no es para nada una cuestión sencilla, incluso para los países centrales, con condiciones contextuales comparativamente muy favorables.

En América Latina, como bien señala Díaz de Landa (2005), son escasos los estudios empíricos sobre procesos de regionalización inducida relacionados con gobiernos locales, especialmente de gobiernos locales a la vez que relativamente pequeños en población y desarrollo económico, poseedores sin embargo de una autonomía jurídico-política significativa.

Precisamente, en el presente trabajo he seleccionado para reflexionar sobre la problemática de la regionalización y su institucionalidad, un caso de regionalización inducida abarcadora de todo el territorio provincial y que tiene su fuente en la ley n° 9206/04 de la Provincia de Córdoba. La nueva política se da en un contexto de reconocimiento amplio (al menos formal-jurídico) de las autonomías locales.

A la luz de los antecedentes fácticos y teóricos expuestos, se justifica plantear la pregunta de si la nueva modalidad de relacionamiento intermunicipal bajo la forma regional regulada por la ley provincial n° 9206 implica una modificación en el modo de entender la autonomía municipal de una envergadura tal, que excede a la emergencia de una modalidad de gestión distinta y a una dinámica de transformación institucional evolutiva, para avanzar sobre el régimen jurídico-político de distribución espacial de las competencias del poder en el sistema argentino, alterándolo. La importancia de la cuestión se impone por sí misma.

Presentación del caso seleccionado

En trabajos anteriores (Parmigiani de Barbará, 2005, 2006) se ha realizado una descripción detallada del diseño de las Comunidades Regionales¹¹ contenido en la ley n° 9206/04. Reitero aquí brevemente los aspectos más relevantes para la consideración de la cuestión planteada.

Esta ley, denominada *Ley Orgánica de Regionalización de la Provincia de Córdoba*, dispone en lo sustancial la regionalización de todo el territorio provincial a través de la creación de CRs cuyos límites se corresponden con los departamentos existentes y participan todas las unidades locales que en ellos se ubican (previo consentimiento a través de ordenanza municipal o resolución de la Comisión Vecinal). Sus objetivos centrales son favorecer la descentralización y la generación de polos de desarrollo¹².

Las CRs son personas jurídicas de derecho público con capacidad para adquirir y enajenar bienes y realizar todo tipo de actos jurídicos (art. 5° ley n° 9206). De especial importancia son los arts. 7 a 10 que

¹¹ En lo sucesivo, CRs.

¹² **Objetivos.**

Artículo 9°.- LAS Comunidades Regionales tienen como objetivo contribuir a hacer más efectiva la gestión de la Provincia y de los Municipios y Comunas en las regiones, generar polos de desarrollo, facilitar la descentralización de funciones y la transferencia de competencias y lograr las demás finalidades establecidas en el Artículo 175 de la Constitución Provincial." (Ley n° 9206/04).

regulan su jurisdicción y competencia. En principio, la jurisdicción de las nuevas formaciones regionales recae sobre las zonas que están fuera de los ejidos municipales y comunales¹³, en las que se les otorga "...la competencia material que la legislación vigente atribuya a los Municipios y Comunas, ..." (art. 10, ap. a), pero además la Provincia les delega allí –previa aceptación– el ejercicio del poder de policía en las materias de competencia provincial; sin embargo, no se detiene en lo expresado el despliegue de atribuciones, pues podrán también actuar dentro de los ejidos municipales y comunales si las localidades, por convenio, les delegan materias de su competencia.

Se advierte con claridad que las lógicas de la concertación y la flexibilidad están presentes en el diseño de la CR en sí misma. Estas lógicas se refuerzan en tanto expresamente la ley consagra la posibilidad de *coexistencia* con otros emprendimientos asociativos existentes o a crearse bajo la forma no sólo de "organismos intermunicipales"¹⁴, sino también bajo formas nuevas: "... los Municipios y Comunas que integran una Comunidad Regional podrán generar otras asociaciones, entendidas como espacios extra o supra Comunidades Regionales de concertación territorial..." (art. 18 ley n° 9206). Se abre de tal manera un campo enormemente amplio de posibilidades, a la vez que igualmente impreciso jurídicamente.

El cambio institucional en las normas formales por inconstitucionalidad del nuevo diseño regional

Como lo he analizado ya detenidamente en trabajos anteriores (Parmigiani de Barbará 2005; 2006)¹⁵, la innovación diseñada resulta a todas luces inconstitucional.

Resumo en esta oportunidad las cuestiones principales:

¹³ Son las denominadas "zonas grises" de la geografía provincial, "espacios" que quedan entre los ejidos municipales y comunales en tanto éstos son del tipo "villa" y en los que con frecuencia se produce un ejercicio difuso del poder de policía provincial a raíz de las distancias, con el consiguiente incremento de costos para la administración pública y una merma de acción efectiva que sin duda perjudica no sólo a las zonas rurales sino a las propias localidades colindantes.

¹⁴ Estos organismos (más conocidos como "entes intermunicipales") están consagrados en el art. 190 de la CPCba. Si bien no utiliza ninguna de tales denominaciones, resulta claro que el art. 17 de la ley n° 9206/04 se refiere a ellos.

¹⁵ En dichos desarrollos se incorporó la doctrina jurídica constitucional y administrativa sobre los aspectos correspondientes, de la cual resulta a mi entender una convalidación unánime de lo expresado.

- Se ha alterado la distribución jurídico-política territorial del Estado Argentino, creando un nuevo nivel de gobierno no previsto por la CN.
- En la organización de dicho gobierno se violan los principios republicanos de separación de poderes y de representación democrática.
- Hay una delegación de competencias de la Provincia a una instancia de gobierno inexistente, vía decisiones de descentralización sólo autorizadas expresamente por la CPCba. en relación a los municipios y comunas.
- Se viola la CPCba. que prohíbe expresamente la delegación de competencias y se reduce el campo material de acción de la autonomía municipal al autorizar delegaciones de competencias municipales a las CR.
- Se contradice la CPCba. que expresamente prevé la regionalización a los efectos de la desconcentración administrativa pero no de la descentralización

El cambio institucional en las percepciones, prácticas y valores de los actores de la innovación

Percepciones y prácticas

La Provincia de Córdoba cuenta con un gran número de unidades locales autónomas, en términos relativos a su extensión y población¹⁶ y una histórica defensa de dicha autonomía, más allá de sus distorsiones en la implementación, coincidentes, por lo demás, con el cuadro general de falencias que presentan los gobiernos locales en general en nuestra concreta realidad nacional.

Por otra parte, ha sido pionera en materia del desarrollo de relaciones intergubernamentales horizontales, consagrando de modo expreso los denominados “organismos intermunicipales” en la reforma constitucional del año 1987. Las primeras experiencias significativas de cooperación intermunicipal aparecieron en el país recién a fines de la década de 1980 y se concentraron, precisamente, sobre todo en la Provincia de Córdoba (Cravacuore, 2001).

Pero haber percibido la conveniencia de cooperaciones intermunicipales, no significa que haya existido igual percepción de la re-

¹⁶ 427 unidades (249 municipios y 178 comunas), con 165.321 km² y una población de 3.061.611 habitantes.

gionalización. Por el contrario, ésta fue percibida como una institución susceptible de facilitar el avance del poder central sobre las autonomías locales o de las localidades más poderosas sobre las más débiles.

En la historia más reciente, dos hechos lo confirman. Uno fue la resistencia de la oposición a incluir la cuestión de la regionalización provincial entre los temas a tratar en la Convención Constituyente que sesionó en la Provincia de Córdoba en setiembre del año 2001 con el objetivo de discutir la denominada “reforma política”; en tal grado la cuestión fue entendida como riesgosa, que constituyó el punto más conflictivo a sortear y debió, finalmente, ser retirada del proyecto para poder consensuar la sanción de la ley declarativa de la necesidad de reforma parcial de la constitución provincial. El otro hecho significativo en el sentido apuntado, se produjo en ocasión del “Acuerdo económico, financiero y fiscal entre la Provincia de Córdoba con Municipios y Comunas para el fortalecimiento sustentable del régimen municipal y comunal” –también denominado “Pacto de Saneamiento Fiscal”–, firmado el 5 de febrero del año 2000 y transformado en Ley provincial nº 8864 en julio del mismo año. En el Acuerdo se previó la constitución de “entes regionales de recaudación y gestión” para las localidades de menos de 30.000 habitantes, dentro de un programa de refinanciamiento generalizado de las deudas de las localidades por parte de la Provincia. La desconfianza con respecto a que la regionalización en lugar de fortalecer a los gobiernos locales ocasionara su debilitamiento al reducir la autonomía, obligaron a flexibilizar ciertas previsiones para poder llegar a la firma del Pacto Fiscal I con una gran participación de municipios y comunas. Por ejemplo, las definiciones iniciales sobre la cantidad de los entes regionales y sobre la identidad de sus localidades integrantes (cuestión que dio lugar a un largo y complicado proceso de negociación local-local y local-provincial); también debió flexibilizarse la idea originaria de tercerización del cobro de las acreencias municipales sólo a favor de un operador privado, así como el tipo de acreencia a incluir en las gestión tercerizada. Las noticias periodísticas revelaron en su momento este giro¹⁷.

Las percepciones han cambiado en la etapa e la ley nº 9206/04. Sin duda, han jugado para ello un rol importante los aprendizajes cumplidos a raíz de la ley provincial anterior, la nº 8864/00 antes referida. Esta ley, que también preveía como dije una regionalización inducida¹⁸,

¹⁷ “La UCR logró flexibilizar el Pacto Fiscal El Gobierno provincial accedió a la mayoría de los reclamos que plantearon los intendentes de la Alianza. La oposición cuestionaba la injerencia de la Provincia en las autonomías municipales. ...” (Fuente: *La Voz del Interior*, 29/01/00).

¹⁸ En los hechos no llegó a concretarse, salvo el incentivo negativo del refinanciamiento de las deudas de municipios y comunas, cuyas finanzas resultaron de tal manera totalmente saneadas.

creó a través de la denominada “Unidad de Trabajo Provincia-Municipios” un espacio de diálogo regular entre el Ejecutivo Provincial y los Intendentes y Presidentes Comunales y de éstos entre sí, diálogo que independizado en buena medida de las pertenencias político-partidarias, sirvió para resolver y acordar sobre concretas cuestiones de financiamiento y gestión. Sobre esta base de relaciones de confianza se gestó el consenso con respecto a la ley n° 9206/04, de la mano de los liderazgos más activos, aún antes de su discusión en el seno de la Legislatura provincial. Tales relaciones de confianza sirvieron para aventar temores con respecto a un posible avance sobre las autonomías locales, estimulando la asunción sin mayor análisis de, en mi opinión, ideas simplificadas sobre la cooperación intermunicipal y el asociativismo y la exaltación de la cooperación a nivel axiológico.

Valores

Introduciré aquí la categoría de valores institucionales bajo la idea normativa del “buen ordenamiento” de las relaciones intergubernamentales. En tal sentido, hay que enfatizar que en la regionalización contemplada por la ley n° 9206/04 subyace la concepción de un modo de gobernar estructurando redes, es decir, logrando la coordinación social no por la competencia del mercado ni por la imposición jerárquica del Estado, sino a través de la negociación entre múltiples actores – sea o no bajo la sombra de la jerarquía-. Las redes constituyen una forma de gobernar menos jerárquica y más cooperativa, en comparación con la tradicional visión piramidal del Estado cual gran Leviatán (Parmigiani de Barbará, 1996). Es lo que Mayntz (2001: 3) llama “*gobernanza moderna*”, caracterizada por el hecho de que en las instituciones estatales y no estatales, los actores públicos y privados intervienen y frecuentemente colaboran en la formulación e implementación de políticas públicas.

Por su parte, Brugé Q., Gomá R. y Subirats J. afirman que “... Actualmente las organizaciones políticas han de asumir la complejidad de sus tareas a través de una abertura y una mayor flexibilidad de sus estructuras. Por otro lado, la especialización y el monopolio gubernamental dejan paso a nuevos conceptos que intentan incorporar una realidad donde son muchos los que participan en la actividad de gobernar (redes y gobierno multinivel) y donde la jerarquía deja paso a la negociación y a la interacción” (2005: 8-9).

La producción de bienes públicos que interesa a más de un nivel jurisdiccional habrá de realizarse, conforme a lo anterior, según un “modelo participativo” reticular, que superaría de modo flexible las especializaciones funcionales formales legales (competencias) y la sub-

ordinación jerárquica (autoridad) del clásico “modelo burocrático”. Para ello *deberá atender más a la concurrencia de competencias que a su descentralización* y a lograr acuerdos o consensos más por la influencia, que por la imposición. Podría resumir bien su caracterización con el enunciado siguiente: *“solución de problemas transversales y específicos mediante la negociación y el acuerdo”*.

Hay que recordar que luego del predominio exclusivo del modelo burocrático-weberiano, jerárquico y legalista, el escenario de la reforma del Estado en las últimas décadas ha estado dominado por el “modelo gerencial” (o de la Nueva Gerencia Pública –NGP–); en su expresión moderada (que no pretender asimilar al sector público a la lógica de la empresa privada) goza de generalizada aceptación en cuanto a su aptitud para producir las reformas requeridas por los sistemas latinoamericanos y su presencia ha sido indudable en los procesos de reordenamiento en la distribución espacial del poder que se han ido llevado a cabo. Del mismo, interesa aquí recordar que incluye a la descentralización entre las medidas de flexibilización organizacional y la preocupación por el desempeño y el control por resultados, bajo una idea de eficiencia que opera removiendo o relativizando los constreñimientos legalistas.

Pero el último aporte a un “buen gobierno” (en tanto eficaz para direccionar la acción colectiva hacia la producción de los bienes públicos requeridos por el desarrollo sustentable), lo constituye el paradigma de la gobernanza. La importancia tradicional que la NGP otorga a principios como la eficiencia, la eficacia, la capacidad de elección de los usuarios o la provisión mixta de los servicios no se encuentra rechazada por la gobernanza. *Sin embargo, estos principios dejan de ser prioritarios frente a la calidad del proceso interactivo a través del cual se toman las decisiones (lo que supone una estrategia de movilización participativa racionalizada de los agentes involucrados en la política) y a los impactos finales de la política, subalternizándose la organización en sí y el rendimiento organizacional.*

Estimo que la innovación regional bajo estudio ha incorporado elementos ideológicos e instrumentales tanto del modelo gerencial cuanto del de la gobernanza, si bien no ha logrado un entretendido suficientemente coherente y fuerte de sus lógicas. Tan marcada es esta característica, que la presencia de ambos modelos se bifurca: mientras el primero se manifiesta nítido en el articulado legal de carácter programático (por ej., en el art. 9 ya transcrito¹⁹), así como en el discurso de legitimación de los actores gubernamentales, el modelo de la guber-

¹⁹ V. nota 12.

nanza en red se plasma en lo fundamental en las normas de naturaleza dispositiva que antes hemos individualizado como núcleo de la reforma (arts. 7 a 10), en el enmarañamiento reticular de los mencionados arts. 17 y 18 y en las explicaciones y argumentaciones en pro de la reforma difundidas por los expertos asesores y capacitadores de los funcionarios provinciales y municipales activados a raíz de la política de regionalización. El cuadro que sigue esquematiza la tendencia a la dicotomía de modelos:

modelo gerencial	discurso legitimador de los actores gubernamentales
	normas de la ley n° 9.206 de naturaleza programática
modelo de gobernanza	discurso de explicación y legitimación de expertos
	normas de la ley n° 9.206 de naturaleza dispositiva

En el discurso de los actores gubernamentales (Parmigiani de Barbará, 2006), la descentralización de las competencias provinciales a favor de las CR se asocia en un continuo mental al incremento de la autonomía local, reproduciendo las mismas razones esgrimidas desde que se impulsaron en la Provincia los procesos de descentralización: incremento de la eficiencia por la doble inmediatez con las demandas y con el control (llevado a los términos del modelo gerencial, ello significa flexibilización organizacional y preocupación por el desempeño y el control por resultados); el asociativismo local tampoco es nuevo, ni en la regulación jurídica ni en las prácticas provinciales bajo la forma de organismos intermunicipales, por lo que su incorporación al discurso y la vinculación con el desarrollo sustentable no reviste particular significación

El modelo de gestión en red que impregna a las normas dispositivas de la reforma, enfatiza también la descentralización provincial y su impacto en el acrecentamiento de la autonomía, pero no se trata ya de un continuo directo desde la instancia provincial supraordenada hacia las unidades locales particulares para que expandan de tal manera su autonomía. Se incorpora, en cambio, una nueva modalidad de descentralización desconocida para el sistema argentino y en colisión con sus principios constitucionales, como arriba explicité.

El modelo preconiza la idea de concurrencia más que de descentralización y encierra una tendencia hacia la centralización: “El gobierno multinivel, por lo tanto, no supone un proceso de descentralización de competencias sino de concurrencia de las mismas” (Brugé Q., Gomá R. y Subirats J., 2005:13). La misma idea despunta, incipiente e imprecisa, en expresiones de los expertos que apoyan la innovación

cuando dicen que, complementado la descentralización a escala local, “...se impone otra escala de descentralización, también dirigida a los municipios y a las comunas, pero no a cada uno individualmente sino a todos asociados voluntariamente...” (Graglia E. y Riorda M., 2006:32)²⁰.

Se da pues en la regionalización según la ley n° 9206/04 un cambio de valores de mano de la gobernanza, en el sentido de lo que se valoriza como un “buen ordenamiento” de las relaciones intergubernamentales.

Hablemos de intereses...

Por otra parte, y ello es muy importante para entender el proceso, el diseño de la ley provincial n° 9206/04 crea una estructura de oportunidades para la satisfacción de intereses políticos. Para el oficialismo provincial (el Partido Justicialista), ha significado la posibilidad de prestigiarse con una “política de Estado original en el país”, como insistentemente se la tipifica, buscando fortalecerse frente a dos adversarios de peso: el Partido Nuevo (escisión del Partido Justicialista), gobernante en la ciudad Capital²¹ y con cuyo líder mantiene una pública, permanente y agresiva confrontación el Gobernador de la Provincia y, además, frente al liderazgo del Presidente de la Nación, cuyo apoyo y alianza no tiene asegurada a pesar de pertenecer ambos al mismo signo partidario. En cuanto al incentivo positivo para la cooperación de los gobiernos locales, que es de tipo financiero (subsidiariamente, asistencia técnica a las CRs) y destinado a solventar las tareas que se descentralicen, fundamentalmente se visualiza su aplicación a obras públicas. Se trata de un recurso estratégico importante para ambas partes: los Intendentes y Presidentes Comunales podrán capitalizar políticamente la visibilidad que otorga la intervención directa en la realización de obras y abonar con ello la imagen de buenos gestores ante sus vecinos y electores; el oficialismo provincial, fortalecer el poder de los líderes locales del interior, con importantes localidades gobernadas por el otrora poderoso Partido de la Unión Cívica Radical, a fin de mantener un equilibrio que lo favorece en relación al mencionada Partido Nuevo, cuyo bastión inicial es la ciudad capital de la provincia.

Mirar esta lógica de la política y las instituciones nos lleva a colocar un interrogante en orden a las posibilidades de consolidación de la nueva institucionalidad regional. En efecto: desde por lo menos fines del año 2005 resulta ostensible la concentración creciente de po-

²⁰ Sin resaltados en el original.

²¹ No constituida como CR.

der que se está produciendo en la República Argentina a favor del liderazgo presidencial, de mano de una disponibilidad abundante y discrecional de fondos; como ello corre paralelo al también creciente endeudamiento de las provincias y municipalidades, el resultado es una sujeción política a la instancia central nacional muy poco favorable a reordenamientos de las relaciones intergubernamentales en los espacios provinciales, en tanto tales reordenamientos crearan la posibilidad de un mayor pluralismo político.

Finalmente, es útil destacar que los mecanismos institucionales han permitido a expertos provenientes del ámbito universitario participar en el proceso de elaboración de la política pública de creación de las CRs y en su implementación. A mi entender, por sus trayectorias de formación y de trabajo, manifiestan en sus ideas y estrategias no sólo la influencia de los modelos de gestión gerencial y, sobre todo, de la gobernanza, sino que también tenderían a traspolar diseños y dinámicas propias de España; pero los mismos no se corresponden con nuestra estructura jurídico-política constitucional originariamente federal y descentralizada, ni estamos nosotros insertos en el mundo desarrollado multinivel de la Unión Europea. Se registra así un *isomorfismo institucional*²², al adoptar fórmulas y arreglos institucionales ya aceptados y consolidados en un entorno asumido como referente y que permite, dados objetivos imprecisos y dificultades para evaluar la viabilidad y eficiencia, legitimar sin embargo a una institución.

¿Hay cambio institucional o desinstitucionalización con la creación de las Comunidades Regionales a través de la ley 9206/04 de la Provincia de Córdoba?

Llegado este punto, de conformidad con los desarrollos efectuados sobre que ha cambiado la comprensión de normas constitucionales de significados antes incontrovertidos y que han cambiado las percepciones, los valores y hasta las prácticas de los actores, la respuesta que en principio surge es que se habría producido un cambio institucional de enorme envergadura, pues toca a la forma misma de Estado, alterándose los patrones de distribución territorial de su poder. Un cam-

²² Más específicamente, en el caso analizado se presentan dos tipos de isomorfismo institucional: el isomorfismo mimético (resultante de procesos de imitación de referentes que se consideran líderes o ejemplos a seguir) y el isomorfismo de la presión normativa (resultante del impacto de los colectivos profesionales que definen aquello que se considera “buenas prácticas” a reproducir).

bio institucional drástico, que rechaza la “dependencia de trayectoria” al punto de ignorar los principios del Estado de derecho.

Pero recuperando también conceptualizaciones anteriores, bien podría afirmar que se advierte *que las instituciones no importan. Y aseverar entonces que, más que cambio, hay desinstitucionalización.*

Ello no significa reificar las instituciones a la manera del viejo institucionalismo formal-legalista; en verdad, las mismas están en permanente proceso de construcción por los actores sociales, quienes las reproducen o cambian en la interacción social compitiendo muchas veces con variadas estrategias, tácticas y técnicas para gobernarlas o guiarlas. Pero tratándose de un “Estado de derecho constitucional”, la anticipación, aceptación y conocimiento público de ciertas reglas revisite especial significado, por lo que hay que tomar con mucha prudencia –sobre todo en nuestros países de débil institucionalidad– ciertas exhortaciones que llegan desde el modelo de gobernanza, como la siguiente: “Sólo si somos capaces de superar la distinción interior-exterior y *superar unas fronteras institucionales que la realidad ya ha abolido*, podremos recuperar la capacidad para gobernar; en el sentido originario del término, es decir, en tanto regulación de los asuntos colectivos” (Brugé Q., Gomá R. y Subirats J., 2005:16)²³.

Por eso preocupa que –sin duda bajo la influencia de los modernos modelos de gestión– se encuentren ausentes los argumentos jurídicos en la presentación del proyecto a la Legislatura y en las publicaciones de los expertos asesores de la innovación. Las variables relevantes en ellos son dos: el consenso de los actores involucrados y la necesidad de una mejor gestión de las políticas públicas.

Por la claridad con que trasuntan esa perspectiva, reproducimos en lo que sigue algunos párrafos de las publicaciones referidas:

*“...Los logros de acuerdos anteriores, como la Constitución provincial de 1987, no debieran ser obstáculos, sino bases para pensar que un sistema político y, por ende, el sistema jurídico, evolucionan con las necesidades de su mismo pueblo destinado a regir. Las letras de la Constitución y también de las leyes, son vivas, como la gente que se beneficia con el desarrollo”*²⁴.

“...Estamos de cara a un proceso jurídico, pero mucho más importante aún, a uno de tipo político de construcción institucional de carácter sistémico, sin antecedentes locales ni nacionales, una verdadera re-

²³ Sin resaltados en el original.

²⁴ “Municipalismo y regionalización en Córdoba”, por E. Graglia y M. Riorda (*La Voz del Interior*, Ciudad de Córdoba, 20/02/06). Sin resaltados en el original.

forma transversal del Estado cordobés *que supone revisar teorías y prácticas. Un reto para académicos y políticos*²⁵.

Lo expresado es por lo demás sugerente y puede bien ser leído desde las perspectivas apuntadas por Jessop (2002) como opciones diferentes al interés centrado en las instituciones: Es posible que el respeto a las normas constitucionales sea evaluado como reificación de las instituciones, a raíz de la recurrente dependencia de los gobiernos locales de las instancias supraordenadas (provincial y nacional) y sus dificultades para efectivizar la autonomía formalmente consagrada y (¿aún?) políticamente legitimada. Esta contradicción configura la situación que Jessop (2002) estima que induce al abandono de lo institucional para adoptar lo retórico y argumentativo.

Otro tipo de giro discursivo, el narrativo (Jessop, 2002), se advierte asimismo en la idea de que es a través de las narraciones y la narratividad que construimos nuestras identidades sociales. Los foros y la asistencia técnica desarrollada en el marco de la nueva ley, lo confirman.

De modo todavía más marcado la política de regionalización expuesta tributa al pragmatismo. La solución estandarizó las elecciones posibles para todo el territorio de la provincia a través de la Ley Orgánica de Regionalización Provincial, sin atender a las características y eventuales proyectos diferenciados de localidades o líderes locales; esto es, eludiendo las negociaciones con cada elemento o subconjunto de ellos, resolvió el denominado “problema del gran número”²⁶ evitando una lentificación de los procesos y un incremento en los costos de transacción. Como precisa B. Jessop (2002) en punto a la estrategia pragmática, “... no se realizan más esfuerzos para aislar acciones individuales...”. El incentivo para cooperar con la iniciativa de la instancia central (efectuándose una “coordinación bajo la sombra de la jerarquía”) está representado por la transferencia de recursos destinados a financiar funciones que se descentralicen²⁷; por su parte, los funcionarios municipales entrevistados en el marco de la investigación en que se apoya el

²⁵ “Municipalismo y regionalización en Córdoba”, por E. Graglia y M. Riorda (*La Voz del Interior*, Ciudad de Córdoba, 27/02/06). Sin resaltados en el original.

²⁶ En el caso, 427 gobiernos locales.

²⁷ “...Premios y castigos. El Gobernador de la Sota aclaró que con la propuesta no se va a plantear que se fusionen los municipios ni la pérdida de la autonomía, pero “sí un sistema de premios y castigos para que los municipios se regionalicen, para que vean el espacio regional y aprovechen mejor los recursos” (“De la Sota ratificó la regionalización de municipios y comunas”, *Diario La Voz del Interior*, Ciudad de Córdoba, 23/09/04).

presente trabajo, reiteran de modo uniforme que el éxito de las CRs dependerá de que efectivamente se transfieran los fondos para obras que la provincia descentralice²⁸.

En la misma línea estratégica que a la vez percibe e instituye la realidad como situacional, incierta y provisoria, el discurso de los expertos no se detiene siquiera frente a los mismos arreglos constitucionales: ellos quedan reducidos a “bases para pensar que un sistema político y, por ende, el sistema jurídico, evolucionan con las necesidades de su pueblo...”, para servir a “la gente” (se sienten los ecos de la democracia plebiscitaria más que la de estado de derecho constitucional...). Se afirma expresamente que la institucionalidad está en construcción y que en eso proceso es más importante lo político que lo jurídico (no ambos componentes con jerarquía igual en un proceso dialéctico de intercambio recíproco...). Trasmiten asimismo la idea (muy apta por lo demás para la propaganda en el mercado político) de un cambio de gran envergadura (“sistémico” se dice), que al reportar inédito tanto por sus características cuanto por la falta de antecedentes en el país, es apto para despertar expectativas y entusiasmos (aunque no certidumbres).

Las respuestas de los funcionarios municipales entrevistados reflejan asimismo “incertidumbre sobre la identificación de la situación y el esfuerzo interpretativo... para determinar, junto con otros, la situación como compartida y común” (Jessop B., 2002): la idea común (expresada de diversos modos), es que se trata de una nueva institución “en construcción” y con importantes potenciales beneficios, que se apoya aunque no se tenga certeza sobre su naturaleza. Así, sobre esta última es posible diferenciar varios tipos de respuestas: a) se trata (ya) de un nuevo nivel de gobierno; b) no es (aún) un nuevo nivel de gobierno, pero lo será en el futuro, a medida que vaya “progresando y adaptándose”; c) se trata de un “órgano de ejecución”, con delegación de funciones por parte de la provincia y eventualmente de los municipios; d) es un espacio de coordinación. Pero en ningún caso se entiende que haya lesión a la autonomía municipal (el consenso pareciera subsanarlo todo), ni que urja una discusión sobre la constitucionalidad de aspecto alguno.

Reflexión final

En el presente artículo he abordado a partir de conceptos ordenadores relacionados con la teoría neo-institucional, el análisis del pro-

²⁸ Lo que en los hechos, a más de dos años de la ley de regionalización y ya constituidas las 26 CR previstas, sólo ha sucedido en pocos casos, con limitados fondos para la refacción de edificios escolares (sólo una de las varias prioridades definidas por las CR en los Foros organizados a tal fin con asistencia técnica externa por convenio con instituciones universitarias).

ceso de regionalización subnacional cumplido en Córdoba a través de la ley n° 9206/04.

Dicho análisis ha permitido advertir una percepción desvalorizadora de las instituciones, con apartamiento de las reglas formales de jerarquía constitucional, así como imprecisiones y ambigüedades que, a fuerza de procurar un amplio consenso sobre el nuevo diseño, descuida una formalización válida estable, con claridad en los valores e intereses que la informen, apta para engendrar un verdadero “giro” institucional

Con el sustento de intereses en parte ocasionales y a través de argumentaciones efectistas, se ha recurrido a reproducir modalidades de organización y gestión exitosas en otras realidades, pero difícilmente aptas para desviar –si se considerara necesario y posible cambiar las normas constitucionales– la “dependencia del rumbo” de nuestros gobiernos locales autónomos.

Bibliografía:

BANCO MUNDIAL (1997) *Informe sobre el Desarrollo Mundial 1997: El Estado en un Mundo en Transformación*, Washington, D.C.

BRUGÉ, Q., GOMAR R. y SUBIRATS J. (2005) “Gobernar ciudades y territorios en la sociedad de redes”, en *Revista del CLAD – Reforma y Democracia* N° 32. Caracas, Venezuela.

CASTELLS, DANIEL (1998) *La era de la información: Economía, sociedad y cultura. Vol. 2: El poder de la identidad*. Alianza Edit. S.A., Madrid.

CRAVACUORE, DANIEL (2001) “La cooperación intermunicipal en la Provincia de Buenos Aires: Fortalezas y debilidades” en *La geografía de un cambio. Política, gobierno y gestión local en Uruguay*. Coord. LAURNAGA MA. ELENA. Edic. de la Banda Oriental, Montevideo, Uruguay.

DÍAZ DE LANDA, MARTHA (2003) “Desafíos a la sustentabilidad de los gobiernos locales: Micro-municipalismo y viabilidad política de la regionalización subprovincial”. V *Seminario Nacional de la Red Nacional de Centros de Estudio de los Gobiernos Municipales (RED-MUNI)* “La reforma municipal pendiente: para qué y por qué. Perspectivas y prospectivas”. Mendoza, Argentina.

—(2005) “La participación ciudadana frente a innovaciones a nivel local y regional en pequeñas localidades argentinas”. *X Congreso Internacional del CLAD*. Santiago de Chile. www.clad.org.ve/docume.html

—(2007) “Ciudadanía y regionalización: legitimación social de un nuevo ordenamiento político socio-territorial en la provincia de Córdoba” *Anuario IX del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales –CIJS– 2006*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UNC.

DÍAZ DE LANDA, M, PARMIGIANI DE BARBARÁ M.C. Y OTROS (1996) - *En lo pequeño y lo pobre... Qué pasa con la salud? Un estudio sobre la descentralización en salud en Comunas de la Provincia de Córdoba*. Edit. Alveroni, Córdoba, Argentina.

GRINDLE, MERILEE (2000) *Audacious Reform: Institutional Invention and Democracy en Latin America*. The Johns Hopkins University Press. Baltimore.

JESSOP, BOB (1999) *Crisis del Estado de Bienestar - Hacia una nueva Teoría del Estado y sus consecuencias sociales*. Siglo del Hombre Editores, Bogotá, Colombia.

—(2002) “Institucional (Re)Turn and the Strategic-Relational Approach” Department of Sociology, Lancaster University at <http://www.comp.lancs.ac.uk/sociology/soc046rj.html>. October.

JORDANA, JACINT (2002) *Relaciones intergubernamentales y descentralización en América Latina – Casos de Argentina y Bolivia*. BID-UE – Serie Documentos de Trabajo – Washington.

LINDBLOM, CHARLES (1965) *The Intelligence of Democracy*. Free Press. New York.

LÓPEZ, SILVANA Y TECCO CLAUDIO (2005) “Institucionalidad y gestión pública local”. En *Región Metropolitana Córdoba (RAC): Un estudio del sistema urbano y de su articulación a la red de ciudades del Cono Sur*, IIFAP, UNC, Córdoba, Argentina.

MÉNDEZ, JOSÉ L. (1997) “Estudio Introductorio”, en Wright, D. S. *Para entender las relaciones intergubernamentales*. FCE, México.

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

MARCH; JAMES Y OOLSEN, JOHAN (1989) *Rediscovering Institutions*. Free Press. New York.

—(1993): “El nuevo institucionalismo: factores organizativos de la vida política” en *Zona Abierta* 63/64.

NORTH, DOUGLAS (1990) *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*. Cambridge University Press, Nueva York

POWELL, WALTER Y DIMAGIO, PAUL (1999) *El nuevo institucionalismo en el análisis organizacional*. FCE. México.

PARMIGIANI DE BARBARÁ, MYRIAM C. (1996) “Sociedades diferenciadas sin conducción política?: Un aporte para la discusión desde el interés empírico” *Anuario III del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales –CIJS–* 1996, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UNC.

—(2001) *Estado, Sociedad y Región. Un análisis neoinstitucional de la Región Centro de la República Argentina*. Edit. Ciencia, Derecho y Sociedad/UNC. Córdoba, Argentina.

— (2003) “Instituciones jaqueadas: Reformas político-institucionales a nivel subnacional en el marco de la crisis en Argentina”. *Anuario VI del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales –CIJS– 2001/2002*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UNC.

—(2005) “Aspectos jurídicos y políticos de la institucionalización de modelos innovadores de asociativismo municipal: una reflexión a partir de experiencias en Argentina”. X Congreso Internacional del CLAD, Santiago de Chile; <http://www.clad.org.ve/docume.html>.

—(2006) “Modelos de regionalización subnacional en la Provincia de Córdoba”. *Anuario IX del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales –CIJS–*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UNC.

RYAN, JEFFREY Y AGUILAR FONG, JUSTO (2002) "Descentralización, responsabilidad y participación. Consecuencias políticas de la reforma municipal en Costa Rica". En *Gereciendo las relaciones intergubernamentales. Experiencias en América Latina*. S. Ospina/M. Pendfold (editores), Eds. Nueva Sociedad y Naspá, Caracas, Venezuela.

SKOCPOL, THEDA (1979) *States and Social Revolutions. A Comparative Analysis of France, Russia and China*. Cambridge University Press, Cambridge.

_____ (1989) "El Estado regresa al primer plano: Estrategias de análisis en la investigación actual". En *Zona Abierta*, N° 50. Versión original (1985): *Bringing de State Baks in*. Cambridge University Press. Cambridge.

STEPAN, ALFRED C. (1978) *The State and Society. Peru in Comparative Perspective*. Princeton University Press. Princeton.

VENEZIANO ESPERÓN, ALICIA (2001) "Descentralización y participación: elecciones locales en Montevideo". En *la geografía de un cambio. Política, gobierno y gestión municipal en Uruguay*. Coord., Ma. Elena Laurnaga, Ed. de la Banda Oriental/Instituto de Ciencia Política, Montevideo, Uruguay.



RÉGIMEN DE CONTRATACIONES DEL ESTADO NACIONAL

Irma Pastor de Peirotti ()*

Resumen: El nuevo Régimen de Contrataciones del Estado Nacional, establecido por el Decreto Delegado 1023/01 introdujo algunas innovaciones que pretendían uniformar los procedimientos de selección que empleaban los diferentes organismos y dar mayor transparencia y eficacia a las contrataciones.

El objeto de este trabajo es determinar si existe menor dispersión normativa lográndose un régimen general y si se aplica en forma directa a los procedimientos contractuales la Ley de Procedimiento Administrativo N° 19.549.

Palabras Claves: Contratación – Procedimiento – Régimen – Transparencia – Razonabilidad – Concurrencia – Discrecionalidad – Principios – Cláusulas exorbitantes – Uniformidad – Dispersión – Normativa – Juridicidad

Introducción

La problemática relativa a la contratación administrativa ha alcanzado una relevancia tal que ha trascendido la esfera de la administración, para trasladarse a todos los habitantes, en especial en los últimos tiempos a partir de que Argentina figura entre los primeros países en cuanto a corrupción en materia de contrataciones públicas.

(*) ABOGADA ESPECIALISTA EN DERECHO PÚBLICO, egresada de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Unc. PROFESORA ADJUNTA de las cátedras de Derecho Administrativo y Derecho Procesal Administrativo de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la U.N.C. COORDINADORA de la CARRERA DE POSTGRADO DE ESPECIALISTA EN DERECHO PÚBLICO, de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la U.N.C. PROFESORA INVITADA de la Carrera de Postgrado de Especialización en Derecho Público y Derecho Procesal (UNC). MIEMBRO del Instituto de Derecho Administrativo en la UNC.

Las consecuencias jurídicas y económicas vinculadas al no cumplimiento de los principios que rigen dicha contratación, ha provocado un cambio en la legislación con miras a unificar el Régimen de los contratos públicos y a tratar de darles transparencia y eficacia.

Las contrataciones administrativas del Estado Argentino existentes hasta principios del año 2000, se caracterizaron por no estar integradas ni sistematizadas en un régimen jurídico general.

Esto no sucedió en las provincias donde la mayoría emitió normas específicas sobre la materia.

Sostiene Mertehikian¹ que “Es en buena medida laudable el propósito del Decreto 1.023 dirigido a uniformar el régimen jurídico de los procedimientos de selección del contratista para el denominado Sector Público Nacional (...) y de ese modo armonizar los preceptos aplicables con los que venían impuestos por las normas del Derecho Supranacional...”

Sin embargo la norma en sí no es suficiente para asegurar transparencia y eficacia y evitar la corrupción.

La noción de Contrato Administrativo. Diferencia entre contratos civiles y comunes

El contrato administrativo se encuentra sometido a un Régimen de Derecho Público, que otorga al Estado una serie de prerrogativas y garantiza a quienes se vinculan con él una serie de garantías.

Para determinar cuándo nos encontramos ante un contrato administrativo, Coviello² nos señala que existen dos etapas.

En la primera etapa puede afirmarse que en forma directa la Corte había exigido en el caso COOPERAMET³ del año 1963, además de la presencia del Estado que los contratos estén destinados a cumplir fines de interés público.

La doctrina acompañaba este criterio al señalar que los contratos administrativos eran aquellos que tuvieran por fin la utilidad pública (Bielsa) o el interés público (Escola) o un fin público o la satisfacción

¹ MERTEHIKIAN, EDUARDO. *Revocación por oportunidad de contratos de Infraestructura y Resarcimiento del lucro cesante*. Edición XXVII.2 .Buenos Aires: E. RAP Doctrina Pública. p. 225

² COVIELLO, PEDRO J. J. *La teoría General del Contrato Administrativo a través de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*. Estudios sobre la contratación pública. Buenos Aires: E. Ciencias de la Administración. 1996.

³ “Cooperamet c. Instituto Argentino de Promoción del Intercambio s. repetición”, *Fallos* 263:510

de una necesidad pública (Bercaitz) o la satisfacción de necesidades públicas (Marienhoff).

Pero el criterio finalista no fue decisivo porque en el caso ALBANO⁴ del año 1968, la Corte entendió que pese a que un contrato obedecía a un fin público, el régimen al que estaba sometido la entidad autárquica que lo había celebrado, impedía la aplicación del régimen legal de las obras públicas.

Sin embargo en el caso Porta⁵ del año 1973 la Corte afirmó que un contrato de provisión de locomotoras y repuestos para Ferrocarriles Argentinos era administrativo.

Posteriormente en el caso Intercar⁶, del año 1979, en un contrato para la provisión de Zorras para Ferrocarriles Argentinos, resolvió que no era administrativo, en virtud de la exclusión explícita de la Ley N° 18.360.

La finalidad no ya constituía un componente decisivo del contrato y la Corte se ajustaba al régimen jurídico específico, que regía la relación contractual, para asignarle carácter administrativo o privado al contrato.

Las cláusulas exorbitantes no aparecen hasta 1984 en que la Corte las introduce en la Jurisprudencia y a partir de allí comienza la segunda etapa, donde se deja de lado el régimen normativo del respectivo contrato, para indagar su contenido, o en su finalidad pública. La Corte ya no se fijó si el régimen contractual de la entidad contemplaba o no la aplicación del Derecho Público o vedaba su aplicación (como por ejemplo la Ley 20.705). Simplemente estableció que si existían cláusulas exorbitantes el contrato era administrativo.

Coviello⁷ señala que hay “aspectos que no pueden dejarse de lado: los contratos que celebra la Administración sujetos al Derecho Privado, ¿tienen un régimen unitario? ¿Les podemos aplicar el mismo régimen? ¿son contratos de derecho privado? ¿son contratos parcialmente regidos por derecho privado?, o ¿son contratos de la administración? Responde que “según resulta del régimen aprobado por el Decreto 1023/2001, se presume que los contratos que celebra el Estado son administrativos”.

⁴ HORACIO OSMÁN HENNE ALBANO c/Transportes de Buenos Aires (en liquidación) s/ cobro de \$24.854.907, *Fallos*: 270:446, sentencia del 22-05-1968

⁵ Ingeniero Livio Dante Porta y Cía. S.I.C. S.R.L. c/ EFA s/interrumpir prescripción”, *Fallos*: 286:333, del 20-09-1973.

⁶ “Intercar S.C.A. c/ Ferrocarriles Argentinos s/ cobro ordinario sobre mayores costos, *Fallos*: 301:525.

⁷ COVIELLO, PEDRO J. J. *Cuestiones de Contratos Administrativos*- Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo. Universidad Austral-Ediciones Rap-Buenos Aires 2007 ps. 236 y 237.

El Marco Normativo anterior al Decreto 1023/01

En 1956 se dicta el Decreto Ley N° 23.354 Ley de Contabilidad, en cuyo capítulo VI se regulaba las Contrataciones del Estado.

En 1958 se sanciona la Ley N° 14.467 que ratifica el decreto mencionado, y posteriormente se dicta el decreto reglamentario 5720/72, que reglamenta el capítulo VI del Dec. Ley 23.354.

En 1992 se sanciona la Ley de Administración Financiera N° 24.156 que deroga los primeros artículos, (hasta el 54) de la Ley de Contabilidad y en su art. 137 dispone que deja subsistentes los artículos 55 a 64 y el Decreto Reglamentario N° 5720.

El 30/05/2000 se dictó el Decreto N° 436 **Reglamento para la Adquisición, Enajenación y Contratación de Bienes y Servicios del Estado Nacional** que sustituyó al Decreto N° 5720/72.

María Verónica Montes⁸ señala que este Reglamento “importó una adecuación de las normas hasta entonces vigentes y el establecimiento de criterios claros y concretos, tendientes a reducir los costos de las transacciones y alcanzar un ahorro en las contrataciones del Estado” y agrega “Ello, por supuesto con las limitaciones que implicaba seguir teniendo vigente la Ley de Contabilidad (Decreto Ley 23.354/1956 ratificado por Ley N° 14.467), atento a que el Decreto 436/2000 derogó la reglamentación de dicha ley, es decir al Decreto N° 5720/1972, continuando vigentes en consecuencia las prescripciones de una ley del año 1956.”

El Sistema Normativo Contractual de la Administración Pública Nacional

La Ley N° 25.414 delegó atribuciones legislativas en el Poder Ejecutivo, y el 13/08/2001 se dicta el Decreto N° 1023 por el que se derogan los artículos 55 al 63 de la Ley de Contabilidad y que establece el **Régimen General de Contrataciones de la Administración Nacional**, modifica los artículos 4°, 9°, 11 y 17 de la Ley N° 13.064 de Obras Públicas de la Nación y el art. 7° de la Ley N° 19.549, Ley de Procedimiento Nacional, en adelante L.N.P.A.

El Decreto N° 436 sigue vigente, porque no se reglamentó el Decreto N° 1023 y con posterioridad se dictaron los Decretos de Necesidad y Urgencia (en adelante DNU) 1913/02 2508/02 666/02 577/03

⁸ MONTES, MARÍA VERÓNICA. *Manual Práctico de Contrataciones de la Administración Pública Nacional*. Edición XXVI-1. Buenos Aires: E. RAP Doctrina Pública. p.371.

204/04 y la Ley de Concursos y Quiebras N° 25.563 que introducen modificaciones a la citada normativa.

El Reglamento N° 436 tenía como objetivo reducir el costo de las transacciones y alcanzar un ahorro en las contrataciones del Estado.

El Decreto. N° 1023 entró en vigencia el 15-10-2001, y en su artículo 39 se establecía que hasta tanto se reglamente el mismo, regirán las reglamentaciones vigentes.

Asimismo se dictó en el año 2000 la Resolución N° 834 del Ministerio de Economía y que constituye el **Pliego Único de Bases y Condiciones Generales para la Contratación administrativa** y la Resolución 515/00 que aprobó el **Manual Práctico para la Adquisición, Enajenación y Contratación de bienes y servicios del Estado** Nacional.

En consecuencia los *Pliegos Particulares* deben ajustarse al Decreto N° 1023. al Decreto N° 436 y a la Resolución N° 834 y a la Resolución N° 515.

Régimen General y Único de las Contrataciones de la Administración Federal

En definitiva, podemos afirmar que al dictarse el Decreto 1023, destinado a regir en el ámbito de la Administración centralizada y organismos descentralizados comprendidos en el art. 8° inc. a de la Ley N° 24.156 de Administración Financiera y Sistemas de Control del Sector Público Nacional, comienza la tercera etapa en cuanto a la determinación del régimen aplicable a los contratos.

La nueva normativa determina que *“toda contratación de la Administración se presume de índole administrativa salvo que de ella o de sus antecedentes surja que está sometida al derecho privado.”*

En los considerandos del Decreto 1023 se expresa que *es propósito de esta normativa adecuarse a las posibilidades de desarrollo científico y tecnológico en materia de comunicaciones e informática, posibilitar las transacciones electrónicas, dar uniformidad a los procedimientos de selección que emplean los distintos organismos y fundamentalmente acompañar la política del Estado en materia de transparencia y lucha contra la corrupción.*

El art. 4° expresa que este Régimen se aplicará a los siguientes contratos:

- a) Compraventas, suministros, servicios, locaciones, consultoría, alquileres con opción a compra, permutas, concesiones de uso del dominio público y privado del Estado Nacional (...) y a todos los contratos no excluidos expresamente.

b) Obras Públicas, concesiones de obras públicas, concesiones de servicios públicos y licencias.

En el art. 5° expresa que quedarán excluidos:

- a) los contratos de Empleo Público,
- b) las compras por caja chica,
- c) los que se celebren con estados extranjeros, con entidades de derecho público internacional, con instituciones multilaterales de crédito, los que se financien, total o parcialmente, con recursos provenientes de esos organismos y
- d) los comprendidos en operaciones de crédito público.

El propósito de este trabajo es dilucidar **dos cuestiones** que considero muy importantes:

1- El Decreto 1023/01 estableció un Régimen general de Contrataciones aplicable a **todas las contrataciones posteriores a su dictado**, solucionando el problema de dispersión normativa existente con anterioridad?

2- Son aplicables **en forma directa a los contratos** las disposiciones establecidas en el título III de la Ley 19.549 Ley Nacional de Procedimiento Administrativo y sus principios?

Con relación al primer interrogante planteado Ortíz de Zárate y Diez⁹ sostienen “que la enumeración de las figuras contractuales incluidas en el ámbito de aplicación del Dec. 1023/2001 es enunciativa, mientras que la de los contratos excluidos es taxativa; ello surge del art. 4° del decreto, en cuanto prevé la aplicabilidad del régimen a todos aquellos contratos que no sean objeto de una exclusión expresa.” Pero, agrega “es oportuno señalar que el art. 35 del aludido decreto consagra la preeminencia de las normas de la ley 13.064, por sobre el régimen general que motiva este comentario, respecto de la regulación de las obras públicas en el orden nacional.”

En función de lo expuesto, considero que las innovaciones contenidas en el nuevo Régimen de Contrataciones, y los contratos a los que se aplica, demuestran que existe mayor uniformidad y menor dispersión normativa.

⁹ ORTIZ DE ZÁRATE, MARIANA Y DIEZ, PEDRO HORACIO. *Perfiles de la Contratación Administrativa a la luz del Decreto 1023/2001*. Buenos Aires: Rev. de Der. Administrativo. 2003. p. 52.

Sin embargo, conspira con su finalidad, la creación de nuevas Empresas del Estado, que han adoptado diferentes formas jurídicas y cuya ley de creación, expresamente excluye la aplicación del nuevo Régimen normativo.

En esa situación se encuentran el CORREO OFICIAL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA SOCIEDAD ANONIMA, creada en el año 2004 mediante DNU N° 721, la empresa LINEAS AEREAS FEDERALES SOCIEDAD ANÓNIMA (LAFSA), creada por Decreto 1238/03 y la empresa AGUAS Y SANEAMIENTOS ARGENTINOS SOCIEDAD ANONIMA, creada por DNU N° 304 y ratificado por Ley N° 21.600.

En cuanto a la empresa ENERGIA ARGENTINA SOCIEDAD ANONIMA (ENARSA), creada por Ley N° 25.943, según sostiene María Laura Alfonso¹⁰ “resulta llamativo que en la Ley de Creación de ENARSA o en su Estatuto Social no se prevea si son de aplicación la Leyes de Procedimientos Administrativos, de Obras Públicas o el Régimen de Contrataciones del Estado.”

Aplicación Directa de la Ley 19.549 a las Contrataciones

El segundo interrogante que corresponde analizar es, si las disposiciones del título III de la LNPA y sus principios, se aplican en forma directa a los contratos regidos por el Decreto Delegado N° 1023.

La norma citada en su art. 36, modifica el art. 7° inc. f de la L.N.P.A., el que quedará redactado de la siguiente forma: “Los contratos que celebren las jurisdicciones y entidades comprendidas en el sector público nacional se regirán por sus respectivas leyes especiales, sin perjuicio de la **aplicación directa** de las normas del presente título en cuanto fuera pertinente.”

La disposición anterior establecía: “Los contratos que celebren el Estado, los permisos y las concesiones administrativas se regirán por sus respectivas leyes especiales, sin perjuicio de la aplicación *analógica* de las normas del presente título.....”

La nueva normativa, amplía el ámbito de los sujetos a quienes se aplica y establece la aplicación *directa* del título III, es decir de los artículos 7° a 22 de la LNPA.

Asimismo el Decreto 1023 en su art. 11 establece que la autorización del procedimiento se deberá realizar mediante el dictado del acto administrativo respectivo, con los requisitos establecidos en el art. 7° de la Ley 19.549 LNPA.

¹⁰ ALFONSO, MARÍA LAURA. *Las nuevas empresas públicas*. Suplemento derecho administrativo. Disponible en Internet en: <http://www.eldial.com>

Para Mertehikian¹¹ "las disposiciones de los Artículos 7° a 22 del Decreto Ley 19.549 son aplicables a los procedimientos contractuales **en forma directa y en cuanto fuere pertinente**, en tanto que las de los Artículos 23 a 32 del citado Decreto Ley y del Reglamento Nacional de Procedimientos Administrativos son aplicables **en forma supletoria**."

Comadira¹² sostiene que "El régimen jurídico aplicable a los contratos administrativos constituye una cuestión controvertida en la doctrina." Y agrega, que producida la reforma, se impone la aplicación directa del título III, a las contrataciones celebradas por el sector público.

Refiriéndose a los casos "Miragaya" y "Rincón de los Artistas", Comadira¹³ afirma que "constituyen dos fallos, que arrojan, a mi juicio, valiosos aportes en las materias enunciadas: la potestad anulatoria de la Administración pública es consolidada en el marco de una tendencia justa: el principio de legalidad en el ámbito de la contratación administrativa es también reafirmado, más allá de su discutible fundamentación técnica en el caso; el régimen de los contratos administrativos es, por fin, claramente ubicado en el ámbito del Título III de la ley 19.549".

Señala Elgassi¹⁴ que lo dispuesto en el art. 36 del Decreto es coincidente con la postura de el Prof. Carlos Grecco¹⁵ quien sostuvo que correspondía la aplicación directa de las normas del Título III a las contrataciones de la administración.

Ortiz de Zárate¹⁶ expresa que "resulta indudable la sujeción del contrato administrativo a las disposiciones que estructuran el régimen tanto de validez como de nulidades de los actos administrativos" y que "la aplicabilidad de las disposiciones del Título III de la Ley 19.549 se proyecta no sólo respecto de los contratos que celebre el Estado Nacio-

¹¹ MERTEHIKIAN, EDUARDO *Cuestiones de Contratos Administrativos* p.556 – Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo. Universidad Austral. Buenos Aires: Ediciones Rap. 2007.

¹² COMADIRA, JULIO R., *El Acto Administrativo en la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos*, p.18 La Ley Buenos Aires, 2003.

¹³ COMADIRA, JULIO R. *Valiosos aportes de la Corte Suprema a la teoría general del acto y el contrato administrativo*- Elementos de Derecho Administrativo- La Ley. Buenos Aires- 2005. p. 671

¹⁴ ELGASSI, ALBERTO Á. *El Régimen de Contrataciones de la Administración Pública Nacional*. Buenos Aires: Editorial Ad Hoc. 2006. p 80.

¹⁵ GRECCO, CARLOS. *El procedimiento administrativo y contratos administrativos* (variaciones sobre el art. 7° párrafo final de la ley 19549)", en *Contratos administrativos*, Jornadas sobre Contratos administrativos. Universidad Austral. Ciencias de la Administración. División Estudios Administrativos .pp.133 y ss.

¹⁶ ORTIZ DE ZÁRATE, MARIANA Y DIEZ, PEDRO HORACIO. *Perfiles de la Contratación Administrativa a la luz del Decreto 1023/2001*. Buenos Aires: Rev. de Der. Administrativo. 2003. p. 54

nal a través de la Administración Central por medio de sus distintas jurisdicciones, sino también con relación a las distintas entidades que integran el Sector Público nacional en el art. 8° de la Ley 24.156, entre éstas últimas se encuentran tanto las entidades autárquicas como las que conforman el sector empresario estatal.”

En la causa “Gypobras”¹⁷ del 5 de abril de 1995, la CSJN estableció que en materia de contratos administrativos la impugnación judicial se rige por las prescripciones del Título IV de la LNPA y a los argumentos ya expuestos agregó que “la limitación temporal al ejercicio de la acción procesal administrativa prevista en el art. 25 de la Ley 19.549 no es susceptible de impugnación constitucional, toda vez que constituye una reglamentación razonable del derecho de defensa en juicio, en tanto no lo suprime, desnaturaliza o allana”

En el caso “Rincón de los Artistas S.R.L. c. Hospital Nacional Prof. Posadas y otro” del 30/09/2003¹⁸ la Corte dijo: “Es aplicable la ley de procedimientos administrativos 19.549 al examen de validez de los actos relacionados con contratos administrativos –en el caso se declaró nula la adjudicación del servicio de comedor de un hospital público con encargo al adjudicatario de construir una obra para su prestación bajo el sistema de anticresis, al no haberse dado intervención a la Administración General de Inmuebles Fiscales– ante la inexistencia de regulaciones especiales sobre la materia.”

En “Miragaya”¹⁹ Marcelo H. Comité Federal de Radiodifusión (COMFER),” del 09/08/2003, la Corte dijo “que la revocación dispuesta por la resolución COMFER 485/00 se ajustó a lo dispuesto por el art. 17 de la ley 19.549 y no violó los límites a la extinción del acto irregular en sede administrativa impuestos por aquella”.

En el fallo OCCA²⁰ se estableció que “La competencia para determinar el precio de las contrataciones que celebra el Estado debe ejercitarse conforme a la finalidad con la cual fue atribuida, que es la de contratar al precio más conveniente y razonable, de modo que según la norma del art. 7° inc. f. de la ley 19.549 excede su poder el funcionario que fija aquél con ánimo de liberalidad o a su arbitrio.”

¹⁷ CSJN “Gipobras S. A. c/ Estado Nacional- Ministerio de Educación y Justicia, del 05-04-1995, *La Ley*, 1995-e, P.473

¹⁸ CSJN “El Rincón de los Artistas S.R.L. c/ Htal. Nac. Profesor Alejandro Posadas s/ ordinario” E. 441. XXXVIII.

¹⁹ CSJN “Miragaya, Marcelo c/ Comité Federal de Radiodifusión (COMFER)

²⁰ CSJN “Organización Coordinadora Argentina S.A. c/ Secretaría de Inteligencia de Estado- 1998/02/17

En el caso Astorga²¹ la Corte dijo “Que el art. 3° inc. a de la Resolución del COMFER resulta violatorio del art. 18 de la Constitución Nacional y de las convenciones internacionales de derecho humanos que cuentan con jerarquía constitucional, en cuanto resguardan el derecho a la tutela administrativa y judicial efectiva” y agrega “Que la referida disposición atenta, contra los principios básicos de los procedimientos de selección como la licitación y el concurso, en especial, los de libre concurrencia e igualdad, que no sólo tienden a resguardar el derecho de los oferentes o participantes de ese tipo, sino también el interés público comprometido en la debida elección de quienes resultan adjudicatarios”.

En los considerandos del Decreto 315/2007²², del Poder Ejecutivo Nacional, que con fecha 30/3/2007 revocó la Resolución MD N° 931 del 3 de septiembre de 1991 y el Decreto N° 2281 del 31 de octubre de 1991, que los declaró nulos, de nulidad absoluta e insanable e irregulares y todos los actos dictados en su consecuencia, y que en su art. 2° dejó sin efecto el llamado a licitación efectuado por el Decreto N° 1957 del 21 de septiembre de 1990, se estableció: “Que la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos N° 19.549 reconoce a la Administración Pública facultades jurídicas de **autotutela**, consistentes en la posibilidad de revocar sus decisorios per se, en resguardo del **principio de legalidad objetiva y de verdad material** que deben imperar en el procedimiento administrativo (Conf. PROCURACION DEL TESORO DE LA NACIÓN, Dictámenes 207:517 y 215:189; en el mismo sentido, COMADIRA, Julio R. “La anulación de oficio del acto administrativo”, Editorial Ciencias de la Administración, pagina 73 y siguientes)” y que la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, ha entendido que la facultad revocatoria de la propia administración “...encuentra suficiente justificación en la necesidad de restablecer sin dilaciones el imperio de la **juridicidad**, comprometida por la existencia de un acto afectado de nulidad absoluta, y que, por es razón carece de la estabilidad propia de los actos regulares y no puede generar válidamente derechos subjetivos de los particulares frente al orden público interesado en la vigencia de la legalidad” (Fallos 302:545).

²¹ CSJN Astorga BRACHT, Sergio y otro c/ COMFER- dec. 310/98 s/ amparo 16.986-14 de octubre de 2004

²² Ministerio de Defensa- Decreto 315/2007: Instrúyese al mencionado Ministerio a realizar todos los actos requeridos para tomar, de inmediato, posesión de Talleres Navales Dársena Norte Sociedad Anónima, Comercial, Industrial y Naviera (TANDANOR S.A.C.I. y N.) y proceder a su reorganización en ejercicio de los derechos que como accionista mayoritario corresponden al Estado Nacional. Revócanse la Resolución MD N° 931/1991 y el Decreto N° 2281/1991, declarándose nulos de nulidad absoluta e insanable e irregulares y todos los actos dictados en su consecuencia. Déjase sin efecto el llamado a licitación efectuado por el Decreto N° 1957/1990. Bs. As., 30/3/2007

Conclusión

El nuevo régimen contractual de la administración Pública, regulado por el Decreto Delegado 1023 y modificatorias contiene disposiciones importantes que consagra la vigencia de principios que deben regir la contratación pública, que están establecidos en su art. 3°, como asimismo en virtud de la aplicación directa de la LNPA también son aplicables **los principios** que rigen el procedimiento administrativo.

Esto significa que aún cuando algunos contratos de la Administración pública nacional han sido excluidos del nuevo Régimen normativo del Decreto 1023 y de la LNPA, principios como la transparencia, la igualdad, la razonabilidad, la eficiencia y la concurrencia, el debido proceso adjetivo, el informalismo, la juridicidad, no pueden ser soslayados y ello contribuye a evitar hechos y actos de corrupción.

La nueva normativa, al introducir importantes modificaciones, permite un mayor control de la contratación administrativa, fundamentalmente en lo que se refiere a la discrecionalidad administrativa.

Por consiguiente, tiene plena vigencia también el principio de razonabilidad. En Maruba²³, el tribunal sostuvo que “cuando un acto administrativo carece de argumentación razonable sobre los hechos que se le vinculen y se basa tan solo en la simple voluntad del funcionario que lo dictó es arbitrario y por ende ilegítimo.”

No obstante, resulta indudable que una regulación que emana de un Decreto dictado en ejercicio de facultades delegadas resulta controvertido.

En un Régimen Republicano basado en la división de poderes, es cuestionable que se haya autorizado al Poder Ejecutivo a dictar disposiciones cuya finalidad es uniformar la regulación en materia de contratos, pero que corresponde al Poder Legislativo realizar, a través del dictado de una ley.

En definitiva, la implementación de esta normativa implica un considerable progreso, pero es aconsejable que se sancione una Ley general de Contrataciones del Estado Nacional.

En relación al segundo interrogante, considero que las disposiciones del título III de la Ley 19.549 se aplican en forma directa a los procedimientos contractuales, y también sus principios, los que no pueden ser violados por los organismos que intervienen en las contrataciones del Estado.

Los contratos administrativos tienen su regulación específica, pero la aplicación directa de la LNPA establece un régimen predomi-

²³ CNFed. Civil y Com., sala III, julio- 997 “MARUBA S.C.A. c/ Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos

nantemente público que se caracteriza por la existencia de cláusulas exorbitantes y al mismo tiempo le agrega garantías al administrado.

En el estado actual del derecho administrativo, se debe asegurar la tutela administrativa y judicial, garantizando a quienes están interesados en participar del procedimiento de selección o a quienes resulten contratantes, el pleno respeto a sus derechos constitucionales.

Bibliografía

ALFONSO, MARÍA LAURA. *Las nuevas empresas públicas*. Suplemento derecho administrativo. Disponible en Internet en: <http://www.eldial.com>

COMADIRA, JULIO R. *El Acto Administrativo en la Ley Nacional de Procedimiento Administrativo*. Buenos Aires: Editorial La Ley. 2003. p.18.

COVIELLO, PEDRO J. J. *La teoría General del Contrato Administrativo a través de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*. Estudios sobre la contratación pública. Buenos Aires: E. Ciencias de la Administración. 1996.

COVIELLO, PEDRO J. J. *Cuestiones de Contratos Administrativos*- Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo. Universidad Austral. Buenos Aires: Ediciones Rap. 2007. p 236 y 237.

ELGASSI, ALBERTO Á. *El Régimen de Contrataciones de la Administración Pública Nacional*. Buenos Aires: Editorial Ad Hoc. 2006. p 80.

GRECCO, CARLOS. El *procedimiento administrativo y contratos administrativos* (variaciones sobre el art. 7° párrafo final de la ley 19549)", en *Contratos administrativos*, Jornadas sobre Contratos administrativos. Universidad Austral. Ciencias de la Administración. División Estudios Administrativos .pp.133 y ss.

MERTEHIKIAN, EDUARDO. *Revocación por oportunidad de contratos de Infraestructura y Resarcimiento del lucro cesante*. Edición XXVII.2. Buenos Aires: E. RAP Doctrina Pública. p. 225

MERTEHIKIAN, EDUARDO. *Cuestiones de Contratos Administrativos* p.556 – Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo. Universidad Austral. Buenos Aires: Ediciones Rap. 2007.

Montes, María Verónica. *Manual Práctico de Contrataciones de la Administración Pública Nacional*. Edición XXVI-1. Buenos Aires: E. RAP Doctrina Pública. p.371.

Ortiz de Zárate, Mariana y Diez, Pedro Horacio. *Perfiles de la Contratación Administrativa a la luz del Decreto 1023/2001*. Buenos Aires: Rev. de Der. Administrativo. 2003. p. 49 y s.

Fallos

"Cooperamet c. Instituto Argentino de Promoción del Intercambio s. repetición", *Fallos* 263:510.

"Horacio Osmán Henne Albano c/Transportes de Buenos Aires (en liquidación) s/ cobro de \$24.854.907", *Fallos*: 270:446, sentencia del 22-05-1968.

“Ingeniero Livio Dante Porta y Cía. S.I.C. S.R.L. c/ EFA s/interrumpir prescripción”, *Fallos*: 286:333, del 20-09-1973.

- “Intercar S.C.A. c/ Ferrocarriles Argentinos s/ cobro ordinario sobre mayores costos, *Fallos*: 301:525

CSJN “Gipobras S. A. c/ Estado Nacional- Ministerio de Educación y Justicia” del 05-04-1995, *La Ley*, 1995-e, P. 473.

CSJN “El Rincón de los Artistas S.R.L. c/ Htal Nac. Profesor Alejandro Posadas s/ordinario” E. 441. XXXVIII.

CSJN “Miragaya Marcelo H. c/ Comité Federal de Radiodifusión (COMFER)” del 09/08/2003.

CSJN “Organización Coordinadora Argentina S.A. c/ Secretaría de Inteligencia de Estado” del 17/02/1998.

CSJN “Astorga Bracht Sergio y otro c/ COMFER” – Decreto 310/98 s/ amparo 16.986, del 14/10/2004.



IGUALDAD REAL DE OPORTUNIDADES Y ACCIONES POSITIVAS EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ARGENTINO

Andrés Rossetti ()*

Resumen: El artículo analiza la incorporación al texto constitucional en 1994 de los preceptos que tratan la “igualdad real de oportunidades y de trato” y las “acciones positivas”. Se pone el acento en el cambio de paradigma que ello debería generar en nuestro ordenamiento si se respetase lo estatuido en la norma. En efecto, el texto se detiene a reflexionar, precisamente, sobre el significado de la mencionada incorporación y las implicancias que su concreta aplicación generaría en el derecho en Argentina.

Palabras Claves: Constitución Argentina – Igualdad – Igualdad “real” de oportunidades – Acciones positivas

1. Introducción

El concepto de igualdad es uno de los que más cuesta expresar en el campo jurídico. Es un término difícil, ya que es ambiguo (más de un significado), vago (con significados imprecisos) y que, además, cuenta con una (cierta) carga emotiva favorable, en el sentido que la mayoría –en principio– se manifiesta a favor de la igualdad aunque lejos de los niveles de adhesión que encontramos con otros términos con la misma carga como justicia, libertad, democracia o derechos humanos. Sin embargo, con la igualdad como con los demás términos mencionados es factible ponerse de acuerdo en lo que se refiere a la idea o al concepto abstracto, pero cuando se intenta avanzar más hacia una definición

(*) Doctor en Derechos Humanos de la Universidad de Palermo, Italia. Profesor Adjunto de las materias Derecho Constitucional y Derecho Procesal Constitucional de la Facultad de Derecho y Cs. Sociales, UNC. Investigador del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, UNC. Correo electrónico: andresarg@hotmail.com.

más precisa, puntual y concreta del mismo las diferencias y los desacuerdos empiezan a vislumbrarse en forma notable. Ello porque no resulta claro que se quiere significar con el término “igualdad” en general, e igualdad jurídica en particular.

2. Igualdad y libertad

La igualdad, junto con la libertad, son los dos principios básicos del sistema de protección de los derechos fundamentales¹. A pesar de tratarse de los dos pilares centrales de los actuales sistemas jurídicos que protegen los derechos fundamentales, cabe afirmar que entre ellos existe una “relación tensa”², en el sentido que su cohabitación comporta invasiones de uno en el campo del otro cuando deben resolverse conflictos jurídicos y sociales que los tienen como parámetros, diferenciados, de referencia. Puede afirmarse, por tanto, que pensado en un esquema teórico puro un estado ideal de libertad podría, en un sentido general, afectar la igualdad, mientras que en el caso opuesto el valor que se vería afectado es el de la libertad (baste pensar en los ejemplos concretos de un hipotético estado “libertario” puro o bien “comunista” puro, y las consecuencias sobre el otro elemento en juego).

No obstante lo dicho, son dos conceptos diferentes ya que se afirma que la libertad es un “estado” mientras que la igualdad, en cambio, es una “relación”³. Es decir, si bien uno puede afirmar “yo soy libre”, no puede hacerse lo mismo con respecto a la igualdad y decir “yo soy igual” ya que carece de sentido. La igualdad implica, inevitablemente, una “comparación”, por lo que requiere, al menos, de dos puntos para poder ser medida. A su vez, para realizar la comparación y establecer la relación se debe determinar “iguales en qué”: en dinero, en derechos, en trabajo, frente a la ley, etc.

Bobbio relacionando entre quienes y sobre qué se hace la comparación encuentra cuatro niveles posibles (limitando la comparación en relación con las partes todo-parte) de respuestas:

- a) Igualdad entre todos en todo.
- b) Igualdad entre todos en alguna cosa.

¹ DICE NOWAK (1993, 458) “Along with liberty, equality is the most important principle imbuing and inspiring the concept of human rights”.

² La existencia de una “confrontación” entre estos dos conceptos es la posición mayoritaria, que comparto, aún cuando hay sectores doctrinarios que niegan esta tensión y afirman que la libertad y la igualdad son ideales armónicos entre sí.

³ BOBBIO (1995, XI).

- c) Igualdad entre algunos en todo.
- d) Igualdad entre algunos en alguna cosa⁴.

El ideal del igualitarismo es la primera posición, pero debido a su tensión con la idea de libertad no parece aceptable, en los sistemas jurídicos modernos y dado el actual nivel de desarrollo del marco de protección internacional de los derechos humanos, una defensa del mismo. Lo interesante es visualizar el grado de “acercamiento” al ideal de igualdad que cada ordenamiento tiene, a nivel normativo pero, fundamentalmente, a nivel “fáctico”.

3. La igualdad “fáctica” y su imposibilidad. Rasgos relevantes

Precisamente cuando se empieza a visualizar la cuestión en el ámbito de lo fáctico surgen fuertes inquietudes y problemas, precisamente por la enorme desigualdad -por lo menos en una importante cuestión de aspectos- entre cada uno de los seres humanos. Hay, en cada momento histórico determinado, personas ricas y pobres, fuertes y débiles, ancianas y jóvenes, gordas y flacas, rubias y morochas, altas y bajas, etc. Si bien se trata de diferencias importantes, la mayoría de ellas no parecen determinantes. Dice Bobbio:

“¿Quiénes son los iguales, quienes los desiguales? ¿Se puede, acaso, establecer una línea neta de división entre iguales y desiguales? Para responder a esta pregunta se necesitaría establecer criterios compartidos en relación con como agrupar a los individuos. Pero estos criterios no sólo son difíciles de establecer, ya que generalmente se basan en datos objetivos, universalmente reconocidos. En general, los datos objetivos, como el color de los cabellos, la estatura, el peso, la mayor o menor fuerza física, son los menos relevantes para establecer categorías útiles socialmente. Los criterios útiles para agrupar a los individuos en categorías socialmente relevantes dependen, frecuentemente, de juicios de valor que no son, por sí mismos objetivos. Es más, casi siempre derivan de prejuicios”⁵.

Lo importante, frente a esta situación de “caos” desigualitario –que podría decirse que es la regla– en el que se encuentran las personas desde una perspectiva fáctica, es visualizar el rol del derecho y como éste materializa e impone la idea de “igualdad jurídica”.

⁴ BOBBIO (1995, 30).

⁵ BOBBIO (1994, 158-9).

4. La igualdad jurídica

Frente a la situación descrita el derecho intenta buscar y generar criterios válidos para poder materializar la idea de igualdad. Todos los ordenamientos regulan la cuestión en forma expresa de diferentes maneras.

A modo de ejemplo, basta citar uno paradigmático como es el artículo 1º de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 que dice:

“Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”

No parece tratarse de un artículo precisamente “jurídico” pues no queda clara su función (si se dice que es descriptiva ello no sucede en la realidad, si se afirma que es prescriptiva tampoco). Parece tratarse de una declaración sin efectos jurídicos directos pues más bien está colocada como un objetivo o fin a perseguir.

Los diferentes ordenamientos, entonces, tratan la igualdad y se cuestionan en relación con las distintas acepciones y los contenidos que deben asignársele.

Se discute, por ejemplo, si se trata de un *principio*, una *garantía* o un *derecho*⁶. También si lo que se consagra es una mera igualdad

⁶ CAYUSO (2003, 1381). “*La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas*”.

¹⁰ La diferencia entre la igualdad *formal* e igualdad *real*:

Existen muy variados y diferentes criterios para considerar la igualdad. Por ello, si se consideran las diferentes normas del derecho internacional de los derechos humanos que la regulan puede decirse que dicho derecho protege, al menos y en razón de una de las más conocidas clasificaciones, dos tipos de igualdad: la igualdad formal y la igualdad material (o real).

La primera de ellas le exige al Estado, simplemente, que sea *neutral* o *imparcial* en el trato. Es decir, la regulación estatal no debe ser ni discriminatoria ni arbitraria. Lo que no parece exigirse en esta concepción es que deba, necesariamente, ser el Estado quién procure nivelar las desigualdades de hecho existentes en el seno de la sociedad.

El segundo tipo de igualdad, la material o real, trata, en cambio, de remediar las insuficiencias de la primera versión y por tanto exige que el Estado actúe para remover los diferentes obstáculos culturales, políticos o económicos que limitan de hecho la igualdad entre los distintos seres humanos.

En ambos casos se entiende la idea de igualdad, inevitablemente, como una *relación*, es decir que para poder juzgar y fijar un criterio de igualdad es necesario contar, siempre, con al menos dos o más partes para poder confrontarlas. A su vez, debe fijarse la materia o el objeto de dicha relación o comparación. Es famoso el título de un artículo que se pregunta

formal o bien una igualdad real o sustancial. En otros contextos también se plantea la discusión entre la igualdad de oportunidades frente a la igualdad de resultado, entre muchas otras opciones diferentes⁷.

Otra cuestión importante de resaltar en relación con la “igualdad jurídica” es que ella casi siempre se encuentra consagrada en una fuente de *rango constitucional* (como en el caso argentino) y por tanto nos encontramos frente a lo que Guastini da en llamar una “*metanorma*” o norma de segundo grado ya que se trata de:

“una norma que no regula directamente la conducta de los ciudadanos sino que versa, en cambio, sobre (la producción o la aplicación de) otras normas. En un caso, la norma de igualdad constituye una metanorma sobre la legislación: establece igualdad en la ley. En el otro caso, la norma de igualdad constituye una metanorma sobre la aplicación del derecho: establece igualdad ante (o en la aplicación de) la ley”⁸.

5. La igualdad en la Constitución de 1853

Nuestra Constitución Argentina en 1853 incorporó un concepto de “igualdad” proveniente del constitucionalismo clásico, moldeado

“¿Igualdad de qué?” de Amartya Sen (1979) lleva a cuestionarse si la igualdad a la que uno se refiere es en lo político, en lo social o en lo económico, entre otras.

Dentro del campo de las dos igualdades presentadas en este punto, la diferencia no siempre es clara. En efecto, todo depende de cómo se interprete la igualdad formal: ¿basta con que el Estado al dictar sus normas trate a todos en igual forma? ¿Pero qué es “igual forma”? ¿Se le debe requerir a todos, por ejemplo, un impuesto igual a 1 (donde uno puede ser dinero o cualquier otra cosa) o bien se debe requerir ese impuesto en relación con lo que cada uno posee o produce? En ambos casos hay un criterio “igualitario” pero es obvio que el primero es mucho más lejano de un parámetro de redistribución y de criterios de “justicia” (sería una especial concepción de la igualdad desde una posición que podríamos calificar como “libertaria”). El segundo caso, al menos, se acerca más a una idea de igualdad tal cómo es sostenida por las normas del derecho internacional de los derechos humanos. La igualdad real o material, precisamente, pretende dejar menos abierta a la “interpretación” la cuestión de la igualdad y de esta forma superar este tipo de problemas, puesto que persigue *realmente* generar una *sociedad de iguales*: ¿esto comporta que todos *debemos* ser iguales? Las diferencias entre cada uno de los seres humanos son enormes y, por tanto, la pretensión del “deber” de igualdad parece difícil de realizarse en lo concreto. La idea de una igualdad de “todos en todo” puede ser un ideal para algunos defensores de posturas igualitaristas extremas (podríamos calificarlos de comunistas puros o fuertemente comunitaristas y colectivistas), pero si bien es plausible en relación con la idea *pura* de igualdad (ideal de igualdad), debe insertarse en el contexto general del conjunto sistemático de normas del derecho internacional de los derechos humanos que no lo aprueba. En efecto, ya me he referido a la tensión entre libertad e igualdad y una posición de este tipo afecta la primera beneficiando en exceso la segunda y, por tanto, trasgrede las normas mencionadas. Lo mismo sucede con una posición “liberista” pura.

⁷ Ver, por ejemplo, Somaini (2002).

⁸ GUASTINI (1999,124).

en base a la idea preponderante de “libertad” con un Estado abstencionista o neutral, que plasmó en diferentes artículos como el 15 (abolición de la esclavitud) o el 20 (no diferenciación de derechos civiles con respecto a los extranjeros).

El artículo más relevante es el aún actual artículo 16⁹ que consagra diferentes *igualdades (formales)*¹⁰: fiscal, ante la justicia, etc.

La principal regulación que surge del artículo es la **igualdad ante la ley** que fundamentalmente consiste en que la ley no debe, al reglamentar, realizar un trato discriminatorio. En efecto, las leyes (en sentido amplio de ley) continuamente clasifican y categorizan a los sujetos y, al hacerlo, les otorgan un “trato desigual”.

Para poder determinar si las diferentes clasificaciones que toda ley generalmente realiza no contradiga lo dicho *supra*, se debe utilizar el principio de **razonabilidad** que surge fundamentalmente del artículo 28 de la CN, en virtud del cuál se realiza un análisis de la *ponderación* (en relación con los *medios* elegidos por el legislador) y de la *selección* (en relación con los *criterios* por lo que se afectan derechos de una persona en forma distinta de otras).

El “test de razonabilidad” ha sido (y sigue siendo) estudiado profundamente por diferentes autores que buscan “objetivizar” criterios práctica y casi inevitablemente subjetivos. Así vemos, por ejemplo, que Sagüés presenta tres tipos de razonabilidad: la normativa, la técnica y la axiológica¹¹ o bien Haro habla de la razonabilidad cuantitativa, cualitativa e instrumental¹². Hay muchos otros autores que siguen por el mismo camino.

No obstante lo dicho, seguramente existen algunas pautas generales para establecer cuando una norma es “razonable” y cuando no, pero la determinación, en los que podría llamar “casos difíciles”, de ella se encuentra siempre en relación con márgenes importantes de subjetividad que no pueden ser evitados. Por cierto, si tuviésemos, como parece que podemos llegar a empezar a tener, pautas y criterios constantes jurisprudenciales (en particular de la Corte Suprema de Justicia), el margen de la “subjetividad/arbitrariedad” para determinar lo “razonable” y lo que no lo es seguramente empezaría no digo a eliminarse (es imposible en campos como el derecho) pero sí podrían empezar a acotarse un poco sus límites.

Al respecto, siguiendo a Bidart Campos, podría decirse que en materia de igualdad la Corte ha fijado el siguiente repertorio de principios:

⁹ Ob. cita.

¹⁰ ALFONSO, MARÍA LAURA, *Las nuevas empresas públicas*. Suplemento derecho administrativo. Disponible en Internet <http://www.eldial.com>.

¹¹ SAGÜÉS (1999, Tomo 2, Capítulo XXXV).

¹² HARO (2003, Capítulo XV).

- a) la igualdad exige que *se trate del mismo modo a quienes se encuentran en iguales situaciones*;
- b) por eso, implica el derecho a que *no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros en iguales circunstancias*;
- c) la regla de igualdad no es absoluta, ni obliga al legislador a cerrar los ojos ante la diversidad de circunstancias, condiciones o diferencias que pueden presentarse a su consideración; lo que aquella regla estatuye es la obligación de igualar a todas las personas afectadas por una medida, dentro de la categoría, grupo o clasificación que les corresponda, *evitando distinciones arbitrarias u hostiles*;
- d) la razonabilidad es la pauta para ponderar la medida de la igualdad, con lo que queda entendido que el legislador *puede crear categorías, grupos o clasificaciones que irroguen trato diferente entre los habitantes, a condición de que el criterio empleado para discriminar sea ‘razonable’*;
- e) las únicas desigualdades inconstitucionales son las arbitrarias, y por *arbitrarias han de estimarse las que carecen de toda razonabilidad, las persecutorias, las hostiles, las que deparan indebidos favores o privilegios, etc.*¹³.

De la lectura de este “minucioso” repertorio no parece que se aclaren, demasiado, los aspectos señalados *supra*.

6. La Reforma de 1994 y los cambios en materia de igualdad (1)

La reforma de 1994 incorporó cambios de suma importancia en relación con el “techo ideológico” de la Constitución y, sin dudas, reforzó la parte “social” (o “socialista”) de su texto normativo¹⁴.

La incorporación de 11 instrumentos de derechos humanos con jerarquía constitucional en el mismo momento de la reforma, con la inclusión de normas de la importancia como la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, los dos Pactos básicos de derechos humanos de Naciones Unidas como así también la Convención Americana sobre Derechos Humanos, entre otros, ha fortalecido notablemente el cúmulo de derechos que los habitantes de la Nación tenemos¹⁵ y, también con ello

¹³ BIDART CAMPOS (1998, 533).

¹⁴ SAGÓES (1999, Tomo 1, 250).

¹⁵ En realidad ya se tenían antes porque Argentina ya tenía responsabilidad internacional, a partir de 1984 y 1986, año de las ratificaciones a los principales tratados, pero

se ha reforzado el plexo normativo en lo que respecta al principio/ garantía/derecho de igualdad.

Los artículos más relevantes en referencia con esta cuestión son muchos y variados¹⁶. Si bien dichos artículos no incorporan –como sí lo ha hecho el texto constitucional– la idea expresa de igualdad *real* de oportunidades que ahora se analizará, los organismos de monitoreo

ahora al tener jerarquía constitucional se hacen “mas visibles” para los operadores jurídicos y su correspondiente respeto y aplicación.

¹⁶ En una rápida enumeración diría que ellos son: en la **Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre**, el artículo II: Todas las personas son iguales ante la Ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna, en la **Declaración Universal de Derechos Humanos** el artículo 1 (Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente unos con los otros) y el Art. 7 (Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación); en la **Convención Americana sobre Derechos Humanos** el Art. 1: 1. (Los Estados parte en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. 2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano) y el artículo 24 (Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley). En el **Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales** el artículo 2. 2 (Los Estados Parte en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social), el artículo 3 (Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a asegurar a los hombres y a las mujeres igual título a gozar de todos los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el presente Pacto) y también tienen relación importante los artículos 7, 10, 12 y 13. En el **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos** el artículo 2: 1. (Cada uno de los Estados Parte se compromete a respetar y garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social), el artículo 3 (Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos enunciados en el presente Pacto) y también están muy relacionados los artículos 24, 26 (Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social) y 27. En la **Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial**: los artículos más relevantes en el tema son el 1.1 y el 5. La **Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer** tiene como artículo vinculado con el tema el 1 (A los efectos de la presente convención, la expresión “discriminación contra la mujer” denotará toda distinción, exclusión o restricción, basada en el

de los mismos sí lo han hecho al momento de interpretar y determinar los contenidos de los pactos respectivos. Así vemos que tanto la Comisión Interamericana como la Corte (cuya jurisprudencia es obligatoria en nuestro país) se han manifestado en relación con el principio afirmando que el mismo comporta de parte del Estado “acciones positivas” para remover los obstáculos relacionados con la falta de igualdad entre sus habitantes. En igual sentido se ha pronunciado el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas que monitorea el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, tanto en relación con casos individuales que ha resuelto como por medio de una Observación General emitida en el año 1989¹⁷. En este sentido, es importante tener presente que la Corte Suprema Argentina considera que dichos pronunciamientos, al igual que los realizados por los otros organismos que monitorean los tratados enumerados en el inciso 22 del artículo 75 de la Constitución Nacional, son considerados fuentes del derecho constitucional y que los respectivos tratados deben entenderse en el modo como ellos

sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad de l hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera) y también el 2. En la **Convención sobre los Derechos del Niño** encontramos el artículo 2.

¹⁷ En ella, la Observación General 18 sobre “No discriminación” emitida el día 10/11/1989, en su punto 10 dice: “El Comité desea también señalar que el principio de la igualdad exige algunas veces a los Estados Partes adoptar disposiciones positivas para reducir o eliminar las condiciones que originan o facilitan que se perpetúe la discriminación prohibida por el Pacto. Por ejemplo, en un Estado en el que la situación general de un cierto sector de su población impide u obstaculiza el disfrute de los derechos humanos por parte de esa población, el Estado debería adoptar disposiciones especiales para poner remedio a esa situación. Las medidas de ese carácter pueden llegar hasta otorgar, durante un tiempo, al sector de la población de que se trate, un cierto trato preferencial en cuestiones concretas en comparación con el resto de la población. Sin embargo, en cuanto son necesarias para corregir la discriminación de hecho, esas medidas son una diferenciación legítima con arreglo al Pacto” y en el Punto 12 afirma “Si bien el artículo 2 del Pacto limita el ámbito de los derechos que han de protegerse contra la discriminación a los previstos en el Pacto, el artículo 26 no establece dicha limitación. Esto es, el artículo 26 declara que todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley; también dispone que la ley garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra la discriminación por cualquiera de los motivos en él enumerados. A juicio del comité, el artículo 26 no se limita a reiterar la garantía ya prevista en el artículo 2 sino que establece en sí un derecho autónomo. Prohíbe la discriminación de hecho o de derecho en cualquier esfera sujeta a la normativa y la protección de las autoridades públicas. Por lo tanto, el artículo 26 se refiere a las obligaciones que se imponen a los Estados Partes en lo que respecta a sus leyes y la aplicación de sus leyes. Por consiguiente, al aprobar una ley, un Estado Parte debe velar por que se cumpla el requisito establecido en el artículo 26 de que el contenido de dicha ley no sea discriminatorio. Dicho de otro modo, la aplicación del principio de no discriminación del artículo 26 no se limita al ámbito de los derechos enunciados en el Pacto”.

rigen en el ámbito internacional o regional de acuerdo con lo establecido por ellos¹⁸.

En la reforma “formal” se introdujeron numerosos cambios en el texto mismo de la Constitución en referencia con la igualdad y así vemos que se incorporó el concepto de “igualdad real de oportunidades y de trato” con las acciones positivas en los artículos 37 (y su cláusula transitoria que se refiere a la ley 24.012), 75 inciso 23, pero también se consagraron normas vinculadas con el tema en el artículo 43 y en el 75 incisos 2 (con respecto a cuestiones impositivas al que también remite el inciso 8), 17 (cláusula indigenista) y 19 (regiones y educación) y, en cierta forma, con respecto a las minorías en virtud de lo establecido en el artículo 1 de las disposiciones transitorias (kelpers)¹⁹.

7. La Reforma de 1994 y los cambios en materia de igualdad (2): Las acciones positivas, la igualdad real de oportunidades y la “evolución” de la jurisprudencia en la materia

Los artículos citados en el punto anterior se relacionan con la cuestión, en especial el 37, y el 75 incisos 2, 8 (que remite al anterior) y 19. No obstante lo dicho, el que más directamente se relaciona con la cuestión –debido a su generalidad– es el inciso 23 del artículo 75 que dice en su primer párrafo:

“Corresponde al Congreso: Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad”.

Me concentro fundamentalmente en la afirmación que dice “*Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato*” ya que, según la que considero es la interpretación correcta de ella, significa un cambio muy fuerte en la Constitución Argentina y los límites que ella le pone al Estado en lo que se refiere a la posibilidad de realizar (o no realizar) sus “políticas públicas”.

¹⁸ Ver GIALDINO (2003).

¹⁹ Me he ya referido al tema de la igualdad con referencia a las minorías en Rossetti (2001).

En primer lugar cabe cuestionarse sobre las “razones” que llevaron a los convencionales constituyentes a colocar estos dos textos en la norma constitucional. Es difícil no pensar que se trató de una reforma introducida por gatopardismo o hipocresía, o para satisfacer los informes periódicos que el país debe enviar a los diferentes comités y otros organismos internacionales y regionales que monitorean el cumplimiento de los pactos y tratados de derechos humanos en los Estados. Formulo esta afirmación porque debe recordarse que los constituyentes, en su gran mayoría, conformaban la misma clase política que había gobernado, gobernaba y gobernaría en el futuro siguiente a la Convención, tiempos en los que se imponía plenamente en el país las recetas y políticas del “neoliberalismo” salvaje y se producía un “desguace” del Estado por parte de la “misma” clase política que con esas políticas públicas generaba una situación que cada vez producía, paradójicamente, más “desigualdad real de oportunidades”.

Al margen de lo dicho, las normas una vez consagradas “se liberan” –o pueden “desvincularse”– de la (“real” o “ficticia”) voluntad del legislador, por lo que hoy y en el futuro ellas pueden ser interpretadas y aplicadas por lo que dicen y regulan.

En segundo lugar, el hecho que la norma se encuentre dentro de las atribuciones del Congreso no implica su limitación, exclusivamente, a una función de este órgano. Tal como ha sucedido con otros temas, estos fueron colocados en este mismo artículo simplemente por la limitación fijada por la ley declarativa de necesidad de la reforma 24.309 que no permitía la modificación de la primera parte de la Constitución por la reforma del 94, pero parece claro que muchos de los temas –incluido éste– tienen un alcance general más allá de su colocación circunstancial.

Hechas estas dos advertencias, me parece interesante detenerme sobre que se entiende por estos “mecanismos reparadores” o, directamente, por las “acciones positivas”. Pizzolo²⁰, los diferencia en las acciones afirmativas, la discriminación inversa y las medidas especiales.

Por acciones afirmativas entiende, siguiendo a Ekmekdjian:

“el otorgamiento de cierto trato preferencial a ciertos grupos que tradicionalmente han estado en situación de inferioridad, por razones de raza, religión, color de piel, etc., a fin de subsanar esa desventaja, permitiéndoles competir con los otros grupos en condiciones de paridad”²¹.

²⁰ PIZZOLO (2005, 349).

²¹ Ibidem.

Por discriminación inversa afirma que:

*“en determinadas circunstancias resulta legítimo favorecer a determinadas personas de grupos sociales en mayor proporción que otras, si mediante esa discriminación se procura compensar y equilibrar la marginación o el relegamiento desiguales que recaen sobre aquellas personas que con dicha discriminación se benefician”*²².

Y por medidas especiales no se pronuncia expresamente, pero uno podría entender que se trata de todas las demás medidas que tiendan a posibilitar la igualdad real que no entren en las dos “difusas” categorías precedentes.

No obstante lo dicho y a pesar de la existencia de las nuevas normas dispuestas sobre el tema en Argentina, no parece que los poderes públicos, tanto el Legislativo como el Ejecutivo y el Judicial, hayan realizado, *seriamente*, acciones positivas a favor de las personas citadas en el inciso 23 del artículo 75 CN o a favor, en general, de toda la población.

Si bien las medidas para efectivizar la igualdad real deben surgir de los órganos “netamente políticos”, frente a su “inacción” es el Judicial quién tiene que hacer respetar los mandatos constitucionales. Tampoco este poder lo ha hecho. Los casos más resonantes en materia de igualdad en los últimos años decididos por el máximo tribunal argentino: Repetto (antes de la reforma del 94)²³, Calvo y Pesino²⁴, Gonzalez Delgado (Montserrat)²⁵ o Hooft²⁶, por citar algunos de los más frecuentemente señalados por la doctrina²⁷, poco tienen que ver con la igualdad real de oportunidades. De algunos de ellos se desprende, no obstante, un cambio en cuanto al principio de la presunción de constitucionalidad de las normas y la carga de la prueba frente a las “categorías sospechosas” en relación con los extranjeros en base a lo dispuesto *expresamente* en el artículo 20 CN, “importando” –sin un rigor claro en relación con nuestro texto constitucional– este criterio sentado ya desde hace años por la jurisprudencia norteamericana con relación a otras categorías²⁸.

²² Ibidem.

²³ Repetto, Inés María C. *cl* Provincia de Buenos Aires, Fallos 311:2272 (1988).

²⁴ Calvo y Pesini Fallos 321:194 (1998).

²⁵ Gonzalez Delgado, Cristina y otros *cl* Universidad Nacional de Córdoba, Fallos 323:2659 (2000).

²⁶ Hooft, Pedro C. F *cl* Provincia de Buenos Aires (CSJN, del día 16 de diciembre del 2004).

²⁷ Ver, por ejemplo, Alvarez (2004) o Treacy (2005).

²⁸ El inicio de esta jurisprudencia de “acciones afirmativas” se genera en aquél país con el caso “Bakke” de 1978. Para un análisis del mismo ver Miller, Gelli y Cayuso (1991, 1555 y siguientes) y su posterior evolución Gorbak (2004).

De todos modos, ha habido algunos avances jurisprudenciales en relación con ciertas acciones positivas, baste mencionar el conocido y polémico caso “Freddo” (2002, fallo de Cámara)²⁹ en este sentido. Quizás, los “retrocesos” son mayores, por ejemplo el caso “Ramos” (2002)³⁰ cuya jurisprudencia –tal como debió haber sido desde el inicio– ahora parece que empieza a cambiar³¹.

Creo, en definitiva, que tanto los poderes públicos “políticos”, como la doctrina especializada y la jurisprudencia han recibido estos dos artículos con poco o relativo interés, y cuando se lo ha considerado, en mi opinión se ha puesto el énfasis, primordialmente³², en el hecho que regulan medidas de “acción positiva” que queda en manos del Estado su “materialización” (a tal fin la jurisprudencia y la doctrina norteamericana parece señalarles el camino a seguir) pero no se ha detenido a reflexionar que comporta, en la realidad, la igualdad real de oportunidades que los mismos consagran. Me detengo en el punto siguiente en esta cuestión.

8. La “igualdad real de oportunidades”: Breve análisis conceptual

La *igualdad de oportunidades*, que puede considerarse una especie de “versión *liberal* del igualitarismo”, persigue fundamentalmente paridad en el punto de partida (y acepta o considera legítimas las desigualdades que luego puedan surgir en razón de elecciones y acciones libremente realizadas), es decir, aspira a que todos tengan las mismas posibilidades de obtener éxito partiendo con las mismas oportunidades, o, al menos, que exista una competencia en la que ninguno goce de ventajas iniciales o que exista un tratamiento de favor durante el desarrollo de la misma³³. Por cierto, es por demás difícil, en la práctica, encontrar situaciones concretas donde se verifique, plenamente, una igualdad real de oportunidades porque para ello parece necesario te-

²⁹ *Fundación Mujeres en Igualdad y otro c/ Freddo SA s/ amparo*, Sala H de la Cámara Nacional en lo civil, Buenos Aires 16 de diciembre de 2002.

³⁰ *Ramos, Marta Roxana y otros c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ amparo* (CSJN, 12-3-02).

³¹ En efecto, la actual composición de la Corte Suprema ha dictado diferentes fallos aceptando la medida cautelar y obligando a las esferas estatales a proporcionar alimentos y demás elementos de necesidades básicas, por ejemplo *Rodríguez, Karina Verónica c/ Estado Nacional y otros s/ acción de amparo* (CSJN, 7-3-06), *Esquivel, Roberto y otro c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ amparo* (CSJN, 7-3-06) o *Quiñone, Alberto Juan c/ Buenos Aires, Provincia de s/ amparo* (CSJN, 11 de Julio de 2006).

³² Hay excepciones. Inicialmente ver, por ejemplo, Barbarosh (1994). Hoy, por ejemplo, varios artículos del libro de Alegre y Gargarella (2007), en especial los de Roberto Saba y Lucas Grossman.

³³ Ver SOMAINI (2002, Capítulo III).

ner en cuenta las particularidades de todos y cada uno de los distintos componentes de la competencia, no sólo en sus aspectos físicos, sino también en relación con su formación cultural, con su edad o con su “background” previo al momento de la competencia³⁴.

De más está decir, además, que aún cuando pueda suponerse, por hipótesis, que es posible generar una “real” igualdad de oportunidades en un determinado momento (tiempo 1, T1), seguramente con el transcurrir de la vida (sean minutos, horas, días, meses o años según los casos) esa igualdad en el momento de partida se verá alterada en razón de los diferentes comportamientos de los distintos sujetos que se encontraban en T1 en igualdad de condiciones, por lo que llegamos a un momento posterior (tiempo 2, T2) donde nuevamente existe una situación *objetiva* de desigualdad. Esto es lo que lleva a decir que, en realidad, sostener solamente la igualdad de oportunidades comporta aceptar la desigualdad³⁵ aunque, en realidad, ésta también puede ser entendida –en su forma “extrema”– como una idea aún “mas radical” que la igualdad de resultados³⁶.

Podría decirse que la igualdad de oportunidades sólo se vería cubierta, al menos en un momento, en sociedades tipo las propuestas por Platón cuando propicia que los niños al nacer sean sacados de sus padres y custodiados por los gobernantes siendo todos hijos de los ciudadanos que en su conjunto son padres, pero también en este caso las desigualdades se presentarían de todos modos.

Sin embargo, la defensa de este tipo de igualdad –de oportunidades– se concentra en que si la nueva desigualdad (la de T2) se debe a factores nuevos, hay que ver cuáles son las razones de la nueva situación. Si se trata de factores ajenos a las conductas de los sujetos involucrados (por ejemplo, catástrofes naturales, o bien hechos no imputables a su conducta), parece razonable buscar nuevas formas de equilibrio en la nueva situación desigual pero si la desigualdad del T2 se debe a razones imputables a la conducta de los sujetos, como por ejemplo a su esfuerzo personal, a su mérito, se entiende que estas diferencias –desigualdades– no pueden ser contestadas ya que todos los participantes estaban en condiciones de “ganar” con las mismas posibilidades.

³⁴ Ibidem.

³⁵ “Noi sappiamo che l'eguale opportunità genera risultati ineguali” (Veca 2005, 6).

³⁶ En efecto, dice MICHEL WALZER “L'uguaglianza delle opportunità è, nonostante quanto si creda normalmente, un'idea molto più radicale rispetto all'uguaglianza dei risultati. Se la si porta alle sue logiche, estreme, conseguenze, bisognerebbe essere pronti ad allontanare i bambini dalle loro famiglie perché la fonte cruciale di disuguaglianze è proprio la famiglia” citado en Somaini (2002, 87).

Esto nos lleva al problema del “libre albedrío contra el determinisimo” sobre lo que no puedo explayarme en este escrito. Sin embargo la pregunta a contestar puede ser: ¿Actuamos en base a nuestra capacidad personal pero nuestra capacidad personal se debe a factores adquiridos por lo que nos fue dado cultural y socialmente o por “mérito propio”? Seguramente nuestras propias capacidades están influidas por lo social e incluso las razones de nuestra capacidad personal –sean del tipo que sean y por las razones que uno las posea– son debidas, generalmente, al puro caso. De ser así, parece razonable que el derecho intervenga y así lo exige nuestro texto constitucional.

De todos modos, como puede verse, la igualdad de oportunidades acepta distintas interpretaciones pero NO deja márgenes para situaciones como las que se viven hoy en Argentina. En efecto, si llevamos la discusión de la teoría a la práctica concreta, tal como es importante que hagamos los que nos dedicamos al derecho constitucional con las normas constitucionales que regulan –precisamente– la vida práctica, vemos que lo dicho –tanto en su versión mínima como en su versión máxima– hoy no se cumple. En una Argentina donde hay niños que nacen en villas miseria y otros que nacen en barrios cerrados con enorme abundancia cómo puede imaginarse que ellos tengan igualdad de oportunidades si son “desiguales” ya antes de nacer por cuestiones nutritivas, y que a medida que pasa cada segundo esa diferencia se va agrandando a través de la desnutrición de uno y la nutrición del otro, con las consecuencias irreversibles que esto genera en una serie de aspectos vitales para el desarrollo cerebral y humano. Luego vienen las diferencias en muchos otros campos.

9. Conclusiones

No propugno ideas extremas como la citada planteada por Platón porque si bien puede considerarse que una postura radical de este tipo bien presentada y actualizada puede adecuarse a la nueva exigencia constitucional en relación con la igualdad real de oportunidades, a su vez ella choca con otras normas constitucionales como por ejemplo la que defiende la integralidad de la familia (14bis) y muchas otras. Pero también entiendo que tampoco puede seguirse –si se piensa que la Constitución debe ser obedecida- en esta otra situación de violación fuerte de la misma al no respetarse normas constitucionales bastante claras y puntuales.

En efecto, en base al actual texto constitucional puede decirse que nos encontramos en una “situación” o “estado” inconstitucional, al menos por omisión (por no hacer, por no cumplir con los mandatos constitucionales).

Los poderes públicos, quienes no pueden realizar *cualquier* clase de políticas públicas y se deben atener al marco que les fija la Constitución, si se toman las normas constitucionales en serio están obligados por ella a actuar sus directivas. La norma analizada en relación con la igualdad real de oportunidades limita enormemente el abanico de posibilidades y le exige al Estado y al Gobierno que –dentro de un marco de alternativas razonables de elección en cuanto a las estrategias y modalidades- haga efectiva esta norma que hoy está lejos, muy lejos, de encontrarse cumplida. ¿Cómo? Ya se dijo que las opciones son variadas, pero por poner algún ejemplo puede pensarse en la exigencia de “hambre cero”, de “desnutrición cero”, de educación de calidad para todos, entre muchas otras, debiendo decidir el Gobierno las “políticas” puntuales al respecto (que deben ser exitosas). Esto se relaciona con la exigencia de “igualdad real de oportunidades”. Si no se hace, se viola la Constitución.

Además, me parece que la doctrina constitucional –que ha descuidado bastante esta cuestión– debe profundizar este aspecto y debe bregar –como todos– porque esta situación de violación constitucional se revierta. Ello, primero que nada, puede ayudar a “concientizar” que vivimos en una sociedad que no respeta su derecho, es decir que permite una “situación inconstitucional” (a más de indecente, injusta e inhumana podría agregarse). Si se aplicase lo dispuesto en la norma constitucional en cuestión seguramente podremos empezar a vivir en una sociedad de “iguales” *realmente* y, por tanto, aunque suene paradójico, con una mayor cantidad de personas cada vez más libres *realmente*.

Bibliografía citada

ALEGRE, MARCELO y ROBERTO GARGARELLA (coordinadores) (2007) *El derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario* (Lexis-Nexis, Bs. As. 2007).

ALVAREZ, MAGDALENA (2004) *Igualdad* en Foro de Córdoba No. 98, 15-39.

BARBAROSCH, EDUARDO (1995) *La igualdad real de oportunidades* en el libro *Estudios sobre la Reforma Constitucional de 1994*, coordinado por G. Bidart Campos y H. R. Sandler (Instituto Gioja-Depalma, Buenos Aires 1995, 85-94).

BOBBIO, NORBERTO (1994) *Elogio della mittezza e altri scritti morali* (Linea d'ombra, Milán 1994)

BOBBIO, NORBERTO (1995) *Eguaglianza e libertà* (Einaudi, Turín 1995)

BIDART CAMPOS, GERMÁN (1998) *Manual de la Constitución Reformada* (Ediar, Buenos Aires 1998, Tomo 1).

CAYUSO, SUSANA (2003) *El principio de igualdad en el sistema constitucional argentino* en La Ley T. 2003-F, Sec. Doctrina, 1380-1394.

GIALDINO, ROLANDO E. (2003) *Control internacional de los Derechos Humanos y fuentes constitucionales. Fuentes universales y americanas* en *El Derecho*, Tomo 204, pp. 683-699.

GORBAK, ERIKA (2004) *25 años después de Bakke: ¿Se reafirma la acción afirmativa?* en *La Ley* T. 2004-B-282-294.

GUASTINI, RICARDO (1999) *Distinguiendo* (Gedisa, Barcelona 1999, traducción de su original en italiano, *Distiguendo*, de Jordi Ferrer i Beltrán).

HARO, RICARDO (2003) *Curso de Derecho Constitucional Argentino* (Advocatus, Córdoba, Tomo II, Capítulo XV).

MILLER, JONHATAN; MARÍA ANGÉLICA GELLI y SUSANA CAYUSO (1991) *Constitución y Derechos Humanos* (Astrea, Buenos Aires, Tomo 2).

NOWAK, MANFRED (1993) *U. N. Covenant on Civil and Political Rights. CCPR Commentary* (Engel, Kehl 1993).

PIZZOLO, CALÓGERO (2005) *La noción de igualdad en el bloque de constitucionalidad federal* en el libro *A 10 años de la Reforma Constitucional* de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional (AADC, Bs. As. 2005, 345-355).

ROSSETTI, ANDRÉS (2001) *Perspectivas de los derechos de las minorías en el ordenamiento jurídico argentino después de la reforma constitucional de 1994* en el Anuario V (1999-2000) del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales (UNC, Córdoba 2001, páginas 71-88).

SEN, AMARTYA K. (1979) *¿Igualdad de qué?* Ciclo Tanner de conferencias sobre los valores humanos, pronunciada en la Universidad de Standford el 22 de mayo de 1979. Publicada en John Rawls, Amartya Sen y otros *Libertad, igualdad y derecho. Las conferencias Tanner sobre filosofía moral* (Planeta-Agostini, Barcelona 1994). Traducción de la publicación en inglés de 1979-1982, realizada por Guillermo Valverde Gefall, páginas 133-156.

SOMAINI, EUGENIO (2002) *Uguaglianza. Teorie, politiche, problemi* (Donzelli, Roma 2002).

TREACY, GUILLERMO F. (2005) *El principio de igualdad y las personas nacidas en el exterior: problemas y perspectivas* en JA 2005-IV-517.

VECA, SALVATORE (2005) *La filosofía política* (Laterza, Roma-Bari 2005, 4ta. Edición).



EL ROL DEL CONCEPTO “COSA” EN LOS INFORTUNIOS DEL TRABAJO BAJO LA PROTECCIÓN DEL ART. 1113 C.C.

*Carla Saad de Bianciotti***

Resumen: El trabajo aborda la problemática de los riesgos del trabajo en cuanto a la posible reparación integral del daño en la salud del trabajador, mediante la aplicación de los postulados de la responsabilidad objetiva, reglada por el artículo 1113 del Código Civil, más precisamente el rol que juega el concepto “cosa”.

Palabras Claves: Accidentes y enfermedad del trabajo – Riesgos del trabajo-Opción civil – Cosa – Cosa riesgosa o viciosa – Artículo 1113 Código Civil.

1.- Introducción

La aplicación del derecho civil a las relaciones del trabajo son motivo de un cuestionamiento constante en nuestra doctrina. La reparación de los daños en materia de relaciones de trabajo subordinado se enmarcaron en distintas leyes sobre la materia que esclarecían (sin obtener demasiado acuerdo en doctrina) la vía que debían tomar los trabajadores para acceder a ella. En este marco es dable recordar que el art. 17 de la Ley 9.688 (1915) y el art. 16 de la Ley 24.028 (1991) –leyes de accidentes y enfermedades del trabajo– preveían la posibilidad del trabajador de acceder a la reparación integral mediante su “opción” por la

* Investigadora del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Prosecretaria en la Secretaría de Extensión y Relaciones Internacionales, directora de proyectos con subsidio SECYT-UNC, Profesora de Taller de Jurisprudencia I, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UNC.

El presente trabajo es el resultado de una investigación radicada en el Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales con subsidio SECYT-UNC, “Responsabilidad objetiva en el riesgo del trabajo. El rol del concepto “cosa” en los infortunios del trabajo bajo la protección del art.1.113 CC”, integrado por la ayudante alumna, Laura Gabriela Nievas y Jimena López Achával como Investigadora Asistente Ad-honorem.

acción civil, excluyendo la acción tarifada del derecho laboral. En el año 1996 con la vigencia de la Ley 24.557, la posibilidad de ejercicio de la acción civil fue circunscripto al supuesto del art. 1072 C.C., limitándose al concepto de dolo y excluyendo –vía legal– las posibilidades de acceso a la reparación por ejercicio del art. 1113 CC.

Los trabajadores viendo conculcados sus derechos con la aparición de la nueva ley de riesgos del trabajo y a fin de sostener la aplicación del art. 1113 CC (responsabilidad objetiva), vía planteo de inconstitucionalidad del art. 39, inc. 1, LPT, han obtenido jurisprudencia favorable a esta tesis, mediante los fallos de la nueva integración de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, entre ellos “Aquino Isacio c.Cargo Servicios Industriales S.A” del 21 de Septiembre de 2004.

2.- Concepto de “Cosa”

El artículo 2311 CC define a las “cosas” como los objetos materiales susceptibles de tener un valor, siendo de aplicación las disposiciones referentes a las cosas, a la energía y a las fuerzas naturales susceptibles de apropiación.

Conforme expresa Vélez Sarsfield¹ en su nota al artículo 2311 del C.C., la palabra “cosas”, en la flexibilidad indefinida de sus acepciones comprende en verdad todo lo que existe; no sólo los objetos que pueden ser de propiedad del hombre sino todo lo que en la naturaleza escapa a esta apropiación exclusiva: el mar, el aire, el sol, etc. Más como objeto de los derechos privados, debemos limitar la extensión de esta palabra a lo que puede tener un valor entre los bienes de particulares. Así, todos los bienes son cosas, pero no todas las cosas son bienes. La “cosa” es el género, el “bien” es una especie.

Rodríguez Saiach expone la diferenciación sobre la extensión de la expresión “cosa” e indica que existe un criterio amplio y otro exacto. Con un criterio más amplio se ha indicado que la expresión “cosa” utilizada por el art. 1113 del Código Civil excede el marco restringido de la definición del art. 2311 del ordenamiento citado y, en este sentido, puede ser utilizada para designar conceptualmente una tarea². Sigue el autor indicando que el criterio exacto es el que se revela en el fallo que prescribe: el art. 1113 del Código Civil posterior a la reforma de 1968, no incorporó un sistema de responsabilidad que contemple el denominado riesgo de actividad profesional, que sí está previsto en la ley 9688. Dicho art. 1113 CC atribuye responsabilidad al

¹ VELEZ SANSFIELD, Dalmacio. Nota al artículo 2.311 del Código Civil de la República Argentina, La Ley, Buenos Aires, 1982.

dueño o guardián de una cosa riesgosa cuando el daño es producido por la intervención de esa cosa. Si la controversia versa en la teoría de riesgo creado, debe demostrarse que el caso encuadra en alguno de los supuestos contemplados en la segunda parte del art. 1113 C. C., pues la "actividad riesgosa" no puede enmarcarse en la definición de cosa riesgosa referida en el precepto, no obstante que el carácter de "cosa" no pueda circunscribirse al concepto que enuncia el art. 2311 del citado cuerpo legal.

Para la jurisprudencia el vocablo "cosa" aplicado a un caso originado en un accidente o enfermedad del trabajo, señala el medio en donde se presta la tarea, las condiciones de trabajo y todo aquello que contribuya a crear un riesgo, por lo cual se responsabiliza a quien se beneficia con la prestación del servicio³. Ratificando y completando el concepto, en 1993 el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba determina que la "cosa" no es una determinada maquinaria o aparato ni un objeto concreto susceptible de ocasionar daño. Puede ser todo un establecimiento, explotación o empresa en que el operario realice esfuerzos de tal naturaleza que lleguen a provocarle o agravarle una enfermedad determinada⁴. La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires⁵, encuadró al vocablo "cosa" indicando que deben quedar incluidas en las previsiones del art. 1113 del Código Civil, las tareas que pueden generar un resultado dañoso, abarcando la ocupación específica del trabajador y la actividad laboral toda.

² RODRÍGUEZ SAIACH, Luis. *Cálculo en la Acción...* Ob. Cit., pág.89/90l autor cita al Voto del Doctor De Lázari en autos "Pereyra, Graciela c. Banco Supervielle Societé Generales S.A. s. Enfermedad", SCBA, Acuerdo L 74.881, entre otros, para definir el criterio amplio y los fallos CC0203 LP, B 68952 RSD-76-90 S 3-5-1990, JUBA Civil y Comercial, B350399, para definir el criterio exacto.

³ TSJ Cba, Sala Laboral., abril 25-983, "Vivas, Raúl c/Pérkins Argentina S.A."; La Ley - Cba-, 984-516.

⁴ TSJ Cba, Sala Laboral, Sentencia 99, año 1993, "Ludueña, Humberto F. c/Inti S.A. - Recurso de Casación", en Semanario Jurídico, 23/12/1993. En el mismo sentido: CA Trab, Sta Fé, "Cáceres, Aldo Irineo c/Conalco Construcciones Civiles S.R.L. y Compañía Aseguradora Pampa y Cía de Seguros S.A.-Accidente de Trabajo", 08/04/1992, S.A.I.J., en donde se expresa que "cosa" del artículo 1.113 del Código Civil tiene sentido amplio y no se limita a la del artículo 2.311 del mismo cuerpo legal, sino que es toda explotación empresaria y el riesgo que crea la empresa con dicha explotación. Puede ser no solo un mecanismo peligroso, sino el establecimiento mismo, que constituye en su totalidad un riesgo porque en el hay mecanismos peligrosos, cosa, no es un solo un objeto determinado y preciso, sino que puede constituir toda una instalación, fábrica, las máquinas, una obra en construcción, la materia prima y el polvillo que flota en el ambiente de carácter nocivo y pernicioso, entre otros componentes de la misma, por ello el ambiente de trabajo debe ser considerado como riesgo o vicio de la cosa al que se reviere el artículo 1.113 del Código Civil cuando es susceptible de producir daños a la salud del trabajador que le ocasionen una efectiva incapacidad.

⁵ SCJ BA, 29 de Septiembre de 2004, "Ferreira, Gustavo R c. Benito Roggio e Hijos S.A. y otra", T y SS 2004, 869.

Si bien es cierto que analizando el concepto del vocablo “cosa” se hace imperativa la remisión al artículo 2311 del Código Civil, no es menos cierto que a la hora de dirimir un conflicto laboral bajo la normativa civil, este concepto se hace flexible frente a las particularidades de cada caso, que están íntimamente relacionadas con las particularidades de la relación laboral.

En principio, no cualquier “cosa” posibilita la acción del segundo párrafo del artículo 1113 del Código Civil, requiriéndose en la norma que la misma tenga carácter de “riesgosa o viciosa”.

De antaño, la Cámara Nacional del Trabajo, en su sala III⁶ sostuvo que no había que olvidar la definición amplia del artículo 1 de la Ley 9688 que hablaba de los accidentes ocurridos “por el hecho o en ocasión del trabajo”, en tanto la aplicación del artículo 1113 del Código Civil Argentino exige la presencia de una *cosa riesgosa o viciosa* que actúe sobre el organismo de la víctima.

3.- Cosa riesgosa o viciosa

Realizada la opción por el derecho civil y encuadrado el caso bajo el sistema de responsabilidad objetiva reconocido en el artículo 1113 del Código Civil Argentino, cabe el análisis del concepto “cosa riesgosa o viciosa”.

3.1.- Cosa Viciosa

Aunque el riesgo y el vicio de la cosa se encuentran sujetos a un mismo régimen, constituyen supuestos de hechos diferentes y autónomos. El riesgo de la cosa es siempre un peligro de daño. El vicio trasunta un defecto en la fabricación o conservación de la cosa, que puede o no crear un peligro, aunque, obviamente, el artículo 1113 se refiere al vicio “peligroso”, porque se está ante la hipótesis que de él pueda derivar un daño⁷.

Podemos definir “cosa viciosa”⁸ como los objetos materiales susceptibles de tener valor, y que poseen un defecto de origen (oculto o no) que la hace impropia para el uso al cual fue destinada. Garrido y Andorno⁹, indican que el concepto de vicio puede extraerse del texto del

⁶ CN Trab., sala III, junio 30-978, “Gramajo de Sedeño, Elsa E. C. Tejeduría Directorio S.A.”, JA, 979-IV-232.

⁷ ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde. *Responsabilidad por riesgo. El nuevo artículo 1.113*, Ed. Hamurabi, Buenos Aires, 1987.

⁸ En este sentido, entre otros, LORENZETTI, Ricardo L. “Estudio sobre la nueva concepción normativa del riesgo creado en el derecho argentino”, en Kemelmajer de Carlucci, Aída –Directora, *Derecho de daños-segunda parte-*, Editorial La Rocca, Buenos Aires, Argentina, 1993, pág.345.

⁹ GARRIDO, Roque y ANDORNO, Luis O. *El art. 1113 del Código Civil. Anotado*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, Argentina, 1983, pág.412.

art. 2164 del Código Civil, que define los vicios redhibitorios. Consiste en los defectos ocultos de la cosa que la hacen impropia para su destino. La existencia de defectos ocultos, aún ignorados por el propietario, cuando influyen en el destino normal de la cosa ocasionando daños, es la que crea responsabilidad civil del dueño o guardián.

El vicio es un defecto, una característica que hace a la cosa defectuosa, que no "se conduce" ni "se opera" en la forma debida. El vicio de la cosa debe verificarse, aún cuando éste fuere oculto para que se trate de generar una responsabilidad patrimonial¹⁰.

La inclusión del vocablo "vicio" dentro de la normativa del agregado al artículo 1113 del Código Civil, luego de la reforma de la ley 17.711, ha sido criticada manifestando que hubiera bastado solamente aludir al "riesgo", ya que se incurre en una tautología pues se alude al mismo concepto desde que el vicio de que se trata es una falta o defecto de fabricación o conservación de la cosa que hace a ésta susceptible de dañar¹¹.

Zavala de González¹² sostiene que el *vicio* también es un *perilgro*, generado por un defecto en la fabricación o conservación de la cosa.

Concluimos que al momento de determinar cuando una cosa es "viciosa" debe considerarse que el vicio puede nacer con la cosa misma, modificando su uso normal y habitual y que a los fines de generar un resarcimiento, este uso impropio debe ocasionar un daño posterior a su creación.

3.2.- Cosa riesgosa

Podemos definir "cosa riesgosa" como aquella "cosa" que reviste tal carácter por su propia naturaleza o se impone de esa característica en razón de su empleo o utilización.

Cuando se trata de definir una "cosa" como riesgosa, se recurren a tres elementos: a) la cosa en sí misma, como objeto material; b) la naturaleza especial de dicha "cosa" que la torna riesgosa y c) el momento en que adquiere dicho carácter en razón de su empleo o utilización.

Para que una "cosa" sea considerada riesgosa debe cumplir con dos elementos necesarios: según Meilij¹³ uno de los elementos es la

¹⁰ DE DIEGO, Julián. *La cosa dentro del artículo 1.113 del Código Civil en materia de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales*. Derecho del Trabajo, T. 1983-B, Ed. La Ley, Buenos Aires, pág. 1437. En el sentido de la definición de "Vicio": ALVAREZ CHAVEZ, Victor Hugo. *El artículo 1.113 del Código Civil en la reparación de los accidentes del trabajo*, Ediciones Jurídicas, Buenos Aires-Argentina, 1990.

¹¹ BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. *Teoría General de la Responsabilidad Civil - Octava edición ampliada y actualizada*. Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1993.

¹² ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde Ob.Cit. pág.173.

¹³ MEILIJ, Gustavo Raúl. *Reparación integral de los accidentes de trabajo*, Ed. Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1986 (1er. Edición 1983).

entidad misma de la “cosa”, como objeto material determinado; el otro es la naturaleza especial de dicha cosa, que la torna dañosa en función de factores relativos al riesgo que conlleva o el vicio que padece.

Los conceptos de “cosa riesgosa” no deben separarse nunca de las circunstancias que rodean el hecho al momento del siniestro, aunque algunos autores mencionan que el término “vicio” o “riesgo” de la cosa abre un margen muy grande a la interpretación. No se ha tenido en cuenta que con sólo dar el calificativo de peligrosa a la cosa con el cual se causa el daño, no se debe responder ilimitadamente¹⁴.

La naturaleza riesgosa de una cosa deviene de un cúmulo de circunstancias que le son idealmente referibles. Quien se sirve de una cosa que presenta riesgo asume sobre sí la posibilidad cierta de la ocurrencia de sucesos que en el curso ordinario del desempeño laboral, pueden presentarse de manera más o menos prevista.

En fin, podemos clasificar a las cosas riesgosas en:

- a) Cosas riesgosas en sí mismas: aquellas que por su propia naturaleza implican un riesgo específico.
- b) Cosas potencialmente riesgosas: aquellas que sin ser peligrosas por su naturaleza, puestas bajo la influencia de un factor externo a ellas, ya sea por su utilización, su posición, su peso en determinadas circunstancias etc., se transforman en riesgosas.

Podemos concluir del análisis de los fallos jurisprudenciales que es necesario para poder encuadrar una “cosa como riesgosa”, y determinar la responsabilidad del empleador haciendo operativa la acción civil, que:

- La “cosa” sea riesgosa o viciosa, ya que cualquier “cosa” no es apta para que la acción civil prospere, sosteniendo que el riesgo no está en la cosa en sí sino en la actividad que se realice con ella¹⁵. Para determinar que una cosa es riesgosa o viciosa

¹⁴ DOMINGO RAY, José. *La responsabilidad emergente de los daños causados con las cosas (el artículo 1.113 del Código Civil en el derecho laboral)*, Revista La Ley, Lunes 7 de Septiembre de 1992, Buenos Aires-Argentina, pág.4.

¹⁵ En este sentido: CN Trab., Sala IV, diciembre 28-984, “*Rudolf, Eduardo c. Sasetru S.A.*”, DT, 985-A, 858; CN Trab, Sala VIII, abril 30-986, “*Sotelo, Carlos c. Fas Pepa S.A. y otro*”, DT, 986-A, 899. CN Trab, Sala VIII, Febrero 24-988, “*Machicote, Ramón c. Empresa Rojas S.A.*”, DT, 988-A, 853. CN Trab, Sala I, 31/5/90, DEL, mayo 1991, p.407. SC Buenos Aires,

hay que tener en cuenta el daño producido por esa cosa en la salud del trabajador, independientemente que el empleador haya observado las normas de higiene y seguridad¹⁶.

- Existencia de la relación causal entre la cosa y el daño.
- La demostración del carácter riesgoso de la cosa supone su concreta individualización, la objetivación de su vicio o riesgo¹⁷ y la incidencia de estos últimos con el daño causado¹⁷.

Zavala de González¹⁸ indica que la doctrina no es pacífica sobre cuando existe un riesgo de la cosa, según su opinión, esa expresión se refiere a cosas que presentan un *peligro* especial, regular conforme con las características propias o su destino y extraordinario en comparación con otras cosas; el peligro puede radicar en la naturaleza misma de la cosa (explosivos) o en la forma de su utilización normal (automotores).

setiembre 16-986, "Arriar, Alfredo c. Transporte Junín", DT, 987-DJBA, 132-282. CTrab. 3ª, Cba, diciembre 10-984, "Zapata, Miguel H. c. Palmer S.A.", "El conjunto de ladrillos sobre el cual debía desempeñarse el dependiente, uno de cuyos elementos le ocasionó el accidente que sufrió, constituye una cosa riesgosa o viciosa en los términos del art. 1.113 del Código Civil; ya que por tratarse de ladrillos sueltos, su gran inestabilidad exige del trabajador un esfuerzo suplementario de las piernas para mantener el equilibrio; y ello es así, porque no debe analizarse la cosa aisladamente, sino que su vicio o riesgo debe evaluarse en función de las circunstancias en que se encontraba o era utilizada en el momento del accidente", LLC, 985-955 (169-R). C4ta. Trab, Cba, junio 3-986, "Mercado, César O c. Renault Argentina S.A.", LLC 986-841, DT, 986-B, 1344. CA Trab., Sta Fé, "Diez, Ricardo Alberto c/Tecsa S.A.-Accidente del trabajo", 29/04/1992, S.A.I.J. CA Trab., Sta Fé, "Saravia, Carlos Horacio c/Industria Frigorífica Recreo SAIC-Accidente de trabajo", 10/04/1992, S.A.I.J. CA Trab, Salta, "Nogales, Mateo c/Ingenio San Isidro S.A.-Ordinario", 07/05/1991, S.A.I.J. ST Corrientes, diciembre 9-987, "López, Eugenio c. Empresa de Viajes y Turismo Enco y/u otro", La Ley 1988-D, 340-DT, 988-B, 2239. STJ, Chubut, "Villalba, Silverio c/Administración de Vialidad Provincial y-o quien resulte responsable-Laboral", "En cuanto al segundo de los presupuestos exigidos por el artículo 1.113, 2da. Parte del Código Civil, el riesgo de la cosa, adquiere especial relevancia la pericia técnica, de la que surge con claridad que la motoniveladora que conducía el actor produce un nivel sonoro continuo equivalente a 98 DBA y 95 DBA, concluyó que la administración de vialidad provincial transgredió las disposiciones citadas y creo, en consecuencia, un riesgo con el uso de equipamientos viales", 24/02/1992, S.A.I.J.

¹⁶ En este sentido: CN Trab., Sala II, mayo 15-984, "López, Angel c. Establecimiento Textil Oeste S.A.", DT, 984-B, 1341; CN Trab., Sala IV, diciembre 28-984, "Rudolf, Eduardo c. Sasetru S.A.", DT, 985-A, 858; CN Trab., Sala VI, febrero 21-985, "Lucero, Andrés A c. Iva S.A.", L.L., 1985-C, 565. CN Trab, Sala VI, marzo 19-986, "Ramirez, Elida M c. Fibraco Cía Argentina de Hilados S.A.", DT, 986-B, 1535.

¹⁷ C2ª Trab., Córdoba, noviembre 4-983, "Bernaola, Antonio S. C. Celotti e Hijos SR, Luis v/u otro", LLC, 984, pág. 585.

¹⁸ ZAVALA DE GONZALEZ, MATILDE. Ob.Cit. pág.173.

Actividad de la "cosa": La doctrina judicial se divide en aquellos que aceptan que la "cosa" puede estar inactiva y que el accidente ha ocurrido "a propósito de la cosa" y aquellos que sostienen su necesaria actividad, produciéndose el accidente "con la cosa".

Surge imperativa la necesidad de no interpretar la norma aplicable "con estrictez", debiendo en cada caso concreto, probarse en que consiste la cosa, objetivando su riesgo o vicio y determinarse la incidencia de éstos en el daño causado¹⁹.

El carácter "riesgoso o vicioso" de la cosa es presupuesto necesario para producir consecuencias reparatorias, basados en que tratándose de responsabilidad objetiva, es un presupuesto que emana de la ley misma. Cumple especial relevancia, la función del "riesgo creado", siendo un concepto abstracto que toma contenido luego de efectuar una apreciación de las circunstancias de cada caso concreto, y teniendo en cuenta la proporción del daño que la "cosa" haya causado en el accidente.

Especificando aún más el concepto se falla que una "cosa" para ser "riesgosa" no debe serlo en sí, sino que debe aparecer así en determinadas circunstancias para producir efectos reparatorios.

Lorenzetti²⁰ indica que esta noción—hecho de la cosa— parte de una suerte de peligrosidad intrínseca de la cosa, de una definición *ex ante*, abstracta genérica de esa calidad. La doctrina ha señalado con acierto que ello resulta difícil y es hasta arbitrario, y que las cosas son peligrosas según las circunstancias. En otra postura se distinguió la intervención de la cosa de un modo activo para poner de relieve que ésta escapa al control del dueño o guardián. Es mostrar un vínculo causal; la cosa causa el perjuicio exorbitando la conducta humana.

La jurisprudencia²¹, indicó que hay cosas peligrosas y cosas no peligrosas, y hay otras que sólo son peligrosas como instrumentos del hombre, ya que no tienen autonomía para dañar. Asimismo se rechazó "Ni la lata—cosa inerte por definición—, ni un abrelatas manual, ni ambas en conjunto, constituyen cosas riesgosas, en el sentido de que portan, por estructura o dinámica propia, la virtualidad de producir daños definidos a quienes las usan o a terceros. Por lo demás, el siniestro no

¹⁹ Referencia fallo CN Trab., Sala IV, diciembre 28-984- "Rudolf, Eduardo c/Sasetru S.A.", D.T., 985-A,858.

²⁰ LORENZETTI, RICARDO L. "Estudio sobre la nueva concepción ..." Ob.Cit, pág.345. En el mismo sentido CASEAUX, Pedro y TRIGO REPRESAS, Felix A. *Derecho de las Obligaciones*, 3ra. Edición, Tomo 5, Editorial Librería Plantense, La Plata-Argentina, 1996, pág.232.; BUSTAMANTE ALSINA, JORGE. "¿Daño causado con la cosa o por la cosa?", La Ley, 1989-A, Buenos Aires-Argentina, pág.506.

²¹ CN Trab., Sala II, 10 de abril de 1981, "Chazarreta, Juan c. Ovejero Hnos. SRL", DT, 1981, pág.1142.

ocurrió por la actualización del riesgo o vicio específico de una cosa dotada de dinámica propia, sino por la manipulación de una cosa inocua por la misma víctima para nada intervino el abrelatas, y la lata no entró en contacto con él, sino cuando intentó detener su deslizamiento. El desdichado episodio es un accidente de trabajo típico, ajeno a los sistemas de responsabilidad civil, resarcible conforme a las leyes específicas que, desde 1915, han regido la compensación de tales infortunios. Actualmente, la Ley 24.577.”

3.3.- Diferencias entre “vicio” y “riesgo”

En principio, podemos diferenciar al “riesgo” con el “vicio” de una cosa, por sus características más evidentes, así el “riesgo” o aquella contingencia o proximidad de daño²² que puede estar insito en la cosa o no, en cambio el “vicio” o defecto de la cosa es aquel que la hace impropia para el uso que le fue otorgado, tanto en su creación (ya sea evidente u oculto) como en su conservación.

Para diferenciar un concepto de otro, con relación a los accidentes y enfermedades del trabajo en que se opta por ejercer la acción de responsabilidad objetiva, derivada del derecho común, hemos reseñado las diferencias marcadas por Zavala de González²³.

RIESGO	VICIO
Peligro de daño	Defecto de fabricación o conservación de la cosa, que puede o no implicar un peligro.
Inherente a ciertas cosas	Cualquier cosa puede tener vicios.
Infiere de la naturaleza o destino de la cosa, acorde a las enseñanzas de la experiencia y sin necesidad de demostración particular autónoma de aquellas características.	Exige una prueba especial, singularizada, que ponga de relieve el defecto de la cosa, la cual puede hacerse indirectamente, acreditando cual sería el estado normal o correcto de la cosa.
Es un acto ilícito y socialmente aceptado, como contrapartida de los beneficios sociales o económicos que importa la introducción, utilización y/o aprovechamiento.	Proviene de un acto indebido, reprobado. Denota alguna culpa, aunque no se sepa a quien atribuirle (dueño, guardián, fabricante..).
El daño nunca deriva del solo riesgo de la cosa, requiriéndose su conjunción con un hecho distinto que agrave o concrete ese peligro, aunque dicho suceso puede permanecer ignorado.	El vicio puede no necesitar ningún plus para que de él derive un daño, sea por la mera utilización, en sí misma correcta, de la cosa viciosa, sea por la acción de las fuerzas naturales que devuelven la potencialidad dañosa que encierra el defecto de la cosa.

²² REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Decimonovena Edición, 1970, Espasa Calpe S.A., España, 1970, pág.1149.

²³ ZAVALA DE GONZALEZ, MATILDE. Ob.Cit.

Pero ya sea que el daño sea provocado por el “riesgo” de una cosa o por su “vicio”, siempre se tendrán que valorar las circunstancias que rodean el accidente o enfermedad para determinar fehacientemente que el daño sea provocado por una cosa “riesgosa o viciosa”.

3.4.- La cosa peligrosa o viciosa y su “actitud” frente al accidente o enfermedad

Conforme planteáramos en el punto anterior, la cuestión sobre si la “cosa riesgosa o viciosa” debe estar o no en actividad, a fin que sea la productora del daño provocado al trabajador, es controvertida.

Mientras que parte de la doctrina²⁴ interpreta la necesidad de la “actividad” de la “cosa riesgosa o viciosa” para ser productora de un daño indemnizable por la vía civil, bajo el sistema de responsabilidad objetiva, afirmando que no puede derivarlo una cosa inerte, cuyo único rol en el suceso fue la pasividad; otros²⁵ aceptan que, conforme el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que dice: “en los límites de la responsabilidad establecida por el artículo 1113 del Código Civil, el daño causado por el esfuerzo desplegado por el trabajador para desplazar una cosa inerte, puede imputarse “riesgo” de la cosa²⁶. Lo que es igual a afirmar que una cosa en actitud pasiva también puede ser considerada capaz de producir un daño, indemnizable por vía del derecho común.

Al respecto, las “cosas inertes” no son consideradas peligrosas en sí mismas, pero pueden constituirse en dañosas según las circunstancias en las que se encuentren al momento de producirse el daño.

Retornando al principio de integralidad en el examen del caso, a fin de resolver el riesgo o vicio de una cosa que causa un accidente en el marco de protección del artículo 1113 del Código Civil Argentino, respondiendo a la teoría de la responsabilidad objetiva, concatenando este razonamiento al problema de si la “cosa inerte” puede ser causante de un daño, hay que referenciarse a los fallos de los distintos Tribunales Nacionales, entre ellos, la Corte Suprema de Justicia de la Nación que en pleno dijo: “en los límites de la responsabilidad establecida por el artículo 1113 del Código Civil, el daño causado por el esfuerzo desplegado por el trabajador para desplazar una cosa inerte, puede imputarse riesgo de la cosa²⁷, que pareciera perfeccionarse en un fallo más

²⁴ ALTAMIRA GIGENA, RAÚL y HUNICKEN, JAVIER. Tratado de Derecho del Trabajo, Ed. Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1983.

²⁵ RODRIGUEZ SAIACH, LUIS. Tratado de los accidentes y enfermedades del trabajo (acción especial Ley 24.028), Ed. Carpetas, Buenos Aires, Argentina, 1992. En el mismo sentido, MEILLI, GUSTAVO RAÚL, Ob. Cit.

²⁶ CSJN., Septiembre 5 de 1985, in re “COSTA, Josefa c/Hilandería Algodonera Villa Devoto S.A.”, Carpetas DT, 2430. Citado en RODRIGUEZ SAIACH, Luis. Ob. Cit.

reciente en donde se expresa que la invocación del artículo 1113 del Código Civil, pone a cargo de la víctima demostrar que la cosa jugó un papel causal activo en la lesión, y, en el supuesto de "cosas inertes", habrá que demostrar su posición o comportamiento anormal determinante del daño²⁸. Entonces, la cosa es riesgosa o peligrosa por sí misma ó por su uso²⁹.

Al respecto de los distintos criterios seguidos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha expresado que las decisiones emitidas en la década del ochenta, tuvieron la virtualidad de modificar el pensamiento imperante en la materia, relativo a los alcances y contenidos del artículo 1113 del Código Civil, ya que el Alto Tribunal consagró –al menos en materia laboral- una interpretación amplia y generosa de la norma, aceptando el carácter riesgoso de cosas inertes (casos "Costa, Josefa c/Hilandería Algodonera Villa Devoto S.A.", sentencia del 5/9/82, Fallos 307:1634 y "Gortán, Mario c/Empresa Liniers S.A.", sentencia del 3/12/85, Fallos 307:2281) y que el esfuerzo ejercido sobre una cosa podía generar la responsabilidad objetiva que dicha norma reconoce (conf. "Ariaz, Blanca R. C/Establecimiento Textil Oeste SAIC", sentencia del 11/3/86)³⁰.

Nos encontramos con fallos que aceptan la causación de un daño con una "cosa inerte" o lo que es lo mismo decir "inactiva" y aquellos que mantienen la necesidad que la "cosa" esté en actividad³¹.

En nuestra opinión hay que considerar que, remitiéndonos a la norma en sí, el artículo 1113 del Código Civil nada expresa sobre la actividad o no de la "cosa riesgosa o viciosa" para considerarla apta para producir daños por lo que, a nuestro criterio se deberá valorar en cada caso concreto las consecuencias que la "cosa" tanto en actividad como inactiva, haya producido en la salud del trabajador para así determinar si cumple con los requisitos legales, y si su "vicio" o "riesgo" ha sido factor del accidente o enfermedad. Concordamos con la tesis que la norma no hace distinciones entre "actividad" o "inactividad o inercia" de la cosa.

²⁷ CSJN., Septiembre 5 de 1985, "Costa, Josefa c/Hilandería Algodonera Villa Devoto S.A.", fallo citado.

²⁸ CSJN, Noviembre 1991, "O'Mill, Allan E. Contra Provincia de Neuquén", en Derecho del Trabajo, 1992-B, pág. 1302/8.

²⁹ C4ªTrab. Córdoba, 3 de junio de 1986, "Mercado, César O c. Empresa Renault Argentina SA", DT, 1986-B, pág. 1344.

³⁰ POSE, CARLOS. "Nuevas precisiones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación relativas al artículo 1.113 del Código Civil", en Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, 1992-B, La Ley, Buenos Aires, pág. 1304.

³¹ TSJ Cba, Sentencia 99 –año 1993- "Ludueña, Humberto F. C/Inti S.A. –Recurso de Casación", Semanario Jurídico, 23/12/1993, Nro. 964; C4ta. Trab. Cba, Junio 3-986, "Mercado, César O. C. Empresa Renault Argentina S.A.", D.T., 986-B, 1344; C4ta., Trab. Cba, setiembre 10-987, "Campo, Luis V. C.Thompson Ramco", LLC, 988-924; CA Trab, Sta Fé, "Diez, Ricardo Alberto c/Tecsa S.A. –Accidente de Trabajo", 29/04/1992, S.A.I.J.; CN Trab., en pleno, "Perez, Martín c/Maprico S.A.I.C. y F", 27/12/1988, Errepar, TIII, 1993.

3.5- El concepto de “ambiente de trabajo” como cosa

Párrafo aparte merece la consideración del “ambiente de trabajo” como cosa riesgosa o viciosa, productora de la enfermedad o accidente de trabajo.

Zavala de González³² acepta la teoría en que el daño puede provenir de una cosa riesgosa o viciosa aislada, o por el peligro derivado de la combinación de elementos materiales nocivos, cuya perjudicialidad proviene justamente de dicha conjunción (microclima nocivo de un cierto ambiente de trabajo).

En el Fuero del Trabajo de Córdoba, había imperado el concepto que el “ambiente de trabajo” no podía considerarse una “cosa” en el sentido de generar responsabilidad resarcible por la vía del derecho común³³.

Sin embargo, cuestión controvertida originó el fallo “Ludueña, Humberto c/INTI S.A.- Recurso de Casación”³⁴ del Tribunal Superior de Justicia de 1993, en donde se ha resuelto que el “ambiente de trabajo” es “cosa riesgosa o viciosa”. Ese fallo sostiene que “El significado jurídico del vocablo “cosa”, es el aspecto más controvertido cuando se acciona por la normativa civil persiguiendo la reparación de infortunios laborales. La “cosa” no es una determinada maquinaria o aparato ni un objeto concreto susceptible de ocasionar daño. Puede ser todo un establecimiento, explotación o empresa en el que se da la posibilidad de que un operario realice esfuerzos de tal naturaleza que lleguen a provocar o agravarle una enfermedad determinada. Puede ser también que las propias cosas que integran la explotación y que el patrón coloca para su beneficio, generen daño en el empleado por el que aquél resulte responsable”.

Por el criterio de aceptación del ambiente de trabajo como “cosa riesgosa o viciosa” capaz de causar perjuicio en la salud del trabajador se pronunciaron la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo y la provincia de Santa Fé.

De los fallos jurisprudenciales de la provincia de Santa fé, se desprende que “cosa” puede ser una fábrica, una instalación, las máquinas, etc. Se expresa con más precisión que el ambiente de trabajo puede ser considerado como “cosa riesgosa o viciosa”, al que se refiere el artículo 1113 del Código Civil, cuando es susceptible de producir

³² ZAVALA DE GONZALEZ, MATILDE. Ob.Cit. pág. 177.

³³ En este sentido: CTrab. 4ta , Córdoba, junio 3-986, “Mercado, César O. C/Empresa Renault Argentina S.A.”, “El ámbito o medio laboral no encuadra en el concepto de cosa previsto en el artículo 2.311 a los fines del artículo 1.113 del Código Civil”, D.T. 986-B, 1344.

³⁴ TSJ Cba, Sentencia 99, 1993, “Ludueña, Humerto F. C/INTI S.A.-Recurso de Casación”, Semanario Jurídico, 23/12/1993, Nro. 964.

daños a la salud del trabajador que le ocasionen una efectiva incapacidad³⁵.

En esta controversia se sostiene que se afianza el criterio de ampliar el alcance del concepto de cosa a determinados elementos que componen el "microclima laboral" o ambiente de trabajo y a los que los trabajadores están constantemente expuestos, siendo en algunos casos provocadores de deterioros en la salud y causantes de enfermedades específicas³⁶.

Alguna jurisprudencia³⁷ descartó que el "ambiente de trabajo" sea definido como "cosa", sino que consideró a las cosas que integran ese ambiente las que permiten objetivar en su riesgo o vicio el factor determinante del daño sufrido por el trabajador en dicho ambiente.

3.6.- Algunas "cosas" consideradas por la jurisprudencia operativas del artículo 1113 del Código Civil Argentino

Es cierto que no existe una enumeración taxativa, pero es importante detallar algunas "cosas" que fueron consideradas, por la jurisprudencia como operativas del artículo 1113 del Código Civil Argentino por su carácter de riesgosas o viciosas y que hayan intervenido en la producción de un accidente o enfermedad del trabajo, en los términos de protección de la ley laboral.

En ese orden de ideas, se realiza una descripción por tribunal:

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN Y CORTES O SUPERIORES TRIBUNALES DE PROVINCIA MÁS FUERO LABORAL DE PODERES JUDICIALES DEL PAÍS

Fecha	Descripción	Sumario
11/07/2002	Cable de alta tensión ³⁸	Explosión de un cable de alta tensión en el ámbito de una obra en construcción de tendido de cables telefónicos.

³⁵ CA Trab, Sta Fé, "Cáceres, Aldo Irineo c/Conalco Construcciones Civiles S.R.L y Compañía Aseguradora Pampa Cía de Seguros S.A. -Accidente de Trabajo", 08/04/1992, S.A.I.J.

³⁶ MARGALEJO GARCIA, María. La reparación del derecho civil en los accidentes de trabajo, Doctrina Laboral, T.V., Ed. Errepar, Buenos Aires, 1993, pág. 376.

³⁷ CN Trab., Sala III, 26 de Junio de 1979, "Guerrero, Silvero c Dumbo SA", DT, 1979, pág. 742.

³⁸ CA CyC, Rosario-Sta Fé, Sala I, 11 de julio de 2002, "Luque, José c. CO.TE.PL.EX. S.R.L.", LL Litoral, Argentina, www.laleyonline.com, búsqueda abril 2007.

Fecha	Descripción	Sumario
8/11/2002	Autoelevador ³⁹	Accidente ocurrido por vuelco del autoelevador mientras el trabajador realizaba su tarea habitual en un supermercado.
27/11/2002	Poste ⁴⁰	Accidente ocurrido mediante el trabajador estaba reparando el cableado telefónico sobre un poste cercano al tendido eléctrico.
23/12/2002	Cilindros de máquina impresora ⁴¹	Enfermedad sustantivada por el traslado de cilindros de máquina impresora de peso exorbitante (aprox.80 k.). Patología en columna.
30/12/2002	Viga de hormigón armado ⁴²	Accidente sufrido por el trabajador cuando la viga le apretó la rodilla izquierda.
24/02/2003	Ambiente ⁴³	Enfermedad producida por manipulación de elementos o herramientas de trabajo pesadas que emiten ruidos por encima de los niveles permitidos. Patología en columna y afección auditiva.
07/03/2003	Andamio ⁴⁴	Accidente por caída de un andamio en la construcción.
25/02/2004	Actividad riesgosa ⁴⁵	Accidente por caída de un trabajador en altura con falla del cinto de seguridad (también se acciona por vicio).
16/04/2004	Suelo ⁴⁶	Accidente producido por la caída del trabajador a un pozo mientras desmalezaba el terreno en la selva misionera.
07/05/2004	Aeronave ⁴⁷	Muerte de la trabajadora en vuelo por una maniobra mal realizada.
29/09/2004	Camión ⁴⁸	Accidente cuando se encontraba recolectando residuos, al retroceder el camión en una calle.
25/10/2004	Techo de chapa ⁴⁹	Accidente ocasionado por la caída de un techo de chapa que cedió mientras estaban arreglándolo.

³⁹ CNAT, Sala I, 8 de marzo de 2002, "C.D.R. c.Carrefour Argentina S.A.", www.laleyonline.com, búsqueda abril 2007.

⁴⁰ SCJ BA, 27 de Noviembre de 2002, "Caruso, Pablo C. v. Eland S.A. y otras".

⁴¹ SCJ BA, 23 de Diciembre de 2002, "Lucero, Ismael A. v. Imaco SAICI".

⁴² CN Trab, Sala 5ª, "Arias, Carlos C. c. Impregilo SPA y otros".

⁴³ CN Trab, Sala 6ª, "Tudesco, Serafín c. Indelqui SA".

⁴⁴ CN Trab, Sala 6ª, "Oviedo, Juan c. Kion SA y otros".

⁴⁵ CN Civ., Sala G, "Almada, Adriana P. c/Comtel".

⁴⁶ CN Trab., Sala 7ª, "González, Isidoro c/Alto Paraná SA y otro".

⁴⁷ CN Trab., Sala 7ª, "Blanco Secco, María E c/Austral Líneas Aéreas Cielos del Sur SA".

⁴⁸ SCJ BA, 29 de septiembre de 2004, "Ferreyra, Gustavo R. c. Benito Roggio e Hijos S.A. y otra", T y SS 2004, 869.

⁴⁹ CN Trab., Sala1, "Soto, Ramón R. y otro c/Hipermerc SA y otro".

Fecha	Descripción	Sumario
11/05/2005	Actividad riesgosa ⁵⁰	Homicidio del remisero que acude a un llamado en horas de la noche y en una zona peligrosa de la ciudad de Mendoza.
13/05/2005	Herramienta de trabajo ⁵¹	Accidente producido con una máquina con rodillo de púas para cardar.
13/06/2005	Máquina agrícola ⁵²	Accidente producido por la manipulación del actor de una máquina agrícola que se encontraba en el establecimiento del empleador.
02/06/2005	Colectivo ⁵³	Accidente producido por el colectivo en movimiento.
05/09/2005	Escalera de metal ⁵⁴	Accidente por caída de una escalera de metal utilizada para las tareas de mantenimiento de un techo.
14 /06/2006	Transporte de caudales ⁵⁵	Incapacidad permanente por estrés laboral, conductor en transporte de caudales, jornada de 18 horas productor de infarto de miocardio.
22/06/2006	Cuchilla ⁵⁶	Trabajo en carnicería, accidente por resbalsarse la cuchilla con la cual trabajaba.
26/10/2006	Montacarga ⁵⁷	Desmoronamiento con el trabajador por una falla de mantenimiento.

4.- Conclusiones

La operatividad del artículo 1113, 2º párrafo del Código Civil depende que en el infortunio acaecido haya involucrada una "cosa". Se exige que si el daño ha sido producido por su "riesgo o vicio" debe responder el dueño o guardián, quien solo se eximirá –total o parcialmente– de responsabilidad si puede acreditar la culpa de la víctima o de un tercero por quien no tiene que responder.

⁵⁰ C Trab. Mza, Sala 3ª, "Gutiérrez, Sandra M. por sí y por sus hijos menores c/Grupo Sol Servicios Integrales SRL y otros".

⁵¹ CN Civ, Sala M, "Torres, Fernando D. c/Howe South SA y otro".

⁵² CTrab. Córdoba, Sala X, 13 de junio de 2005, "Ceballos, Pablo Alberto c/Oscar Alberto Gigena y Otra s/Incapacidad", Suplemento de Jurisprudencia de Córdoba 06/05, pág.4, www.argentinajuridica.com (AJ 4-06/05 Córdoba.).

⁵³ TSJ Cba, Sala Lab., "Tutaglio, Carlos A c/Colta Cñía Organizadora de Líneas de Transporte Automotores SACIF".

⁵⁴ CN Trab., Sala 3ª, "Marich, Tomislavo c/Mandeville, Michel E y otro".

⁵⁵ CNAT, 14 de agosto de 2006, "Agüero, Alberto A c. Maco Transportadora de Caudales S.A.", Editorial La Ley S.A., DT 2006 (octubre), pág.1611 (citado).

⁵⁶ CNAT, Sala IV, 22 de junio de 2006, "Roldán, Daniel A c. Provincia ART SA", www.laleyonline.com.ar, búsqueda fecha 16 de mayo de 2007.

⁵⁷ CNAT, Sala III, 26 de octubre de 2006, "Balderrama, Pinto Rómulo c. La Caja ART SA y otros", Editorial La Ley S.A., DT 2007 (marzo), pág.364

En este marco, aceptamos su aplicación a los infortunios del trabajo por vía del planteo de inconstitucionalidad del art. 39.1 LRT, que nos permite estudiar el rol que tiene la “cosa” en la producción del mismo. Aceptamos su concepto –al decir de Vélez Sarsfield– en la “flexibilidad indefinida de sus acepciones” y así encuadramos que debe entenderse como “cosa” aquella que por, su “riesgo o peligro” tanto por su propia naturaleza por cuanto puesta en acto genere el mismo, o también por su defecto que la hace impropia para su uso. Consideramos –con criterio amplio– que el “ambiente de trabajo” puede considerarse “cosa” con capacidad de generar responsabilidad del empleador, cuando es determinante para generar consecuencias en la salud ocupacional del trabajador. Determinando la existencia de una “cosa riesgosa o viciosa” sólo restará probar la relación causal existente entre ésta y el daño.

La Ley de Riesgos del Trabajo, 24.557, pretendió cerrar la vía civil limitándola a los casos del art. 1072 CC. Fueron los trabajadores quienes, utilizando remedios legales bajo el planteo de inconstitucionalidad del art.39.1, motivaron la respuesta por parte de la doctrina judicial equilibrando intereses y derechos, reconstruyendo –al decir de Mosset Iturraspe⁵⁸ – “los logros del “hombre común” que fueron retaceados al “hombre trabajador” y de allí la paradoja de un “Derecho tuitivo” que termina desamparando al destinatario de sus esfuerzos”.



⁵⁸ MOSSET ITURRASPE, JORGE. “Daño moral en la extinción del contrato de trabajo”, Revista de Derecho Laboral, 2000, págs.181 a 189 en VAZQUEZ, Gabriela. *El regreso al derecho civil para la protección del trabajador*, Editorial de la Universidad Católica Argentina, Educa, Buenos Aires, 2004, pág.23.

SECCIÓN II
DERECHO PRIVADO

EL DERECHO DE IDENTIDAD EN LAS PRÁCTICAS DE PROCREACIÓN ASISTIDA

*Dra. Nora Lloveras¹, Dra. Olga Orland², Ab. Fabián Faraoni³,
Ab. Marcelo Salomón⁴, Ab. Susana N. Verplaetse⁵, Lic. Valeria Durán⁶.*

Resumen: La investigación aborda el tratamiento del derecho de identidad frente a las prácticas de procreación asistida, y la posible colisión de intereses que puede llegar a plantearse en los supuestos de fecundación heteróloga. Del análisis efectuado se desprende que el paradigma de la igualdad de las filiaciones sustentado en las presunciones fijadas por el legislador argentino se ha visto quebrado ante los avances científicos, advirtiéndose la necesidad de una regulación de las consecuencias derivadas de esta nueva forma de filiación que contemple el derecho fundamental de toda persona a construir su identidad y el respeto al “derecho a la intimidad” de aquel o aquellos donantes que impusieron el sustrato fáctico biológico para la concepción.

Palabra Claves: Derecho de identidad y prácticas de procreación asistida.

¹ 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.

² Doctora en Derecho. Profesora Adjunta de Derecho Privado VI. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Investigador de la SECyT. Categoría III

³ Jefe de Trabajos Prácticos de Derecho Privado VI. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Investigador de la SECyT.

⁴ Auxiliar por Concurso de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Investigador de la SECyT.

⁵ Adscripta de Derecho Privado VI. . Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Investigador de la SECyT.

⁶ Lic. en Psicología. Auxiliar de Derecho Privado VI. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Investigador de la SECyT.

1. El alcance de la investigación

El derecho de los donantes de material genético y de los progenitores a mantener el secreto de cómo fue gestado, integra el **derecho a la intimidad**, y puede entrar en colisión con el derecho del hijo a tener acceso a sus orígenes, uno de los aspectos del **derecho a la identidad**. Ambos derechos son de rango constitucional.

Nos hemos planteado en esta investigación dar lineamientos que orienten las respuestas ante la eventual colisión de intereses (preservación del derecho a la intimidad y del derecho a la identidad) que puede llegar a plantearse en los casos de procreación técnicamente asistida con material genético de terceros (lo que comúnmente se llama **procreación asistida heteróloga**).

2. El derecho a la identidad en las prácticas de fecundación asistida

2.a. Aportes desde la interdisciplina

Merced a la fertilización asistida, el origen del sujeto humano quedó abierto a la intervención de la técnica, y lleva a preguntarnos por las múltiples consecuencias aparejadas por este gran cambio, a cómo introducir en nuestros contenidos teóricos la novedad de la génesis de una nueva concepción de familia y por ende a una nueva dimensión de la institución de la filiación.

Las técnicas de procreación asistida nos colocan en situaciones impensables, y siguiendo a Giberti podemos afirmar que la frontera de lo predecible ya no existe o bien se ha tornado invisible, se ha fragmentado la certeza que nos conduce a otra idea acerca de la identidad de lo humano.

Se dice que la sexualidad, como origen de la reproducción, no es excluyentemente biológica como resultado de los avances científicos.

Ante la fecundación in vitro se ve fragmentada la idea de madre biológica cierta. Existe una brecha entre la fecundación y la concepción en el seno materno. La escena primaria de la concepción se traslada en estos casos a una probeta y la identidad genética entre generando y generado, base del vínculo filiatorio por naturaleza, se quiebra ante la utilización de gametos que no pertenecen a la pareja.

Esto implica replantear el contenido y forma de elaboración del concepto de identidad personal sobre todo en aquellos casos en que el material genético no es de la pareja que concibió.

En este aspecto se señalan dos cuestiones fundamentales: la necesidad de una aceptación social de la mencionada disociación y que

el hecho no debe ser ocultado. Ambas cuestiones contribuirán a la formación de la identidad del nacido.

2.b. Contenido del derecho a la identidad como derecho fundamental

El ser humano en su proceso vital tiene como pilar central la construcción de su “identidad”, que es aquella que hace a un ser humano único, irrepetible e idéntico a sí mismo. Es la matriz de un determinado modo, que lo individualiza y lo distingue en la sociedad. Por lo tanto, el **“derecho a la identidad” alude al “conjunto de atributos y características que contribuyen a individualizar a la persona en sociedad”**⁷.

Esta noción mira a la persona desde su total realidad existencial. La doctrina es conteste y pacífica en demarcar dos dimensiones de la “identidad”. Una **dimensión estática** que, perpetua e inmutable no obstante el transcurso del tiempo, permite a cada individuo diferenciarse externamente de los demás por una serie de signos (filiación, nombre, datos de nacimiento, identificación, sexo, patrimonio genético, nacionalidad); y la **dimensión dinámica**, variable en el tiempo, que refiere al hombre en su proyección social y que está constituida por el conjunto de atributos y características –intelectuales, morales, culturales, religiosas, políticas, profesionales, etc.– que permiten distinguir a una persona de otra dentro de la sociedad⁸.

La identidad personal merece tutela jurídica, y el sujeto tiene derecho a ser representado fielmente en su proyección social. Tiene derecho a ser conocido en su verdad personal, sin alteraciones ni distorsiones de sus atributos estáticos ni dinámicos, que lo distinguen de los demás.

Como correlato de este derecho, surge el deber de toda la sociedad, de respetar la verdad que cada uno proyecta, en su vida de relación social.

⁷ FERNÁNDEZ SESSAREGO, CARLOS. “*Derecho a la Identidad Persona*”; Ed. Astrea, Buenos Aires, 1992, págs. 19 y ss.

⁸ FERNÁNDEZ SESSAREGO, CARLOS. Ob. cit., págs. 19 y ss. Se ha sostenido también que la noción de identidad personal admite tres acepciones, en referencia a: 1) La realidad biológica (que garantiza el derecho de la persona a conocer su origen biológico y a ser emplazada en el estado de familia que, de acuerdo a ello, le corresponde), que refiere tanto a la identidad genética (patrimonio genético heredado de los progenitores biológicos) y filiatoria (que resulta de la pertenencia a un determinado estado de familia, en relación a quienes aparecen jurídicamente como sus padres). 2) Los caracteres físicos de la persona (rasgos externos, tales como el nombre, la imagen, la voz, el sexo). 3) La realidad existencial de la persona (proyección del modo de ser en la realidad social). Cfr.: ZANNONI, Eduardo. “*Identidad personal y Pruebas Biológicas*”, en Revista de Derecho Privado y Comunitario, N° 13 “Prueba I”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Bs. As., 1997, págs. 159 a 161.

Las leyes reglamentarias dictadas por el Congreso, como las políticas sociales básicas de la Administración de cada Estado deben poner en práctica un dinámico escenario que permita el efectivo logro de los derechos supra descriptos en relación al tema que nos ocupa.

2.c. El derecho a la identidad y la fecundación asistida heteróloga. Aspectos constitucionales para su resolución legislativa

Aún con anterioridad a la reforma de 1994 el derecho de toda persona a conocer su identidad de origen gozaba de reconocimiento como un derecho constitucional no enumerado (art. 33 C.N.). En el año 1994 y mediante la incorporación en el artículo 75 inciso 22, del llamado “bloque de Constitucionalidad”⁹, se otorga jerarquía constitucional a un conjunto de tratados de Derechos Humanos que desde el Derecho Internacional buscan la efectiva protección y materialización del derecho de la identidad desde la doctrina del Derecho Constitucional Humanitario¹⁰.

Así la Convención sobre los Derechos del Niño¹¹ contiene una serie de principios básicos, entre los cuales se encuentra el de no discriminación (Art. 2º) que en este ámbito tiende especialmente a eliminar la distinción entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales, y el derecho del niño a conocer a sus padres (Art. 7º) y preservar su identidad (Art. 8º). Con iguales alcances, cabe mencionar el Pacto de San José de Costa Rica (Art. 17 inc. 5, 18 y 19), la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (Art. 23), entre otros.

No queda ninguna duda que hoy en la Argentina, en los albores del siglo XXI, el derecho a la identidad tiene una clara y explícita recepción constitucional, tanto en su faz estática como en su faz dinámica. Es suficiente el texto constitucional para que el Congreso, en su función reglamentaria, logre una adecuada legislación que busque equilibrio y resolución en la tensión que las prácticas de procreación asistida acarrearán.

⁹ Para estudiar la problemática y realidad normativa que se deriva del “Bloque de Constitucionalidad”, recomendamos: MANILL, PABLO LUIS. “El Bloque de Constitucionalidad (La recepción del derecho internacional de los derechos humanos en el Derecho Constitucional Argentino)”, Ed. La Ley, Bs. As., 2003.

¹⁰ Entre otra doctrina especializada, puede consultarse: BIDART CAMPOS, GERMÁN, “*Las fuentes del Derecho Constitucional y el principio Pro homine*”. En libro: “El Derecho Constitucional del siglo XXI: Diagnóstico y perspectivas” (obra colectiva), Ed. Ediar, Bs. As., 2000; ALICE, BEATRIZ, “*Los principios generales del derecho constitucional argentino*”, en libro colectivo: “Los Valores en la Constitución” Argentina, Bs As, Ed. Ediar, 1999; ALBANESE, SUSANA “Los valores en el sistema de Derechos Humanos” en libro colectivo: “Los Valores en la Constitución Argentina”, Bs As, Ed. Ediar, 1999; PINTO, MÓNICA. “*Temas de Derechos Humanos*”, Ed. del Puerto, Bs. As., 1997.

¹¹ La Convención Internacional de los Derechos del Niño fue ratificada por nuestro país por la ley nacional 23849 del 20/9/90.

Desde esta perspectiva el conflicto de valores, intereses y derechos que la fecundación asistida heteróloga plantea es, por un lado, la protección y cumplimiento del “derecho a la identidad” (tanto estático como dinámico) del hijo concebido mediante la práctica médica; y por el otro –con igual jerarquía constitucional– el “derecho a la intimidad y protección personal” de aquellos donantes de espermias y/o óvulos necesarios para la concepción.

Desde el punto de vista constitucional éste es el dilema central a resolver por la norma reglamentaria; dilema que es totalmente nuevo –ya que aparece un tercero en la relación filial– y inexorablemente debe ser abordado con una respuesta distinta hasta las hoy utilizadas, reavivando –una vez más– la duda sobre cuál es la mejor y más justa tabula para la resolución de la confrontación entre derechos de similares entidades¹².

Concretamente, a fin de reglamentar los derechos en juego, nuestra Constitución Nacional establece una pauta precisa y es que esa reglamentación debe guardar “**legalidad**” y “**razonabilidad**”. De allí que las limitaciones permanentes de los derechos constitucionales deben respetar los preceptos emanados del “principio de legalidad” y el “principio de razonabilidad”; el primero contenido –entre otros– en los artículos 19, 14, 20, 75 y 99 de la CN y el segundo deducido de la interpretación armónica de los artículos 14 y 28 CN¹³.

Bajo estos parámetros, el Congreso Nacional como representante genuino de la diversidad de opiniones de la ciudadanía¹⁴, bajo autónomo criterio de oportunidad y conveniencia, tiene la obligación constitucional de diseñar la regulación legal reglamentaria necesaria

¹² Entre las variadas doctrinas que elaboran pautas para resolver conflictos de derechos fundamentales se destacan: la doctrina de las categorías preeminentes de derechos fundamentales, ver: EKMEKDJIAN, MIGUEL ANGEL, “Tratado de Derecho Constitucional”, TOMO I, Depalma, 2da edición actualizada, Buenos Aires, 2000, ps. 477 y ss; y del mismo autor, “Temas Constitucionales”, La Ley, Buenos Aires, 1987, cap. I; la doctrina que postula resolución del conflicto en el caso concreto, ver: BIDART CAMPOS, GERMÁN J., “Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino”, Tomo I-A, Ediar, Nueva edición ampliada y actualizada a 1999-2000, ps. 728 y ss., y SAGÜES, NÉSTOR PEDRO, “Elementos de Derecho Constitucional”, Tomo II, Astrea, 3ra Edición ampliada y actualizada, Buenos Aires, 2001, ps. 311 y ss; la teoría de la ponderación comparativa, ver: ALEXY, ROBERT, “Teoría de los derechos fundamentales”, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, ps. 89 y ss.;

¹³ Para profundizar sobre el tema ver, entre otros: LINARES, JUAN FRANCISCO, “Razonabilidad de las Leyes”, 2da. Ed., 1970, pag. 23 y sig; “Razonabilidad jurídica y razonabilidad técnica”, Miguel Padilla, L.L: 18/X/84,

¹⁴ Cf. NINO, CARLOS S., “Fundamentos de Derecho Constitucional (Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional)”, Ed. Astrea, ed. Bs. As. 2000, ps. 532 y ss.

para hacer efectivos los derechos; y además, tiene el deber de mantener dicha regulación legal en constante coherencia y concordancia con el sustrato fáctico que se deriva de la fluctuante realidad social, de manera consecuente con el mandato que impone la Carta Fundamental.

Por ello, sostenemos que la dispensa y autorización que se conceda a la persona concebida por las prácticas médicas de fecundación heterólogas de acceder a esta vital información debe ser en un marco del respeto al “derecho a la intimidad” de aquel o aquellos donantes que impusieron el sustrato fáctico biológico para la concepción.

Quedará finalmente al legislador resolver si la colecta y guarda de la información necesaria para la “identificación” como sustento del derecho de la identidad estará en manos del estado, en manos de los centros médicos, o en su caso de los padres que concibieron al hijo, pero lo que no puede quedar dudas es que debe estar protegido y amparado la intimidad y anonimato de la o del donante de óvulos o espermas, ya que su identificación nominal y personal no hace a la esencia, ni estática ni dinámica, del hijo concebido por aquellos.

3. El vínculo filiatorio generado por las prácticas de procreación asistida en el derecho reglamentario argentino vigente.

3.1. Base normativa en materia de filiación en el derecho vigente. Análisis de situaciones

En forma liminar, cabe señalar que el régimen legal vigente en materia de filiación revela la carencia normativa en relación a los nacidos de la aplicación de las técnicas de procreación asistida.

Los avances tecnológicos conducen a una concepción amplia de la filiación, comprensiva del vínculo filial creado a partir de la procreación natural, adopción o procreación asistida, siendo necesario deslindar y encuadrar los supuestos derivados de la procreación humana asistida.

Cuando se utiliza una técnica de reproducción con material genético propio de la pareja (casado o no) y con el requisito adicional que la futura madre sea quien lleve adelante el embarazo, estamos frente a una situación descripta y subsumida por la normativa vigente.

En cambio, cuando interviene material genético de un dador anónimo o se acuerda con una mujer que ceda su vientre con el fin de ser fecundada con material genético propio de la pareja o con óvulo propio y semen del hombre que integra la pareja, nos enfrentamos a una situación no descripta por la norma argentina.

En consecuencia, la biotecnología y su impacto en el derecho de familia abrió un abanico de posibilidades que produce un cambio al

esquema simple previsto por el legislador, asistiendo a nuevas formas de maternidad y paternidad ajenas a la concepción clásica de la filiación, que nos obliga a analizar los principios que debiera contemplar una futura legislación sobre la materia, a los fines de salvaguardar el derecho a la identidad del nacido.

a. El anonimato del dador

En lo que refiere a una futura regulación normativa de la cuestión, corresponde en forma previa analizar las distintas corrientes doctrinarias existentes en torno al anonimato o no del dador.

Una primera opinión, sostiene la prevalencia del anonimato de los dadores, fundada en la seguridad que esto proporciona al dador respecto de futuras acciones filiatorias, en que también se protege su derecho a la intimidad como a la vez evitar ciertas intromisiones del dador en la vida familiar de la pareja asistida, para evitar el desaliento a la dación que se generaría con la individualización de su identidad, y por último se fundamenta teniendo en cuenta las posibles perturbaciones psicológicas y emocionales que le podría acarrear al niño nacido por fertilización asistida, conocer su identidad biológica, siempre dejando la posibilidad de acceder a esta información en caso de necesidades terapéuticas.

Esta corriente predomina en la doctrina italiana, Código de Québec, Código Civil Francés, y algunos proyectos de nuestro país (Laferriere-Storani).

La segunda corriente compuesta por la doctrina francesa, alemana, española y norteamericana, sostiene que por sobre el anonimato prima el derecho del hijo a conocer su procedencia biológica y la identidad de sus padres genéticos sin que tal conocimiento genere responsabilidades filiatorias, personales, patrimoniales o de cualquier otra índole.

b. Las acciones filiatorias y las prácticas de procreación asistida heteróloga

En nuestro país no hay una posición clara sobre la posibilidad de implementar las acciones de filiación en el caso que nos ocupa, lo que obliga a examinar el problema de acuerdo al marco legal vigente.

b. 1. Acción de filiación extramatrimonial por parte del hijo contra el dador o dadora del material genético: podrá ejercerse libremente conforme a su arbitrio, ya que el derecho vigente no contiene restricciones a la libre investigación sobre la paternidad o maternidad. Por lo tanto el dador o dadora de gametos no está exento de correr el

riesgo de afrontar una acción de filiación dado que esta es irrenunciable e imprescriptible (art.251 del C.C.).

b. 2. Dación de semen para fecundar a una mujer casada: en este caso, el hijo previo a la acción de reclamación de filiación contra el dador, deberá impugnar la paternidad del marido de la madre presumida por ley. (Arts. 252, 253, 254 y 259 CC). El marido de la madre que no prestó consentimiento, puede asimismo impugnar su paternidad matrimonial.

b. 3. Acciones del marido de la madre: sí prestó consentimiento, se presenta un problema. Un sector de la doctrina considera que el consentimiento no representa una renuncia tácita a impugnar la paternidad matrimonial, ya que el art. 251 CC. prevé que este derecho no se extingue por prescripción ni por renuncia. Por otra parte, al ser materia de orden público no es disponible por las partes. La postura contraria considera que el consentimiento implica renuncia tácita porque nadie puede contradecir sus propios actos ejerciendo una conducta incompatible con una anterior conducta deliberada y plenamente eficaz, a la vez que no puede alegar su propia torpeza.

En cuanto al **dador** estaría legitimado para accionar impugnando la paternidad extramatrimonial del hijo concebido con su aporte genético (art. 263 CC).

b. 4. Supuesto de la dación de óvulos: es decir, el caso de donación de óvulo de una mujer para ser implantado (luego de haber sido fecundado con el semen del marido de quien recibe dicho óvulo) en el útero de otra, hábil para desarrollar el embarazo. El art. 242 CC establece que la maternidad se establece por el parto, presunción que hasta hace no mucho tiempo se consideraba iure et de iure en función de que no había otra forma de concebir que no sea la natural. Pero los avances de la ciencia ponen en jaque esta presunción y la doctrina se vio obligada a referirse a este tema. Un sector interpreta que es una presunción "juris tantum", siempre pasible de impugnación y en contraposición encontramos a quienes opinan que el fenómeno del parto surte efectos plenos y definitivos para la determinación de la maternidad.

3.2. Derecho argentino proyectado actual

Respecto al tema que abordamos, los proyectos con tratamiento parlamentario actual postulan las más variadas soluciones:

- a) Expediente n° 2733/06 (Haidé Giri). El art. 10 dispone: "...*La persona nacida de gametas donadas por terceros, una vez llegada a la mayoría de edad, podrá solicitar judicialmente conocer la identidad del donante que aportó sus respectivas gametas.*

.....*Los donantes de gametos no tendrán en ningún caso derecho ni obligaciones sobre el niño nacido...*"

b) Expediente 0687-D-2004 (Silvia Martínez). No contiene previsiones porque no admite la fecundación heteróloga.

c) Expediente 3978-D-2006 (Graciela Camaño) No contiene previsiones para la fecundación heteróloga.

d) Expediente n° 3859/05 (Luz Sapag) No contiene previsiones.

e) Expediente 759/06 (Adriana Bortolozzi de Bogado) El art. 8 dispone que "... *el donante "no tendrá ningún derecho ni obligación sobre el nacido..."*". No contiene previsiones sobre el derecho a conocer el origen genético.

f) Proyecto de Samer (Sociedad Argentina de Medicina reproductiva, 27/10/2005). El art. 13 dispone: "...*En el caso que las Técnicas de Reproducción Asistida sean realizadas con gametos no pertenecientes a alguno de los miembros de la pareja, las mismas se realizarán con gametos donados. La donación se realizará formalmente, por escrito, con expreso consentimiento informado del donante y de los beneficiarios de las técnicas, con carácter de secreto y a título gratuito, la misma revestirá carácter anónimo en cuanto a la identidad del dador. La persona nacida de gametas donadas por terceros, una vez llegada a la mayoría de edad, podrá solicitar judicialmente conocer la identidad del donante que aportó sus respectivas gametas. La persona nacida de gametas donadas será reconocida como hijo biológico de los beneficiarios de las técnicas y los donantes de gametos no tendrán en ningún caso derecho ni obligaciones sobre el niño nacido...*".

Obviamente, está fuera de discusión que la identidad debe ser revelada en casos urgentes fundados en la salud de la persona nacida de estas prácticas. El problema, uno de los más difíciles de solucionar, es si esa persona tiene derecho a identificar a quién proporcionó el material genético.

4. Abordaje desde la legislación y la jurisprudencia del Derecho Comparado

4.1. En la legislación comparada se observan tres corrientes: a) los países que proclaman el anonimato del donante, b) otra que exclu-

yen el anonimato del donante y c) legislaciones que nada dicen al respecto (en algunos supuestos, por no tener siquiera reguladas las técnicas de fecundación humana asistida).

a) Legislaciones que proclaman el anonimato del donante

La primera tendencia es la que se inicia a partir del “Informe de la Comisión de Investigación sobre Fecundación y Embriología Humana” (Londres, 1984) –conocido como “Informe Warnock”– que es uno de los pioneros en pronunciarse a favor del anonimato entre el donante y los receptores en las TRHA¹⁵, permitiendo al hijo así concebido acceder, a partir de los 18 años, a la información básica sobre el origen étnico y la salud genética del donante¹⁶. En esta línea, se encuentran también el Parlamento y Consejo Europeo¹⁷ y el Comité Económico y Social Europeo.

Entre los países que proclaman el anonimato del donante, podemos destacar la Ley española 14/2006 que –al igual que la recientemente derogada Ley 35/1988– establece como principio general que la donación es anónima; regla que rige sin perjuicio del derecho del nacido de estas técnicas y del receptor, a obtener información general de los donantes (la cual no incluye su identidad). Como excepción, en circunstancias extraordinarias de peligro cierto para la vida o la salud del hijo o de así disponerlo las Leyes procesales penales, podrá revelarse la identidad de los donantes si ella es indispensable para evitar tal peligro o conseguir el fin legal propuesto. Este develamiento tendrá *carácter restringido* y no implicará en ningún caso publicidad de la identidad de los donantes. (art. 5.5)

b) Legislaciones que excluyen el anonimato del donante:

Entre quienes estiman que el anonimato no ha de ser proclamado legalmente por contrariar el derecho de las personas a conocer

¹⁵ “Un correcto proceder pide que cualquier tercero, donante de gametos para el tratamiento de la infertilidad ha de ser desconocido para la pareja receptora antes, durante y después del tratamiento; igualmente el donante no ha de conocer la identidad de la pareja asistida”.

¹⁶ “Al llegar a los dieciocho años, el hijo tendrá acceso a la información básica sobre el origen étnico y la salud genética del donante y se aprobará una ley para reconocer este derecho”.

¹⁷ La Directiva 2004/23/CE (de 31 de marzo de 2004) relativa al «Establecimiento de Normas de calidad y de seguridad para la donación, la obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos» dispone entre los principios reguladores el «anonimato del donante y el receptor», sentando como principio general la prohibición de revelar la identidad del receptor al donante y viceversa; sin perjuicio de la legislación vigente en los Estados miembros sobre las condiciones de revelación, que autoriza en casos excepcionales, en particular en caso de donación de gametos, la revelación de la identidad del donante (§ 29).

su origen, se ubican países como Suecia¹⁸, Austria¹⁹, Holanda o Dinamarca y, a partir de la ley vigente desde el 1º de abril de 2005, también Gran Bretaña²⁰.

c) Legislaciones que nada dicen al respecto, por lo general por no tener legislación específica

Por último, en Argentina –como en tantos otros países latinoamericanos que prefieren mirar hacia otro lado–, al no haberse aún legislado sobre la materia, a pesar que las prácticas se realizan en forma permanente en centros asistenciales generalmente privados, no se puede dar una respuesta certera acerca de cuál de las posturas prevalece²¹.

4.2. La jurisprudencia extranjera

Hasta la fecha, ni el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ni el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, han tenido oportunidad de pronunciarse sobre el anonimato del donante.

Sin embargo, el resonado caso “Odièvre v. France”²² –que refiere al derecho a conocer el origen en la adopción– ha sido empleado

¹⁸ Los hijos pueden conocer la identidad de los donantes cuando cumplen 18 años.

¹⁹ La edad para acceder a tal conocimiento, es aún menor: 14 años.

²⁰ Con esta ley se equipara la adopción y la fecundación artificial con gametos donados, en cuanto al derecho del hijo a conocer su verdadero origen. Sin embargo, la ley excluye cualquier reclamo de tipo legal o económico. Esta ley empezará a aplicarse en el año 2023, cuando los primeros nacidos bajo la nueva normativa alcancen la mayoría de edad.

²¹ En Argentina existen proyectos de leyes que desde distintas ópticas han sido presentados en las cámaras de diputados o senadores, sin que haya existido hasta la fecha un verdadero y profundo debate sobre el tema. La mayoría de esos proyectos se plantean desde la prohibición de las técnicas heterólogas de reproducción humana asistida o el anonimato del donante de material genético. Así el proyecto de los diputados Focus y Argul; los de los senadores Villaverde, Ulloa y Martínez Almudevar se inclinan por la negativa a permitir la fertilización con material genético de terceros, basando su negativa en diferentes planteamientos. En la República Oriental del Uruguay, en tanto, desde el año 2003 existe un proyecto acerca de “Técnicas de reproducción humana asistida” que, en su art. 5, permite las técnicas heterólogas, pero resguardando el anonimato de los donantes ya que estipula que *“la pareja receptora de los gametos tiene derecho a obtener información general sobre el fenotipo a recibir, que no incluya la identidad del mismo”*. En Méjico, la Ley General de Salud permite la inseminación heteróloga, pero no habla de la cuestión del anonimato –se trata de una ley general de salud y no una específica de reproducción humana asistida.

²² N° 42326/98; ECHR 2003-III-13.02.03. La Señora Odièvre interpone una demanda contra Francia ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos por violación de los arts. 8 y 14 CEDH. Esta persona, ya mayor de edad, reclama le sea revelado el nombre y apellido de su progenitora quien la abandona al nacer, amparada en la posibilidad de mantener en secreto su identidad. Tras intentar en vano que los tribunales franceses

para discutir la cuestión desde la óptica de las técnicas de reproducción asistida.

La resolución del Tribunal Europeo en este caso, sostiene que Francia no sobrepasa el margen de que gozan los Estados y no admite la pretensión de la actora.

Sin embargo, se pronuncia sobre algunas cuestiones de interés, tales como que el art. 8 protege un derecho a la identidad, dentro del que se ubica, como sienta el caso “Mikulic c. Croacia”²³, el de obtener las informaciones necesarias para descubrir la identidad de los progenitores; que la protección de la estabilidad mental es previa al goce efectivo del derecho al respeto de la vida privada y que la expresión “toda persona” del art. 8º se aplica tanto al hijo como a la madre, lo que provoca que el enfrentamiento entre el derecho a conocer el propio origen de la hija y el interés de la mujer en conservar el anonimato se traduzca en un conflicto entre dos personas adultas.

Finalmente la decisión del Tribunal se funda en que levantar el secreto podría comportar riesgos no desdeñables para la madre, la familia adoptiva, el padre, los hermanos biológicos; todos ellos titulares también del derecho al respeto de su vida privada y familiar.

5. Conclusiones

De lo expuesto podemos concluir:

- El derecho de los donantes de material genético y de los progenitores a mantener el secreto de cómo fue gestado, integra el **derecho a la intimidad**, y puede entrar en colisión con el derecho del hijo a tener acceso a sus orígenes, uno de los aspectos del **derecho a la identidad**, ambos derechos son de rango constitucional.

- Hoy en la Argentina, el derecho a la identidad tiene una clara y explícita recepción constitucional, tanto en su faz estática como en su faz dinámica. Es suficiente el texto constitucional para que el Congreso, en su función reglamentaria, logre una adecuada legislación que busque equilibrio y resolución en la tensión que esta práctica médica acarrea.

- La dispensa y autorización que se conceda a la persona concebida por las prácticas médicas de fecundación heterólogos de acceder a

levanten ese secreto (esta mujer ya había obtenido varios datos acerca de su familia biológica, como la nacionalidad y ocupación de ambos, tiempo de convivencia, existencia de otros hijos, etc.), recurre al Tribunal, que falla por la no violación del Convenio Europeo de Derechos Humanos, aplicando el margen de apreciación de los Estados.

²³ “Mikulic v. Croatia”, no. 53176/99, §§ 54 and 64, ECHR 2002-I.

esta vital información debe ser en un marco del respeto al “derecho a la intimidad” de aquel o aquellos donantes que impusieron el sustrato fáctico biológico para la concepción. De no protegerse esa intimidad, se estaría violentando el derecho fundamental a la intimidad de uno de los participantes en este proceso médico asistido, por lo que sin duda alguna sería tachada de inconstitucional.

- Sólo en casos de extrema necesidad, en donde se ponga en juego la integridad del nacido con estas prácticas, deberían contemplarse los procedimientos excepcionales y reservados para develar la identidad del dador.

- En el derecho comparado encontramos soluciones diversas respecto a si existe o no derecho a conocer el origen genético, y en qué extensión: a) las que admiten la posibilidad de identificar al donante; b) otras que posibilitan proporcionar datos generales; c) otras legislaciones no contemplan el problema.

- Las legislaciones que admiten la llamada fecundación heteróloga por lo general niegan las acciones para establecer vínculos jurídicos de filiación con el donante. La solución es razonable, desde que cualquier otra respuesta significaría la eliminación de la técnica; no habría donantes ni tampoco personas dispuestas a admitir la injerencia ilegítima de un tercero en la vida familiar.

6. Colofón

La realidad conduce a cuestionarnos si es válido jerarquizar en ciertos casos la verdad biológica y en otros la voluntad procreacional, o si por el contrario es necesario alcanzar la uniformidad.

Adoptar una solución uniforme es asumir una respuesta simplista al problema, dejando de lado las particularidades propias de cada situación. Entendemos que en la filiación no sólo debe importar la verdad biológica, sino también el conjunto de verdades que conforman a la persona en el transcurso de la vida.

Por esta razón, sostenemos que al momento de adjudicarse el vínculo filial deba partirse de la convicción de que el mismo guarde armonía con el interés superior del hijo en vinculación con el interés familiar.

Somos partidarios de un anonimato relativo. El anonimato a ultranza o el acceso irrestricto podrían generar la inconstitucionalidad de la norma.



LAS INVERSIONES EXTRANJERAS DIRECTAS Y LOS TIBS

(Tratados Internacionales Bilaterales)

*María Cristina Mercado de Sala*¹

*María Valeria Sala Mercado*²

Resumen: Refiere a los reclamos por las inversiones extranjeras para la actividad de servicios prestados por empresas extranjeras, bajo el amparo de los tratados bilaterales aplicables. Específicamente las demandas *identificadas, resueltas y pendientes de reclamos contra Argentina, ante el CIADI, a las que se ha accedido durante el período de la investigación. Anticipa conclusiones sobre los casos en la etapa considerada.*

Palabras Claves: Inversiones Extranjeras – Tratados Bilaterales – Banco Mundial – Demandas ante el CIADI resueltas y pendientes – Servicios públicos privatizados.

I. Introducción

Resulta de perogrullo, y así lo hemos expresado en informes anteriores, poner en duda la necesidad de los países de contar con inversiones al servicio del crecimiento sustentable y sostenido. En el informe del Instituto de Investigaciones Económicas creado en 1981 por la Bolsa de Comer-

¹ Profesora Titular de Derecho Privado IV –Relaciones de Organización-Sociedades– y Derecho de las Organizaciones. Fac. Dcho. UNC. Profesora Titular de Concentración Empresaria-Grupos, Carrera de Post Grado “Especialización en Derecho de los Negocios”, Fac. Dcho. UNC. Ex Coordinadora Académica CIJS Fac. Dcho. UNC. Directora Carrera de Pts Grado “Especialización en Derecho de los Negocios”. Fac. Dcho. y Cs. Ss. UNC.

² Adscripta Derecho Internacional Privado y Teoría Gral. del Proceso, Fac. Dcho. UNC. Docente Dcho. Int. Priv. Fac. Dcho. y Cs. Ss. UNC y Universidad E. Siglo XXI.

*cio de Córdoba, denominado “El Balance de la Economía Argentina 2006”, ello es específicamente contemplado*³.

Desde 1993 y hasta el año 2000, los informes especializados indican que los flujos de inversiones extranjeras directas en el mundo crecieron a una tasa promedio anual de 30%, representando el 4,4% del PIB mundial. En Argentina “fueron en promedio de U\$S 5.906 millones anuales”⁴ entre 1993 y 1998, período en el que se firman TIBs (Tratados Bilaterales de Inversión) con el objeto de crear convicción de seguridad jurídica y estimular la radicación de inversiones extranjeras en el país, para reducir el llamado “costo argentino” y estimular el ingreso de inversiones en un todo conforme al art. 75 inc. 18 de la CN de 1994. Para ello, los TIBs poseen cláusulas de solución de controversias, destacándose las que reconocen legitimación al particular para demandar al Estado ante instancias arbitrales internacionales⁵.

Previamente al presente, hicimos breves comentarios sobre el tema, en publicación del CIJS-Fac. Der. UNC, “Anuarios VIII y IX”, Cba. 2005 y 2006, a los que remitimos.

Advertimos, con anterioridad, que se contempló a nivel administración nacional la intención de hacer valer el control de constitucionalidad para apelar eventuales fallos desfavorables del CIADI, por cuanto se habían acumulado tantas demandas que “virtualmente toda la política de servicios públicos estaba en manos de distintos tribunales que se manejan con independencia de criterios”. Referimos asimismo el criterio de Alfredo

³ “Como consecuencia de los numerosos beneficios potenciales de la inversión extranjera directa (IED) tanto los países desarrollados como en desarrollo se disputan duramente los flujos mundiales.... El nivel de impacto de la inversión extranjera en el país receptor depende de diversos factores como las características de las firmas extranjeras y el objetivo perseguido por las mismas, la capacidad de absorción de nuevas tecnologías, formas de producción y administración por parte de las empresas locales, las políticas de promoción aplicadas por el gobierno para atraer inversiones y del clima de negocios del país receptor”... opus cit. pg. 137. Ed. Eudecor. Cba. Dic. 2006.

⁴ “En este período el proceso de apertura de la economía y de privatización de empresas del Estado jugó un rol importante. Luego del máximo valor de la serie, alcanzado en el año 1999 como resultado de la venta de YPF los flujos de inversiones extranjeras disminuyeron fuertemente. Argentina absorbió en promedio entre 1992 y 1998 el 15% de los flujos recibidos en América Latina, en tanto que entre 2001 y 2003 recibió el 5% de esos flujos. En el año 2003 ingresaron al país U\$S 1.652 millones en concepto de IED, el menor monto del período bajo análisis.... En un contexto nacional de fuerte crecimiento del producto y estabilidad macroeconómica las inversiones de origen extranjero en Argentina comenzaron a recuperarse a partir del año 2004... Si bien continúa el proceso de recuperación, los ingresos de IED aún son inferiores al promedio anual registrado entre los años 1992 y 1998”. “El Balance de la Economía Argentina” opus cit. pg 139.

⁵ HERZ MARIANA, “El arbitraje internacional entre estados e inversores extranjeros y la subasta de bienes del estado frente al incumplimiento del laudo” en Revista de Derecho Procesal 2006-1, Ed Rubinzal Culzoni, Sta. Fe, 2006. p. 298.

*Eric Calcagno y Eric Calcago*⁶, quienes consideran que además de las razones políticas, existen razones jurídicas que anulan las decisiones del CIA-DI.

Desde las autoridades argentinas se sostiene que aquí “no hubo expropiación⁸, trato injusto o discriminación como se plantea. Si hay una cuestión de valor de las tarifas debe ser dirimida en una negociación⁹, insistiendo en la crisis económica y la emergencia. El estado nacional, sus entes administrativos y las provincias y municipios, celebraron durante los años noventa, contratos con empresas provenientes de estados extranjeros firmantes de Tratados Bilaterales, especialmente relativos a servicios públicos privatizados.

II. Estado de los reclamos ante el CIADI

El estado argentino confrontado a reclamos de las empresas privatizadas, por un monto de decenas de miles de millones de dólares, que en la información colectada es difícil de precisar¹⁰, ya que los recla-

⁶ (<http://www.argenpress.info/nota.asp?num=018574>)

⁷ Argumentan que mientras que el CIADI fue creado en marzo de 1965, Argentina recién adhirió por la ley 24.353 del 28 de Julio de 1994, promulgada el 22 de agosto de 1994 y publicada en el Boletín Oficial el 2 de setiembre de 1994, fechas a las que le otorgan un valor dirimente. Ello porque el 22 de agosto de 1994 se sancionó la nueva Constitución Nacional, que entró en vigencia el 24 de agosto de 1994, y que en el art. 75 inc. 24 especifica que es el Congreso quien debe aprobar tratados de integración que deleguen competencia y jurisdicción a organizaciones supraestatales como el CIADI... – alegan– en ningún caso, ni el CIADI ni ninguna otra organización puede ser árbitro o juez con respecto a Argentina”.

⁸ El Estado nacional en primera instancia y el de Mendoza en segunda fueron demandados ante el tribunal arbitral del Banco Mundial por la Asset Recovery Trust de capitales estadounidenses y alemanes, con sede en la Provincia de Mendoza, por presunto caso de expropiación. La demanda aceptada por el Ciadi con sede en París reclama el pago de una deuda de 20 millones de dólares, alegando que el gobierno provincial vació el contrato de administración de créditos de los ex bancos provinciales mendocinos y no derivaría de la crisis económica del 2001. Conf. diario La voz del Interior de Cba, 27-06-05. pg. 6 A.

⁹ El Cronista lunes 4 de abril de 2005. pg. 4...” El Gobierno apelará ante la Corte los laudos del CIADI”...El Ministro de Justicia, Horacio Rosatti, manifestó que...”nadie cree que la política de servicios públicos de una nación pueda ser dirimida a través de 40 laudos que no tienen comunicación entre sí”...

¹⁰ KRAKOWIAK, FERNANDO, Suplemento Cash, 6 de mayo del 2005. “Tribunal CIADI: aberración de los tratados bilaterales de inversión”...Luego de la reestructuración de la deuda pública, la Argentina se prepara para enfrentar la definición de otra batalla decisiva en el escenario internacional. Las privatizadas y otras compañías extranjeras le reclaman al estado cerca de 17 mil millones de dólares de indemnización por la devaluación, la pesificación y el congelamiento de las tarifas”....

Cabot Diego. “Aún se tramitan ante el CIADI 30 juicios que reclaman US\$ 15.000 millones - Con la suspensión de Telefónica, ya suman cuatro los procesos congelados” <http://www.lanacion.com.ar/780900>. La voz del interior, 06-04-05, “Si retiran demandas ha-

mos aparecen publicados bajo diferentes cifras¹¹ según sea el medio consultado¹², habría debido recurrir a más de un estudio externo e incluso extranjero¹³ para asistir a la procuración del tesoro, para que defienda a la Argentina en los juicios de arbitraje ante el CIADI.

Asimismo, en el ámbito interno institucional, se dictaron diversos Decretos¹⁴ tales:

1. El “Decreto 926/03” que creó el Consejo Federal de Negociaciones Amistosas¹⁵ en el ámbito de la Procuración del Tesoro de la Nación, “para definir los lineamientos y estrategias del Estado Argentino y aprobar las propuestas en los procesos de negociaciones amistosas derivados de las controversias planteadas por inversores extranjeros”. El decreto mencionado creó en el mismo ámbito la Unidad de Negociaciones Amistosas (U.GE.NA.), “con el objeto de gestionar de oficio la etapa de las negociaciones amistosas en las controversias en

brá contratos con privatizadas”...el gobierno avaló la idea de condicionar la renegociación de los contratos con las empresas privatizadas a la renuncia de los reclamos ante el CIADI, equivalente a unos 18mil millones de dólares...

Peña Félix, “EL CASO ARGENTINO EN EL CIADI”...estimaciones preliminares consideran que los contribuyentes argentinos deberían pagar en los próximos años, un monto no inferior a los 15.000 millones de dólares –hay estimaciones superiores–....<http://fundacionbankboston.com.ar/inst/sec10/docs-felixpena/articulos/2005-03>

¹¹ MOEYKENS, ERIKA, ponencia presentada al XV Congreso Argentino de Derecho Internacional, Mar del Plata, Septiembre 2007 : “Situación de la República Argentina frente a las demandas en el CIADI”, refiere “Desde la crisis financiera de 2001, se han presentado contra nuestro país treinta y cuatro acciones judiciales en el CIADI por parte de empresas transnacionales que, basándose en las garantías proclamadas por los TIBs, le reclaman indemnizaciones por pérdidas en sectores como las telecomunicaciones, el gas, los productos de petróleo y el suministro de agua y electricidad. Estas demandas (por una suma superior a los 17.000 millones de dólares) muestran las importantes secuelas que el desorden del sistema de concesiones públicas y de tarifas está dejando en nuestro país”. Concluye: “La forma de evitar la obtención de resultados adversos en los procesos arbitrales ante el CIADI es la negociación, la cual ayudaría a recobrar parte de la confianza perdida entre los inversores”.

¹² KRAKOWIAK, FERNANDO, artículo citado...6 de mayo del 2005...” en la actualidad el organismo tiene pendientes de resolución 89 casos, de los cuales 36 son denuncias contra la Argentina”....

¹³ El estudio norteamericano Mayer, Brown, Rowe & Maw LLP, tiene como Director del Depto. Arbitrajes, a un argentino (Javier Rubinstein) y habría celebrado un acuerdo. Otro estudio sería Cleary, Gottlieb que armó la reestructuración de la deuda argentina en default. Conf. El Cronista 24-06-05.

¹⁴ Las medidas se fundaron en el ejercicio de las facultades emergentes del art. 99, inciso 1 de la Constitución Nacional.

¹⁵ El Consejo está integrado por el Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto, el Ministerio de Economía y Producción y el Procurador del Tesoro de la Nación.

materia de inversión extranjera previstas en los TIBs.” El ámbito material del decreto 926/03 abarcaba “las controversias en materia de inversión denunciadas por inversores extranjeros”.

2. El Decreto N° 311/03 creó la Unidad de Renegociación y Análisis de Contratos de Servicios Públicos, en el ámbito de los Ministerios de Economía y Producción y de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios con la “función de llevar a cabo el proceso de renegociación de los contratos de obras y servicios públicos dispuestos por la ley N° 25.561...”.

3. Posteriormente, el decreto 965 del 24 de octubre de 2003¹⁶, derogó el Decreto 926/03 y creó la Unidad de Asistencia para la Defensa Arbitral¹⁷, en el ámbito de la Procuración del Tesoro de la Nación, que tiene por “misión elaborar estrategias y lineamientos a instrumentar en la etapa de negociación amistosa” con los inversores extranjeros¹⁸, en los procesos arbitrales que se planteen, con fundamento en los Tratados Bilaterales para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones.

Correspondería a la Unidad creada por el decreto 965/03, emitir informe suficiente sobre todas las demandas, los reclamos de que se trata y los montos pretendidos. No ha sido posible acceder directamente a esa información, y la Secretaría de las Jornadas de Derecho Administrativo, nos informó que no han sido publicados los trabajos debatidos como tampoco sus conclusiones.

III. Los casos identificados ante el CIADI

III. 1. Según información accesible por Internet de un total de 133 casos **concluidos ante el CIADI al 09/09/2007, 11 son contra Ar-**

¹⁶ <http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/85000-89999/89718/norma.htm>

¹⁷ La UN.A.D.AR (Unidad de Asistencia para la Defensa Arbitral) estaría presidida por el Procurador del Tesoro de la Nación, e integrada por el responsable del Área de Asuntos Internacionales de la Procuración, dos representantes del Ministerio de Economía y Producción, dos Representantes del Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios y dos representantes del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto. La secretaría Legal y Técnica de la Presidencia de la Nación puede designar un funcionario para que asista a las reuniones, pudiendo la unidad de Asistencia convocar a funcionarios de otros organismos del Estado Nacional. Las jurisdicciones cuyos representantes formen parte de la Unidad de Asistencia proporcionarán los recursos y el apoyo técnico y administrativo necesarios para su funcionamiento.

¹⁸ TETTELBAUM, ALEJANDRO, especial para ARGENPRESS. info Fecha de publicación 15-02-06.

gentina¹⁹. Otro caso resuelto según información difundida por Yahoo el 09/10/07, sería el reclamo de la compañía estadounidense Sempre Energy, “que anunció haber logrado un arbitraje internacional favorable por 172 millones de dólares en el CIADI, contra el gobierno nacional de argentina, por la caída en el valor de su participación en dos compañías de gas natural. Sempre alegó que la Argentina violó las normas de pri-

¹⁹ A saber:

1. Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal v. Argentine Republic (Case No. ARB/97/3) Subject Matter Water and sewer services concession agreement (a) Original Arbitration Proceeding -Date Registered February 19, 1997 Date of Constitution of Tribunal December 1, 1997

Composition of Tribunal

President:	Francisco Rezek (Brazilian)
Arbitrators:	Thomas Buergenthal (U.S.) Peter D. Trooboff (U.S.)

Outcome of Proceeding Award rendered on November 21, 2000.

Published Decisions

Award of November 21, 2000, [English original 16 ICSID Rev.—FILJ 641 (2001); 40 ILM 426 (2001); 125 I.L.R. 1 (2004); 26 Y.B. Com. Arb. 61 (2001) (excerpts); Spanish translation of English original in La Ley (Buenos Aires) Año LXV No. 25, February 5, 2001, p. 1. (b) Annulment Proceeding- Date Registered March 23, 2001 Date of Constitution of ad hoc Committee May 18, 2001

Composition of ad hoc Committee

President:	L. Yves Fortier (Canadian)
Members:	James R. Crawford (Australian) José Carlos Fernández Rozas (Spanish)

Outcome of Proceeding: Decision on Annulment rendered on July 3, 2002.

Published Decisions

Decision on the Challenge to the President of the Committee of October 5, 2001, [English original 17 ICSID Rev.—FILJ 168 (2002); 6 ICSID Rep. 330 (2004); 125 I.L.R. 46 (2004); [Spanish original 17 ICSID Rev.—FILJ 182 (2002).

Decision on Annulment of July 3, 2002, [English original] 19 ICSID Rev.—FILJ 89 (2004); 41 ILM 1135 (2002); 6 ICSID Rep. 340 (2004); 125 I.L.R. 58 (2004); French translation of English and Spanish originals in 130 Journal du droit international 195 (2003).

(c) Supplementary Decisions and Rectification Proceeding -Date Registered August 23, 2002

Outcome of Proceeding: Decision of the ad hoc Committee on the Request for Supplementation and Rectification of its Decision Concerning Annulment of the Award rendered on May 28, 2003.

Published Decisions

Decision of the ad hoc Committee on the Request for Supplementation and Rectification of its Decision Concerning Annulment of the Award of May 28, 2003, 19 ICSID

Rev.—FILJ 139 (2004); 8 ICSID Rep. 490 (2005).

(d) Resubmission - Date Registered Request for resubmission of the dispute to a new Tribunal registered on October 24, 2003. Date of Constitution of Tribunal April 14, 2004

Composition of Tribunal

President:	J. William Rowley (Canadian)
Arbitrators:	Gabrielle Kaufmann-Kohler (Swiss) Carlos Bernal Vereá (Mexican)

Outcome of Proceeding: Award rendered on August 20, 2007.

2. Lanco International, Inc. v. Argentine Republic (Case No. ARB/97/6)

Subject Matter Port terminal concession agreement

Date Registered October 14, 1997 Date of Constitution of Tribunal March 19, 1998

Composition of Tribunal

President:	Bernardo M. Cremades (Spanish)
Arbitrators:	Guillermo Aguilar Alvarez (Mexican) Luiz Olavo Baptista (Brazilian)

Outcome of Proceeding: Proceeding discontinued at the request of the Claimant (Order taking note of the discontinuance issued by the Tribunal on October 17, 2000 pursuant to Arbitration Rule 44).

Published Decisions

Preliminary Decision on Jurisdiction of December 8, 1998, 40 ILM 457 (2001).

3. Houston Industries Energy, Inc. and others v. Argentine Republic (Case No. ARB/98/1)

Subject Matter Electricity distribution and sale concession

Date Registered February 25, 1998 Date of Constitution of Tribunal August 3, 1998

Composition of Tribunal

President:	Piero Bernardini (Italian)
Arbitrators:	Santiago Torres Bernárdez (Spanish) Albert Jan van den Berg (Netherlands)

Outcome of Proceeding: Award rendered on August 24, 2001; attached to the Award is a separate opinion by one of the arbitrators.

4. Mobil Argentina S.A. v. Argentine Republic (Case No. ARB/99/1)

Subject Matter Petroleum exploration and production venture

Date Registered April 9, 1999

Outcome of Proceeding: Proceeding discontinued at the request of the Claimant (Order taking note of the discontinuance issued by the Secretary-General on July 21, 1999, pursuant to Arbitration Rule 44).

5. Empresa Nacional de Electricidad S.A. v. Argentine Republic (Case No. ARB/99/4)

Subject Matter Hydroelectric power concession

Date Registered July 12, 1999 Date of Constitution of Tribunal December 13, 1999
Composition of Tribunal

President:	Rodrigo Oreamuno (Costa Rican)
Arbitrators:	Enrique Elías (Peruvian) Héctor Gros Espiell (Uruguayan)

Outcome of Proceeding: Proceeding discontinued at the request of the Claimant (Order taking note of the discontinuance issued by the Tribunal on February 8, 2001, pursuant to Arbitration Rule 44).

6. LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. and LG&E International Inc. v. Argentine Republic (Case No. ARB/02/1)
Subject Matter Gas distribution enterprise
Date Registered January 31, 2002 Date of Constitution of Tribunal November 13, 2002

Composition of Tribunal

President:	Tatiana Bogdanowsky de Maekelt (Venezuelan)
Arbitrators:	Francisco Rezek (Brazilian) Albert Jan van den Berg (Dutch)

Outcome of Proceeding: Award rendered on July 25, 2007.

Published Decisions

Decision of the Arbitral Tribunal on Objections to Jurisdiction of April 30, 2004
Decision on Liability of October 3, 2006

7. Camuzzi International S.A. v. Argentine Republic (Case No. ARB/03/7)
Subject Matter Electricity distribution and transportation enterprise
Date Registered April 23, 2003 Date of Constitution of Tribunal October 7, 2003

Composition of Tribunal

President:	Enrique Gómez-Pinzón (Colombian)
Arbitrators:	Henri C. Alvarez (Canadian) Héctor Gros Espiell (Uruguayan)

Outcome of Proceeding: Settlement agreed by the parties and proceeding discontinued at their request (Order taking note of the discontinuance pursuant to Arbitration Rule 43(1) issued by the Tribunal on January 25, 2007).

Published Decisions

Decision on Objections to Jurisdiction of June 10, 2005.

8. Pioneer Natural Resources Company, Pioneer Natural Resources (Argentina) S.A. and Pioneer Natural Resources (Tierra del Fuego) S.A. v. Argentine Republic (Case No. ARB/03/12)
Subject Matter Hydrocarbon and electricity concessions

Date Registered June 5, 2003 Date of Constitution of Tribunal March 23, 2005

Composition of Tribunal

President:	Lucius Caflisch (Swiss)
Arbitrators:	Piero Bernardini (Italian) Brigitte Stern (French)

Outcome of Proceeding: Settlement agreed by the parties and proceeding discontinued at their request (Order taking note of the discontinuance pursuant to Arbitration Rule 43(1) issued by the Tribunal on June 23, 2005).

9. Aguas Cordobesas S.A., Suez, and Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. v. Argentine Republic (Case No. ARB/03/18)

Subject Matter Water services concession

Date Registered July 17, 2003 Date of Constitution of Tribunal February 17, 2004

Composition of Tribunal

President:	Jeswald W. Salacuse (U.S.)
Arbitrators:	Gabrielle Kaufmann-Kohler (Swiss) Pedro Nikken (Venezuelan)

Outcome of Proceeding: Settlement agreed by the parties and proceeding discontinued at their request (Order taking note of the discontinuance pursuant to Arbitration Rule 44 issued by the Tribunal on January 24, 2007).

10. France Telecom S.A. v. Argentine Republic (Case No. ARB/04/18)

Subject Matter Telecommunications concession

Date Registered August 26, 2004

Outcome of Proceeding: Settlement agreed by the parties and proceeding discontinued (Order taking note of the discontinuance pursuant to Arbitration Rule 44 issued by the Acting Secretary-General on March 30, 2006).

11. RGA Reinsurance Company v. Argentine Republic (Case No. ARB/04/20)

Subject Matter Financial reinsurance services

Date Registered November 11, 2004 Date of Constitution of Tribunal July 18, 2005

Composition of Tribunal

President:	Fali S. Nariman (Indian)
Arbitrators:	Piero Bernardini (Italian) Georges Abi-Saab (Egyptian)

Outcome of Proceeding: Settlement agreed by the parties and proceeding discontinued at their request (Order taking note of the discontinuance pursuant to Arbitration Rule 43(1) issued by the Tribunal on September 14, 2006).

vatización cuando abandonó la convertibilidad y congeló las tarifas de los servicios públicos privatizados”²⁰.

Cabe considerar los informes económicos recientes: “los mejores precios internacionales y la mayor disponibilidad de fondos comienza a notarse en América Latina. Sin embargo, Argentina continúa desalentando el ingreso de IED”, “Las perspectivas para Argentina, y la región de Sudamérica en el contexto internacional son nuevamente auspiciosas” y “Al ritmo actual es altamente probable que el PBI alcance el 8% anual”²¹. A partir de dichos informes y ante este nuevo escenario económico, se impone considerar si, en definitiva, los TIBS fueron violados y si los acuerdos a la fecha arribados tuvieron en consideración los reclamos jurídicos o se resolvieron vía nuevas oportunidades de negocios²², cediendo lo jurídico ante lo económico y lo político, y en su caso, si sigue en crisis la seguridad jurídica²³, como dijéramos en informe anterior. Creemos en el valor de la negociación, pero la misma debe siempre instarse en un marco teórico jurídico positivo, que brinde a los operadores un mínimo de seguridad jurídica en el corto, mediano y largo plazo, que permita planificar. Las grandes inversiones necesarias para las grandes obras, no se recuperan en el corto plazo, y necesitan incentivos para ser atraídas.

²⁰ Sempra Energy comunicó a fines de 2006 que se despojaba de activos en dos distribuidoras de gas natural en Argentina: Camuzzi Gas Pampeana y Camuzzi Gas del Sur. Sempra tenía el 43,6 % de una sociedad (Sodigas) que a su vez posee el 86% de las acciones de Camuzzi Gas Pampeana y el 90% de Camuzzi Gas del Sur, cuyos valores se derrumbaron luego de las medidas tomadas a comienzos de 2002.

²¹ Bolsa de Comercio de Cba., Instituto de Investigaciones económicas, Grupo de Análisis de la Coyuntura, Octavo Período Anual, Reunión N° 74, Cba. 10 de octubre de 2007. pgs. 3, 16, 19.

²² Yahoo-Noticias-Argentina: “**Telefónica cierra un acuerdo sobre tarifas con Argentina y suspende la demanda ante el tribunal del BM**”....Comercio y justicia Año LXV-N° 19734, 2005. “Privatizada retira juicio ante el BM”....Gas Natural Ban, distribuidora de Gas en 30 partidos del noroeste de Bs. As. anunció retiro de demanda por la pesificación y congelamiento de tarifas...intención de seguir invirtiendo...” La voz del interior, 28-04-05. “CIADI piden informes por demanda de Aguas...Aguas Cordobesas o su controlante Suez abrió una demanda contra Córdoba, Santa Fe y Bs. As. por 180 millones de dólares”....A Febrero de 2006 Aguas Cordobesas ha renegociado el contrato con fuertes críticas desde distintos sectores. Comercio y Justicia 01-03-06 “Gobierno también prepara un acuerdo con Telecom”...

²³ Comercio y Justicia, 01-03-06. “Gobierno también prepara un acuerdo con **Telecom** –ambas partes lo rubricarían a mediados de la semana próxima”...”además **desistirá de la demanda** que uno de sus accionistas– la firma francesa–presentó contra el país en el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (Ciadi)” “...según versiones publicadas...en el marco del acuerdo...Telecom reafirmará su plan de inversiones anunciado...; por su parte **el Gobierno se comprometería a crear mediante una ley un marco jurídico estable para el sector. Paralelamente, el Gobierno facultará a la compañía para cobrar en dólares las tarifas de las llamadas internacionales que ingresan al país**”.

Asimismo, cabe preguntarse si no asiste a los reclamantes de buena fe, el derecho a considerar que, mientras la crisis habilitaba la suspensión de las cláusulas de ajuste, el nuevo escenario económico los habilita a reclamar el reajuste tarifario.

III. 2. También a partir de información accesible por Internet hemos podido identificar que de un total de 116 **casos pendientes en CIADI al 09/09/07, 32 son contra Argentina**²⁴. Advertimos que en defi-

²⁴ **A saber:**

1. **Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic (Case No. ARB/01/3)**

(a) **Original Arbitration Proceeding**

Subject Matter Natural gas transportation company

Date Registered April 11, 2001 *Date of Constitution of Tribunal* November 1, 2001

Composition of Tribunal

President:	Francisco Orrego Vicuña (Chilean)
Arbitrators:	Albert Jan van den Berg (Dutch) * Pierre-Yves Tschanz (Swiss)

* (appointed following the resignation of Héctor Gros Espiell (Uruguayan))

Outcome of Proceeding Award rendered on May 22, 2007.

Published Decisions

Decision on Jurisdiction of January 14, 2004, provided by *International Law in Brief* at <http://www.asil.org/ilib/Enron.pdf>.

Decision on Jurisdiction (Ancillary Claim) of August 2, 2004.

(c) Rectification Proceeding

Date Registered July 16, 2007

Status of Proceeding Pending (request recently registered)

2. **CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic (Case No. ARB/01/8)**

Subject Matter Gas transmission enterprise

(a) Original Arbitration Proceeding

Date Registered August 24, 2001 *Date of Constitution of Tribunal* January 11, 2002

Composition of Tribunal

President:	Francisco Orrego Vicuña (Chilean)
Arbitrators:	Marc Lalonde (Canadian) Francisco Rezek (Brazilian)

Outcome of Proceeding Award rendered on May 12, 2005.
Published Decisions

Decision on Objections to Jurisdiction of July 17, 2003, *42 ILM 788 (2003)*; *7 ICSID Rep. 492 (200)*; French translation of English original in *131 Journal du droit international 236 (2004) (excerpts)*. Award of May 12, 2005; *44 ILM 1205 (2005)*.

(b) Annulment Proceeding

Date Registered September 27, 2005 *Date of Constitution of ad hoc Committee* April 18, 2006

Composition of ad hoc Committee

President:	Gilbert Guillaume (French)
Members:	Nabil Elaraby (Egyptian) James R. Crawford (Australian)

Status of Proceeding Pending (the Committee holds a hearing in Paris on March 27-28, 2007)

Published Decisions

Decision on the Argentine Republic's Request for a Continued Stay of Enforcement of the Award of September 1, 2006

3. **Azurix Corp. v. Argentine Republic (Case No. ARB/01/12)**

(a) Original Arbitration Proceeding

Subject Matter Water and sewer services concession agreement

Date Registered October 23, 2001 *Date of Constitution of Tribunal* April 8, 2002

Composition of Tribunal

President:	Andrés Rigo Sureda (Spanish)
Arbitrators:	Marc Lalonde (Canadian)* Daniel H. Martins (Uruguayan)

* (appointed following the resignation of Elihu Lauterpacht (British))

Outcome of Proceeding Award rendered on July 14, 2006.

Published Decisions

Decision on Jurisdiction of December 8, 2003, 43 ILM 262 (2004); French translation of English original in 131 Journal du droit international 275 (2004) (excerpts).

Award of July 14, 2006

(b) Annulment Proceeding

Date Registered December 11, 2006 *Date of Constitution of ad hoc Committee* June 14, 2007

Composition of ad hoc Committee

President:	Gavan Griffith (Australian)
Members:	Bola Ajibola (Nigerian) Michael Hwang (Singaporean)

Status of Proceeding Pending (*ad hoc* Committee recently constituted)

4. Siemens A.G. v. Argentine Republic (Case No. ARB/02/8)

(a) Original Arbitration Proceeding

Subject Matter Informatic services contract

Date Registered July 17, 2002 *Date of Constitution of Tribunal* December 19, 2002

Composition of Tribunal

President:	Andrés Rigo Sureda (Spanish)
Arbitrators:	Charles N. Brower (U.S.) Domingo Bello Janeiro (Spanish)

Outcome of Proceeding Award rendered on February 6, 2007.

Published Decisions

Decision on Jurisdiction of August 3, 2004; French translation of English original in 132 Journal du droit international 142 (2005) (excerpts).

(b) Annulment Proceeding

Date Registered July 16, 2007

Status of Proceeding Pending (*ad hoc* Committee not yet constituted)

5. Sempra Energy International v. Argentine Republic (Case No. ARB/02/16)

Subject Matter Gas supply and distribution enterprise

Date Registered December 6, 2002 *Date of Constitution of Tribunal* May 5, 2003

Composition of Tribunal

President:	Francisco Orrego Vicuña (Chilean)
Arbitrators:	Marc Lalonde (Canadian) Sandra Morelli Rico (Colombian)

Status of Proceeding Pending (the Tribunal declares the proceeding closed in accordance with ICSID Arbitration Rule 38(1) on July 19, 2007)

Published Decisions

Decision on Objections to Jurisdiction of May 11, 2005.

6. AES Corporation v. Argentine Republic (Case No. ARB/02/17)

Subject Matter Electricity generation and distribution operations

Date Registered December 19, 2002 *Date of Constitution of Tribunal* June 3, 2003

Composition of Tribunal

President:	Pierre-Marie Dupuy (French)
Arbitrators:	Karl-Heinz Böckstiegel (German) Domingo Bello Janeiro (Spanish)

Status of Proceeding Pending (following a request by the parties, the Tribunal further suspends the proceeding on June 14, 2007)

7. Camuzzi International S.A. v. Argentine Republic (Case No. ARB/03/2)

Subject Matter Gas supply and distribution enterprise

Date Registered February 27, 2003 *Date of Constitution of Tribunal* May 5, 2003

Composition of Tribunal

President:	Francisco Orrego Vicuña (Chilean)
Arbitrators:	Marc Lalonde (Canadian) Sandra Morelli Rico (Colombian)

Status of Proceeding Pending (following a request by the parties, the Tribunal suspends the proceeding on June 21, 2007)

Published Decisions

Decision on Objections to Jurisdiction of May 11, 2005.

8. Metalpar S.A. and Buen Aire S.A. v. Argentine Republic (Case No. ARB/03/5)

Subject Matter Motor vehicle enterprise

Date Registered April 7, 2003 *Date of Constitution of Tribunal* September 26, 2003

Composition of Tribunal

President:	Rodrigo Oreamuno (Costa Rican)
Arbitrators:	Duncan H. Cameron (U.S.) Jean Paul Chabaneix (Peruvian)

Status of Proceeding Pending (the Respondent files a rejoinder on the merits on April 1, 2007)

9. Continental Casualty Company v. Argentine Republic (Case No. ARB/03/9)
Subject Matter Insurance company

Date Registered May 22, 2003 *Date of Constitution of Tribunal* October 6, 2003

Composition of Tribunal

President:	Giorgio Sacerdoti (Italian)
Arbitrators:	V.V. Veeder (British)* Michell Nader (Mexican)

* (appointed following the resignation of Elihu Lauterpacht (British))

Status of Proceeding Pending (the Respondent files a post-hearing brief on January 27, 2007)

10. Gas Natural SDG, S.A. v. Argentine Republic (Case No. ARB/03/10)

Subject Matter Gas supply and distribution enterprise

Date Registered May 29, 2003 *Date of Constitution of Tribunal* November 10, 2003

Composition of Tribunal

President:	Andreas F. Lowenfeld (U.S.)
Arbitrators:	Henri C. Alvarez (Canadian) Pedro Nikken (Venezuelan)

Status of Proceeding Pending (following a request by the parties, the Tribunal further suspends the proceeding on May 8, 2007)

Published Decisions

An electronic text of the Decision of the Tribunal on Preliminary Questions on Jurisdiction of June 17, 2005, is provided by *International Law in Brief* at <http://www.asil.org/pdfs/GasNat.v.Argentina.pdf>.

11. Pan American Energy LLC and BP Argentina Exploration Company v. Argentine Republic (Case No. ARB/03/13)

Subject Matter Hydrocarbon and electricity concessions

Date Registered June 6, 2003 *Date of Constitution of Tribunal* February 6, 2004

Composition of Tribunal

President:	Lucius Caflisch (Swiss)
Arbitrators:	Albert Jan van den Berg (Dutch) Brigitte Stern (French)

Status of Proceeding Pending (following a request by the parties, the Tribunal suspends the proceeding on May 8, 2007)

12. El Paso Energy International Company v. Argentine Republic (Case No. ARB/03/15)

Subject Matter Hydrocarbon and electricity concessions

Date Registered June 12, 2003 **Date of Constitution of Tribunal** February 6, 2004

Composition of Tribunal

President:	Lucius Caflisch (Swiss)
Arbitrators:	Piero Bernardini (Italian) Brigitte Stern (French)

Status of Proceeding Pending (the Tribunal holds a hearing on the merits in Washington, D.C. on June 4-13, 2007)

Published Decisions

Decision on Jurisdiction of April 27, 2006

13. Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. and Interagua Servicios Integrales de Agua S.A. v. Argentine Republic (Case No. ARB/03/17)

Subject Matter Water services concession

Date Registered July 17, 2003 **Date of Constitution of Tribunal** February 17, 2004

Composition of Tribunal

President:	Jeswald W. Salacuse (U.S.)
Arbitrators:	Gabrielle Kaufmann-Kohler (Swiss) Pedro Nikken (Venezuelan)

Status of Proceeding Pending (the parties file post-hearing briefs on July 6, 2007)

Published Decisions

Order in Response to a Petition for Participation as *Amicus Curiae* of March 17, 2006

Procedural Order No. 1 Concerning the Discontinuance of Proceedings with Respect to Aguas Provinciales de Santa Fe S.A. of April 14, 2006

Decision on Jurisdiction of May 16, 2006

14. Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic (Case No. ARB/03/19)

Subject Matter Water services concession

Date Registered July 17, 2003 **Date of Constitution of Tribunal** February 17, 2004

Composition of Tribunal

President:	Jeswald W. Salacuse (U.S.)
Arbitrators:	Gabrielle Kaufmann-Kohler (Swiss) Pedro Nikken (Venezuelan)

Status of Proceeding Pending (the Respondent files a rejoinder on the merits on August 17, 2007)

Published Decisions

Order in Response to a Petition for Transparency and Participation as *Amicus Curiae* of May 19, 2005

Procedural Order No. 1 Concerning the Discontinuance of Proceedings with Respect to Aguas Argentinas S.A. of April 14, 2006

Decision on Jurisdiction of August 3, 2006

Order in Response to a Petition by Five Non-Governmental Organizations for Permission to make an *Amicus Curiae* Submission of February 12, 2007

15. Telefónica S.A. v. Argentine Republic (Case No. ARB/03/20)

Subject Matter Telecommunications enterprise

Date Registered July 21, 2003 *Date of Constitution of Tribunal* April 12, 2004

Composition of Tribunal

President:	Giorgio Sacerdoti (Italian)
Arbitrators:	Charles N. Brower (U.S.) Eduardo Siqueiros (Mexican)

Status of Proceeding Pending (following a request by the parties, the Tribunal further suspends the proceeding on June 13, 2007)

16. Enersis S.A. and others v. Argentine Republic (Case No. ARB/03/21)

Subject Matter Electricity distribution enterprise

Date Registered July 22, 2003 *Date of Constitution of Tribunal* January 21, 2004

Composition of Tribunal

President:	Roberto MacLean (Peruvian)
Arbitrators:	Luis Herrera Marcano (Venezuelan) Robert Volterra (Canadian)

Status of Proceeding Pending (following a request by the parties, the Tribunal suspends the proceedings on March 28, 2006)

17. Electricidad Argentina S.A. and EDF International S.A. v. Argentine Republic (Case No. ARB/03/22)

Subject Matter Electricity distribution enterprise

Date Registered August 12, 2003 *Date of Constitution of Tribunal* June 2, 2004

Composition of Tribunal

President:	William W. Park (U.S.)
Arbitrators:	Gabrielle Kaufmann-Kohler (Swiss) Fernando de Trazegnies Granda (Peruvian)

Status of Proceeding Pending (following the resignation of Fernando de Trazegnies Granda, the proceeding is suspended pursuant to Arbitration Rule 10(2) on July 7, 2006)
18. EDF International S.A., SAUR International S.A. and León Participaciones Argentinas S.A. v. Argentine Republic (Case No. ARB/03/23)
Subject Matter Electricity distribution enterprise
Date Registered August 12, 2003 *Date of Constitution of Tribunal* June 2, 2004 - October 17, 2006 (reconstituted)

Composition of Tribunal

President:	William W. Park (U.S.)
Arbitrators:	Gabrielle Kaufmann-Kohler (Swiss) Jesús Remón (Spanish)*

*(appointed following the resignation of Fernando de Trazegnies Granda (Peruvian))

Status of Proceeding Pending (the Tribunal is reconstituted and the proceeding is resumed pursuant to ICSID Arbitration Rule 12 on October 17, 2006)

19. Unisys Corporation v. Argentine Republic (Case No. ARB/03/27)
Subject Matter Information storage and management project
Date Registered October 15, 2003 *Date of Constitution of Tribunal* September 3, 2004

Composition of Tribunal

President:	Juan Fernández-Armesto (Spanish)
Arbitrators:	Piero Bernardini (Italian) Jean Paul Chabaneix (Peruvian)

Status of Proceeding Pending (following a request by the parties, the Tribunal further postpones the first session on April 4, 2007)

20. Azurix Corp. v. Argentine Republic (Case No. ARB/03/30)
Subject Matter Water and sewer services concession agreement
Date Registered December 8, 2003
Status of Proceeding Pending (Tribunal not yet constituted)

21. Total S.A. v. Argentine Republic (Case No. ARB/04/1)
Subject Matter Gas production and distribution/power generation project
Date Registered January 22, 2004 *Date of Constitution of Tribunal* August 24, 2004

Composition of Tribunal

President:	Giorgio Sacerdoti (Italian)
Arbitrators:	Henri C. Alvarez (Canadian) Luis Herrera Marcano (Venezuelan)

Status of Proceeding Pending (the Claimant files a reply on the merits on May 18, 2007)

22. SAUR International v. Argentine Republic (Case No. ARB/04/4)

Subject Matter Water and sewer services concession agreement

Date Registered January 27, 2004 *Date of Constitution of Tribunal* September 3, 2004

Composition of Tribunal

President:	Juan Fernández Armesto (Spanish)
Arbitrators:	Bernard Hanotiau (Belgian) Christian Tomuschat (German)

Status of Proceeding Pending (following a request by the parties, the Tribunal further suspends the proceedings on April 4, 2007)

23. CIT Group Inc. v. Argentine Republic (Case No. ARB/04/9)

Subject Matter Leasing enterprise

Date Registered February 27, 2004 *Date of Constitution of Tribunal* November 11, 2004

Composition of Tribunal

President:	Pierre-Marie Dupuy (French)
Arbitrators:	Claus von Wobeser (Mexican) Christian Tomuschat (German)

Status of Proceeding Pending (the Tribunal issues a Decision on Jurisdiction on April 2, 2007)

24. Wintershall Aktiengesellschaft v. Argentine Republic (Case No. ARB/04/14)

Subject Matter Gas and oil production

Date Registered July 15, 2004 *Date of Constitution of Tribunal* September 7, 2005

Composition of Tribunal

President:	Fali S. Nariman (Indian)
Arbitrators:	Santiago Torres Bernárdez (Spanish) Piero Bernardini (Italian)

Status of Proceeding Pending (the Claimant files a counter-memorial on jurisdiction on September 15, 2006)

25. Mobil Exploration and Development Inc. Suc. Argentina and Mobil Argentina S.A. v. Argentine Republic (Case No. ARB/04/16)

Subject Matter Gas production concessions

Date Registered August 5, 2004

Status of Proceeding Pending (Tribunal not yet constituted; the Claimants file an ancillary claim on February 14, 2006)

26. DaimlerChrysler Services AG v. Argentine Republic (Case No. ARB/05/1)

Subject Matter Leasing and financial services

Date Registered January 14, 2005 *Date of Constitution of Tribunal* September 21, 2006

Composition of Tribunal

President:	Pierre-Marie Dupuy (French)
Arbitrators:	Charles N. Brower (U.S.) Domingo Bello Janeiro (Spanish)

Status of Proceeding Pending (the Tribunal holds a first session in Paris on January 27, 2007)

27. Compañía General de Electricidad S.A. and CGE Argentina S.A. v. Argentine Republic (Case No. ARB/05/2)

Subject Matter Electricity distribution concessions

Date Registered February 4, 2005 *Date of Constitution of Tribunal* June 5, 2006

Composition of Tribunal

President:	Pierre Tercier (Swiss)
Arbitrators:	Henri C. Alvarez (Canadian) Georges Abi-Saab (Egyptian)

Status of Proceeding Pending (the Tribunal holds a first session in Paris on August 24, 2006)

28. TSA Spectrum de Argentina, S.A. v. Argentine Republic (Case No. ARB/05/5)

Subject Matter Telecommunications concession

Date Registered April 8, 2005 *Date of Constitution of Tribunal* June 12, 2006

Composition of Tribunal

President:	Hans Danelius (Swedish)
Arbitrators:	Georges Abi-Saab (Egyptian) Grant D. Aldonas (U.S.)

Status of Proceeding Pending (the Respondent files a memorial on jurisdiction on May 18, 2007)

29. Asset Recovery Trust S.A. v. Argentine Republic (Case No. ARB/05/11)

Subject Matter Collection contract

Date Registered June 23, 2005 *Date of Constitution of Tribunal* March 24, 2006

Composition of Tribunal

President:	Jaime Irrarrazabal Covarrubias (Chilean)
Members:	Ernesto Canales Santos (Mexican) A. A. Cançado Trindade (Brazilian)

Status of Proceeding Pending (the Tribunal holds a first session in Buenos Aires on March 2, 2007)

30. Giovanna a Beccara and others v. Argentine Republic (Case No. ARB/07/5)

Subject Matter Debt instruments

nitiva aparecerían 43 casos en total presentados ante el CIADI, entre los resueltos y los pendientes. Recordemos que el presente, sólo hace referencia a los casos iniciados a partir de la crisis del 2001, por lo que es dado concluir que el total de casos incluidos en el presente oscila entre los 30 (identificados por nosotras), 35 y 34 identificados por otros autores (Dr. Peña y Dra. Moeykens respectivamente). No nos ha sido dado correlacionar la nomenclatura de los identificados por los autores, en tanto los mismos sólo refieren al número de casos sin mencionar número identificador.

En el informe de nuestra autoría publicado en el Anuario del CIJS, dábamos cuenta de treinta casos listados desde 2002²⁵, sin embargo el Dr. Peña en el artículo referido anteriormente, menciona que “a febrero de 2005, 35 casos contra la República Argentina figuraban en la lista del CIADI. No hemos identificado la diferencia.

V. Conclusiones generales de esta etapa:

1. Reiteramos que a la fecha no conocemos²⁶ que en el Senado de la Nación subsista el interés de revisar 57 Tratados Bilaterales de Inversión (TBIs) firmados por el país en la década del 90, que establecen la jurisdicción del CIADI.
2. Desde lo político y considerando que las consecuencias de la crisis del 2001, aparentemente se habrían superado (aunque todos los analistas insisten por excepcionales circunstancias de los mercados externos y no por reformas estructurales

Date Registered February 7, 2007

Status of Proceeding Pending (Tribunal not yet constituted)

31. **Giovanni Alemanni and others v. Argentine Republic (Case No. ARB/07/8)**

Subject Matter Debt instruments

Date Registered March 27, 2007

Status of Proceeding Pending (Tribunal not yet constituted)

32. **Impregilo S.p.A. v. Argentine Republic (Case No. ARB/07/17)**

Subject Matter Water services concession

Date Registered July 25, 2007

Status of Proceeding Pending (Tribunal not yet constituted)

²⁵ (www.worldbank.org/icsid/cases/pending)

El Cronista lunes 4 de abril de 2005. pg. 4 “...El Gobierno apelará ante la Corte los laudos del CIADI”...El Ministro de Justicia, Horacio Rosatti, manifestó que “...nadie cree que la política de servicios públicos de una nación pueda ser dirimida a través de 40 laudos que no tienen comunicación entre sí”...

²⁶ Diario El Cronista Comercial del viernes 28-01-05.

en nuestro país) será difícil sostener la tesis de que los Tratados no han sido violados. No hemos tenido acceso al material escrito de las Jornadas de Derecho administrativo celebradas en Córdoba, que se nos había informado serían publicadas a partir del mes de Octubre de 2006, y a la fecha no lo han sido.

3. Por otra parte el retiro de los reclamos estarían íntimamente relacionados con las renegociaciones, lo que podría interpretarse como un reconocimiento de derechos a los reclamantes.

4. El tema y su relación al sistema jurídico argentino devenido luego de la crisis y la poco clara actitud gubernamental respecto a atraer inversiones, no sólo extranjeras sino de los propios nacionales, ameritan que se profundicen los temas dada la riqueza de los casos en cuestión, y el número de casos aún no resueltos por el CIADI.

5. Congruentemente con lo arriba expresado a la fecha continuamos el seguimiento de los casos identificados.

VI. Conclusion final a esta etapa

Se advierte que desde lo político-económico será difícil en el orden internacional mantener la posición gubernamental si se desea incentivar las inversiones extranjeras directas, aún cuándo las consecuencias de la crisis del 2001, afectaron a las relaciones y los agentes civiles y comerciales, por igual. El crecimiento sostenido de los últimos años endurecerá las posiciones de los reclamantes con consecuencias para el país y por ende para sus habitantes.

En definitiva, reiteramos que hasta la fecha ha sido dado identificar casos²⁷ en los que primeramente se debate y resuelve sobre la

²⁷ Organigrama ministerio justicia <http://www.biblioteca.jus.gov.ar/EstructurasMJ.pdf>

Controversias en materia de inversiones en trámite ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI)

1) Enron Corporation y Ponderosa Assets Lp c/ República Argentina (ARB/01/03) – Sellos– Demanda Adicional PPI y Emergencia
Abogados: *Guido Tawil (Bomchil & Bomchil) y Doak Bishop (King & Spalding)*.

2) Azurix Corp c/ República Argentina (ARB/01/12)
Abogados: *Guido Tawil (Bomchil & Bomchil) y Doak Bishop (King & Spalding)*.

-
- 3) CMS Gas Transmisión Company c/ República Argentina (ARB/01/8)
 Abogados: *Guido Tawil (Bomchil & Bomchil) y Nigel Blackaby (Freshfields)*,
- 4) LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. y LG&E International Inc c/ República Argentina (ARB/02/1)
 Abogados: *Ruiz Moreno, Oscar Garibaldi (Covington & Burling)*.
- 5) Siemens A.G. c/ República Argentina (ARB/02/8)
 Abogados: *Guido Tawil (Bomchil & Bomchil)*
- 6) AES Corporation (EDEN, EDES y EDELAP; AES Paraná S.C.A., AES Paraná Gas S.A., AES Paraná Propiedades S.A., AES Paraná Operations S.R.L., Scacia S.R.L., Central Térmica San Nicolás S.A., Hidroeléctrica Alicurá S.A., Hidroeléctrica Río Juramento S.A., Central Dique S.A., Hidrotérmica San Juan S.A., Termoandes S.A. y AES Caracoles S.R.L.) c/ República Argentina (ARB/02/17)
 Abogados: *Uriel O'Farrell, Clifford Chance LLP*
- 7) Metalpar S.A. y Buen Aire S.A. c/ República Argentina (ARB/03/05)
 Abogados: *Roberto Mayorga & Asociados*
- 8) Sempra Energy International c/ República Argentina (ARB/02/16)
 Abogados: *Doak Bishop (King & Spalding)*
- 9) Camuzzi International S.A. c/ República Argentina (ARB/03/7)
 Abogados: *Guido Tawil (Bomchil & Bomchil)*
- 10) Continental Casualty Company c/ República Argentina (ARB/03/9)
 Abogados: *Barry Appleton, Robert Wisner y Hernando Otero (APPLETON & ASSOCIATES)*
- 11) Pan American Energy LLC (PAE), BP Argentina Exploration Company (BP), BP America Production Company, Pan American Sur S.R.L., Pan American Fuegoína S.R.L. y Pan American Continental S.R.L. c/ República Argentina (ARB/03/13)
 Abogados: *José Martínez de Hoz (h) (Pérez Alati, Grondona, Benites y Martínez de Hoz) y Doak Bishop (King & Spalding)*.
- 12) El Paso Energy International Company c/ República Argentina (ARB/03/15)
 Abogados: *Jose Martínez de Hoz (h) (Pérez Alati, Grondona, Benites y Martínez de Hoz) y Doak Bishop (King & Spalding)*.
- 13) Aguas Provinciales de Santa Fe S.A. (APSF), Suez (Francia), Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. (España) e Interagua Servicios Integrales del Agua S.A. (España) c/ República Argentina (ARB/03/17)
 Abogados: *Nigel Blackaby (Freshfields), Bernardo Iriberry (Cardenas & Cassagne)*.
- 14) Aguas Argentinas S.A., Suez (Francia), Vivendi Universal S.A. (Francia) y Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. (España) c/ República Argentina (ARB/03/19).
 Abogados: *Nigel Blackaby (Freshfields), Bernardo Iriberry (Cardenas & Cassagne)*.
- 15) Aguas Cordobesas S.A., Suez (Francia) y Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. (España) c/ República Argentina (ARB/03/18)
 Abogados: *Nigel Blackaby (Freshfields), Bernardo Iriberry (Cardenas & Cassagne)*.

-
- 16) Telefónica S.A. c/ República Argentina (ARB/03/20)
Abogados: *Guido Tawil (Bomchil & Bomchil)*
- 17) Enersis S.A., Chilectra S.A., Empresa Nacional de Electricidad S.A. y Elesur S.A. (Grupo Enersis y Elesur) c/ República Argentina (ARB/03/21)
Abogados: *Juan Ignacio Tena García – Mercedes Fernández Fernández (Estudio Jones Day) y José Martínez de Hoz (h) (Pérez Alati, Grondona, Arnsten y Martínez de Hoz)*
- 18) EDF International S.A. (EDEFI), Saur International S.A. y León Participaciones Argentinas S.A. c/ República Argentina (ARB/03/23)
Abogados: *Paolo di Rosa, Ronald Goodman (Estudio Winston & Strawn LLP).*
- 19) Unysis Corporation c/ República Argentina (ARB/03/27)
Abogados: *Guido Tawil (Bomchil & Bomchil)*
- 20) Compañía De Aguas del Aconquija S.A. & Vivendi Universal c/ República Argentina (ARB/97/03)
Abogados: *Luís Erize (Abeledo Gottheil Abogados), Stanimir Alexandrov (Sidley Austin Brown & Wood LLP)*
- 21) Azurix Corp (Azurix Mendoza S.A.) c/ República Argentina (ARB/03/30)
- 22) Total S.A c/ República Argentina (ARB/04/1)
Abogados: *Luís Erize (Abeledo Gottheil Abogados) y Nigel Blackaby (Freshfields).*
- 23) Saur International c/ República Argentina (ARB/04/4)
Abogados: *Philippe Pinsole, Emmanuel Gaillard, Fernando Mantilla Serrano y Yas Banifatemi (Sherman & Sterling LLP)*
- 24) Cit Group INC c/ República Argentina (ARB/04/9)
Abogados: *Robert W. Hawkins (Hunton & Williams)*
- 25) Wintershall AG y Wintershall Energía S.A. c/ República Argentina (ARB/04/14)
Abogados: *José Martínez de Hoz (h) (Pérez Alati, Grondona, Arnsten y Martínez de Hoz)*
- 26) Mobil Argentina Sociedad Anónima (MASA), Mobil Exploration and Development Argentina Inc. Suc. Argentina (MEDA) c/ República Argentina (ARB/04/16)
Abogados: *Jose Martínez de Hoz (h) (Pérez Alati, Grondona, Benites y Martínez de Hoz) y Doak Bishop (King & Spalding).*
- 27) France Telecom. c/ República Argentina (ARB/04/18)
Abogados: *Philippe Pinsole, Emmanuel Gaillard, Fernando Mantilla Serrano y Yas Banifatemi (Sherman & Sterling LLP)*
- 28) RGA Reinsurance Company c/ República Argentina (ARB/04/20)
Abogados: *Jose Martínez de Hoz (h) (Pérez Alati, Grondona, Benites y Martínez de Hoz) y Brad Ockene (Lovells)*
- 29) DaimlerChrysler Services AG c/ República Argentina (ARB/05/1)
Abogados: *Paul F. Doyle (Kelley Drye & Warren LLP)*

cuestión de jurisdicción, sin entrar al fondo del reclamo, el que posteriormente se “negocia” levantando el reclamante el mismo²⁸.

Córdoba, octubre de 2007



Controversias en materia de inversiones con solicitud de registro ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI)

30) Assets Recovery Trust S.A.
Abogados: *Bernardo Iriberry, Máximo Fonrouge (Cárdenas & Cassagne)*

31) Compañía General de Electricidad S.A. y CGE Argentina S.A.
Abogados: *Paolo di Rosa, Ronald Goodman (Winston & Strawn LLP)*

32) TSA Spectrum de Argentina S.A.
Abogados: *Doak Bishop (King & Spalding)*

Controversias en materia de inversiones en trámite ante CNUDMI o UNCITRAL

33) BG Group c/ República Argentina
Abogados: *Nigel Blackaby (Freshfields)*

34) Anglian Water Limited (AWL) c/ República Argentina
Abogados: *Nigel Blackaby (Freshfields), Bernardo Iriberry (Cardenas & Cassagne).*

35) National Grid Transco plc c/ República Argentina
Abogados: *Uriel O Farrell, Nigel Blackaby (Freshfields)*

36) United Utilities International Limited (UUIL) c/ República Argentina

Arbitrajes ante la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI)

37) Siemens AG c/ Nucleoeléctrica Argentina S.A.
(garantías contractuales)

38) Siemens AG c/ Nucleoeléctrica Argentina S.A.
(facturas conformadas)

39) Framatome Advanced Nuclear Power GMBH c/ Nucleoeléctrica argentina S.A.
(NASA)

40) Papel de Tucumán S.A. (en quiebra) c/ Estado Nacional
http://www.ptn.gov.ar/sectorinternacionales/juicios_internacionales.htm

²⁸ “Camuzzi suspende tres de sus juicios contra el país ante el CIADI –Camuzzi hizo en los 90 la inversión italiana en energía más importante del país– Los reclamos retirados o a retirar ya suman US\$ 4.000 millones”, en EL CRONISTA –ECONOMÍA & POLÍTICA, Martes 20 de Diciembre de 2005.– “Pioneer’s argentine properties are concentrated in two prolific oil and gas producing provinces the Neuquén and Austral basins, covering approximately two million acres... These assets offer stable production and considerable oil and gas exploration opportunities”, en http://www.pioneernc.com/global_activities/argentina.html

EL DERECHO REAL DE SUPERFICIE Y LA REALIDAD ECONÓMICA DE LA ACTIVIDAD FORESTAL EN EL PAÍS. SU REGULACIÓN LEGAL

Luis Cruz Pereyra ()*

*Amalia Uriondo de Martinoli (**)*

Resumen: La sanción de la Ley 25.509 (Adla, LXII-A,18) introdujo un nuevo derecho real de superficie forestal, ampliando de esta manera los enumerados en el artículo 2503 del Código Civil Argentino.

Consideramos que con la incorporación del Derecho Real de Superficie Forestal, constituido a favor de terceros por titulares de dominio o condominio, sobre un inmueble susceptible de forestación o silvicultura, se ha dado un gran avance en nuestra legislación.

La ley 25.509 de Superficie Forestal, tiene como antecedente inmediata la ley 25.080 llamada "Ley de Inversiones de Bosques Cultivados" que propicia un régimen de la promoción de las inversiones que se efectúan en nuevos emprendimientos forestales y en la ampliación de los bosques existentes. Debe también tenerse en cuenta el Programa Social de Bosques, (ProSoBo), creado mediante el Decreto Nacional 1332/02, establecido en el ámbito de la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable, para brindar asistencia técnica y financiera tendiente a incrementar el área forestada nacional.

(*) Profesor Titular de Derecho Internacional Privado, Facultad de Derecho de la UNCa. Profesor Adjunto de Derecho Internacional Privado, Facultad de Derecho y Cs. Sociales de la UNC. Profesor Asociado de Derecho Internacional Privado, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UCES. Profesor Asociado de las Cátedras de Derecho Económico Internacional, Derecho I y II, Licenciatura en Comercialización Internacional de la Universidad de Congreso. Vocal de European Community Studies Association ECSA-Argentina. Secretario AADI (Asociación Argentina de Derecho Internacional). Miembro Titular Instituto de Derecho Internacional Público y Derecho de la Integración, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

(**) Profesora Titular de Derecho Internacional Privado, Facultad de Derecho y Cs. Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Secretaria de Postgrado de la Facultad de Derecho y Cs. Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, República Argentina. Consejera de la AADI (Asociación Argentina de Derecho Internacional). Miembro Titular de European Community Studies Association ECSA-Argentina. Miembro Titular del Instituto de Derecho Internacional Público y Derecho de la Integración - Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

Todos estos antecedentes (mediatos e inmediatos) muestran una clara política dirigida en el sentido de propiciar las inversiones en materia forestal y de brindar el marco normativo adecuado a los inversores sean tanto nacionales como internacionales. En este sentido, la sanción de la citada ley es el punto de partida para que en un futuro no muy lejano se vea plasmado en nuestra legislación de fondo el Derecho Real de Superficie sin adjetivaciones. Sin embargo, es cuestionada por quienes consideran que ha sido dictada con la “evidente intención de entregar ese negocio a quienes históricamente lo ejercieron en perjuicio del país”.

Palabras Claves: Superficie Forestal –Marco Normativo – Actividad Forestal

I.- El Derecho Real de Superficie

1.- ¿Qué se entiende por derecho real de superficie?

Vélez Sársfield, definía al derecho de superficie en la conocida nota al artículo 2503 del Código Civil de la siguiente manera: “...poder hacer obras, como edificar casas, plantar árboles, etc., adherentes al suelo, sobre los cuales tenía un derecho de propiedad, independiente del propietario del terreno, el cual, sin embargo, podía por derecho propio, hacer sótanos y otros trabajos subterráneos, bajo de la misma superficie que pertenecía a otro, con tal que no perjudicase los derechos del superficiario, así como el superficiario no podía deteriorar el fondo del terreno”.

Marina Mariani de Vidal, conceptualiza el derecho de superficie, como “...aquél en virtud del cual le es concedido a su titular el derecho de construir o plantar en suelo ajeno y hacer suyo lo construido o plantado (con independencia de la propiedad del suelo), o de adquirir una edificación o plantación ya existente en forma separada de la propiedad del suelo. Se trata de un derecho real temporario, enajenable y transmisible mortis causa”¹.

Así el derecho real de superficie adopta dos modalidades. Una de estas modalidades es la que se presenta en la posibilidad de construir o plantar sobre suelo ajeno, y de este modo adquirir la propiedad de lo construido o plantado independientemente de la propiedad del suelo, de lo edificado o plantado.

De este modo se produce un desmembramiento de la propiedad, generándose una suerte de dominio imperfecto por parte del nudo

¹ MARIANI DE VIDAL, MARINA, *Derecho Real de Superficie Forestal. Ley 25.509, Editorial La Ley*, T 2002 F, Sec. Doctrina, ps. 1419 y ss.

propietario. Por lo tanto, el derecho de superficie se presenta en dos planos:

- a) durante la construcción o plantación, el derecho se configura como derecho real sobre una cosa ajena (el suelo asiento de la construcción o plantación);
- b) una vez realizada la construcción o plantación, se manifiesta en la propiedad superficiaria.

Así, el derecho de superficie se convierte en derecho real sobre cosa propia (lo construido o plantado), respecto de la cual el superficiario tiene el poder de usar, gozar y disponer, aunque temporariamente.

“En tanto la construcción o forestación no se realice, no existirá propiedad superficiaria pero sí derecho real de superficie, pues se trata de un poder autónomo actual sobre un inmueble ajeno que constituye el germen de una futura propiedad superficiaria, situación que alguna doctrina francesa denomina inmueble por anticipación”².

Otra modalidad se presenta en la posibilidad de conceder un derecho real sobre una construcción o plantación ya existente. Así es como el superficiario adquiere un derecho real de superficie sobre cosa propia al poder usar, gozar y disponer, temporariamente, de lo construido o forestado, e independientemente el nudo propietario mantiene la propiedad del suelo, debiendo respetar los derechos del superficiario.

2.- ¿Por qué el derecho de superficie?

El papel privado de la propiedad cumple en el sistema económico la tarea de ordenación de la producción, circulación, distribución y comercialización de bienes y servicios, mediante el mecanismo del mercado y el control del Estado (normas, intervención judicial etc.)³.

² MARIANI DE VIDAL, MARINA, ob. cit.

³ Cfr. PALAZUELOS, ENRIQUE y otros, *Estructura económica capitalista internacional, El modelo de acumulación de la posguerra*, Ed. Akal, Universitaria Madrid, 1990, p. 36, “El nuevo modelo de acumulación introduce importantes modificaciones respecto a otros anteriores. La estructura económica de las sociedades capitalistas desarrolladas se altera notoriamente tanto en sus características productivas como en las de la circulación y el consumo”, p. 36: “La esfera productiva experimenta una profunda renovación de sus bases tecnológicas (tanto en los medios y formas de producción como en las mercancías producidas)”, p. 37; “En cada modelo de acumulación capitalista la división internacional del trabajo es expresión objetiva del proceso de jerarquización de los aparatos productivos en las distintas economías nacionales. Es decir, el modo de producir especializa y jerarquiza a las economías que se relacionan en el mercado internacional”, p.38. Citado por GHERSI, CARLOS A., en “El derecho real de superficie. Causa ilícita y ejercicio abusivo”, pág. Web

La *propiedad* aparece entonces, como una situación de *poder* y de *acumulación*, y es el trabajo humano culturizado el que le da valor a la propiedad, que representa un *uso oneroso* y la *renta* es parte del precio del valor diferencial⁴.

Ese *valor beneficio* nace de las diferentes condiciones en el *modo de producción* que hoy, con la globalización, se conjugan con la movilidad de capitales.

Sin duda, un inmueble urbano o rural sometido al derecho de superficie establece un nuevo *modo de producción* destinado a generar utilidad, favoreciendo al capital, que mediante una inversión menor (en relación con la compra del inmueble) puede generar un beneficio mayor⁵.

De esta forma, el derecho de superficie al colocarlo en el mercado se transforma en un *valor de renta autónomo*, como nuevo modelo de producción⁶.

En general, en los últimos años, se ha registrado una tendencia hacia la revisión de leyes relativas al sector forestal en el mundo, siendo los resultados de estas reformas muy diversas dado que se han producido en el contexto de tradiciones jurídicas, políticas, culturales, económicas, ecológicas y sociales muy diferentes.

3.- Antecedentes históricos

Es en el derecho romano clásico, cuando las ciudades empezaron a conceder sobre terrenos de su propiedad una especie de arrendamiento, al que se le agregaba, a favor del concesionario-arrendatario, la facultad de construir para después habitar las construcciones que levantase, donde encontramos la génesis de este instituto. Esos contratos eran perpetuos o de larga duración⁷.

⁴ “El contrato es un hecho económico con intereses contrapuestos, por lo cual cada parte intentará, mediante su poder, generar la maximización de su beneficio; si la parte no tiene poder negocial, no puede generar su maximización y queda sometida a la otra parte”, GHERSI, CARLOS A., pub. citada

El sentido de la expresión “nueva forma”; al referirnos al modelo de producción, es relativo, ya que en la realidad siempre subsisten elementos de un “modelo anterior” al cual se le adicionan otros; aquí lo que realmente implica una novedad es la configuración y articulación de un bien inmueble y su transformación en un servicio.

⁶ Consideramos la posibilidad de incorporarlo a la industria como sector, pues nos parece que adquiere esa calidad por tener dos cualidades. La primera produce transformación mediante procesos de elaboración de insumos, y llega a un producto final diferenciado, típico del sector industrial; la segunda, que pasa a formar parte de un servicio transnacionalizado, produce renta por la transformación operada, es decir, que lo que en realidad se comercializa, es el valor agregado por la manufacturación.

⁷ DE REINA TARTIÉRE, GABRIEL, *Derecho real de superficie forestal*, Ed. Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires 2003, p. 28.

Con el transcurso del tiempo, ante los conflictos que se fueron presentando, el pretor consideró necesario ampliar la protección del arrendatario más allá de los estrechos parámetros locativos⁸. Así se le reconoció la vía expedita del interdicto, y luego una excepción frente a la *vindicatio* presentada por el propietario, además de la correlativa acción para la defensa directa de su derecho⁹.

Posteriormente, el derecho de superficie se independiza del arrendamiento y se desdibuja al relacionarse con la enfiteusis. Este derecho, aunque de origen griego, fue aplicado por los romanos y consistía en la atribución de tierras, a largo plazo o a perpetuidad, bajo el régimen inicial de la *locatio conductio*, pero ya no para edificar sino para que fueran cultivadas¹⁰. Así, la enfiteusis sentó las bases para la división del dominio inmobiliario en útil y directo, abarcando la situación afín que consagraba la superficie. “A partir de entonces, la superficie, en cuanto derecho, habría de servir tanto para construir como para plantar sobre el suelo ajeno”¹¹.

II.- Antecedentes en el Derecho Comparado

A.- Códigos que regulan el derecho de superficie sólo para las construcciones.

1.- Código Civil de Bolivia del año 1975

Art. 201. Constitución: El propietario de un terreno puede conceder a una persona el derecho a construir sobre el suelo, adquiriendo así el concesionario, la propiedad de la construcción. El acto de concesión puede hacerse en testamento o en contrato oneroso o gratuito celebrado en forma escrita.

El derecho a construir es un derecho real inmobiliario.

Art. 203: Constitución del derecho de superficie. I. El derecho de propiedad del sobresuelo puede constituirse:

1) Por efecto del derecho a construir.

⁸ DI PIETRO, *Derecho privado romano*, Depalma, Buenos Aires, 1996, ps. 151 a 153.

⁹ En la fórmula, el pretor empleaba la ficción de considerar al locatario superficiario como propietario de la construcción edificada, de modo que, por esa vía, se veían limitados los condicionantes del principio de accesión. Cfr. D'ORS, *Derecho privado romano*, Eunsa, Pamplona, 1991, p. 558.

¹⁰ DE REINA TARTIÈRE, GABRIEL, ob. cit. p. 28.

¹¹ DE REINA TARTIÈRE, GABRIEL, ob. cit. p. 28

- 2) Por legado o transferencia de una construcción ya hecha que constituirá una propiedad separada del suelo y subsuelo.
- 3) Por contrato accesorio al de arrendamiento de un terreno.

Los contratos respectivos para constituir el derecho de superficie deberán necesariamente celebrarse por escrito.

2.- Código Civil Peruano de 1984.

Art. 1030. Puede constituirse el derecho de superficie por el cual el superficiario goza de la facultad de tener temporalmente una construcción en propiedad separada sobre o bajo la superficie del suelo.

Este derecho no puede durar más de noventa y nueve años. A su vencimiento, el propietario del suelo adquiere la propiedad de lo construido reembolsando su valor, salvo pacto en distinto.

3.- Código Civil cubano de 1987

En el Libro II, "Derecho de propiedad y otros derechos sobre bienes", Tít. III, Cap. III, "Superficie", este derecho es regulado para ser aplicado exclusivamente sobre terrenos de propiedad estatal. El art. 218 establece:

1. "El Estado puede conceder a personas naturales o jurídicas el derecho de superficie sobre terrenos de propiedad estatal para verificar viviendas o efectuar otras construcciones.
2. El derecho de superficie puede concederse también para que el terreno sea dedicado a otras actividades determinadas.
- 3.- No puede concederse derecho de superficie sobre terrenos de propiedad personal.
- 4.- El derecho de superficie puede concederse a título oneroso o gratuito".

Por su parte, el art. 219 dispone:

1. "El derecho de superficie puede concederse a otros estados para construir en terrenos de propiedad estatal las edificaciones necesarias para la instalación de sus misiones diplomáticas y consulares, residencias de sus miembros y otras dependencias.
2. El derecho de superficie también puede ser concedido a organismos internacionales para la instalación de sus sedes y residencias de su personal, o a representaciones extranjeras ante aquéllos.

3. En el caso previsto en los apartados anteriores, el derecho de superficie puede concederse, igualmente, respecto de terrenos sobre los cuales ya se encuentran construidos edificios”.

Art. 220: “Las cooperativas de producción agropecuaria pueden conceder a sus miembros el derecho de superficie sobre tierras de su propiedad al sólo efecto de la construcción de viviendas”.

B.- Códigos Civiles que regulan el derecho de superficie para edificaciones y plantaciones.

1.- Código Civil de Portugal de 1966.

Art. 1524: “O direito de superficie consiste na facultade de construir ou manter, perpétua ou temporariamente, uma obra em terreno alheio, ou de nele fazer ou manter plantacoes”.

Art. 1528: “O direito de superficie pode ser constituido por contrato, testamento ou usucapiao, ou poder resultar da alienacao de obra ou árvores já existentes, separadamente da propriedade do solo”.

2.- Código Civil de Holanda de 1992.

Art. 101:

1. “El derecho de superficie es un derecho real para tener o adquirir en propiedad, en, sobre, o por encima de una cosa inmueble de otros edificios, obras o plantaciones.
2. El derecho de superficie puede ser concedido independiente o bien dependiente de otro derecho real o de un derecho de arrendamiento urbano o rústico sobre la cosa inmueble”.

Art. 105:

1. “Cuando el derecho de superficie se extinga, pasa la propiedad de los edificios, obras y plantaciones por ministerio de la ley al propietario de la cosa inmueble sobre la que pesaba”.

3. *Código Civil de Quebec de 1994.*

El Código consagra algunas disposiciones a la propiedad superficiaria (arts. 1110 a 1118 inclusive). Regula al derecho de superficie como una de las principales modalidades de la propiedad. El art. 1109 y el 1011, definen a la propiedad superficiaria como aquellas construcciones, obras o plantaciones situadas sobre el inmueble perteneciente a otra persona.

A esta propiedad superficiaria la ubica metodológicamente separada de otros derechos reales sobre cosa ajena (usufructo, uso, servidumbre y enfiteusis), y la caracteriza por la superposición de dos propiedades distintas.

Al igual que en todo Canadá, el actual régimen forestal de Quebec está conformado por un conjunto de leyes, reglamentos y normas intervencionistas con el objetivo de asegurar el manejo de los bosques según los principios del desarrollo sostenible y del mantenimiento de la biodiversidad.

4. *Código Civil de Brasil de 2003.*

Este Código, en el libro III, Título IV, "Da superficie", regula el derecho real de superficie en los Arts. 1369 hasta 1377:

Según lo dispuesto por los mencionados artículos, el derecho de superficie es un derecho real que tiene por objeto tanto a las construcciones como a las plantaciones, es decir, está normado para las zonas urbanas y rurales (Art. 1369 Cód. Civil) y se trata de un derecho real con inscripción registral (Art. 1369 Código Civil); se adquiere por acto entre vivos mediante contrato, en escritura pública, inscripto en el Registro de Propiedad Inmueble, siendo oneroso o gratuito y por tiempo determinado (Art. 1370 Cód. Civil) y es transmisible a terceros, y a los herederos en caso de muerte del superficiario (Art. 1372). Para la adquisición del dominio goza del derecho de preferencia (Art. 1373 Cód. Civil); y el superficiario goza de una indemnización al final del contrato por el enriquecimiento del nudo propietario (Art. 1375 Cód. Civil).

Pueden constituir el derecho de superficie las personas jurídicas de Derecho Público (Art. 1377), siempre que no exista una ley que se oponga.

III.- Proyectos de reforma. Proyecto de Código Civil para la República Argentina Unificado con el Código de Comercio del año 1998 y otros

Buena parte de la doctrina argentina venía bregando desde las X Jornadas Nacionales de Derecho Civil realizadas en Corrientes en el

año 1985, organizadas por la Universidad Nacional del Nordeste, lo que la Comisión N° 4 –Derechos reales–¹², sostuvo entre las conclusiones –todas de lege ferenda–: la conveniencia de regular el Derecho Real de Superficie, como «*un derecho real autónomo, que acuerda al superficiario la propiedad temporal sobre lo edificado o plantado*».

Aunque no se trataba de una propuesta con exclusivo alcance al campo de lo forestal, tenía la virtud de prever que el derecho se utilizara sobre terrenos de esa naturaleza. Sin embargo, esta hipótesis fue excluida del Proyecto de Unificación Legislativa que se presentara en 1987, que llegó a ser sancionado por el Congreso como ley 24.032, para luego ser vetado a finales de 1991 por el Poder Ejecutivo. Este Proyecto de 1987, contemplaba en el art. 2614 “la adopción de un derecho de superficie de tipo urbanístico, pero sin percatarse de sus otras posibilidades económicas”¹³.

Con posterioridad, el diputado Víctor Soderó Nievas, decidió ingresar un proyecto de ley que procuraba crear un nuevo derecho real: el de superficie forestal. A dicho proyecto se le asignó la referencia 4183-D-91, aunque luego se reprodujo con la 0523-D-93. El contenido del Proyecto Soderó parece más completo que el de la ley 25.509¹⁴. Sin embargo, pese a los aciertos que presentaba dicho proyecto, el mismo no fue aprobado.

En el año 1998, en el Proyecto de Código Civil para la República Argentina Unificado con el Código de Comercio, se recepta el Derecho Real de Superficie, como así también, “por toda una serie de proyectos legislativos surgidos con ocasión de la Ley de Inversiones de Bosques Cultivados”¹⁵, con lo cual, nuestra legislación se adecua a otros derechos, compatibilizándola con la de los siguientes países que ya lo admiten: Francia, España, Italia, Bélgica, Alemania, Austria, Suiza, Japón, Bolivia, Perú, Cuba y hasta los Códigos de Québec de 1991 y de Holanda de 1992, entre otros¹⁶. Asimismo, el Proyecto de 1998, se aleja de sus precedentes (Proyecto de Código Único de 1987 y Proyecto de la Comisión Federal de la Cámara de Diputados de 1993), al extender el derecho de superficie a la actividad forestal. En los Fundamentos del Proyecto se expresa que “Se procura así que a través de este molde se estimule la forestación y que sin agravios ecológicos se desarrollen

¹² Fundamentos de la nota...ob. cit.

¹³ DE REINA TARTIÈRE, GABRIEL, ob. cit. p. 41.

¹⁴ DE REINA TARTIÈRE, GABRIEL, ob. cit. p. 42.

¹⁵ DE REINA TARTIÈRE, GABRIEL, ob. cit. p. 43. con cita a GOLDENBERG, ALICIA, “El derecho real de superficie sobre las plantaciones en los bosques cultivados”, *IE*, 1998, N° 273, p.1.

¹⁶ Fundamentos de la nota de elevación del *Proyecto de Código Civil Unificado con el Código de Comercio de 1998*, Libro IV, Título VI “De la Superficie”, Art. 285, p. 115, Antecedentes Parlamentarios, 1999, N° 7, *La Ley*.

industrias paralelas, de tantas repercusiones, incluso para la libertad de prensa gráfica, cuya suerte está unida a la disponibilidad de papel en cantidad, calidad y condiciones económicas accesibles”¹⁷.

En el artículo 2018 correspondiente al Título VI que aborda el Derecho de Superficie, lo define de la siguiente manera: “La superficie es el derecho real de construir o forestar sobre inmueble ajeno y hacer propio lo incorporado, o de adquirir una construcción o forestación ya existente separada de la propiedad de su emplazamiento, por un plazo determinado que no exceda de cincuenta (50) años. Puede convenirse la renovación del plazo en forma expresa por un lapso que no exceda de cincuenta (50) años contados desde su celebración”.

El Derecho de Superficie, en este proyecto, se lo recepta diseñando en dos planos:

- 1 un derecho real sobre cosa ajena; el derecho real de construir o forestar;
- 2 un derecho real sobre cosa propia; la propiedad superficial.

El Proyecto incorpora disposiciones generales comunes a ambas manifestaciones y particulares a cada una de ellas¹⁸. Adopta así, una posición intermedia que descompone la relación jurídica de superficie en dos, al considerar que, respecto al suelo, el superficiario ostenta un derecho real de disfrute sobre fondo ajeno, que le autoriza a ocupar el área de éste, y respecto a las construcciones mismas tiene una propiedad limitada¹⁹.

En materia de construcción de viviendas este nuevo derecho real, prevé incentivar el aprovechamiento de terrenos baldíos. Esto es enfatizado en los fundamentos del proyecto, por cuanto agrega: “que constituirá una herramienta atractiva para los dueños de terrenos que no pueden o no quieren construir, que tendrán la alternativa de que lo hagan terceros, con el aliciente de que aquéllos se conviertan luego en propietarios de lo construido”. Debemos tener en cuenta, que en el momento de la elaboración del proyecto, la posibilidad de forestación mediante el derecho real de superficie, constituyó toda una novedad, ya que se apartó de los proyectos anteriores²⁰.

¹⁷ Fundamentos de la nota...ob. cit. “De la Superficie...”, parág. 285.

¹⁸ Fundamentos de la nota...ob. cit.

¹⁹ Conf. CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español, común y foral*, T. II, Reus, Madrid 1983, p. 379.

²⁰ ANDORNO, LUIS O., “El Derecho de Superficie en el Proyecto de Código Civil de 1998”, *J. A.* 2000-II-890.

En la misma época, se presentaron los proyectos de los diputados Barrios Arrechea y otros²¹, Martínez Garbino y Zacarías²², y Leyba de Martí y otros²³, que recibieron en conjunto el dictamen favorable de las Comisiones de Legislación General y de Agricultura y Ganadería. Esos proyectos, constituirían el precedente inmediato de la ley 25.509²⁴.

IV.- Derecho Real de Superficie Forestal

1) Antecedentes Nacionales²⁵

La sanción de la Ley 25.509²⁶ introdujo un nuevo derecho real, el de superficie forestal, ampliando de esta manera los enumerados en el artículo 2503 del Código Civil Argentino.

Consideramos que con la incorporación del Derecho Real de Superficie Forestal, constituido a favor de terceros por titulares de dominio o condominio, sobre un inmueble susceptible de forestación o silvicultura, se ha dado un gran avance en nuestra legislación.

La ley 25.509 de Superficie Forestal, tiene como antecedente inmediato la ley 25.080 llamada "Ley de Inversiones de Bosques Cultivados"²⁷, generada en un proyecto del P.E, sancionada el 16 de diciembre de 1998, que propicia un régimen de la promoción de las inversiones que se efectúan en nuevos emprendimientos forestales y en la ampliación de los bosques existentes, la cual se desarrollará más adelante.

Tiempo atrás, se promulgó la ley 13.273, con el correspondiente Decreto Reglamentario 710/95, la cual tenía como finalidad la promoción forestal e implementaba un régimen de claro corte intervencionista del Estado al permitir al P.E.N expropiar los bosques clasificados como protectores y/o permanentes cualquiera sea el lugar de su ubicación y en cualquier tiempo que lo estime oportuno. La Resolución 393/96 de la ley 13.273 (SAGPyA) brinda un apoyo económico no reintegrable a las forestaciones con destino comercial.

En materia de promoción industrial, la ley 10.547 exime de impuestos provinciales por hasta 10 años a las nuevas radicaciones.

A su vez en materia impositiva se han dictado algunas leyes, tanto a nivel nacional como provincial, con el fin de allanar el camino

²¹ Con referencia parlamentaria 2291-D-98

²² Con referencia parlamentaria 3235-D-98

²³ Con referencia parlamentaria 3322-D-98

²⁴ DE REINA TARTIÈRE, GABRIEL, ob. cit. p. 43.

²⁵ Ministerio de Desarrollo Social, Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable, marco legal www.medioambiente.gov.ar/mlegal/default.htm

²⁶ ADLA, LXII-A, 18

²⁷ ADLA, LIX-A, 88, 208.

para fomentar la llegada de inversores extranjeros. Podemos mencionar la ley 24.857 sancionada el 6 de agosto de 1997, de Estabilidad Fiscal, la cual mantiene estable la carga tributaria a partir de la presentación del estudio de factibilidad respectivo (artículo 3 de la citada ley). En igual sentido la ley 10.397 de la Pcia. de Bs. As. declara exento del impuesto inmobiliario a todo inmueble que sea destinado a la forestación y la Resolución 488/97, por la que el Ministerio de Asuntos Agrarios implementa el Plan de Incentivo a la Actividad Forestal mediante la provisión de material de plantación a quienes asuman el compromiso de realizar forestaciones con destino comercial.

Por último, debemos tener en cuenta el Programa Social de Bosques, (ProSoBo), creado el 25 de julio de 2002 mediante el Decreto Nacional 1332/02, establecido en el ámbito de la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable, para brindar asistencia técnica y financiera tendiente a incrementar el área forestada nacional.

Todos estos antecedentes (mediatos e inmediatos) muestran una clara política dirigida en el sentido de propiciar las inversiones en materia forestal haciéndose el Estado cargo de lo suyo, esto es, generar políticas públicas acorde a un marco regulatorio necesario en tal sentido. Así es como la nueva ley 25.509²⁸ ha creado un nuevo derecho real, el de superficie forestal, ampliando de esta manera los contemplados en nuestro artículo 2503 del Código Civil, al incorporarle el inciso 8 referido a “la superficie forestal”; de esta forma se propicia el marco normativo adecuado que brinda seguridad jurídica a los inversores sean tanto nacionales como internacionales. En este sentido, la sanción de la citada ley es el punto de partida para que en un futuro no muy lejano se vea plasmado en nuestra legislación de fondo el Derecho Real de Superficie sin adjectivaciones.

2.- Ley nacional 25.509

En fecha 11 de diciembre de 2001 se promulgó la ley 25.509 que agrega al art. 2503 del Código Civil Argentino un nuevo derecho real: el denominado “derecho real de superficie forestal”. La ley, en su art. 2º, define escuetamente a este derecho real que otorga el uso, goce y disposición jurídica de la superficie forestal como “un derecho real autónomo sobre cosa propia temporario, de la superficie de un inmueble ajeno con la facultad de realizar forestación o selvicultura, y hacer propio lo plantado, o adquirir la propiedad de plantaciones ya existentes, pudiendo gravarla con derecho real de garantía.”

²⁸ Sancionada el 14/11/2001 y promulgada de hecho el 11/12/2001, *ADLA*, LXII-A.18.

Así, la presente ley incorpora como novedad legislativa la figura del **derecho real de superficie forestal**, por lo que modificó de esta forma el artículo 2614 y agregó el inciso 8 al artículo 2503 del Código Civil.

Los escasos quince artículos de la misma, se refieren a los siguientes contenidos:

Se autoriza a los propietarios o condóminos a constituir sobre una determinada propiedad inmueble, el derecho de superficie forestal a favor de un tercero. Esta figura se circunscribe a las superficies susceptibles de forestación o silvicultura de conformidad al régimen previsto en la Ley de Inversiones para Bosques Cultivados (ley 25.080).

Se le otorga la calidad de derecho real autónomo y temporario, dado que el plazo máximo de duración es de cincuenta años (plazo excluyente)²⁹ y, en virtud del mismo, se concede a un tercero el uso, goce y disposición jurídica de la superficie de un inmueble a los fines de realizar actividades de forestación y silvicultura, adquiriendo el dominio de lo plantado o pudiendo comprar las plantaciones ya existentes, sometiéndola a gravamen mediante el derecho real de garantía.

El propietario del inmueble conserva el derecho de enajenar el mismo, debiendo respetar el nuevo adquirente el derecho de superficie forestal constituido con anterioridad; no puede el propietario constituir otro derecho real de disfrute o garantía durante la vigencia del contrato, ni perturbar los derechos del superficiario, si así lo hiciere este último tiene derecho a reclamar el cese de las turbaciones.

Este derecho real se adquiere por contrato oneroso o gratuito y debe ser instrumentado mediante escritura pública y tradición de posesión, deberá ser inscripto en el Registro de la Propiedad Inmueble a los efectos de la oponibilidad respecto de terceros³⁰.

No se extingue por la destrucción total o parcial de lo plantado, cualquiera fuere su causa si el superficiario realiza nuevas plantaciones dentro del plazo de tres años; la renuncia del derecho del superficiario o su desuso o abandono no lo liberan de sus obligaciones.

²⁹ Art.6º. Durante ese largo plazo, al dueño se le prohíbe constituir sobre el inmueble de su propiedad cualquier otro derecho real de disfrute o garantía, ni perturbar los derechos del superficiario. (art.4º)

La ley 25.509 modifica el art. 2.614 del C.C. que limitaba a cinco años la constitución de estos derechos de superficie extendiéndolo al medio siglo

³⁰ Art. 5º, Ley 25.509: "El derecho real de superficie forestal se adquiere por contrato, oneroso o gratuito, instrumentado por escritura pública y tradición de posesión. Deberá ser inscripto, a los efectos de su oponibilidad a terceros interesados en el Registro de la Propiedad Inmueble de la jurisdicción correspondiente, el que abrirá un nuevo folio correlacionado con la inscripción dominial antecedente".

Se extingue por renuncia expresa, vencimiento del plazo contractual, cumplimiento de la condición resolutoria pactada, por consolidación en la misma persona de las calidades de propietario y superficiario (los derechos y obligaciones del propietario y superficiario continúan con sus mismos alcances y efectos), o por el no uso durante tres años.

Producida la extinción del derecho de superficie el propietario del inmueble extiende su dominio a las plantaciones que subsistan, debiendo indemnizar al superficiario, salvo pacto en contrario, en la medida de su enriquecimiento.

3.- Conclusiones de la Comisión N° 4 – Derechos Reales – XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Rosario, del 25 al 27 de setiembre de 2003³¹

En el año 2003, en ocasión de las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, que tuvieron lugar en la ciudad de Rosario, los días 25 al 27 de setiembre –40° Aniversario 1963-2003, la Comisión N° 4 – Derechos Reales– arribó a las siguientes conclusiones:

• De lege lata

I.- Objeciones a la Ley 25.509

Es objetable la técnica seguida por la ley 25.509, en virtud de las reiteradas imprecisiones terminológicas y desajustes metódicos (Unanimidad).

II.- El derecho real de superficie forestal dentro de la clasificación de los derechos reales.

Despacho a): El derecho real de superficie forestal es mixto. Admite en su desarrollo una categorización dual, tanto como derecho real sobre cosa propia cuanto como derecho real sobre cosa ajena (Mayoritario, 25 votos)

31 TEMA: "Superficie forestal". PRESIDENTE: ALTERINI, JORGE HORACIO. COORDINADOR: PUERTA DE CHACÓN, ALICIA A. SECRETARIOS: GARRIDO CORDOBERA, LIDIA M. R.; LUVERÁ, MIGUEL ANGEL. RELATOR EN EL PLENARIO: PUERTA DE CHACÓN, ALICIA A.

NÓMINA DE PONENTES: ALTERINI, JORGE; ALTERINI, MARÍA EUGENIA; ANDORNO, LUIS O.; BELMAÑA JUAREZ, JORGE; BIANCHETTI, ALBA; BORTOLATTO, ANA MARÍA; BRESSAN, PABLO; BUCAI, SYLVIA ILEANA; CALEGARI DE GROSSO, LYDIA; CÁNFORA ROXANA; CARLUCCI DE SABATINI, FABIANA; CASTILLO, SILVIA; CHOCOBAR, VÍCTOR; CORNA, PABLO M.; COSSARI, NELSON; CURA GRASSI, DOMINGO CÉSAR; DE REINA TARTIERE, GABRIEL; FERNÁNDEZ, HILDA E.; FRANCHINI, MARÍA FLORENCIA; GARAY MARÍA ADRIANA; GARRIDO CORDOBERA, LIDIA; GOLDENBERG, ALICIA E.; GUTIÉRREZ, MARÍA FLORENCIA; HUMPHREYS, ETHEL; ITURRASPE, JUAN BERNARDO; ITURRASPE, MARÍA BERNARDITA; LASAGNA, LIDIA; LINARES DE URRUTIGOTTY, MARTHA; LÓPEZ ZAMORA, XIMENA; LUCAS, GUILLERMO; LUNA DANIEL; MARTÍNEZ, VÍCTOR; MASSICIONI, SILVIA; MAZZEI, BEATRIZ; NAVARRO, SEBASTIÁN; NOVELLI, FEDERICO; ORMAECHEA, CAROLINA; PALOMANES, ANA MARÍA; PÉREZ ESCOLAR, MARTA; PICADO, LEANDRO; PILOT, DIANA E.; PUERTA DE CHACÓN, ALICIA; PUJOL DE ZIZZIAS, IRENE; RUANI, MARÍA ALEJANDRA; RUIZ DE ERENCHUN, ALBERTO; SALVÁ, LUIS; SANSÓN, FABIANA; STACCHIOTTI, FABIÁN; TANZI, SILVIA; TRIPPELLI, ADRIANA; URTUBI, VICTORIA; VÁZQUEZ, GABRIELA A.; VENTURA, GABRIEL; VILLANUSTRE, CECILIA A. Y VIVES, LUIS M.

Despacho b): El derecho real de superficie forestal recae siempre sobre cosa propia (Minoritario, 4 votos).

Despacho c): El derecho real de superficie forestal recae siempre sobre cosa ajena (Minoritario, 3 votos).

III.- Régimen legal

1) Implicancias de la Ley 25.080 de “Inversiones para Bosques Cultivados”

La remisión a la Ley 25.080 de Inversiones para Bosques Cultivados no excluye que la Ley 25.509 tenga un ámbito propio. Por ello, y entre otras consecuencias, el cumplimiento de los requisitos establecidos por la Ley 25.080 no es presupuesto necesario para la constitución del derecho real de superficie forestal (Unanimidad).

2) Normas de aplicación supletoria

En los aspectos no regulados expresamente por la Ley 25.509 resultan de aplicación a la superficie forestal los principios generales de los derechos reales. (Unanimidad)

IV.- Objeto

Despacho a): El derecho real de superficie forestal, en sus dos manifestaciones, recae sobre cosa inmueble. Las plantaciones son cosas inmuebles por naturaleza (Art. 2314 del Código Civil) (Mayoritario, 27 votos).

Despacho b): La plantación es cosa mueble cuando su destino es la forestación, teniendo en cuenta su temporalidad y finalidad (Minoritario, 2 votos)

V.- Finalidad

Corresponde una interpretación amplia del vocablo “forestal” comprensiva de distintas plantaciones. No cabe circunscribir este derecho real a las especies arbóreas. Ello en aras de la utilidad socio – económica de la figura y el principio de igualdad de raigambre constitucional (Mayoritario, 27 votos y una disidencia).

VI.- Derechos reales de garantía

Despacho a): La superficie forestal, en sus dos manifestaciones, puede ser objeto de hipoteca (Mayoritario, 24 votos).

Despacho b): El derecho real de superficie forestal, en tanto derecho, no puede ser objeto del derecho real de hipoteca (Arts. 3108, 3109, 3120 y conc. del Cód. Civil). Puede ser objeto del derecho real de hipoteca sólo lo plantado en tanto inmueble (Arts. 2314, 3108, 3109, 3120 y conc. del Cód. Civil y Art. 2 ° “in fine” de la Ley 25.509 (Minoritario, 2 votos).

VII.- Transmisibilidad

Lo dispuesto en el art. 5° de la Ley 25.509 no obsta a la transmisión del derecho real de superficie forestal por causa de muerte. (Unanimidad)

VIII.- El principio de accesión:

Los arts. 2518, 2519, 2587, 2588 y concordantes del Cód. Civil también son de aplicación al superficiario de conformidad al régimen estatuido por la Ley 25.509. (Unanimidad)

IX.- Extinción

La solución prevista en el art. 10 de la Ley 25.509 en materia de extinción de la superficie forestal por consolidación, es aplicable, en lo pertinente, a los otros supuestos de extinción (art. 8°), salvo la causal de extinción por vencimiento del plazo. (Unanimidad)

X.- Registración

El art. 5° de la Ley 25.509 es reprochable al invadir las autonomías provinciales, con relación a soluciones propias en materia de técnica registral. (Unanimidad)

• De lege ferenda**I.- Finalidad**

Debe incorporarse el derecho real de superficie en general, con amplitud de fines socio – económicos. (Unanimidad)

II.- Derechos reales de garantía

No obstante lo expresado en el despacho A) del punto VI de Lege lata, debería regularse con mayor precisión la posibilidad de hipotecar el derecho real de forestar (Minoritario, 7 votos)

Recomendaciones

a) Dada la presentación de valiosas ponencias que consideran extensiva la superficie forestal a las construcciones vinculadas con la actividad forestal o la silvicultura, esta Comisión recomienda, por su importancia, proponer en futuros encuentros académicos avocarse al estudio de esta posibilidad. (Unanimidad)

b) En futuros encuentros académicos se recomienda estudiar la posibilidad de incorporar el derecho de preferencia o tanteo a favor del dueño del suelo y del superficiario, según corresponda. (Unanimidad)

V.-Inserción del derecho de superficie en el ámbito forestal

Conforme ha sido expresado, el primer antecedente que tendió a instaurar el derecho de superficie como medio jurídico para la explotación de tierras forestales, lo encontramos en las X Jornadas Nacionales de Derecho Civil realizadas en Corrientes en el año 1985, organizadas por la Universidad Nacional del Nordeste, en donde la Comisión N° 4 –Derechos reales–, sostuvo entre las conclusiones –todas de lege ferenda– la conveniencia de regular el Derecho Real de Superficie, como *«un derecho real autónomo, que acuerda al superficiario la propiedad temporal sobre lo edificado o plantado»*.

En dicha ocasión, se recomendó la introducción de un derecho que con tales características pudiera emplearse para edificar y/o gozar de la propiedad sobre lo edificado, pero también para sembrar o plantar en fundo ajeno y/o adquirir el dominio de lo que allí se hubiera plantado.

Después de haber expuesto los antecedentes y proyectos de legislación en la materia, podemos afirmar que la ley 25.509 fue sancionada con el propósito aparente de fomentar la forestación. Sin embargo, es cuestionada por quienes consideran que ha sido dictada con la “evidente intención de entregar ese negocio a quienes históricamente lo ejercieron en perjuicio del país, con cuyos predios fiscales se quedaban y también con los ahorros de los incautos que invertían a larguísimo plazo en un negocio que sólo resultó fructuoso para los que se apoderaron del dinero de los inversores, como ocurrió con el antecedente del “fideicomiso forestal” como lo fue el caso de Eucaliptus S.A., hace ya más de cuarenta años”³².

Como la ley 25.509 modifica el art. 2614 del Cód. Civ. que limitaba a cinco años la constitución de estos derechos de superficie extendiéndolo al medio siglo, y durante ese largo lapso, al dueño se le prohíbe constituir sobre el inmueble de su propiedad cualquier otro derecho real de disfrute o garantía, ni perturbar los derechos del superficiario (art. 4º), se argumenta que ningún propietario de un inmueble destinado a la forestación o silvicultura, va a cometer el despropósito de enajenar durante un tiempo tan enorme la explotación de su campo, haciendo que otro se apodere de su producido³³. En consecuencia, se dice, “siendo imposible hallar a un propietario tan falto de razón que entre en el nefasto negocio de vender la superficie y regalar su producto al

³² ITURRASPE, JUAN BERNARDO, “El derecho real de superficie forestal. Un atentado contra nuestra soberanía», http://suelos.ecoportel.net/contenido/temas_especiales/suelos/

³³ ITURRASPE, JUAN BERNARDO, ob. cit.

superficiario”³⁴, se corre el peligro que se “regalen los bosques fiscales ubicados en la perspectiva de la nefasta ley referida”³⁵.

“Habida cuenta de que en nuestro país existen más de veinte millones (20.000.000 hs.) de hectáreas de tierras vírgenes y treinta y tres millones ciento noventa mil cuatrocientos cuarenta y dos hectáreas (33.190.442 hs.) de bosques nativos –según datos de la “Agencia de Desarrollo de Inversiones” del Ministerio de Economía de la Nación, y Primer Inventario Nacional de Bosques Nativos, (diciembre 2002), de la Dirección de Bosques–, se tendrá la pauta de que la inmensa mayoría de esas tierras vírgenes y bosques nativos son de propiedad fiscal”³⁶.

En la página web (<http://w.w.w.inversiones.gov.ar>) puede leerse: “Sectores donde invertir”; en “Agroindustria”, con la indicación “NUEVO”, se refiere a la “Foresto-Industria”, y a la conveniencia de invertir en forestación en Argentina porque en nuestro país la velocidad de crecimiento de las especies es muy superior a la de los principales países competidores, por lo que los turnos de corte son menores a la mayoría de los países productores; que el marco jurídico es propicio a la inversión en razón de la ley 25.080 que prevé la estabilidad fiscal para inversiones forestales por 30 años; que existe una amplia disponibilidad de tierras aptas a bajo costo: 20 millones de hectáreas e inexistencia de restricciones para la adquisición de grandes extensiones; que existe variedad de climas, suelos y especies, tratándose de tierras vírgenes de alta respuesta y profundidad de hasta 2,5 m. La base forestal es diversificada, evitado los riesgos de monocultivo; existe un desarrollado servicio de silvicultura; bajo costo de producción: Argentina cuenta con importantes ventajas competitivas en los costos de tierra, insumos y mano de obra en términos de dólares; por último, se informa respecto de la demanda de materia prima con alto potencial en industrias derivadas, amplia disponibilidad de materia prima forestal: corto período de maduración de la inversión forestal en comparación con los tiempos necesarios en el hemisferio norte; desarrollo de industrias papeleras y madereras y oportunidades para exportar productos con valor agregado.

Cada una de las ventajas es ampliamente tratada en el documento y vemos que dentro del Marco Jurídico, además de la ya nombrada ley 25.080, se incluye la 25.509 que nos ocupa, indicando: “Habilita tratar separadamente los derechos del propietario del inmueble forestado y los del forestador (dueño del bosque)”. Y esas tierras son ofrecidas a los inversores extranjeros sin restricción alguna y dentro de un marco jurídico de “liquidación” del patrimonio estatal y también de

³⁴ ITURRASPE, JUAN BERNARDO, ob. cit.

³⁵ ITURRASPE, JUAN BERNARDO, ob. cit.

³⁶ ITURRASPE, JUAN BERNARDO, ob. cit.

los derechos de los trabajadores, a quienes la referida Agencia ofrece módicos salarios³⁷.

Por estos motivos, y otros, se considera que “la ley 25.509 adolece de graves falencias de técnica legislativa que vulneran los caracteres de integralidad, irreductibilidad, coherencia, correspondencia y realismo, que son esenciales para el dictado de toda norma jurídica que merezca llevar ese nombre. Y tales defectos no son casuales, sino que se vinculan estrechamente con otras leyes, como la 25.080 que permite a las personas físicas o jurídicas hacer sus inversiones en las tierras fiscales argentinas que son –reitera– inalienables. (art. 22 de la ley 13.273 de “Defensa de la Riqueza Forestal” t.o. por Decreto 710/95, Anales LV-E 1995, pág. 5987)”³⁸.

Además “Las compañías extranjeras pueden transferir libremente su capital y sus ganancias en cualquier momento sin tener que pagar cargas o impuestos sobre dichas transferencias. Tampoco existen restricciones de acceso al mercado cambiario”³⁹.

Y a mayor abundamiento, existe una total desgravación de impuestos sobre los activos afectados a la explotación forestal; exención impositiva para las operaciones relacionadas con el desarrollo societario de las personas jurídicas alcanzadas por la referida ley y hasta apoyo económico no reintegrable.

Por último se elimina el límite temporal para la constitución de fideicomisos. (Del libro “Guía para la inversión en la industria forestal argentina” publicado por la Gerencia de Desarrollo de Inversiones del Ministerio de Economía”⁴⁰.

Los objetivos que persigue la ley 25.509 están referidos a la necesidad de un mayor desarrollo de la producción forestal y “al papel que el derecho creado estaría llamado a cumplir para que ese aumento de explotaciones o de volumen de superficie forestada no fuera perjudicial para determinados sectores de la población y redundara en una mejora de la organización del mercado de la madera y derivados”⁴¹.

Así, entonces, el propósito básico de la ley 25.509 se encuadra en el marco global de la ley 25.080 de Inversiones de Bosques Cultivados. El derecho de superficie forestal concurre con otras medidas, como la flexibilización de los requisitos administrativos para la implementación de nuevos emprendimientos o la previsión de un tratamiento fiscal favorable, al efecto de incentivar un mayor aprovechamiento de los recursos forestales.

³⁷ Conf. ITURRASPE, JUAN BERNARDO, ob. cit

³⁸ ITURRASPE, JUAN BERNARDO, ob. cit.

³⁹ ITURRASPE, JUAN BERNARDO, ob. cit

⁴⁰ www.mecon.ar

⁴¹ DE REINA TARTIÈRE, GABRIEL, ob. cit. p. 44.

El legislador debe preocuparse por las repercusiones sociales que la reestructuración del mercado forestal puede traer consigo. Pero esta preocupación no debe ser sólo programática, sino que debe atender a la incidencia que la devaluación de la moneda argentina produce en la decisión de invertir por parte de las grandes empresas madereras multinacionales, que no tendrán mayores problemas para desembolsar el precio de las tierras.

VI.– Nuestra conclusión

El desarrollo del sistema económico globalizado necesita de nuevas formas de producción y, consecuentemente, de institutos jurídicos que legitimen tales hechos económicos, de allí entonces que sea necesario analizar con mucho detenimiento cuestiones como la presente.

Si bien es cierto que nuestros países no pueden permanecer aislados, deben atender con sumo cuidado sus recursos naturales y urbanísticos. El primero de ellos, implica evitar consolidar un derecho de agresión de los países centrales hacia los periféricos, que aún guardan en sus territorios zonas aptas para forestación, cultivos y desarrollo de la ganadería. En los segundos, porque muchas veces estructuras o edificaciones urbanas temporarias afectan no solo la belleza de las ciudades, sino derechos de los ciudadanos al sonido, la visibilidad, etc.

Entendemos, entonces, que en cuanto a la superficie forestal, debe coordinarse con derechos colectivos medioambientales y de equilibrio ecológico, tanto en lo relativo a la forestación, corte de madera y erosión de los suelos, etc. y especialmente guardar un equilibrio entre producción agrícola, forestación, ganadera y zonas mineras, etc.

En cuanto a lo urbano, las edificaciones deben ajustarse a requisitos y condicionamientos de urbanidad existentes, evitar destrucción de monumentos históricos, evitar cortinas que impidan la visibilidad, el paisaje, etc.

En ambos supuestos, además de las limitaciones generales y específicas del Código Civil, es necesario disposiciones específicas en las ciudades (sobre preservación de la urbanidad) y en las zonas rurales (preservación de recursos naturales) para evitar abusos que destruyan el patrimonio y los derechos socio-económicos de nuestros países⁴².

⁴² AMIN, SAMIR, *¿Cómo funciona el capitalismo? El intercambio desigual y la Ley del Valor*, p. 20: "Sobre estos fundamentos, Emmanuel distingue dos formas de intercambio desigual. En una, las tasas de plusvalía son idénticas (por consiguiente también los salarios reales), pero los distintos países se especializan en ramas de producción cuya composición orgánica es diversa. Aquí la transferencia de valor no es diferente a la que

La necesidad del sistema económico de utilización productiva de la superficie –urbana o rural– implica una formulación de desarrollo para la región y el país, sin embargo, ello debe ser efectuado con criterio de resguardo generacional y evitando las implicancias medioambientales y respetando el equilibrio ecológico⁴³.

De allí que conviene establecer limitaciones específicas en el derecho real de superficie, a modo del art. 1.220 del Cod. Civil Brasileiro, tales como: 1.- Finalidad económico-social. 2.- Preservación de flora y fauna (bellezas naturales; equilibrio ecológico; patrimonio histórico o artístico). 3.- Evitar polución en el aire y agua.

Consideramos que los límites 2 y 3, son principios de orden público argentino y los contratos de constitución de derecho real de superficie que los contraríen entrarían en la órbita del objeto ilícito y podrían ser perfectamente nulos⁴⁴.

Efectivamente, se trata de cuestiones sustanciales con el derecho de propiedad de orden generacional y no afectable ni disponible por el titular del dominio, entendiéndose que su derecho individual no puede ejercerse en detrimento de la sociedad presente y futura⁴⁵. En ambos supuestos, además de la nulidad o anulabilidad del acto, debe hacerse una investigación sobre los daños causados⁴⁶ y puede ser el Estado quien en forma colectiva, o de intereses difusos pueda reclamar la reparación del daño realizado con motivo de la aplicación del derecho de superficie.



existe en el interior de un sistema nacional y, dado que tales transferencias son inmanentes al modo capitalista, Emmanuel no se extiende sobre este caso “banal”. En la otra, las composiciones orgánicas diversas, sino a la inmovilidad del trabajo que permite salarios reales diferentes. Es el verdadero caso de intercambio desigual”, Ed. Siglo XXI, México, 1987, cit. por GHERSI, CARLOS A., “El derecho real de superficie. Causa ilícita y ejercicio abusivo”, *pág. Web*.

⁴³ 5 años apòs a ECO. 92, Congreso Internacional de Direito Ambiental.

⁴⁴ GHERSI, CARLOS A., «El derecho real de superficie. Causa ilícita y ejercicio abusivo», *pág. Web*.

⁴⁵ BENJAMIN, ANTONIO H., *Daño Ambiental Prevencao, reparacao e Represao*, Ed. Dos Tribunais, Sao Paulo. 1993, cit. por GHERSI, CARLOS A., en “El derecho real de superficie. Causa ilícita y ejercicio abusivo”, *pág. Web*,

⁴⁶ ALGARRAS PRATS, ESTHER, *La defensa jurídica civil frente a agresiones a la propiedad y persona*, Ed. Mac Graw Hill. Madrid, 1995.

ADMINISTRACIÓN SOCIETARIA: RESPONSABILIDAD POR NO ACTUAR TEMPESTIVAMENTE ANTE LA CRISIS.

Efraín Hugo Richard¹

Resumen: Ante una crisis económica y financiera de sociedad no meramente transitoria: ¿Sus administradores deben adoptar medidas internas? ¿Pueden presentar la sociedad en concurso después de varios años de operar en cesación de pagos? ¿Genera alguna responsabilidad o algún efecto la presentación intempestiva en concurso preventivo? Aparentemente no.

En este ensayo tratamos de eliminar esa apariencia, a fin que la legislación concursal pueda cumplir sus efectos, y se limite la generación de daños.

El efecto que avizoramos es la responsabilidad de administradores por no afrontar la crisis oportunamente en forma societaria y, eventualmente ante el fracaso de la misma, hacerlo por la vía concursal.

Operar en cesación de pagos es doloso y permite la aplicación del art. 173 LCQ, y en el concurso preventivo autoriza una acción individual de responsabilidad por los acreedores no informados con los que se contrató en cesación de pagos.

Palabras Claves: Sociedades – Crisis – Administradores – Tempestividad

Desarrollo

I - ¿Qué es la tempestividad? Según el Diccionario de la Real Academia es la “calidad de tempestivo”, que a su vez es lo “oportuno, que viene a tiempo y ocasión”. Guillermo Cabanellas² le da el significado de “con oportunidad, a su tiempo, dentro del plazo”, fijando en esta

¹ Profesor Emérito a/c Departamento de Derecho Comercial de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, Director del Instituto de la Empresa de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Agradeceremos comentarios a ehRichard@arnet.com.ar

² En su Diccionario de Derecho Usual (tomo III pág. 664).

última versión su procesalidad; tempestivo es definido como “a tiempo, oportuno”. En el derecho concursal esa tempestividad puede analizarse desde distintos puntos de vista.

1º. En un aspecto como una referencia al requisito substancial para promover juicio o procedimiento universal que convoque a los acreedores, o sea desde la determinación de cuando se puede abrir un concurso o quiebra: al producirse la insolvencia, el desbalance, la cesación de pagos, o solo una crisis económica³ o financiera general que precede a los anteriores. Se trata de la oportunidad respecto al estado patrimonial que habilita la apertura de un concurso.

La doctrina y el derecho comparado, al igual que el nacional, aconsejan el uso de las técnicas concursales tempestivamente, apenas atisbada la crisis, para evitar que la misma sea insuperable y sea factible la conservación de la actividad o empresa. La cuestión también puede extenderse a los requisitos para exhibir (prueba) que el presupuesto objetivo se ha producido y se justifica el procedimiento de excepción.

2º. Otro aborde, procesal, refiere a los plazos dentro de los cuales la empresa, particularmente la organizada societariamente, puede usar de los remedios preventivos. O sea “dentro del plazo” en que puede exhibirse aquel presupuesto objetivo para la apertura de un procedimiento de excepción. La legislación clásica⁴ imponía la apertura de procedimientos cautelares

³ “En el Anteproyecto de 1983 se pretendió formular un nuevo presupuesto objetivo, el “estado de crisis económica”, concepto manifiestamente abstracto, sin tradición alguna en el Derecho concursal español, pero que intentaba conseguir que la apertura del juicio universal tuviera lugar oportunamente”: ROJO, Ángel *La reforma del derecho concursal español*, págs. 87 y ss. en el libro colectivo “La reforma de la legislación concursal” dirigido por Ángel ROJO, específicamente a pág. 115, Editorial Marcial Pons, Madrid-Barcelona 2003.

⁴ La actual legislación eliminó la norma del art. 10 de la ley 19551 (ya dejado en desuso con la reforma del 83 sobre la calificación de la quiebra), que imponía la oportunidad para requerir el concurso preventivo dentro del tercer día después que el deudor haya conocido su estado de cesación de pagos, norma que no impedía la presentación posterior, superando así la interpretación de normas como la española que permitían rechazar la pretensión de suspensión de pagos presentada extemporáneamente. Méjico imponía la presentación dentro de los tres días, criterio que existía en nuestra ley 4156 que consideraba perentorio el plazo, lo que fue luego dejado de lado, y ahora mucho más. Cámara (Concurso Preventivo y Quiebra, tomo I pág. 397, Buenos Aires Ed. Depalma) cita a Bonfanti y Garrone sobre la utopía que presenta en nuestra socie-

no liquidatorios, dentro de un plazo perentorio a la advertencia de la cesación de pagos (o presupuesto objetivo)⁵.

3º. Como técnica jurídica para alentar la temporalidad de la petición de apertura con la advertencia del presupuesto objetivo y el respeto a un plazo no perentorio, se preveía sancionar – particularmente al administrador societario– que no requiriera oportunamente esa apertura. Pero al mismo tiempo esta tendencia se corresponde con la flexibilización de los plazos, permitiéndose la presentación en cualquier término –y así alejándose del principio señalado–, bajo el único recaudo de posibilitar la aplicación de una sanción posteriormente, y sólo si hubiere quiebra (lo que se aleja para las sociedades con el llamado *crown down*, etc. En Estados Unidos se dice que las únicas sanciones al deudor son “el insomnio, las úlceras y el *valium*”⁶).

4º. Otra perspectiva resulta desde aspectos de la responsabilidad, pero sólo en la quiebra, que lleva a sancionar actuaciones anteriores hasta en un año de la efectiva y real fecha de cesación de pagos (art. 174 LCQ), acción muy condicionada en el derecho actual, al dolo, a casos específicos y tasados, y a la autorización que otorguen los acreedores para promover esa acción al síndico⁷. Tampoco es congruente este aspecto con el señalado en el punto 1º.

dad que una sociedad o un comerciante se presente dentro de ese plazo. Destaca que legislaciones como Bolivia y Paraguay declaran improcedente el acuerdo o la apertura del concurso si existe un pedido de quiebra, aún rechazado, si el deudor no se presentó dentro del plazo (Bolivia 15 días). El Líbano admite el concurso antes de la cesación de pagos o dentro de los 15 días de producido.

⁵ Históricamente con el objetivo de asegurar que la “empresa” pudiera ser salvada con el sacrificio mínimo de los acreedores (espera y/o quita), o a través de planes de reorganización, y que la crisis no fuera insalvable, se aconsejó flexibilizar el presupuesto objetivo, considerando las etapas económicas que indubitablemente precedían a la cesación de pagos. Contemporáneamente se desarrolló una tendencia a remover esos plazos, en la doctrina y derecho comparado. No parece que exista congruencia entre ambas tendencias.

⁶ ARROYO MARTÍNEZ, Ignacio *La disciplina de los procesos concursales. Criterios de reforma*, en “DERECHO MERCANTIL DE LA COMUNIDAD ECONÓMICA EUROPEA” Estudios de homenaje a José Girón Tena, Editorial Civitas, Madrid 1991, pág. 119 y ss., específicamente p. 127/9.

⁷ Cfme. BERGEL, SALVADOR DARÍO *Los daños individuales y sociales generados por la insolvencia*, pág. 141 y ss. del libro colectivo dirigido por Carlos A. GHERSI “Derecho de daños. Economía. Mercado. Derechos personalísimos” Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires 1999, específicamente pág. 153 “los principales responsables de la insolvencia o del agravamiento de la situación patrimonial de la fallida quedan al margen de toda san-

II - Revisemos esas técnicas jurídicas. No habría dudas, basados en el punto 1º precedente, que todo es conteste en que los procedimientos concursales (extrajudiciales o judiciales) deben iniciarse en la forma más temporánea posible para facilitar la recuperación de la empresa⁸.

Se ha abandonado la dialéctica de la insolvencia y de la liquidez, para pasar el centro de gravedad a la situación de crisis, económica o financiera, o sea a aquel estado patrimonial que lesione o amenace gravemente el interés de los acreedores a la satisfacción normal y ordenada de sus créditos⁹. Observar, sanear y curar deberían ser las piezas básicas de un ordenamiento concursal.

El problema central es lo tardío de una intervención que impide el saneamiento. Ángel Rojo señala que “de la quiebra se huía a través de la suspensión de pagos”, llevando a que en la práctica la convocatoria haya servido para tramitar verdaderas quiebras, demostrando a la postre el fracaso del derecho para salvar una empresa que ya no podía serlo. Para superar el problema hace falta intervenir a tiempo y sin vacilaciones. El éxito de todo sistema concursal que persigue como fin primario el saneamiento, exige –al igual que el tratamiento de un enfermo– diagnosticar a la mayor brevedad para iniciar a tiempo el tratamiento. Es menester ante todo intervenir con rapidez¹⁰. Ya citando directamente al maestro español, este rescata que “En la doctrina científica contemporánea del Derecho concursal existe sustancial acuerdo acerca de la necesidad de que el concurso de acreedores sea declarado oportunamente. El problema del “tiempo” de apertura del procedimiento concursal (timing problem) constituye preocupación constante de quienes, desde los más distintos ámbitos se ocupan de la reforma del Derecho de la insolvencia. La formulación de este problema es muy simple:

ción; tanto en el orden criminal como en el civil”, concluyendo a pág. 157 “Así a la crisis de la empresa se sumó la crisis de los procedimientos concursales... Con este panorama, los daños individuales y sociales provocados por la insolvencia tienden a agravarse... Si observamos atentamente nuestro sistema legal judicial desde esa perspectiva no hace falta profundizar el análisis para admitir que no responde a ninguno de los dos objetivos señalados”.

⁸ Cfme. ESCUTI, IGNACIO A. El derecho en crisis y las empresas en dificultades en el mundo globalizado, en RDCO 200 p. 720 Así afrontamos nto. *La ineficacia de la ley de concursos*, en Anales de Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de 2000, e *Ineficiencia de la ley concursal* publicación en Revista Derecho y Empresa, nº 10 diciembre 2000, p. 176 y ss., intentando seguir las enseñanzas de los Profesores Eméritos Dres. Héctor Cámara y Francisco Quintana Ferreyra, nos pronunciábamos sobre la necesidad que el sistema jurídico intentara evitar la propagación del virus de la insolvencia, en concordancia con Bergel cit. en nota anterior.

⁹ ARROYO MARTÍNEZ, IGNACIO Ob. cit. pág. 119 y ss., específicamente p. 123.

¹⁰ ARROYO MARTÍNEZ ob. cit. p. 126/7.

el concurso llega tarde a la situación de insuficiencia del patrimonio del deudor y, en ocasiones, tan tarde que el patrimonio del deudor está ya vacío, lo que impide al Derecho concursal cumplir la función esencial ... el concurso de acreedores debe ser un instrumento técnico para poder curar enfermos y no para enterrar cadáveres”¹¹.

Parte de ese efecto se intenta obtener legitimando a otros sujetos, y no sólo al deudor o a los administradores de la sociedad deudora, a solicitar la apertura del concurso, facultando al Juez para actuar con la máxima celeridad, declarando el concurso tan pronto aparecen los primeros síntomas de la crisis, en el plano de la oportunidad, lejos de la idea de sanción. El juez no está llamado a emitir una declaración de mérito sobre si el empresario merece o no la apertura del concurso, lo importante es abrir el proceso.

Ricardo Olivera García¹² subraya “El Proyecto procura que el mismo abarque la mayor cantidad posible de las situaciones de insolvencia que se presentan en la realidad y que los procedimientos solutivos se apliquen antes que el deterioro vuelva la situación irreversible. Para esto se propone estimular el acceso al concurso a iniciativa del deudor y de los acreedores... Si el concurso se transforma en un camino para que el acreedor logre la recuperación de sus créditos en situaciones de insolvencia, los acreedores estarán estimulados para transitar el mismo. Para reforzar este estímulo se propone conceder privilegio al acreedor quirografario que promueva el concurso...”.

La experiencia del Derecho comparado enseña diversas técnicas jurídicas, advirtiéndose una tendencia a encontrarlas fuera del derecho concursal, ante la incongruencia de sus normas al recepcionar la idea de crisis para la apertura del concurso, sin exigir ni sancionar a los administradores que se alejan de esas soluciones. Las mismas tienden a aparecer en el derecho societario y en la contabilidad, imponiendo criterios de previsibilidad al “buen hombre de negocios” y a la calidad de la información contable, particularmente en orden al rol de fiscalizadores y auditores¹³.

III - El fijar como presupuesto objetivo de la apertura de un procedimiento concursal, extrajudicial o judicial, algo más anticipatorio de la cesación de pagos en la situación patrimonial-financiera de un

¹¹ ROJO, ÁNGEL *La reforma del derecho concursal español*, págs. 87 y ss. en el libro colectivo “La reforma de la legislación concursal” citado, específicamente a pág. 113.

¹² En su Anteproyecto de Ley de Concursos para la República Oriental del Uruguay –ed. Universidad de Montevideo 1999– a pág. 310.

¹³ Nto. trabajo *Responsabilidad de administradores de sociedad insolvente* en Doctrina Societaria y Concursal, Editorial Errepar, Marzo 2002, tomo XIII p. 887 y ss..

sujeto –particularmente de una sociedad–, importa la necesidad de afrontar la situación en sus primeras manifestaciones para evitar el daño propio y a terceros, y que la profundización del estado de cesación de pagos –su permanencia en el tiempo– haga irreversible la situación, implique una quiebra virtual –aunque se tramite un concurso–, y genere daños a los terceros, que la eventual continuidad de la empresa para su liquidación en marcha se haya convertido en una utopía.

Puede aceptarse en un sistema despenalizar la presentación tardía –con poca coherencia–, o sea cuando la quiebra es irreversible o cuando un permisionismo excesivo de las normas concursales o de su aplicación, llevan a la aprobación de acuerdos impensables, que implican trasladar la insolvencia a muchos de los acreedores. Pero no es coherente y racional colegir de ello que no existe responsabilidad alguna para administradores que no planificaron, que no se dieron cuenta que durante años estaban en cesación de pagos contrariando la idea del buen hombre de negocios o que planificaron su insolvencia y la salida concursal ruinosa para sus acreedores.

Las técnicas habilitan la apertura ante la mera existencia de una crisis, pero no aseguran la presentación del pedido, y sería un error pensar que el concurso es una patente de corso del empresario deudor. Una cosa es que se defienda el patrimonio y que se eviten tormentos y otra que la persona del mal administrador o del empresario no sufra consecuencia alguna¹⁴. Particularmente cuando se trata de un administrador societario¹⁵.

Se nos dirá que las acciones de responsabilidad en los concursos sólo se generan ante la quiebra, como así también la reconstrucción patrimonial ante actos lesivos que la legislación tacha de inoponibles, como la necesidad de que los acreedores autoricen por mayoría la promoción de esas acciones al Síndico.

Esto tampoco es coherente, responde a la idea de una autosuficiencia o sistema cerrado del derecho concursal, que se confunde con la unidad procedimental del sistema en relación al sujeto, pero omite la existencia de un sistema jurídico integral que exorbita al sistema concursal, donde éste debe ser insertado armónicamente.

Es claro que hoy no existe norma alguna que imponga una presentación tempestiva, ni condiciona la apertura a la presentación oportuna, permitiendo incluso la conversión de la quiebra en concurso, ni generando sanción calificatoria alguna.

¹⁴ ARROYO MARTÍNEZ ob. cit. p. 130.

¹⁵ BERGEL ob. cit. pág. 152 “Hoy día la gran mayoría de las empresas que actúan en la actividad económica lo hacen bajo la forma de sociedades”.

De allí la falta de teleología de la estructura de la ley, la falta de una política legislativa, la falta de técnicas jurídicas para asegurar o intentar un resultado pretendido: la conservación de la empresa, o el menor daño a los acreedores, o la absolución real del estado de cesación de pagos¹⁶.

Venimos formalizado comunicaciones¹⁷ incentivando encontrar técnicas jurídicas que aseguren la mayor anticipación en la apertura de los juicios concursales¹⁸, tendiendo a prevenir los efectos nocivos de la actividad cumplida en cesación de pagos y los efectos expansivos del incumplimiento¹⁹.

Es como un problema ecológico: si es disvalioso el operar en estado de cesación de pagos, importando incluso una causal disoluto-

¹⁶ Nto. *El bien jurídico tutelado por el derecho concursal* en Revista de la Universidad Nacional de Córdoba años 79/80 p.262 y ss.; *Cesación de pagos y responsabilidad (el eje del sistema preventivo de la insolvencia)* p. 2 número especial de Jurisprudencia Argentina "Perspectivas actuales del Derecho Concursal", 7 de agosto de 2002, JA 2002-III fascículo n. 6) coordinado por Francisco Junyent Bas y Carlos A. Molina Sandoval. El problema de la empresa debe verse externamente y no internamente. La apreciación debe ser genérica para tutelar la empresa como organización económica, limitando los efectos externos de su cesación de pagos y permitiendo que, en ese contexto, la "empresa" puede solucionar su problema.

¹⁷ En "DE LA INSOLVENCIA", 3 tomos, libros In Memoriam de Héctor Cámara y Francisco Quintana Ferreyra, Editorial Advocatus, Córdoba 2000, con las comunicaciones al II Congreso Iberoamericano de la Insolvencia, *Técnicas preventivas de la insolvencia*. Tomo I pág. 5. 4º. *En torno a responsabilidad y concurso. Un "embrión" de proyecto*. Tomo III pág. 313. *Extensión de quiebra y de responsabilidad*, Tomo III pág. 411. *Daños causados por la insolvencia: Acciones individuales de responsabilidad contra administradores de sociedades* Tomo III pág. 549. Otros trabajos pueden verse en la página electrónica de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba <http://comunidad.vlex.com/acader>

¹⁸ Cfme. nto. *Las relaciones de organización y el sistema jurídico del derecho privado*, Córdoba 2000, ed. de la Academia de Córdoba, Capítulo X Cuestiones que debería resolver una legislación concursal, y en el Capítulo XI La reparación de daños y el acceso a la justicia (visión de un comercialista) p. 457, en especial el parágrafo VI "La problemática concursal" a pág. 474.

¹⁹ Una doctrina permisiva tendió a limitar las acciones de responsabilidad en la quiebra a supuestos de dolo, sujetas a autorizaciones que parecían difíciles de alcanzar, coherentemente con ciertas posiciones que tienden a acotar la responsabilidad de administradores societarios. Ello llevó a una sensación de impunidad en el obrar de esos administradores –contagiada a los administradores públicos– que transfieren el problema a terceros, a partir de cuyo exceso se ha venido registrando en los últimos años una reacción. Un hipergarantismo trata de no advertir esas maniobras artificiosas, aquello que Provinciale (Trattato I p. 324 nota 80) señaló como "ció que segna el confine tra fisiología e patologia nella vita del patrimonio", lo que es hoy habitual al señalar los informes generales que el estado de cesación de pagos se produjo hace muchos años, o sea que el patrimonio arrastraba una situación terminal dentro de la fisiología o funcionalidad de la sociedad, y que los administradores –salvo prueba indubitabile en contrario– no planificaron una salida, ocultaron la situación y perjudicaron a terceros con los que contrataron.

ria de una sociedad (imposibilidad sobreviniente de cumplimiento del objeto social), debe evitarse la contaminación a otros y reducirse el foco contaminante, que de actuar tarde ya no podrá ser “salvado”.

¿Como paliar este estado de cosas?

La ley 24.522 no exige ninguna planificación para salir de la crisis, ni para presentar acuerdo (no para ser evaluado por un tercero o por un juez, sino como parámetro para juzgar la responsabilidad del administrador). Se defiende la concepción que la exigencia de presentar un plan demoraría la apertura del concurso, agravaría sus costos y generaría recurribilidad en torno a su apreciación por el juez.

Ello conlleva a traer de nuevo a cuento el tema del plan de empresa, o plan de explotación con cuya consideración rendimos homenaje a Pedro J. Frías²⁰. Si no hay esa planificación se afecta el estándar de “buen hombre de negocios”. Se trata de por lo menos culpa por omisión de la diligencia que debe tener todo buen hombre de negocios.

IV - La cuestión impone que los administradores societarios asuman su rol en la funcionalidad societaria. No se trata de ampliar la responsabilidad de ellos en cuanto al riesgo empresarial. La Empresa debe ser autosuficiente generando, a partir de su patrimonio y el plan o

²⁰ En “Estudios en honor de Pedro J. Frías”, editado por la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 1994, nro. trabajo en el tomo III pág. 1187 *El plan de empresa, Ética y responsabilidad del empresario*. Volvimos sobre ello ya con el apoyo de Junyent y Muiño (*Salvataje de la empresa: ¿Una postulación sin respuesta en la ley concursal?* conjuntamente con Francisco Junyent Bas y Orlando Manuel Muiño, en RDCO año 30 1997 pág 525 y ss.), y recalco la cuestión Alberti (ALBERTI, Marcelo Edgardo *Una contribución de Efraín Hugo Richard al derecho concursal: el plan de empresa como recaudo del concurso preventivo* en “DERECHOS PATRIMONIALES” Estudios en Homenaje al Profesor Emérito Dr. Efraín Hugo Richard, citado en nota anterior.), quien señala “Expresó nuestro autor, amigo y homenajeado, que la carencia de ese *plan* provoca fatalmente la inoperancia de los esfuerzos aplicados a la concreción del acuerdo preventivo extrajudicial, como puede ser visto en su *Efectos societarios de la insolvencia*, publicado en *Anales XXVI* (1987) 161, de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba”. Continúa el prestigioso jurista: “El exigir a los insolventes una concisa exposición de su programa de modificación de la situación empresarial precedente al concursamiento, mediante un plan de aquello por poner en práctica para corregir la pérdida que ha causado los incumplimientos de los pagos, saneará el concurso preventivo de su actual empleo como artificio procedimental destinado simplemente a diferir una fatal liquidación. La postergación de esa inevitable extinción de las empresas insolventes conviene, por cierto, a los dirigentes societarios que de modo artificioso malvivan de esas empresas deficitaria, pero la comodidad subjetiva de este logro aventajado resulta tanto onerosa como inútil para la sociedad económica”.

directriz de desarrollo de sus actividades, los medios para su mantenimiento económica; esto implica la viabilidad de la empresa, de la empresa que no lleva en su destino su autodestrucción por económicamente inviable²¹. La cuestión debe ser resuelta en forma práctica y sencilla, advirtiendo que los mayores daños resultan no de la presentación del deudor persona individual sino de la insolvencia societaria.

En tales supuestos, pero sin desechar apreciaciones en torno a administradores de la persona individual, debe pensarse en el ejercicio específico de acciones de responsabilidad, individuales o sociales, contra miembros de órganos societarios, administradores y/o terceros controlantes abusivos.

Las acciones de responsabilidad, como la de imputabilidad aditiva (muchas veces denominada como de inoponibilidad de la personalidad jurídica²²), no requieren –como las acciones revocatorias concursales o de extensión de la quiebra– de un presupuesto de insolvencia o de declaración de quiebra para ampliar la legitimación pasiva o autorizar la promoción de acciones especiales. La limitación de responsabilidad de los administradores esta basada en el supuesto de un comportamiento leal.

Se trata de un problema metodológico que puede ser afrontado desde una ley de concursos, o bien desde la legislación que regula esos patrimonios, impidiendo que un instrumento de organización se constituya en una fuente de destrucción de la economía y la producción. En el derecho argentino se ha facilitado herramientas al administrador societario a través del acuerdo preventivo extrajudicial²³. Transfiriendo el sistema de preconcursalidad a la legislación societaria, se ha sostenido en España que “Después de todo lo que se ha indicado, parece razonable pensar que la quiebra de una sociedad anónima –o limitada o comanditaria por acciones– debería convertirse en una institución

²¹ Nto. *LA CONSERVACION DE LA EMPRESA EN LAS LEYES DE SOCIEDADES Y DE CONCURSOS*, con FRANCISCO QUINTANA FERREYRA, en RDCO año 1978 Pág.1373; *LA CONSERVACION DE LA EMPRESA*, Anales de la Academia Nacional de Derecho tomo XXV Pág.107 y ss.

²² NTO. “LAS SOCIEDADES COMERCIALES Y SU ACTUACION EN EL MERCADO” al PRIMER CONGRESO ARGENTINO-ESPAÑOL DE DERECHO MERCANTIL, Valencia, España, 19, 20 y 21 de Septiembre de 2001, con títulos SOCIEDADES COMERCIALES Y PERSONALIDAD JURIDICA *Allanamiento, desestimación e inoponibilidad de la personalidad jurídica. Responsabilidad de los integrantes de los órganos de administración. Responsabilidad de los controlantes*” (Una propuesta metodológica).

²³ ALEGRÍA, HÉCTOR *Acuerdo preventivo extrajudicial (Caracterización, problemas y acuerdos privados)* en Revista de Derecho Privado y Comunitario 2002-3 Concursos 1 p. 145; JUNYENT VÉLEZ, FRANCISCO *El acuerdo preventivo extrajudicial: ley 25.589*, en la misma Revista p. 189.

residual, ya que el sistema preconcursal previsto legalmente debería ser suficiente para impedir que la sociedad llegase a ser insolvente..”²⁴.

La integral aplicación de las normas sobre sociedades, como de otras del sistema jurídico, debe permitir prevenir la insolvencia de las mismas e impedir la transferencia de los daños a los acreedores²⁵.

Es herramienta de la frustración de derechos de acreedores y trabajadores la desaparición de los establecimientos sociales, como manifestación moderna de la fuga del deudor, aunque cierta jurisprudencia haya negado esa situación²⁶.

V - Se afirma²⁷ : “En la literatura especializada sobre auditoría, y hasta muy recientemente –mediados de los años ochenta–, no se presenta como problemática la relación entre auditores y la dirección en lo referente al papel y responsabilidad de unos y otros en la detección y revelación de situaciones de peligro para la continuidad de la empresa social. Tras la eclosión del tema de la “responsabilidad social” del auditor, y ante la evidencia empírica y notoria de la falta de compromiso de la profesión con la detección anticipada de señales de peligro en empresas que luego resultaron insolventes, la cuestión del reparto de responsabilidades se planteó con toda crudeza.

VI - Los administradores de un ente personificado deben cumplir su finalidad o objeto social conforme un patrimonio suficiente disponible a tal efecto, y en caso de dificultades económicas recomponer su situación patrimonial, incluso presentándose en concurso. El capital operativo de una sociedad debe ser suficiente²⁸ para llevar adelante la

²⁴ LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE SOCIEDADES DE CAPITAL, Director JUAN BOLÁS ALFONSO NOTARIO, Consejo General del Poder Judicial, Consejo General del Notariado, Madrid 2000, a pág. 154 “5. RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES POR LAS DEUDAS SOCIALES E INSOLVENCIA DE LA SOCIEDAD.

²⁵ Sobre el punto también hemos trabajado con anterioridad, p. ej. *Insolvencia societaria y responsabilidad* pág. 380 y ss. en JURISPRUDENCIA ARGENTINA libro en Conmemoración de su 80º Aniversario, 1918-1998; y en *Las relaciones de organización y el sistema jurídico del derecho privado*, Córdoba 2002, 2ª ed. Advocatus, 1ª edición Córdoba 2000 de la Academia de Córdoba, Capítulo XI Insolvencia societaria y responsabilidad, pág. 481 y ss..

²⁶ Cám. Apel. Rosario Civil y Comercial IVG Juris t. 38 p. 3: “La fuga u ocultación del deudor no constituye de por sí prueba de la cesación de pagos, y menos cuando el hecho se refiere al presidente de una sociedad que sigue contando con apropiada representación.

²⁷ FERNÁNDEZ DEL POZO, LUIS *Sobre la preconcursalidad y la prevención de la insolvencia. El mecanismo de alerta preconcursal*, p. 9 y ss. en libro colectivo citado “La reforma de la legislación concursal” dirigido por Ángel ROJO, específicamente a pág. 49.

²⁸ “...un capital social desproporcionadamente reducido en su magnitud determinará la imposibilidad ex origine de cumplir el objeto, que debe, por esencia, ser fácticamente posible...” Veca Constructora S.R.L.” Fallo del Dr. Butty LL.-1980-D-pág. 464 y ss.

actividad propia del objeto social. De resultar insuficiente, conduciría a la sociedad al estado de insolvencia o de liquidación por imposibilidad de cumplimiento del objeto, sin perjuicio de la responsabilidad que acarrearán a los socios por su incumplimiento, y de los administradores por no cumplir con sus obligaciones.

Los acreedores sociales que acrediten: (a) haber sufrido daño (b) por el accionar de administradores de sociedades (c) que hubieran asumido esas obligaciones en conocimiento del estado de cesación de pagos, (d) pueden promoverles acciones individuales de responsabilidad.

Quizá corresponda distinguir entre acreedores informados, o que profesionalmente deben informarse –como las entidades financieras–, y el resto de los acreedores, sean proveedores, trabajadores, los nacidos de relaciones extracontractuales. No habría duda que estos últimos no habrían tenido posibilidad de ser informados o informarse de la situación real del contratante, en estado de cesación de pagos.

¿Cuando hay un daño directo a los acreedores sociales por parte de los administradores de la sociedad deudora?²⁹

Es esclarecedor la opinión³⁰ que se refiere a la “incidencia directa del daño sobre el patrimonio del socio o del tercero, que no sea un mero reflejo del eventual daño en el patrimonio social... también parece producirse para los nuevos acreedores de la sociedad surgidos a partir de la situación de crisis irreversible (cesación general de pagos o insolvencia), que se ha prolongado sin que los administradores hayan adoptado las medidas exigidas por concretos deberes legales o por la observancia del deber de diligencia en las circunstancias del caso. Sin perjuicio de la eventual lesión del patrimonio social, el daño es directo, en la medida en que la conducta ilícita del administrador (p.ej. en los supuestos de falsa información documental que sirve de base a la operación) lleva al tercero a confiar en la situación patrimonial aparente y a concluir el negocio que después resulta dañoso (véase Bonelli, Responsabilidad, p. 201, texto y nota 191). También soporta directamente el daño el acreedor en caso de que el administrador imparta la orden de

²⁹ NTO. *Responsabilidad por insolvencia de administradores de sociedades* en libro colectivo “El derecho de daños en el Derecho Público y en el Derecho Privado” libro colectivo Serie II obras Número 30 de la Biblioteca de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Buenos Aires abril de 2002, a pág. 163 a 192.

³⁰ En Estudios jurídicos en homenaje a Aurelio Menéndez Menéndez, tomo II Derecho de Sociedades, Madrid, Civitas 1996 pág. 1679, ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES FRENTE A LOS SOCIOS Y TERCEROS: ACCION INDIVIDUAL Y ACCION POR NO PROMOCION O REMOCION DE LA DISOLUCION por Gaudencio Esteban Velasco, especialmente Pág. 1683 RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES POR DAÑO DIRECTO. LA ACCION Individual, transcribimos Pág. 1698 DAÑO DIRECTO

no atender al vencimiento una obligación de la sociedad o impida satisfacer la prestación debida. En cambio, resulta más discutible, como ya se ha advertido, que la omisión de deberes en ocasión de la concurrencia de determinadas causas de disolución o de los presupuestos para la apertura de la quiebra provoque propiamente un daño directo en los acreedores anteriores a ese momento, que han establecido sus relaciones con la sociedad en condiciones normales y que deben en principio asumir los riesgos eventuales de crisis e insolvencia de la otra parte. Ciertamente la omisión de aquellos deberes (en particular en los supuestos de crisis irreversible) perjudica a los acreedores surgidos con anterior a ese momento....”.

VII - Esas acciones son extraconcursoales y no requieren la previa apertura de un juicio concursal, que tampoco las atrae. El daño también se perfilaría en caso del perjuicio sufrido por la quita o espera que impusiera un acuerdo concursal³¹.

El ejercicio de esas acciones puede ser formalizada antes de la presentación en concurso, ante el juicio de quiebra o presentación en concurso, por los perjuicios que les genere a los acreedores la quita o espera que se les imponga en propuestas de acuerdo, aunque la misma fuera votada favorablemente. Eventualmente, de los propios términos de la presentación en concurso –aunque no fuere tardía–, del informe general del síndico o de otros elementos puede determinarse el incumplimiento de los deberes societarios del administrador y autorizar la promoción de acciones de responsabilidad individual por parte de ciertos acreedores. Ello es coherente con la política legislativa de la ley 24.522 que privilegia la autonomía de los acreedores dentro del concurso.

El derecho de los acreedores también se perfila cuando el acuerdo es incumplido y ello resulta de la falta de un plan de reordenamiento o de la falacia o irrazonabilidad de ese plan que justificó el voto favorable de los acreedores.

No se trata de cuestionar el riesgo empresario, sino la actuación dolosa. Una sociedad en cesación de pagos podrá continuar operando, en cuanto no afecta la competencia y no asuma obligaciones que a sabiendas no cumplirá. Los trabajos a fazón y otras formas de actividad no estarán reñidas con una planificación de los administradores para evitar la presentación en concurso. Allí no habrá dolo³².

³¹ *Daños generados por la insolvencia societaria (Vías no concursales de reparación)* Capítulo XXVII, p. 657 a 714 en libro colectivo en homenaje a Halperin y Zavala Rodríguez, Editorial La Rocca junio 2002 “DERECHO DE DAÑOS”, Quinta parte.

³² En el Derecho Civil es dolosa la voluntad maliciosa que persigue deslealmente el beneficio propio o el daño de otro al realizar cualquier acto o contrato, valiéndose de

La actuación en cesación de pagos debe ser analizada seriamente para determinar su inclusión dentro de las previsiones del art. 19 LS, lo que complementará la legislación concursal³³.

El ejercicio de la acción individual de responsabilidad contra los administradores societarios puede acumularse a la acción incoada contra la sociedad. Claro que si ésta se encuentra en concurso o en quiebra es aconsejable no acumularla, partiendo que la insinuación contra la misma se formalizará por la vía de la verificación de créditos.

VIII – Para la investigación

Los negocios en nuestro país se verán sometidos a un alto costo, si la legislación directa –concursal– y la jurisprudencia, apuntalada a veces doctrinariamente, alienta la inseguridad jurídica permitiendo la actuación prolongada y antifuncional de sociedades en insolvencia, no sancionando luego ni a los administradores ni a los socios, pese a que el sistema normativo ofrece soluciones.

Se intenta acotar la operatoria de sociedades en cesación de pagos a través de la aplicación del derecho civil y del societario para responsabilizar a los administradores, aún cuando se hubiera abierto un proceso concursal respecto a la sociedad, con trámite no atraído.

Claro que, como conclusión, todo es ilusorio si la reparación jurisdiccional no es oportuna, lo que implicaría volver al viejo corazón del derecho mercantil: los usos y costumbres como ética de los negocios, y la justicia rápida para disuadir del incumplimiento programado, para restablecer la relación afectada³⁴ y devolver la riqueza al circuito económico.

Las acciones tempestivas de los administradores son las que pueden paliar las crisis sistémicas y los riesgos empresarios, acotándolos a su justo límite, y no expandiéndolo y contagiándolo hasta límites inaceptables. Esa actuación tempestiva ante la dificultad económica se corresponde con la planificación responsable y la conciencia que si se daña se debe reparar. La no presentación tempestiva conlleva la res-

argucias y sutilezas o de la ignorancia ajena; en el incumplimiento malintencionado de las obligaciones contraídas, ya sea por omisión de prestaciones, mora en el pago o innovaciones unilaterales. Si es doloso contratar con terceros a sabiendas que la sociedad que administra no podrá satisfacer la obligación contraída, la extensión de esa responsabilidad alcanza a las consecuencias remotas conforme dispone el art. 906 C. Civil.

³³ Sociedad en insolvencia y actividad ilícita en *Doctrina Societaria y Concursal* n° 185 abril 2003 p. 313 tomo XV.

³⁴ Ver en Congreso Iberoamericano de Academias de Derecho, Córdoba 1999, nto. trabajo *El derecho en el siglo XXI (visión de un comercialista)* p. 779.

ponsabilidad fijada en el art. 59 LS para los administradores que siguieron obligando a la sociedad con terceros.

El concurso tardío es también una forma del abuso de derecho. El que la legislación concursal haya eliminado toda referencia directa a la tempestividad de la presentación en concurso, no ha borrado ciertos efectos como los de la responsabilidad de administradores y terceros, y algún resto del tradicional sistema de reconstrucción patrimonial de la fallida a través de la ineficacia.

Es rol de los juristas auditar el sistema jurídico como unidad, y de este ensayo podrían generarse líneas de investigación sobre la eficiencia del sistema concursal, la posibilidad de pensar al sistema societario como un régimen de preconcursalidad, analizar los deberes de los administradores societarios particularmente desde la crisis, y tantos aspectos más.

Córdoba, julio de 2007.



SECCIÓN III
DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO,
RELACIONES INTERNACIONALES E
INTEGRACIÓN REGIONAL

SISTEMA DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN EL MERCOSUR BAJO EL RÉGIMEN DEL PROTOCOLO DE OLIVOS, SU REGLAMENTO CON SUS MODIFICATORIAS Y COMPLEMENTARIAS

-Aspectos Procesales-

*Rosa Angélica Avila Paz de Robledo**

Resumen: Analizamos el Protocolo de Olivos que recepta la negociación y arbitraje. Su Reglamento: CMC/ Dec. 37/03.

Las complementarias del citado reglamento: Res. 40/04 del GMC s/ los Honorarios de los Árbitros y Expertos en el ámbito del Sistema de Solución de Controversias en el MERCOSUR y la Res. 37/06 del GMC s/ Reconocimiento de la eficacia jurídica del documento electrónico, la firma electrónica y la firma electrónica avanzada en el ámbito del MERCOSUR.

Las reglamentaciones especiales: Reglamento para atender casos excepcionales de urgencia (art.24 PO): CMC/Dec. N°23/2004 y Las Reglas Modelo de Procedimiento para los Tribunales Arbitrales Ad Hoc del MERCOSUR: CMC/DEC N°30/04.

La Res. 26/05 del CMC sobre Procedimiento especial del Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias originadas en acuerdos emanados de Reuniones de Ministros del MERCOSUR.

Propiciamos elaborar un protocolo sobre métodos de resolución de conflictos en MERCOSUR para los EP y para los particulares con acceso directo y con recepción de la mediación y demás vías métodos no adversariales.

Apoyamos la incorporación de los medios tecnológicos en la gestión y como medios de pruebas.

Y la aplicación del método de resolución de controversias intra MERCOSUR -área institucional.

* Doctora en Derecho y Ciencias Sociales. Profesora Titular de la Cát. "A" de Teoría General del Proceso y Profesora Titular de la Cát. "B" de Derecho Procesal Civil de la UNC., Miembro de la Comisión Directiva del Área sobre Estudios de América Latina -A.E.A.L. Profesora Titular de la Cátedra de Derecho Procesal Civil y Laboral de la UNLAR. Par Evaluadora y Docente Investigadora (UNC.) Categoría 1 de la Comisión Nacional de Evaluación y Acreditación Universitaria- CONEAU.

Palabras Claves: Métodos de resolución de conflictos no adversariales – Negociación – Mediación – Arbitraje – Árbitros – Expertos – Honorarios – MERCOSUR

Siglas utilizadas

BO: Boletín Oficial (Argentina)
CCM: Comisión de Comercio del MERCOSUR
CMC: Consejo del MERCOSUR
EP: Estados Parte del MERCOSUR
GMC: Grupo Mercado Común
PB: Protocolo de Brasilia
POP: Protocolo de Ouro Preto
PO: Protocolo de Olivos
RPO: Reglamento Protocolo de Olivos
TA: Tratado de Asunción
TAH: Tribunal Ad Hoc
TPR: Tribunal Permanente de Revisión

1. Introducción

En la primera parte de esta investigación hemos trabajado el mecanismo de solución de controversias en el MERCOSUR, en el Protocolo de Olivos¹, desde la óptica procesal. En su consecuencia, efectuamos un análisis crítico del protocolo referenciado, para centrarnos en particular en la nueva tutela del “*DERECHO AL RECURSO*”, a través de la reforma señera consistente en la creación del TPR y de la regulación del Recurso de Revisión en los conflictos de los EP, limitado a cuestiones de derecho y a las interpretaciones jurídicas que hubiera dado el tribunal arbitral Ad Hoc que hubiera dictado “*in iure*”, el laudo recurrido².

Los objetivos planteados en esta investigación, son:

- Evaluar las consecuencias de los laudos del PB.
- Estudiar las disposiciones del PO. a la luz de sus reglamentos actuales y sus modificatorias.
- Diseñar un mecanismo de resolución para las controversias.

¹ El Protocolo de Olivos fue hecho en la ciudad de Olivos, Provincia de Buenos Aires, República Argentina a los dieciocho días del mes de febrero de dos mil dos. Los cuatro EP han aprobado mediante sus leyes respectivas el citado PO. Argentina lo aprobó por Ley 25.663, del 18-10-2002, BAO. 21-10-2002, p.1 ratif 2-12-20034; Brasil lo aprobó por Decreto Legislativo N° 712 del 14-10-2003, publ. en DOU el 15-10-2003, ratio. 2-12-2003; Paraguay lo aprobó por Ley N°2070 del 3-02-2003, ratif. 20-02-2003; Uruguay lo aprobó por Ley 17.629, del 11-04-03, DO 6-05-2003, ratif. 11-07-2003

² Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias en el MERCOSUR-Algunos Aspectos Procesales en Anuario VIII-Edición Homenaje a los 20 Años del CIJS(1985-2005), Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, noviembre de 2005, M.E.L. Editor, Córdoba, República Argentina, p.133-152.

Referiremos nuestra investigación en el PO, a su Reglamento y sus complementarias, en función de algunos de sus logros y de las tareas que quedan pendientes. En su consecuencia, analizaremos: a) Protocolo de Olivos-PO, que regula el mecanismo de solución de controversias en el MERCOSUR, celebrado el 18 de febrero de 2002, y con entrada en vigor el 1º de enero de 2004, relacionado con; b) Reglamento del Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias en el MERCOSUR: CMC/ Dec. 37/03, el cual fue aprobado en Montevideo, Uruguay, el 15-12-2003 y sus complementarias Res. 40/04 del GMC los Honorarios de los Árbitros y Expertos en el ámbito del Sistema de Solución de Controversias en el MERCOSUR y Res. 37/06 del GMC s/ “Reconocimiento de la eficacia jurídica del documento electrónico, la firma electrónica y la firma electrónica avanzada en el ámbito del MERCOSUR”; c) Reglamento para atender casos excepcionales de urgencia (art. 24 PO): CMC/Dec. N°23/2004, con aprobación en Puerto Iguazú, el 7-7-2004, d) Reglas Modelo de Procedimiento para los Tribunales Arbitrales Ad Hoc del MERCOSUR: CMC/DEC N°30/04, las cuales fueron aprobadas en Belo Horizonte, Brasil, el 16-12-2004. Con referencia a su aplicación *intra* MERCOSUR, nos ocuparemos de la Res. 26/05 del CMC sobre Procedimiento especial del Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias originadas en acuerdos emanados de Reuniones de Ministros del MERCOSUR.

2. Antecedentes

En el año 1991, con la suscripción del Tratado de Asunción³ –TA– se constituye el MERCOSUR. En particular, en las vías de solución de controversias, el TA, Anexo III, artículo 2º, establece que dentro de los “*ciento veinte (120) días de la entrada en vigor del Tratado, el Grupo Mercado Común elevará a los Gobiernos de los Estados Partes una propuesta de sistema de solución de controversias que regirá durante el período de transición*”.

Como corolario, los EP suscribieron el Protocolo de Brasilia para la Solución de Controversias-PB⁴, que adopto, con carácter transitorio y no definitivo un ***sistema de solución de controversias***, con acceso directo para los conflictos de los EP y con un ***procedimiento en tres etapas***⁵. Durante la vigencia de este Protocolo se dictaron nueve laudos

³ Tratado de Asunción de 1991, ratificado en Argentina por Ley Nacional 23.981(B.O. 12-09-1991)

⁴ 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.

⁵ Las tres etapas fueron: 1) Negociación entre las partes, 2) Negociación con todos los países del bloque, 3) un procedimiento arbitral con árbitros Ad Hoc.

arbitrales, y todos ellos fueron acatados por los EP. Sin embargo, en el PB., como nota singular, no se contemplaba a los “*reclamos de los particulares*” a los efectos de que tuvieran un acceso directo en el mecanismo de solución de controversias en MERCOSUR.

Con posterioridad los EP suscribieron el Protocolo de Ouro Preto⁶, mediante el cual acordaron que “*efectuarán una revisión actual del sistema de solución de controversias del MERCOSUR con miras a la adopción de un sistema permanente*”⁷. Luego, en la III^o Reunión Extraordinaria del Consejo del Mercado Común, celebrada el 18-2-2002, en Buenos Aires – Argentina, los Presidentes y Cancilleres del MERCOSUR firmaron el Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias en el MERCOSUR, con el que se actualiza el sistema para la solución de controversias en el ámbito regional⁸. Con la entrada en vigencia del PO, el 1^o de enero de 2004, se sustituyó el régimen del PB.

Las reformas introducidas por el PO, con el carácter de un régimen transitorio⁹, contribuyen a revitalizar el mecanismo de solución de controversias del PB, que también con el carácter de régimen transitorio se venía aplicando. Pasamos a ocuparnos del PO.

3. Mecanismo de Solución de Controversias de MERCOSUR en el Protocolo de Olivos: sus innovaciones

El PO contiene entre sus innovaciones más relevantes:

- La posibilidad de “*elección de foro para dirimir las controversias que se encuentran comprendidas en el ámbito del PO*”, estableciéndose la eventualidad de recurrir ante el Sistema de Solución de Diferencias de la Organización Mundial de Comercio-OMC, o bien ante las instancias previstas por distintos acuerdos preferenciales que involucren individualmente a los EP en MERCOSUR¹⁰. Así, con amplitud se le otorga al demandante la elección a uno u otro foro, como también que “*las partes en la controversia podrán, de común acuerdo, convenir el foro*”¹¹.

⁶ Argentina lo aprobó por Ley 24.560, (B.O. 13-10-1995).

⁷ Ley 24.560, art. 44 (B.O. 13-10-1995).

⁸ COMISEC- Comisión Sectorial MERCOSUR

⁹ El PO prevé que: “*Antes de finalizar el proceso de convergencia del arancel externo común, los EP efectuarán una revisión de este sistema de solución de controversias, a fin de adoptar el Sistema Permanente de Solución de Controversias para el Mercado Común a que se refiere el numeral 3 del Anexo III del Tratado de Asunción*”. Esta disposición se pone de relieve el carácter transitorio de este régimen establecido en el PO.

¹⁰ Ley 25.663(B.O. 2002-10-21), P O, art. 1.1 y 2.

¹¹ Ley 25.663(B.O. 2002-10-21), P O, art. 1.1 y 2.

- En el caso de medie la opción de los mecanismos de solución de controversias del PO, nos encontramos con:

1. *Reformas orgánicas* en el sistema arbitral en MERCOSUR que tienen una doble proyección objetiva y subjetiva. Así, **las reformas orgánicas de carácter objetivo** se refieren a los “tribunales arbitrales”; mientras que las **reformas orgánicas de carácter subjetivo** se refieren a los “árbitros.”

2. **Reformas de carácter procedimental** que tienen que ver el mecanismo de solución de Controversias en MERCOSUR.

1.1 Las **reformas orgánicas de carácter objetivo** apuntan a los **tribunales arbitrales en MERCOSUR**, y consisten en la institución de una organización arbitral institucionalizada, de carácter piramidal:

a) Se crea el Tribunal Permanente de Revisión –TPR–, con la asignación de 1ª) Una **jurisdicción no contenciosa** para atender las “*opiniones consultivas*” a los fines de la unificación de las interpretaciones contradictorias, garantizándose, así, el principio de igualdad que tiene plena vigencia en todos los EP.¹²Y, 2ª) Una **jurisdicción arbitral contenciosa**, con **competencias originaria**¹³ y **derivada**¹⁴.

El TPR carece de competencia “*per saltum*”. Dicha competencia es un remedio excepcional, que se aplica, solo cuando se afecte un interés de gravedad institucional. El “*per saltum*” consiste en que un Alto Cuerpo se avoque y resuelva una causa en la que entendía un inferior, salteando las instancias regulares. O sea, es un avocamiento novedoso sin instancia o trámite de recurso previo. Ello, hace que la competencia “*per saltum*”¹⁵, constituya una excepción de la competencia por razón

¹² Ley 25.663(B.O. 2002-10-21), P O, art. 3.

¹³ El TPR en su **competencia originaria** actúa como un tribunal arbitral de 1ª instancia cuando los EP planteen sus controversias en forma directa ante dicho tribunal, renunciando desde luego ocurrir al mismo en calidad de tribunal revisor. Aquí, el TPR tiene las mismas competencias de un TAH (PO, art. 23).

¹⁴ El TPR en su **competencia derivada** actúa como tribunal de alzada en los recursos de revisión (PO, art. 17.) en contra de los laudos arbitrales dictados por los Árbitros Ad Hoc-TAH, pero solo cuando hubieran actuado como árbitros *in iure*.

Una de las categorías para clasificar a los árbitros, es atender a la forma del dictado del laudo. Por lo tanto los árbitros pueden ser: “*in iure*”, cuando laudan aplicando el derecho y “*et aquo et bono*” o amigables componedores cuando laudan aplicando la equidad, según su leal saber y entender.

¹⁵ La CSJN., combina la aplicación de la gravedad institucional, de su propia elaboración pretoriana, con la “manifestación urgente del *per saltum*”, en oportunidad de entender y resolver la presentación directa del entonces Ministro de Obras Públicas de la Nación, Dr. José Dromi, referente a la impugnación del trámite administrativo que se tramitaba en relación a la adjudicación de la “Empresa Aerolíneas Argentinas”, cau-

del grado o función, la cual, según, Lino E. Palacios¹⁶ “*supone la división del proceso en diversas instancias, en cada una de las cuales el conocimiento del asunto se encuentra encomendado a jueces distintos*”. Esto es, la prestación del servicio de justicia debe efectuarse en cada una de las instancias regulares y sucesivas y sin evitarse a ninguna de ellas (se accede, con una petición de justicia ante el tribunal, y luego se deben plantear recursos sucesivos para poder acceder a los tribunales superiores).

Esta reforma del PO, es muy importante porque en el PB el TAH constituía un tribunal arbitral institucionalizado ***no permanente, *sin sede fija** y de ***única instancia arbitral**. Mientras que en el PO se ha avanzando en la organización de los tribunales arbitrales en MERCOSUR. En efecto, el TAH, continúa con sus iguales características, con más la novedosa reforma que significa que se le haya habilitado la **“doble instancia arbitral”**, a causa del nuevo **“recurso de revisión”** que se instituye. Y, a su vez, el nuevo tribunal revisor: TPR, que se instituye tiene estas nuevas peculiaridades: ***“disponibilidad permanente de sus miembros”**¹⁷, ***sede fija** en Asunción del Paraguay¹⁸ y, también cuando entiende y resuelve los recursos de revisión referenciados, actúa con un tribunal revisor, en otras palabras como una ***“doble instancia arbitral.”**

El TPR comenzó a funcionar en Asunción del Paraguay, a partir del 13 de agosto de 2004. Constituye el primer órgano arbitral permanente en MERCOSUR, para solucionar las controversias de los EP en forma ágil y rápida. El TPR se integra con cinco miembros, un titular y su suplente por un período de dos años renovable por cada EP y el quinto se elige por consenso entre todos los países miembros, por tres años no renovables, salvo acuerdo contrario de los EP¹⁹.

sa CS, D- 104-1990, “Dromi, José R. (Ministro de Obras y Servicios Públicos de la Nación s/ Amparo”, julio 13 de 1990, Juris. Argentina N°5680, citado por Augusto M. Morello: “La nueva etapa del recurso extraordinario El “Certiorari”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 18 de octubre de 1990, p.23.

En la provincia de Córdoba, el TSJ, en pleno aplicó este precedente de la C.S, en el caso “Ortiz Pellegrini, MIGUEL Angel (Fiscal General) s/ Avocamiento en autos: Amparo presentado por Amadeo Raúl Rissi a favor de Stella Maris Yasny y otros- Acción de amparo”, publ. en Semanario Jurídico, tomo 81, 1999-B, p. 348-352. Y casi 8 años después el Alto Cuerpo acogió el per saltum y anuló el libramiento de embargo en contra de una obra social en la causa caratulada “Asociación Mutual Mercantil Argentina y otros c/ Obra Social de Empleados de Comercio y Actividades Civiles (O.S.A.C.A.C.)-Cuerpo de Ejecución-Avocamiento per saltum, Diario Jurídico de Córdoba, Año 6 N°1192, 30-05-2007, p.1-8.

¹⁶ Manual de Derecho Procesal Civil, Décimo sexta edición actualizada, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 21 de agosto de 2001, p.201.

¹⁷ Ley 25.663(B.O. 2002-10-21), PO, art. 19.

¹⁸ Ley 25.663(B.O. 2002-10-21), PO, art. 38.

¹⁹ Ley 25.663(B.O. 2002-10-21), PO, art. 23.

Los EP del MERCOSUR, deberán acatar los fallos de este Tribunal del MERCOSUR – TPR, dado que para ellos, los laudos tienen fuerza de cosa juzgada²⁰. Mientras, que los países asociados, Chile, Bolivia y Perú, por el momento quedan fuera de esta obligación.

Coincidimos con Adriana María Vieta²¹ de que al haberse dotado a MERCOSUR de un órgano arbitral permanente nos vamos aproximando a que se atienda la necesidad de que se instituya en MERCOSUR un tribunal judicial permanente, como el que funciona en Europa –el Tribunal Europeo de Luxemburgo– creado en la década de 1950 (siglo XX) para resolver conflictos en aquel mercado común. Ello es una aspiración a largo plazo, dado que en el corto plazo para MERCOSUR, propiciamos que: *MERCOSUR, continúe trabajando en los “*métodos de resolución de conflictos*”²² para la elaboración del protocolo respectivo, a los efectos de que no se siga autolimitando como lo viene haciendo al presente, con la utilización solo de las vías de “*negociación*” y “*arbitraje*”, y siga dejando de lado a la “*mediación*”. Entendemos, que para MERCOSUR, constituye una valiosa colaboración la utilización de todos los métodos de resolución de conflictos. Tanto más, que este mecanismo de solución de controversias de MERCOSUR coexiste con la vía de la elección de foro.

1.2. Las “*modificaciones orgánicas relativas a los árbitros en MERCOSUR*” implican la modificación de los requisitos que deben reunir los árbitros del TAH y TPR, con lo cual se amplía el número de árbitros que debe designar cada EP, antes 10 y ahora 12, y con ello se amplía el espectro de más especializaciones. También se exige una mejor acreditación de su idoneidad, dado que ahora se notifica a los EP y a la Secretaría Administrativa del MERCOSUR²³, la designación de los árbitros conjuntamente con su curriculum vital detallado. Y para más, se tutela y garantiza la imparcialidad de los árbitros.

2. Las “*modificaciones procedimentales*” que corresponden a sus ejes medulares son muy importantes porque atienden:

a) A la “*libertad relativa de las reglas del procedimiento arbitral*”, porque si bien cuando se constituye el Tribunal Arbitral, debe adoptar sus propias reglas de procedimiento, a saber: “Tales reglas ga-

²⁰ Ley 25.663(B.O. 2002-10-21), PO, art. 18.

²¹ Cfr. MERCOSUR: Mediación y Arbitraje en el bloque, y ahora con Tribunal Propio en Revista Iberoamericana de Arbitraje, 08-11-2004. Fuente:http://www.servilex.com.pe/arbitraje/colaboraciones/mercosur_tribunal_propio.html Consulta 18-2-2005.

²² Esta temática es materia de trabajo en el marco de las reuniones de Ministros de Justicia.

²³ Ley 25.663(B.O. 2002-10-21), PO, art. 11.

rantizarán 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”²⁴. Claro que ello debe hacerlo en el marco de lo que se establece en el art. 51. 1 y 2 del PO. Esto es, el TPR dentro de los 30 días de su constitución debe fijar sus propias Reglas de Procedimiento, las cuales deberán ser aprobadas por el CMC. Y con respecto a los TAH, los mismos adoptarán sus propias reglas de procedimiento, tomando como referencia las Reglas Modelo a ser aprobadas por el Consejo del Mercado Común.

b) A la coexistencia de una **“pluralidad de procedimientos” de carácter opcional para las Partes**, los cuales consisten en:

- **mecanismos expeditos** para que los EP diriman sus divergencias sobre *“aspectos técnicos regulados en instrumentos de política comercial comunes”*²⁵;
- **procedimientos para atender casos excepcionales de urgencia**²⁶,
- procedimiento arbitral con acceso a la vía recursiva y con doble instancia,
- **procedimiento sin vía recursiva y de única instancia.**

Estos procedimientos se asientan en la plena vigencia de las garantías del debido proceso y de la defensa en juicio (art. 18 CN) y tendrán por **“objeto”** las controversias que surjan entre los EP sobre la interpretación, aplicación o incumplimiento del TA, del POP, de los protocolos y acuerdos celebrados en el marco del TA, de las Decisiones del Consejo del Mercado Común, de las Resoluciones del Grupo Mercado Común y de las Directivas de la Comisión de Comercio del MERCOSUR²⁷. Esta precisión normativa sobre el **“objeto”** de las controversias en MERCOSUR, es importante porque los EP tienen una libertad relativa para fijar su objeto de controversia. Sus reclamos deben plantearse *ab initio* en la fase inicial de este método de solución de controversias, debiendo ajustarse a este marco normativo.

Rescatamos que a diferencia del PB que establecía un método con tres etapas necesarias para el mecanismo de solución de controversias en MERCOSUR, el PO, mantiene como necesarias la *1ª etapa de*

²⁴ Ley 24.102 (B.O. 14-07-1992), art. 15.

²⁵ Ley 25.663 (B.O. 2002-10-21), PO, art. 2.

²⁶ Ley 25.663 (B.O. 2002-10-21), PO, art. 6

²⁷ Cfr. DRNAS DE CLEMENT, ZLATA: Derecho Internacional Público, Guías de Estudio, Organizaciones Internacionales, M.E.L. Editor, Lerner, Córdoba.

negociaciones directas y la *3ª etapa de procedimiento arbitral* y le atribuye a la *2ª etapa ante GMC, el carácter de facultativa*²⁸. Como asimismo faculta a los EP la opción de foro²⁹ o el mecanismo de solución de controversias en MERCOSUR.

4. El Reglamento del Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias en el MERCOSUR: CMC/DEC. N° 37/03 y sus complementarias Res. 40/04 del GMC s/los Honorarios de los Árbitros y Expertos en el ámbito del Sistema de Solución de Controversias en el MERCOSUR y Res. 37/06 del GMC s/ "Reconocimiento de la eficacia jurídica del documento electrónico, la firma electrónica y la firma electrónica avanzada en el ámbito del MERCOSUR".

En la XXV Reunión del Consejo del Mercado Común (diciembre 2003) fue aprobado, mediante la Decisión 37/03, el Reglamento del Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias en el MERCOSUR. Asimismo el CMC, en la resolución aprobatoria del RPO, resuelve que esta "*Decisión no necesita ser incorporada a los ordenamientos jurídicos nacionales de los EP por reglamentar aspectos de funcionamiento o de la organización del MERCOSUR...*"³⁰.

El RPO contiene diez capítulos con cincuenta y cuatro artículos, y reglamenta la mayoría de las disposiciones del PO. Inclusive, las normativas que deja sin reglamentar son objeto de reglamentación específica como son los supuestos de: a) El Procedimiento para atender casos excepcionales de urgencia: CMC/Dec. N° 23/2004, y b) Las Reglas Modelo de Procedimiento para los Tribunales Arbitrales Ad Hoc del MERCOSUR: CMC/DEC. 30/04. Sin embargo, dada la amplitud del RPO efectuaremos su análisis en base a los ejes de estudio que ya hemos referenciado:

En lo que respecta a la reglamentación de las **reformas orgánicas de carácter objetivo**, consideramos que:

1. En lo que hace al **TPR**, es razonable la reglamentación sobre la primera conformación del TPR a los fines de que se efectúa con inde-

²⁸ Ley 25.663 (B.O. 2002-10-21), PO, art. 24.

²⁹ Ley 25.663 (B.O. 2002-10-21), PO, art. 1.1 y 2.

³⁰ MERCOSUR/CMC/ Dec. N° 37/03, Resuelvo, art. 2°.

Cabe recordar que la Decisión 22/04 ordenó, en los casos de dictado de normas MERCOSUR que no requieran aprobación legislativa, la publicación de las respectivas normas en los diarios oficiales cuarenta días antes de la fecha prevista para la entrada en vigencia de cada una.

Ver, Instrumentos Jurídicos Básicos (información actualizada al 30 de noviembre de 2004). Fuente: <http://www.iadb.org/intal/tratados/mercosur.htm-consulta> 9-2-2005

pendencia de la existencia de una controversia. Son también acertadas las pautas dadas de que cada EP debe remitir a la SM el nombre del árbitro propuesto para el TRP, con su suplente y además la proposición de dos candidatos más para configurar la lista de la cual se elegirá el quinto árbitro. En igual sentido es la solución que se da para la designación del quinto árbitro, el cual o se nombra por consenso de los EP, o en su defecto por sorteo³¹.

2. En cuanto a los **árbitros del TPR**,³² es acertado reglamentar su obligación de que al aceptar su cargo, deben firmar una declaración en dos ejemplares, que se depositan en la SM y ST. El contenido de esta declaración es importante dado que implica: *aceptar integrar el TPR; *tener disponibilidad al ser convocado; *su deber de reserva, tanto de las actuaciones, como del contenido de sus votos, *de actuar y juzgar con independencia, honestidad e imparcialidad; y de asumir su responsabilidad de excusarse cuando se vea afectada su necesaria independencia por causales producidas *ab initio* de la controversia, o que se puedan producir en forma sobreviviente. Los árbitros ad hoc³³ y los expertos³⁴ convocados para los reclamos de los particulares deben suscribir sus respectivas declaraciones con un tenor similar.

3. En la organización del TRP se dota a dicho tribunal de una Secretaria denominada **Secretaria del Tribunal (ST)**, a cargo de un Secretario, quien debe ser nacional de cualquiera de los EP, tener el título de abogado o Doctor en Derecho y tener la preparación adecuada para el desempeño de este cargo. La ST se integra con funcionarios administrativos y el personal auxiliar, cuya cantidad y retribuciones son establecidas por el GMC. Las funciones de la ST son de colaboración el TPR³⁵. Por último, los funcionarios de la ST, quedan también comprendidos en el "*deber de reserva*" sobre la tramitación de las controversias³⁶.

³¹ RPO, art. 31 (arts.18 y 49 del PO)

³² RPO, art. 32 (art.19 del PO)

³³ RPO, art. 21 (art.10 del PO)

³⁴ RPO, art. 50 (arts.43 y 6.2.i del PO)

³⁵ Las funciones de la ST, son:

a) *Asistir al TPR en el cumplimiento de sus funciones;*

b) Remitir sin demora a los árbitros los escritos y todo documento referente a la tramitación de las controversias u opiniones consultivas;

c) Dar debido cumplimiento a las ordenes expedidas por los árbitros;

d) Organizar el archivo y la biblioteca del TPR;

e) Mantener permanente comunicación con la SM a los efectos de requerir la documentación e información necesarias para el desempeño de sus funciones;

f) Recopilar los antecedentes relacionados con las controversias que lleguen a conocimiento del TPR, a los efectos de que los árbitros puedan contar con la documentación pertinente y de ser posible con la bibliografía necesarias para el eficaz y eficiente desempeño de sus tareas;

g) Mantener el archivo de la documentación relativa a las opiniones consultivas

³⁶ RPO, art. 19(arts.10 y 35 del PO).

4. Desde el ángulo de las **reformas orgánicas de carácter objetivo**, entendemos que es muy necesaria la reglamentación que asegure la “*objetividad*”, “*confiabilidad*” y “*buen juicio*” de los árbitros. En efecto, se reglamentan los impedimentos para ser designado árbitro³⁷.

Creemos que, para que estos *impedimentos* garanticen la *independencia e imparcialidad* de los árbitros, deben complementarse con –normas que establezcan que los árbitros deberán abstenerse de tener una comunicación directa o indirecta con una de las partes, en ausencia de la otra. Incluso, si tal comunicación tiene lugar, deberá comunicarse inmediatamente esas circunstancias a la otra parte y a los demás árbitros del tribunal–. Todo ello, debe hacerse extensivo a los medios probatorios, que cuentan con órganos de prueba como son la pericial y testimonial. Asimismo, deberían juzgarse las inconductas éticas de los árbitros, como ocurre con los jueces³⁸.

5. En cuanto a las **reformas procedimentales**, el RPO de manera pormenorizada reglamenta el procedimiento arbitral. Consecuentemente dispone que una vez constituido el TAH, cada EP podrá designar a un representante titular y a un suplente y para el caso de que no se hubiera efectuado esa designación, el Coordinador General del GMC será considerado representante de dicha parte³⁹.

³⁷ Los impedimentos para ser designado árbitro son:

- a) haber intervenido como representante de alguno de los EP en la controversia en las etapas previas al procedimiento arbitral en asuntos o materias relacionados con el objeto de la controversia;
- b) tener algún interés directo en el objeto de la controversia o en su resultado;
- c) representar actualmente o haber representado durante cualquier período en los últimos 3 años a personas físicas o jurídicas con interés directo en el objeto de la controversia o en su resultado;
- d) no tener la necesaria independencia funcional de la Administración Pública Central o directa de los EP en la controversia.

³⁸ El Poder Judicial de la Provincia de Córdoba, tiene el “Código de Ética para Magistrados y Funcionarios del Poder Judicial de Córdoba”, en Acuerdo Reglamentario N°693-Serie “A”.

En relación a los medios alternativos de resolución de conflictos, Chaco, tiene regulada como Anexo a la Ley 4498, el Código de Ética de los Mediadores, cuyo art. 1, dispone: “*Las normas éticas que se establecen en el presente Código no son limitativas de las responsabilidades ni excluyentes de otras reglas más estrictas que suscriban los mediadores o que correspondan a sus profesiones de origen*”. Consecuentemente instituye el Tribunal de Ética, el cual entenderá en las causas disciplinarias que se susciten en contra de los mediadores, pudiendo sancionarlos, previo un juicio y la plena garantía del derecho de defensa.

En esta línea, corresponde citar el Código de Ética de los Árbitros y Mediadores del Centro de Mediación y Arbitraje del Paraguay. Fuente:

http://www.servilex.com.pe/arbitraje/colaboraciones/codigo_etica_paraguay.html
Consulta:8-02-2005.

³⁹ RPO, art. 25(art.12 del PO).

Con miras de brindar un debido resguardo al derecho de defensa de los EP, advertimos un concepto lato y amplio de la defensa que se extiende para comprender también a los “asesores.”

Las figuras de la “*unificación de representación*”⁴⁰, que salvaguarda la economía del procedimiento arbitral ad hoc, y la del “*incumplimiento procesal*”⁴¹ que permite impulsar el desarrollo de este procedimiento han sido reglamentadas en debida forma.

El TAH, está facultado para dictar “*medidas provisionales*”, en las causas que tramita, siendo menester el pedido de la parte interesada, quien deberá especificar los daños graves e irreparables que quiere prevenir mediante estas medidas. Durante el trámite de las medidas provisionales se le garantiza el derecho a ser oído a la otra parte. En el caso de que dictado el laudo, se interpusiere recurso de revisión el TPR deberá resolver sobre la continuidad o cese de dichas medidas.

Con relación a la “*prórroga del plazo para dictar el laudo arbitral*”, se reglamenta con razonabilidad que si el TAH hiciera uso de la prórroga de 30 días, “*deberá comunicarlo a las partes en la controversia antes de que comience a correr esa prórroga*”⁴².

En lo que hace TPR, se reglamenta en forma minuciosa su *competencia derivada* en el recurso de revisión⁴³ y su *competencia originaria* en las causas de acceso directo a este tribunal arbitral⁴⁴. En materia de los laudos arbitrales⁴⁵, corresponde remarcar que la cuidadosa reglamentación del contenido, notificación y publicación de los mismos, de la cual resulta que se preservan los principios de:

- *congruencia* a los fines de que se laude sobre lo que constituye el objeto de controversia, con pleno respeto de la triple identidad de sujeto, objeto y causa. Con lo cual un laudo no puede resolver “*ultra*” y “*extra petita*” (más allá o fuera de lo pedido).
- *debida fundamentación de los hechos y del derecho*;
- *confidencialidad* en cuanto al contenido de los votos, con lo cual el laudo se dicta por unanimidad o por mayoría, pero en este supuesto sin dejarse constancia de la disidencia.

Finalmente, el recurso de aclaratoria, se establece con criterio amplio para los laudos del TAH y TPR.

⁴⁰ RPO, art. 26 (art.13 del PO).

⁴¹ RPO, art. 28 (art.14 del PO).

⁴² RPO, art. 30 (art.16 del PO).

⁴³ RPO, arts. 36 y 37 (arts. 17 y 21 del PO).

⁴⁴ RPO, art. 39(art. 23 del PO).

⁴⁵ RPO, art. 40(arts. 16, 22 y 25 del PO)

Luego, la Res. 40/04 del GMC⁴⁶ complementa en relación al TA, POP, PO, RPO (Dec.CMC 37/03, las Decisiones 17/04 y 23/04 del CMC y Res. 62/01 del GMC) la reglamentación de los gastos derivados de la utilización del método de resolución de conflictos de MERCOSUR, con miras, a asegurar el pronto funcionamiento y la efectividad de este sistema. Esta reglamentación comprende los costos relativos a la utilización de todos los instrumentos jurídicos previstos en el Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias del MERCOSUR. En su consecuencia, en materia de honorarios se fijan en cuatro mil quinientos dólares estadounidenses (U\$S 4.500) los honorarios totales de cada árbitro Ad Hoc⁴⁷; en cinco mil dólares estadounidenses (U\$S 5.000) los honorarios totales de cada árbitro del TPR cuando actúen los procedimientos de revisión previstos en el PO⁴⁸, en seis mil dólares estadounidenses (U\$S 6.000) los honorarios totales de cada árbitro del TPR cuando actúe como única instancia de acuerdo al art. 23 del PO⁴⁹, en dos mil dólares estadounidenses (U\$S 2.000) los honorarios totales de cada árbitro del TPR cuando en el procedimiento para atender casos excepcionales y de urgencia, que regula la Decisión 23/04⁵⁰. Como asimismo, en materia de derecho a viáticos para los árbitros y expertos se establece en valor equivalente a aquellos que recibe el Director de la Secretaría del MERCOSUR, en los términos de la Resolución GMC N° 6/04⁵¹. Por último, los criterios y niveles de remuneración son revisados transcurridos doce (12) meses de la entrada en vigencia de la presente Resolución, teniendo presente la dinámica del funcionamiento de los Tribunales del MERCOSUR⁵².

A posteriori, la Res. 37/06 del GMC Ext introduce una significativa reforma en la temática digital dado que contempla –en relación al TA, POP y PO y las Decisiones 04/91 y 59/00 del CMC y la Res. 24/03 del GMC– el **“Reconocimiento de la eficacia jurídica del documento electrónico, la firma electrónica y la firma electrónica avanzada en el ámbito del MERCOSUR”**, con lo cual en las condiciones previstas en dicha norma se le reconoce eficacia jurídica a los documentos electrónicos, firma electrónica, firma electrónica avanzada en el MERCOSUR contribuyendo a su utilización, más sin habilitar en dicho ámbito mercosureño la

⁴⁶ Res. 40/04, XXVIII GMC EXT. – Belo Horizonte, 14/XII/04

⁴⁷ Res.40/04 GMC, art. 1°.

⁴⁸ Res.40/04 GMC, art. 2°.

⁴⁹ Res.40/04 GMC, art. 3°.

⁵⁰ Res.40/04 GMC, art. 5°.

⁵¹ Res.40/04 GMC, Art.11. En lo que hace a los pasajes en el citado art. 11 parte in fine dispone que “Los pasajes de los árbitros y expertos podrán ser en clase ejecutiva cuando el vuelo dure más de cuatro horas.

⁵² Res.40/04 GMC, Art.12.

libre circulación de servicios de certificación digital (art. 1º). En su consecuencia, los EP aseguran que no le sean negados los efectos probatorios a un documento electrónico por el solo hecho de que no éste vinculado a una firma electrónica avanzada, si por algún medio inequívoco se pudiese demostrar su autenticidad e integridad (art. 4º). Como también que le reconocerán la autenticidad e integridad de un documento electrónico firmado con una firma electrónica avanzada, admitiéndola como prueba documental en procesos judiciales, conforme lo que se disponga en los Acuerdos de Reconocimiento Mutuo (art. 5º).

5. El Procedimiento para atender casos excepcionales de urgencia: CMC/Dec. Nº 23/2004

En la XXVI Reunión Ordinaria del Consejo del Mercado Común, celebrada en Puerto Iguazú, Argentina, los días 7 y 8 de julio de 2004, fueron aprobadas Decisiones de trascendental importancia. En este aspecto, se reglamentó un artículo del Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias: art. 24- Medidas Excepcionales y de urgencia, estableciéndose reglas de procedimiento para atender casos excepcionales de urgencia.

Los EP se comprometieron a incorporar esta disposición a sus ordenamientos jurídicos antes del 31 de diciembre de 2004⁵³. Esta reglamentación es específica del art. 24 del PO y contiene 24 artículos. En ella, de forma razonable se le asigna competencia para entender en estos casos de urgencia, al TPR., por tratarse de un órgano arbitral de carácter permanente y ser superior jerárquicamente.

Es muy importante, que se haya reglamentado este procedimiento para atender los casos excepcionales de urgencia (art. 1º del CMC.), limitándose su procedencia a la tutela de los bienes percederos, estacionales o que por sus características propias tengan un breve período, que resulten afectados por la violación o el incumplimiento de normativa mercosureña, y que el mantenimiento de esas acciones o medidas les produzcan daños irreparables. Rescatamos, que en este procedimiento de urgencia, se resguarda en debida forma la garantía del debido proceso (art. 18 CN), puesto que interviene el TPR, integrado con todos sus miembros⁵⁴. Como asimismo, se respeta la garantía de defensa en juicio (art. 18 CN), porque se establece un efectivo contradictorio en este procedimiento urgente. En efecto, la solicitud del EP

⁵³ Instrumentos Jurídicos Básicos (información actualizada al 30 de noviembre de 2004). Fuente: <http://www.iadb.org/intal/tratados/mercosur.htm>-consulta 9-2-2005.

⁵⁴ MERCOSUR/CMC/Dec. Nº23/03, art. 4º.

peticionante no es inaudita parte, o sea a su solo pedido, sino que se le imprime un trámite en el cual se le da la posibilidad al EP contra el que se plantea dicha petición a que pueda presentar la alegación que estimare conveniente⁵⁵.

El TPR deberá resolver, respetando la regla de cuidar “*especialmente que la medida de urgencia guarde proporcionalidad con el daño demostrado*”⁵⁶.

La resolución que dicte el TPR es recurrible por cualquiera de las partes perjudicadas a través del recurso de reconsideración⁵⁷.

Asimismo, el TPR deberá incluir en sus Reglas de Procedimiento, las que corresponden a este Procedimiento para atender casos excepcionales de urgencia, a cuyos fines utilizará en forma prioritaria los medios de comunicación a distancia como el teléfono, fax o correo electrónico. Incluso, si el TPR entiende que es necesario reunirse, informará previamente a las Partes involucradas para que provean los fondos necesarios⁵⁸.

6. Reglas Modelo de Procedimiento para los Tribunales Arbitrales Ad Hoc del MERCOSUR: CMC/DEC.30/04

En la XVII Reunión del CMC, se aprobaron las “Reglas Modelo de Procedimiento para los Tribunales Ad hoc del MERCOSUR”. En dicha resolución se dispone que esta Decisión no necesite ser incorporada a los ordenamientos jurídicos de los EP, “*por reglamentar aspectos de la organización o del funcionamiento del MERCOSUR.*”⁵⁹.

Esta reglamentación contiene tres capítulos y 24 artículos. En el *Capítulo 1*, Reglas Generales, se reglamenta de manera muy descriptiva con la particularidad de que algunos de sus artículos tienen el formato de formulario (actas o escritos)⁶⁰. La regulación de esta parte general comprende: la: **composición del tribunal; *lugar del arbitraje; *idiomas a utilizarse; *atribuciones conferidas a los árbitros en el PO y en el RPO; *el principio de confidencialidad*⁶¹ con alcances para los documentos que los EP presenten en el procedimiento arbitral, como también para las reuniones del TAH en relación a dicho procedimiento arbitral;

⁵⁵ MERCOSUR/CMC/Dec. N° 23/03, art. 5°.

⁵⁶ MERCOSUR/CMC/Dec. N° 23/03, art. 6°.

⁵⁷ MERCOSUR/CMC/Dec. N° 23/03, art. 9°.

⁵⁸ MERCOSUR/CMC/Dec. N° 23/03, art. 13.

⁵⁹ MERCOSUR: CMC/DEC. 30/04, art. 2°.

⁶⁰ MERCOSUR: CMC/DEC. 30/04, arts 1°, 2°, 21 etc.

⁶¹ MERCOSUR: CMC/DEC. 30/04, art. 5° parte in fine, que autoriza que cualquiera de las partes podrá atribuir carácter confidencial a los documentos presentados en el marco de la controversia, más dichos documentos deberá ser acompañados de un resumen no confidencial.

**registro de las reuniones del tribunal; *cómputos de los plazos*, todos de carácter perentorio⁶² y contados por días corridos a partir del día siguiente del acto o hecho a que se refieren⁶³; **representación ante el tribunal y asesoramiento; *notificaciones y comunicaciones; *documentos de la controversia*, los cuales deberán ser presentados en original y cuatro copias de los textos de presentación o de respuesta, y en su caso de los alegatos, y pudiendo también ser presentados por medios magnéticos o enviados por correo electrónico, si dentro del plazo previsto para su presentación no fue posible efectuar la entrega de los originales, los cuales deberán ser presentados lo antes posible a la Secretaría del MERCOSUR a los efectos de su archivo⁶⁴. Es sin duda importante que se hayan incorporados los medios tecnológicos en el procedimiento arbitral. Como asimismo, resulta la posterior Res. 37/06 del GMC⁶⁵, que de forma específica regula la eficacia jurídica del documento electrónico y digital. Concluye este capítulo con las reglamentaciones de los **trabajos del tribunal"* y con lo relativo a la **unificación de representación de los EP."*

En el capítulo II, Procedimiento Arbitral, se reglamenta la apertura de este procedimiento mediante el **escrito de presentación*, cuyos recaudos impuestos son similares a los que se exigen para una demanda. Esto es identificación de los datos de las partes, con designación de los Representantes de los EP; antecedentes de la causa; fijar el objeto del reclamo; el derecho en que se basa la demanda; la prueba documental que se acompaña y los demás medios de prueba y el petitorio⁶⁶. Asimismo, se reglamenta el **escrito de respuesta; *las pruebas de las partes que se deberán anexar en los escritos de presentación y de respuesta*⁶⁷; **las audiencias de prueba*, con desdoblamiento en dos sesiones para

⁶² Entendemos por plazo perentorio a aquel que tiene una sanción a su vencimiento. Los plazos perentorios guardan directa relación con los incumplimientos procesales, ver RPO, art. 28 (art.14 del PO).

⁶³ MERCOSUR: CMC/DEC. 30/04, art. 7º.

⁶⁴ MERCOSUR: CMC/DEC. 30/04, art.10.

⁶⁵ Ver supra punto 4.

⁶⁶ MERCOSUR: CMC/DEC. 30/04, art.13.

⁶⁷ MERCOSUR: CMC/DEC. 30/04, art.15.

En Argentina, la *"firma digital"*, que se encuentra regulada en la Ley 25.506, sancionada el 14-11-2001, aprobada por el PE. el 19-12-2002 y publ. en el BO. el 20-12-2001. La Ley 25.506, se integra con la reglamentación del P.E. por Decreto 2628/2002; 624 del 21 de agosto de 2003; 1028 del 6 de noviembre de 2003; 409 del 2 de mayo de 2005 y 724 del 8 de junio de 2006 y la Decisión Administrativa 6/2007, dictada en Buenos Aires, el 7 de febrero de 2007.

Ello, por cuanto entendemos que como la *"firma digital"* se apoya necesariamente en el **Certificado clave pública**, pasa a ser una pieza necesaria del proceso de digitalización de la firma, con la finalidad de brindar la seguridad de la autenticidad de autoría y de su contenido. Como también, en otro orden, a contribuir a resguardar la confidencialidad del documento electrónico.

recibir las pruebas testimoniales y la presentación de las posiciones de las partes, con verdadera dirección de la audiencia por parte del Tribunal, quien puede no admitir las preguntas impertinentes, efectuar las preguntas aclaratorias y autorizar a las partes que puedan realizar preguntas adicionales⁶⁸; los * *alegatos finales*; el * *acuerdo de desistimiento de las partes*, en el caso de que lo efectúen antes de la emisión del laudo, el cual a pedido de ambas partes, puede ser registrado en forma de Laudo Arbitral⁶⁹. Este capítulo concluye con la reglamentación de los “* *incumplimientos procesales de los EP*”, que comprenden las omisiones y los incumplimientos procesales injustificados, que dan lugar para la parte demandante: –al desistimiento de la demanda y a que se de por concluida a la causa–, y para la parte demandada: –solo al decaimiento de derecho y que prosiga el trámite–. Sin embargo, la parte demandada deberá ser notificada de todas las actuaciones sucesivas y podrá participar en ellas.

En el capítulo III, el Laudo Arbitral se reglamentan en particular los “*plazos de dictado del laudo y de su prórroga*”⁷⁰. Consecuentemente de manera más escueta se reglamenta el * *recurso de aclaratoria*; * *divergencia del cumplimiento del laudo y la aplicación de las medidas compensatorias y su cuestionamiento*.

En suma, estas reglas modelo del procedimiento para los TAH conforman un cuerpo legal procesal, muy necesario porque al reglamentarse con claridad todas las actuaciones se le aporta seguridad y garantía de confiabilidad a este procedimiento arbitral.

7. Mecanismo de solución de controversias para los particulares

Los particulares (personas físicas o jurídicas) no tienen un acceso directo al mecanismo de solución de controversias de MERCOSUR.

En este aspecto el PO⁷¹ no introduce ninguna importante modificación al procedimiento de reclamos de los particulares establecido en el PB. Esta falta de acceso de justicia de los particulares en MERCOSUR, queda patentizada, porque si bien pueden presentar un reclamo ante la sección nacional de la CCM o del GMC, quedan sujetos a la regla del consenso que se les exige a los órganos de MERCOSUR para la adopción de sus decisiones. Los particulares no son parte en el procedimiento arbitral y solamente puede acceder a él, cuando un EP tome a su cargo el reclamo del particular, como ocurría en el PB (art. 32) y se man-

⁶⁸ MERCOSUR: CMC/DEC.30/04, art.16

⁶⁹ MERCOSUR: CMC/DEC.30/04, art.18

⁷⁰ MERCOSUR: CMC/DEC.30/04, art. 20

⁷¹ Ley 25.663(B.O. 2002-10-21), PO, arts. 39 a 44.

tiene en el PO (art. 44.2). En otras palabras los “reclamos de particulares”, no tienen una vía institucional directa mediante la cual se diriman y solucionen.

En esta línea Zapiola⁷², propicia, como propuesta compartida, que la única Convención que fue suscripta y ratificada por todos los países socios del MERCOSUR, “es la “CONVENCION INTERAMERICANA SOBRE ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL” suscripta en Panamá el 30 de enero de 1975, debemos utilizarla como instrumento básico en el tema. Podemos complementarla satisfactoriamente con el “PROTOCOLO DE LAS LEÑAS SOBRE COOPERACION Y ASISTENCIA JURISDICCIONAL EN MATERIA CIVIL, COMERCIAL, LABORAL Y ADMINISTRATIVA”, suscripto el 27 de junio de 1992, especialmente en los aspectos referidos al trámite de ejecución del laudo arbitral”. También remarca que debe considerarse “el PROTOCOLO DE BUENOS AIRES SOBRE JURISDICCION INTERNACIONAL EN MATERIA CONTRACTUAL”, aprobado el 5 de agosto de 1994, que en su art. 4 invalida los acuerdos arbitrales obtenidos en forma abusiva”. Máxime, que dicho protocolo si se aplica correctamente va a contribuir a prestigiar el arbitraje, puesto que su fin es “garantizar la existencia de un auténtico acuerdo de voluntades, que es la base de todo el sistema arbitral”. Asimismo, señala que “en esta primera etapa, la canalización de la solución de controversias entre particulares en el MERCOSUR, lo sea mediante la utilización del Reglamento de Procedimientos de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial, cuya última versión se encuentra en vigencia desde noviembre de 1996 y que, como ya expresamos, tiene apoyo normativo en el art. 3º de la Convención de Panamá de 1975, acompañando en este aspecto la opinión de los integrantes de la Sección Argentina de la CIAC –”. Por nuestra parte, sin dejar de valorar dicha propuesta, somos conscientes de los impedimentos que tienen en Brasil y Uruguay, como asimismo de que si esta situación de falta de acceso directo de los particulares al mecanismo de solución de controversias se mantiene, ello va a concluir afectando el relanzamiento del MERCOSUR. Consecuentemente, propiciamos que se recepte la mediación para los reclamos de los particulares, en forma de experiencia piloto. Esta propuesta se sustenta en la experiencia chaqueña sobre mediación, cuando dicha provincia no contaba aun con su actual Ley de Mediación 4498.

⁷² Cfr. ZAPIOLA HORACIO, se desempeña como Presidente de la Sección Argentina de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC-OEA) y de la Comisión de la Resolución de Controversias del Consejo de Cámaras de Comercio del MERCOSUR, Arbitro de los Tribunales Rurales del MERCOSUR y de la Corte Brasileña de Arbitraje Comercial.- Director de la Cámara Argentina de Comercio en Arbitraje en el MERCOSUR en *Revista Iberoamericana de Arbitraje*-
Fuente:<http://www.servilex.com.pe/arbitraje/congresopanama/b-08.html> Consulta 18-2-2005.

Aquí, subrayamos, la labor pionera del Tribunal Superior de Justicia de Chaco, que sin contar con una ley de mediación, fue dictando paulatinos acuerdos, con la finalidad de capacitar a los mediadores y de crear el Centro Público de Mediación –conexo al Poder Judicial–. Esta labor meritoria en apoyo de la “mediación”, se inició el 10 de mayo de 1995, cuando la Dra. María Luisa Lucas, Ministro del Superior Tribunal de Justicia- Presidente de la Sala Primera Civil, Comercial y Laboral puso en conocimiento al Alto Cuerpo sobre las experiencias recogidas en el Seminario de Mediación dictado por Nova Southeastern University, en Florida-U.S.A., como asimismo que el ministerio de Justicia de la Nación dictó la Res. 121/95 declarando de interés el training de Mediadores dictado en Fort Lauderdale, Florida por la Nova South Eastern University. En su consecuencia, el Alto Cuerpo en una actitud de avanzada acordó disponer la programación de cursos de capacitación de mediadores juntamente con la Asociación de Magistrados y los Colegios Profesionales del medio⁷³. Luego al poco tiempo se autorizó el Centro de Mediación-anexo a los Tribunales⁷⁴. Y, después que transcurrieron más de dos años, recién se sancionó en Chaco, la citada ley provincial de mediación, Ley 4498(B.O. Resistencia, 16-12-1998, Edición 7371). Esta experiencia se reeditó, en Córdoba⁷⁵, también con mucho éxito.

8. Aplicación del PO intra MERCOSUR: Res. 26/05 del CMC sobre Procedimiento especial del Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias originadas en acuerdos emanados de Reuniones de Ministros del MERCOSUR

El CMC reglamentó el PO mediante la Dec.26/05⁷⁶ a los fines de reglar un procedimiento especial para las controversias que surjan so-

⁷³ Chaco, TSJ, Acuerdo 2443 en Provincia del Chaco Mediación, Creación y funcionamiento del “Centro Público de Mediación-Conexo al Poder Judicial, Ley Prov. 4498 (art.18), Cuarta Edición Actualizada, Color Jet SRL., Resistencia, Chaco, Argentina, noviembre de 2002, p.21.

⁷⁴ Chaco, TSJ, Resolución N°431 del 24-05-96, en Provincia del Chaco Mediación...ob. cit., p. 23.

⁷⁵ Córdoba, en esta provincia, en su inicio se reguló la Mediación Ley 8612/ 23-07-1997 que consistía en una Ley General de Mediación (*Proyecto de Ley iniciado por Jorge Savid*) y Ley 8613/23-07-1987, por la cual se proponía la creación de un centro piloto de mediación (*Proyecto de Ley iniciado por la Diputada Martha Arana*). Ambas leyes, no rigieron porque el Sr. Gobernador les dio su veto total del Sr. Gobernador (Ver, Diario La Voz del Interior, Córdoba, 26-07-1997) Ello determino que para poder instituir la mediación en el ámbito judicial, el TSJ de Córdoba, llevo adelante un Plan Piloto de Mediación, por Acuerdo Reglamentario N° 407, Serie “A” del 17-02-1998. Recién después de más de dos años, se dictó la Ley Prov. 8858, sanc. 28-06-2000, B.O. 14-07-2000 y sus modificatorias.

⁷⁶ MERCOSUR: Dec.26/05, XXIX CMC- Montevideo, 08-XII-05, en relación al TA, PO y las Decisiones N° 2/02, 37/03 y 28/04 del Consejo del Mercado Común.

bre la interpretación, la aplicación o el incumplimiento de los acuerdos internacionales emanados de las Reuniones de Ministros del MERCOSUR a que se refiere el artículo 3 de la Dec. CMC N° 02/02⁷⁷.

Las etapas previstas para este método especial de resolución de controversias son:

1) Negociaciones directas que serán conducidas por los respectivos Ministros o los representantes designados a esos efectos⁷⁸.

2) Si las partes hicieran uso de someter de común acuerdo la controversia al GMC, participaran de las reuniones de ese órgano, representantes de la correspondiente Reunión de Ministros. Con relación a los expertos, se regula su participación, incluso cuando no hubiere en la especialidad se faculta a los EP para que a estos efectos modifiquen la lista referida⁷⁹.

3) Asimismo, con relación a los reclamos de los particulares según las disposiciones del PO (cap.XI) se autorizan a los Ministros correspondientes o los representantes designados para que participen de las etapas previstas en los artículos 41,42 y 44⁸⁰.

4) Si la controversia no se hubiera resuelto en las etapas anteriores, cualquiera de los EP podrá recurrir al TPR y se entenderá que existe acuerdo entre las partes para someterse directamente y en única instancia⁸¹.

Se regula que en caso de incumplimiento del laudo por la parte obligada, la parte afectada podrá suspender con relación a ella los derechos y beneficios emanados del acuerdo objeto de la controversia.

Asimismo, si fuera impracticable o ineficaz la suspensión de derechos y beneficios en el mismo acuerdo, la parte perjudicada por el incumplimiento podrá suspender derechos y beneficios emergentes de otro u otros acuerdos emanados del mismo foro de Ministros del que surgió el acuerdo objeto de la controversia⁸². Y, en todo lo demás no previsto en la Dec. 26/05 del CMC se debe aplicar el "Reglamento del Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias en el MERCOSUR" aprobado por Dec. CMC N° 37/03.

Esta reglamentación especial es muy buena dado que amplía el ámbito de aplicación del PO. Más mantiene que los particulares no tengan un acceso directo al mecanismo de Solución de Controversias del MERCOSUR.

⁷⁷ MERCOSUR: CMC, Dec.26/05, art. 1°.

⁷⁸ MERCOSUR: CMC, Dec.26/05, art. 2°.

⁷⁹ MERCOSUR: CMC, Dec.26/05, art. 3°.

⁸⁰ MERCOSUR: CMC, Dec.26/05, art. 4°.

⁸¹ MERCOSUR: CMC, Dec.26/05, art. 5° y art. 23 inc. 1 del PO.

⁸² MERCOSUR: CMC, Dec.26/05, art. 6°.

9. Bases y propuestas

Propiciamos estas propuestas reflexivas:

1. En general, entendemos que se torna necesario que se fijen las bases para la elaboración de un “*protocolo sobre métodos de resolución de conflictos en MERCOSUR*” para los EP y para que los particulares tengan acceso directo en este mecanismo de Solución de Controversias, como asimismo que se siga avanzando en la recepción dentro del citado mecanismo, de los otros métodos de resolución de conflictos no adversariales como la mediación y demás vías que resulten idóneas.

2. Debe promoverse y apoyarse la incorporación de los medios tecnológicos en el mecanismo de Solución de Controversias de MERCOSUR, en lo atinente a la gestión y a los medios de prueba (pruebas científicas), más debemos trabajar sus límites en el marco de la dignidad de la persona humana, y con particular referencia a las garantías procesales del debido proceso, defensa en juicio y principio de igualdad (art. 18 CN).

3. Se debe ampliar la aplicación del método de resolución de controversias en forma *intra* MERCOSUR dentro de su área institucional.

1. Investigaciones en desarrollo:

§ El Amparo Colectivo como vía de tutela efectiva del medio ambiente con miras a la armonización legislativa en vista al proceso de integración del MERCOSUR, como Directora, con subsidio y avalado académicamente por Res. SECYT 162/06, convalidada por Res. Rectoral 2254/06, prorrogado durante el periodo correspondiente al año 2007 por Res. SECYT 218/06, convalidada por Res. Rectoral 158/07 (UNC).

§ Armonización legislativa en vista al proceso de integración del MERCOSUR, desde la óptica de la Resolución de Conflictos con los métodos no adversariales, como Directora, presentado en Oficina de Investigación de Secyt de UNLAR (2006).

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 Área del Derecho Procesal, en *Anuario V, Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UNC*., El Copista, marzo de 2001.

“Amparos Especiales – Habeas data- Amparo Electoral- Amparo Fiscal y Amparo por Mora de la Administración” en *Revista de Direito Processual Civil, Gênese*, Curitiba N° 24 y 25.

“Armonización legislativa en la Región Centro en vista del Proceso de Integración del MERCOSUR- Área Derecho Procesal- Orden Público y Proceso Judicial- ¿Cuál es la in-

cidencia del Orden Público en las Medidas Cautelares como regla general y en el supuesto de excepción fiscal?, en *Anuario VI, Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UNC.*, Lerner Editora, Córdoba, marzo de 2003.

Armonización legislativa y Región Centro en el MERCOSUR en *Anuario VII, Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UNC.*, Lerner Editora, Córdoba, septiembre de 2003.

“Protocolo de Olivos para la solución de controversias en el MERCOSUR-Algunos aspectos procesales-”, en *Anuario VIII, Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UNC.*, -Edición homenaje a los 20 años del CIJS (1985-2005), M.E.L. Editor, Córdoba, noviembre de 2005.

“Métodos no adversariales de resolución de conflictos” en *Manual de Teoría General del Proceso*(tomo II), Advocatus, Córdoba, mayo 2006.

“El futuro institucional del MERCOSUR con especial atención a la Función Jurisdiccional en *Anuario IX, 2006, Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UNC.*, (1985-2005), *La Ley*, 2^a quincena de marzo de 2007.



ELEMENTOS ESENCIALES DEL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN AMBIENTAL¹

*Zlata Drnas de Clément**

Resumen: En el presente trabajo consideramos brevemente los elementos del principio de precaución, remarcando las diferencias de tratamiento cautelar según el grado de impacto o daño que se prevé pueda tener una actividad o emprendimiento determinado. No creemos que el principio precautorio sólo se aplique frente al eventual daño grave o irreparable ya que, cuando un Estado elige un estándar alto de protección ambiental, aun cuando el riesgo potencial se considere pequeño, puede adoptar medidas cautelares. Cuando el daño eventual es severo o irremediable las medidas deben ser más estrictas, en general, la proscripción del emprendimiento.

Palabras Claves: Principio de precaución – Elementos – Riesgo – Medidas Cautelares

Introducción

En trabajos anteriores nos hemos ocupado del origen y evolución del principio de precaución, de su conceptualización, de su percepción en la doctrina, de su recepción en instrumentos jurídicos

* Profesora de Derecho Internacional Público en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Miembro de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

¹ El presente trabajo es parte de los resultados del proyecto de investigación subsidiado por la Secretaría de Ciencia y Técnica de la Universidad Nacional de Córdoba, titulado *La Práctica argentina en materia de sustentabilidad ambiental a través de la aplicación del principio de precaución*, dirigido por la autora del presente trabajo. En el tema objeto de este parte de la investigación ha colaborado la Ab. Patricia Torres.

vinculantes y no vinculantes, del valor normativo del principio². En esta oportunidad, trataremos de visualizar los elementos esenciales del principio de precaución, dado que hemos observado que, frecuentemente, han sido confundidos con las condiciones y componentes de las medidas de aplicación del principio³.

Por nuestra parte, señalamos tres elementos esenciales del principio de precaución: *previsión razonable de posible daño (I); *incertidumbre sobre la existencia de riesgo (II); *emergencia de un deber de acción frente a las dos situaciones previas (acción precautoria) (III)⁴.

I- Previsión razonable de posible daño⁵

Se ha definido al daño ambiental como “todas las lesiones o amenazas de lesiones perjudiciales a la propiedad (privada o pública) o al patrimonio ambiental, con todos sus recursos naturales y culturales integrantes, degradados, descaracterizados o destruidos individual-

² V. i.a. “The Precautionary Principle and its Implementation in Argentina”, en TAMBURELLI, G. (Ed.) *The Antarctic Legal System and Environmental Issues*, Istituto di Studi Giurudici Internazionali, Giuffrè Editore, Milano, 2006, pp.163-187; “Aspectos conceptuales del Principio de precaución”, *Anuario del Instituto Hispano-Luso-Americano-Filipino de Derecho Internacional (IHLADI)*, El Escorial-España, 2007 (en prensa); “Los principios generales del Derecho internacional ambiental como fuente normativa. El principio de precaución”, *Anuario IX (2006)*, Centro Investigaciones Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, pp. 245-266; “The Environmental Precautionary Principle (With Particular Reference to Law of the Sea) (www.acader.derecho.unc.edu.ar); “El Principio de Precaución en Materia Ambiental. Nuevas Tendencias”, en *Humanismo Ambiental*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, El Copista, Córdoba, 2002, pp. 5-17; “Los Principios de Prevención y Precaución en Materia Ambiental en el Sistema Internacional y en el Interamericano”, en *Jornadas de Derecho Internacional de la OEA*, Secretaría de la OEA, Washington, 2001, pp. 81-94.

³ Tal el caso de la evaluación del riesgo; de la exigencia de proporcionalidad entre riesgo y medida cautelar; del deber de transparencia en la difusión de los riesgos potenciales de los productos y la toma de decisiones por parte de las autoridades; de la inversión de la carga de la prueba; etc.

⁴ CAFFERATTA recuerda los elementos característicos del principio de precaución referidos por Facciano (*incertidumbre científica; *evaluación del riesgo de producción de un daño; *nivel de gravedad del daño) y los señalados por Andorno (*situación de incertidumbre acerca del riesgo; *evaluación científica del riesgo; *perspectivas de un daño grave e irreversible). (Cf. CAFFERATTA, N “Principio precautorio en el derecho argentino y brasileño”, *Revista de Derecho Ambiental*, N° 5, enero-marzo, 2006, p. 80). Creemos que los autores referidos, en sustancia, sólo indican dos elementos, ya que, la evaluación del riesgo previa es la que permite determinar la existencia o no de riesgo. Entendemos que la emergencia de un deber de acción es parte sustancial del principio y debe ser considerada elemento esencial del mismo.

⁵ No hacemos referencia a daño grave o irreversible, ya que esa condición no hace a la existencia del elemento como tal, más bien, genera diferente tipo de comportamiento cautelar y distinto grado de responsabilidad por acción - omisión previsual.

mente o en conjunto”⁶. Se ha señalado que se puede hablar de daño ambiental “cuando la degradación de los elementos que constituyen el medio ambiente o el entorno ecológico adquieren cierta gravedad que excede los niveles guía de calidad, estándares o parámetros que constituyen el límite de la tolerancia que la convivencia impone necesariamente”⁷.

En inglés suele distinguirse entre “harm” (daño como concepto físico), “damage” (daño con percepción económica), “injury” (lesión jurídica), “loss” (pérdida)⁸. Sin embargo, tal como lo ha destacado Trouwborst el uso de estos distintos términos en los variados documentos internacionales no ha acarreado consecuencias diferenciadas, habiendo actuado como sinónimos⁹.

El referido autor ha marcado la diferencia entre daño (*harm, damage, injury, loss*) y cambio (*change*). Para que se constituya el “daño ambiental” el cambio, tiene que acarrear un resultado adverso o perjudicial sustantivo o significativo¹⁰⁻¹¹. El principio de precaución no se

⁶ BARREIRA CUSTÓDIO, H. “A questão constitucional: propriedade, ordem econômico e dano ambiental. Competencia legislativa concurrente”, en HERMAN BENJAMIN, A. (Coordinador). *Dano ambiental. Prevenção, reparação e repressão*, Editora Revista dos Tribunais, 1993, p.130. (Cf. <http://www.pnuma.org/deramb/Responsabilidad>).

⁷ BUSTAMANTE ALSINA, J. “El daño ambiental y las vías procesales de acceso a la jurisdicción”, *JA* 1996-IV-p. 896.

⁸ A la par de las expresiones tales como “degradación ambiental”, “impacto ambiental adverso”, etc. V. TROUWBORST, A. *Precautionary Rights and Duties of States*, Marinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2006, pp. 37 y ss. V, asimismo, Workshop on *The Precautionary Principle in Wildlife Conservation*, Lauterpacht Centre of International Law, Julio de 2000 (www.lauterpacht.org); SCHETTLER, Ted, BARRETT, KATHERINE, RAFFENSPERGER CAROLYN, *The Precautionary Principle: Protecting Public Health and the Environment* (<http://www.hecweb.org>); VAN GRIETHUYSEN, P. *Le principe de précaution: quelques éléments de base*. Ginebra: Réseau Interdisciplinaire Biosécurité ; 2003 (http://www.ribios.ch/Documents/Principe_precaution_bases.pdf).

⁹ TROUWBORST A. “*Precautionary Rights and Duties(...)*”, op. cit, p. 40

¹⁰ Suele hacerse referencia a “significativo”, “detectable”, “tangible”, “apreciable”, “sustantivo”, “serio”, “grave”, para distinguirlo de las meras molestias o cambios que toda actividad indefectiblemente conlleva. La Comisión de Derecho Internacional (CDI) de las Naciones Unidas en el comentario al Art. 2 del *Proyecto de Artículos sobre Prevención de Daños Transfronterizos emergentes de Actividades Peligrosas* de 2001, ha distinguido daño “sensible”, “significativo”, “detectable” del daño “grave” o “sustancial” (pp. 430 y ss.). En el Asunto relativo al *Atún de Aleta Azul Meridional*, Australia y Nueva Zelanda arguyeron que el programa experimental japonés de pesca implicaba un eventual “daño serio e irreversible” a los stocks de atún y al medio ambiente como justificación para la adopción de medidas cautelares (V. para 63-66 de la presentación ante el Tribunal Internacional del Derecho del Mar de 15 de julio de 1995 www.itlos.org).

¹¹ Se ha distinguido también entre “daño serio” y “daño irreversible”. El “daño serio” suele considerarse el geográficamente expandido (por oposición al localizado); el que mantiene los efectos adversos a largo plazo o bien, el que tiene impacto a gran escala. El “daño irreversible” es el irreparable, el que no permite devolver la situación al estado anterior al menos según las expectativas del momento en que se produce. Se ha seña-

utilizará para prevenir el cambio ambiental (*environmental change*) sino solamente para evitar el daño ambiental (*environmental damage*)¹².

Por nuestra parte entendemos que la acción precautoria variará según se trate de previsiones de daño sustantivo o de daño significativo. Sólo las segundas han de prestarse a la autorización para llevar adelante la actividad bajo determinadas condiciones (precautorias), en tanto, las primeras debieran ser proscriptas hasta alcanzar certidumbre sobre el riesgo y la capacidad de evitar el daño temido¹³.

Los efectos esperados, potencialmente negativos, son fruto de la identificación temprana de un eventual daño previsible. La convicción de sospecha razonable de riesgo de envergadura tal, que se vuelve no desdeñable, surge de la experiencia previa frente a situaciones análogas¹⁴. Tal como lo señaláramos precedentemente, es necesario percibir al principio de precaución en dos niveles profundamente diferenciados de situación: a) cuando se teme que las actividades puedan causar daños graves, irreversibles, catastróficos al medio ambiente; b) cuando se supone que las actividades pueden ser peligrosas para la conservación y preservación del ambiente.

En el primer caso, la aplicación del principio de precaución impone la proscripción de la actividad hasta que se alcancen certidumbres que permitan adoptar previsiones capaces de neutralizar el peligro; en el segundo caso la aplicación del principio de precaución deja liberado a la autoridad la adopción de medidas más o menos flexibles o exigentes que permitan reducir al mínimo los eventuales efectos per-

lado que el hecho que un daño no pueda repararse en el largo plazo, no significa que sea "irreversible", sin embargo, en algunos casos, se ha equiparado a él. En la audiencia de 19 de noviembre de 2001, en el *Asunto de la Mox Plant* (etapa ventilada ante el Tribunal Internacional del Derecho del Mar), Philippe Sands, actuando como consejero por Irlanda, arguyó que las descargas radioactivas se mantendrían activas por miles de años, por lo que a los fines de su remoción del Mar de Irlanda, debían considerarse equivalentes al daño irreversible (p. 31). V. SANDS, Ph. "Los tribunales internacionales y el principio de precaución", en Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente. *La precaución, de Río a Johannesburgo: Actas de la Mesa Redonda de la Geneva Environment Network*, 2002, pp.32-37.

¹² *Idem* Nota 9.

¹³ La Ley de Protección del Ambiente canadiense de 1999 entiende que si el daño previsible no es serio e irreversible, no cabe la aplicación de la acción cautelar. Creemos que a nivel nacional tal parámetro puede ser establecido. Sin embargo, si el daño sospechado puede tener efecto transfronterizo la cautela debe obrar a los dos niveles señalados. No es de admitir que, frente a la posibilidad de causar un daño transfronterizo significativo, el Estado de origen decida correr con los riesgos traspasando los efectos de sus malas decisiones a terceros.

¹⁴ En la "prudencia" ante lo incierto (riesgo desconocido) se enlazan: *la "conjetura" basada en la "memoria", *la "inteligencia" con su razonamiento inductivo-deductivo (analogía con lo conocido) y *la "providencia" (disposición anticipada para evitar o minimizar los daños o males supuestos).

judiciales sospechados antes autorizar la actividad de conformidad al costo-beneficio social percibido.

Es decir, que la primera situación referida es la que con mayor rigor exige a los distintos actores –particularmente al Estado– la aplicación del principio de precaución con visión proscriptiva o limitativa estricta como deber ineludible. En tanto la segunda, deja a la autoridad pública libertad para que –de conformidad al principio democrático y de participación social y a la política ambiental diseñada– intervenga de acuerdo al grado de riesgo/seguridad elegido.

La dureza de respuesta de la autoridad frente a la sospecha de posibles daños graves, irreversibles para el ambiente con percepción catastrofista, suele fundarse en la paradoja de Daniel Ellsberg, según la cual la percepción anticipada de un daño futuro desplaza su centro de gravedad a mayores daños, incluidos los no percibidos originariamente, dado que la percepción inicial sólo atiende a una pocas circunstancias¹⁵ -¹⁶. Esa situación (la duda de la duda), para muchos ambientalistas, es la que requiere que las previsiones frente al riesgo incierto deban ser más rigurosas que las adoptadas frente al riesgo conocido.

El daño ambiental temido, suele caracterizarse por: a) afectar bienes comunes de la sociedad, b) exteriorizarse lenta y acumulativamente, no siendo detectable de inmediato; c) acarrear efectos distintos de los esperados (probablemente más graves); d) tener efectos directa o indirectamente transnacionales, e) resultar imposible dar por probada científica e indubitablemente la relación entre causa eficiente y consecuencia; f) resultar difícil o imposible lograr la recomposición integral del daño¹⁷.

Los instrumentos jurídicos relativos al principio de precaución –en su gran mayoría– exigen que, para aplicar medidas de precaución proscriptivas de una actividad o con limitaciones de alta exigencia, que el daño ambiental que se teme aparezca como grave e irreversible¹⁸. Sin embargo, creemos que la Carta Mundial de la Naturaleza (Resolu-

¹⁵ ELLSBERG, D. "Risk, Ambiguity and the Savage Axioms", *The Quarterly Journal of Economics*, 75 (4), 1961, pp. 643-669. V. HALEVY, Y. y FELTKAMP, V. "A Bayesian Approach to Uncertainty Aversion", *Workshop on New Themes in Decision Theory Under Uncertainty*, París, junio de 1999 (<http://www.econometricsociety.org/meetings/wc00/pdf/1125.pdf>).

¹⁶ No debe confundirse esta posición con la percepción del riesgo en base a factores subjetivos, generalmente vinculados a la cultura de determinadas comunidades humanas.

¹⁷ V. LUNA D. G., COSSARI, N. "Daño ambiental: consecuencias jurídicas de los principios de prevención y precaución (con especial referencia a la ley 25.675 de política ambiental nacional)", *ED 2003-B- 1047*.

¹⁸ Tal el caso *i.a.* de la *Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo*, la *Convención de Cambio Climático*, el *Convenio sobre Diversidad Biológica*, etc.

ción AG NU 37/7, el 28 de octubre de 1982) distingue del modo más claro y adecuado los dos niveles de respuesta cautelar que entendemos corresponde aplicar conforme la gravedad del daño que se prevé:

“11 (...) b) Las actividades que puedan entrañar grandes peligros para la naturaleza¹⁹ serán precedidas de un examen a fondo y quienes promuevan esas actividades deberán demostrar que los beneficios previstos son mayores que los daños que puedan causar a la naturaleza y esas actividades no se llevarán a cabo cuando no se conozcan cabalmente sus posibles efectos perjudiciales;

c) Las actividades que puedan perturbar la naturaleza serán precedidas de una evaluación de sus consecuencias y se realizarán con suficiente antelación estudios de los efectos que puedan tener los proyectos de desarrollo sobre la naturaleza; en caso de llevarse a cabo, tales actividades se planificarán y realizarán con vistas a reducir al mínimo sus posibles efectos perjudiciales”.

Corresponde destacar que el temor al daño debe fundarse en una perspectiva racional y científica y no en percepciones tremendistas, ligeras o infundadas. El temor es justificable cuando una evaluación científica previa pone de manifiesto que se puede razonablemente temer que los efectos potencialmente peligrosos para el medio ambiente o la salud humana, animal o vegetal de una actividad son incompatibles con el nivel de protección ambiental elegido o por su severidad, no admiten su concreción.

Si bien, la *Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo* en su Principio 15 ha establecido que es “en orden a proteger el medio ambiente” que el principio de precaución debe ser aplicado “ampliamente” por los Estados, es el hecho de que se estime que puede haber un peligro de daño grave o irreversible el que lleva a que los Estados no deban postergar la adopción de medidas eficaces a su alcance para “impedir” la degradación del medioambiente.

Ya en 1972, la *Declaración de Estocolmo sobre Medio Humano*, en el *Punto tercero* de su *Proclama preambular* ha hecho referencia a la “capacidad del hombre de transformar lo que le rodea” pero no ha dejado de observar que esa capacidad debe ser “utilizada con discernimiento” y que “aplicado erróneamente o imprudentemente (ese poder) puede causar daños incalculables al ser humano y a su medio”. En el *punto sexto* de la misma *Proclama* ha expresado: “(h)emos llegado a un momento de la historia en que debe-

¹⁹ El Punto “a)” de esta cláusula establece que: *a) Se evitarán las actividades que puedan causar daños irreversibles a la naturaleza.*

mos orientar nuestros actos en todo el mundo atendiendo con mayor solicitud a las consecuencias que pueden tener para el medio. Por ignorancia o indiferencia, podemos causar daños inmensos e irreparables al medio (...). En ese mismo punto ha hecho referencia a la necesidad de un “conocimiento más profundo y una acción más prudente” para asegurar la supervivencia de las generaciones presentes y las venideras.

Por otra parte, es de tener en cuenta, que la autoridad/sociedad de un momento y lugar dado no puede considerarse con capacidad para “asumir” un riesgo, cuando el posible daño ha de recaer sobre un colectivo mucho mayor que aquél sobre el que está habilitado a disponer (vg.: la humanidad percibida con criterio global intergeneracional). El derecho a definir el grado de riesgo admisible sólo puede obrar frente a eventuales daños limitados que no comprometan bienes transfronterizos, ni los de las generaciones por venir.

II- Incertidumbre sobre la existencia de riesgo²⁰

El principio de precaución (a diferencia del principio de prevención) se caracteriza por ser aplicado frente al insuficiente aporte de la ciencia para conocer con precisión y de forma indubitable la existencia o no del potencial peligro o riesgo de una actividad dada²¹.

El “Enfoque Precautorio en Pesquerías” (FAO/Gobierno de Suecia, 1995) ha definido a la incertidumbre como «la imperfección en el conocimiento sobre el estado o los procesos de la naturaleza»²².

La incertidumbre sobre los riesgos puede tener origen científico (complejidad de los sistemas y el desconocimiento de los efectos sobre los mismos de un ingreso o egreso no natural), modélico (variables seleccionadas en un sistema complejo para determinar las relaciones de causa-efecto) o fundamental (complejidad de un sistema único al que los modelos de análisis conocidos no le pueden ser aplicados, como es el comportamiento de la capa de ozono).

²⁰ Esta expresión abarca el desconocimiento sobre la naturaleza o severidad del riesgo.

²¹ El *principio de prevención*, tal como lo señaláramos en trabajo anterior, está asentado en la idea de “diligencia debida” (deber jurídico), es decir, en la *obligación* de vigilancia y adopción de previsiones en relación a los bienes y personas bajo su jurisdicción, a fin de asegurarse que, en condiciones normales, los objetos, elementos o actividades riesgosas no causen perjuicios a terceros. No aplicar o no requerir la aplicación de medidas de preventivas constituye un delito. El *principio de precaución* se basa en el “buen gobierno”, gestión que se adelanta criteriosamente a los hechos, la que ante la duda de que una actividad pueda ser riesgosa, prefiere limitarla (aun equivocándose), privilegiando las seguridades (en el caso ambiental, la preservación del medio ambiente). (V. nuestro trabajo “Los principios de prevención y precaución en materia ambiental (...)”, op.cit., pp. 81 y ss.).

²² *Incertidumbre y Riesgo* (www.fao.org).

Dada la complejidad de los ecosistemas, la predictibilidad y la certidumbre, con carácter pleno y definitivo, se tornan una utopía. Sin embargo, el temor de ciertas consecuencias graves, hacen que la incertidumbre se transforme en la certidumbre de temor y de la voluntad de no correr riesgos.

El riesgo, como exposición a un eventual daño, suele considerarse endógeno en las sociedades modernas, como resultado directo de los desarrollos tecnológicos²³. Con relación al criterio precautorio, se ha llegado a hablar de “riesgo del riesgo”, en tanto no se sabe si una actividad o elemento importa un daño concreto, menos aún si hay probabilidades de que ocurra.

Las sociedades modernas tienen una alta sensibilidad al riesgo, frecuentemente abonada por accidentes, sospechas de riesgos ante actividades y consecuencias no transparentemente informadas o difundidas, cambios climáticos alarmantes, etc. Tal el caso de las consecuencias de los accidentes químicos de Seveso (Italia), Bophal (India), Chernobyl (Ucrania), Three Mile Island (Estados Unidos); del mal de la “vaca loca” (encefalitis espongiforme bovina); la contaminación de sangre con SIDA; el uso de telefonía móvil; los postes de alta tensión; las antenas para celulares; el agujero de ozono, el calentamiento global, etc.

La distinción entre riesgos ciertos (relación causa efecto conocida con certeza científica) e hipotéticos (la relación causa efecto no puede determinarse por vía científica de modo absoluto) ha derivado en políticas públicas diferentes, normativas separadas (principio de prevención y precaución, respectivamente) y diferentes tipos de responsabilidad frente a la ocurrencia de hechos dañinos²⁴.

Según la percepción clásica del riesgo, el mismo se define matemáticamente por la ecuación: $R(\text{riesgo}) = D(\text{daño}) \times P(\text{probabilidad})$.

En el caso del *riesgo cierto* (con exigencia de prevención) la probabilidad de la ocurrencia de un daño se puede determinar empírica-

²³ V. PERRÉ, HORACE *et al.* “Approches du risque: une introduction”, *Cahiers du RIBios (Réseau Interdisciplinaire Biosécurité)*, Institut Universitaire d’Etudes du Développement 2005, N° 2 (www.ribios.ch). El trabajo contiene una destacable aproximación a la determinante relación ciencia/tecnología-percepción social de los riesgos. V., asimismo, ANDORNO ROBERTO, “El principio de precaución: Un nuevo standard jurídico para la era tecnológica”, en *La Ley* 2002-D, p.1333; ANDORNO, R. “The Precautionary Principle: A New Legal Standard for a Technological Age”, *Journal of International Biotechnology Law*, 2004-1 (1), pp. 11-19.

²⁴ V. nuestro trabajo “Responsabilidad Internacional por Daño Transfronterizo”, en *Cuaderno de Federalismo* de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Vol. 15, 2001; “Responsabilidad Internacional de los Estados en Materia Ambiental”, en *Simposio Internacional sobre Legislación y Derecho Ambiental*, ICAM-UICN, Madrid, 2002; “Principio de Prevención de Daño Transfronterizo en el proyecto de la Comisión de Derecho Internacional de la ONU”, Centro de Estudios e Investigaciones del Colegio de Abogados de Madrid, Madrid, 2002.

mente (por vía de estadística u otros medios). En la situación del *riesgo hipotético*, dudoso, sospechado (con requerimiento de precaución), la probabilidad de ocurrencia de un daño eventual no puede establecerse empíricamente, aun cuando argumentos racionales, analogías de otras experiencias, sospechas, pueden generar sensaciones probabilísticas de que un mal suceda. Se suele hablar de *riesgo residual* para indicar el que subsiste después del tratamiento del riesgo o de la aplicación de medidas precautorias²⁵.

La *Comunicación 2000 sobre principio precautorio* de la Comisión Europea señala que la incertidumbre científica resulta usualmente de cinco características del método científico: la variable elegida, la medición, las muestras diseñadas, los modelos usados, la relación causal utilizada. La incertidumbre científica puede surgir también de la controversia sobre la existencia de un dato o la falta de un dato relevante y puede referirse a elementos cualitativos o cuantitativos del análisis²⁶.

Suele sostenerse que la evaluación y la gestión de riesgos son procedimientos diferentes y pueden ser llevados adelante por separado. Si bien, la gestión sigue a la evaluación del riesgo, su sentido es percibido de modo confuso y en función del contexto. Tal el caso de instrumentos de la FAO, de la OMS, de la Comisión del Código Alimentario, y de otras entidades que suelen preferir la referencia a “análisis del riesgo”²⁷.

Por nuestra parte, entendemos que la evaluación del riesgo responde al primer elemento: sospecha de peligro grave e irreversible; los resultados de la evaluación conducen al segundo elemento señalado: la incertidumbre sobre el riesgo y la potencial peligrosidad de la actividad; mientras que la acción cautelar consiste en la gestión del riesgo o en la proscripción lisa y llana de la actividad hasta superar la incertidumbre.

²⁵V. Estándares de gerencia de riesgo de la Organización Internacional de Normalización ISO/CEI 73 e ISO/CEI 51. Es imprescindible identificar los cambios en el emprendimiento y en el entorno en el que opera, y efectuar las modificaciones apropiadas. El proceso de supervisión debe asegurar que existen los controles apropiados de las actividades de la empresa y que se entienden y se siguen los procedimientos establecidos. Cualquier proceso de supervisión y revisión debe determinar: * si las medidas adoptadas dan el resultado previsto; * si los procedimientos adoptados y la información recogida para la valoración eran los apropiados; * si un mejor conocimiento habría ayudado a tomar mejores decisiones y a identificar las lagunas existentes en la valoración y gestión de riesgos para el futuro.

²⁶V. *Comunicación de la Comisión Europea sobre el recurso al principio de precaución* / COM/2000 /0001 (<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52000DC0001:ES:HTML>). V. , asimismo, SÁENZ LARRUGA, E.J. “El principio de precaución en la jurisprudencia comunitaria”, *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, N° 1, 2002-1, pp. 117-131.

²⁷V. *i.a.* http://www.codexalimentarius.net/biotech/en/ra_fbt.htm

Las evaluaciones de riesgo son realizadas por expertos observando, generalmente, cuatro componentes²⁸:

*-*identificación del peligro* (determinación de agentes biológicos, químicos o físicos capaces de producir efectos nocivos sobre la salud humana como alergias, cánceres, deformaciones genéticas, etc. o sobre el medioambiente como la proliferación de algas en lagos y ríos-nitrosaminas cancerígenas);

*-*caracterización del peligro* (evaluación cualitativa o cuantitativa de la naturaleza del efecto dañoso real o supuesto sobre la salud o el medioambiente, tal el caso de la relación dosis/efecto);

*-*evaluación de la exposición* (evaluación cualitativa o cuantitativa de eventual ingestión de alimentos dañosos o de la exposición a determinada sustancia de componentes del ambiente; labor que se realiza fuera del laboratorio, en el lugar real de exposición, tomando en cuenta las vías de transmisión, las categorías de población y los compartimentos de los ecosistemas);

*-*caracterización del riesgo* (estimación cualitativa y cuantitativa, tomando en cuenta las incertidumbres inherentes a las etapas anteriores, la probabilidad de frecuencia y de la gravedad de los efectos negativos y de los daños conocidos y potenciales)²⁹.

Las evaluaciones son hechas caso por caso y, generalmente, incluyen una estimación sobre si los riesgos y las estrategias de gestión (en caso de ser llevada adelante la actividad) son aceptables o rechazables. Esa estrategia de gestión incluye también la gestión del riesgo. La evaluación es hecha por expertos, especialistas, científicos. En cambio, la definición de la gestión del riesgo que se impone a una actividad es un acto político llevado adelante por personas, generalmente, no especializadas en el tema, sobre la base de la evaluación. La separación entre evaluación y gestión suele llevar a resultados disvaliosos y favorecer la corrupción.

²⁸ V. Nota 26.

²⁹ En esta etapa, por ejemplo, se estudia el número de casos de cáncer producidos en un espacio y tiempo dados, tipo de población, etc. Tal el caso de nuevos medicamentos o pesticidas. Uno de los ejemplos que sirvió de advertencia fue el de la "talidomida", medicación comercializada en 1957 antes de conocerse los efectos sobre el feto-infante. V. United Nations Development Program (UNDP), *Making New Technologies Work for Human Development*. New York, United Nations, 2001, p. 65.

La mayor o menor certidumbre sobre el riesgo hipotético o la potencialidad del mismo se suele hacer surgir de la evaluación de impacto³⁰. En todos los casos se tiene que realizar una etapa previa de evaluación científica por expertos dado que es ineludible contar con datos científicos en materia de riesgos en el grado del conocimiento con que se cuenta en cada oportunidad.

La prueba de la no existencia de riesgo grave e irreversible que se exige a quien pretende desarrollar una actividad de riesgo incierto (inversión de la carga de la prueba), suele fundarse en datos estadísticos significativos sobre dos o más variables correlacionadas, con más de 95 % de similitud en la correlación. Tal es el caso de la correlación establecida entre tabaco y cáncer de pulmón. La correlación se torna difícil (a más de altamente costa) en los casos de actividades cuyos efectos tienen largos períodos de latencia o son de origen multifactorial.

La prueba de la no existencia de riesgo, generalmente, debe ser acompañada de un estudio prospectivo de efectos negativos en caso de que el peligro intuido sea cierto y de los eventuales efectos en caso de inacción (falta de medida cautelar).

III- Acción cautelar

La acción constituye una intervención que se realiza antes que el daño ocurra, buscando evitarlo o disminuirlo. Toma en consideración todas las consecuencias positivas y negativas, y evalúa las implicancias morales tanto de la acción como de la omisión.

La acción cautelar requiere de análisis de riesgo-evaluación previa, gestión del riesgo eventual en caso de autorizarse la actividad, comunicación transparente del riesgo, apertura a la participación en la toma de decisión de actuar o no actuar.

La aplicación del principio de precaución implica adoptar la decisión de actuar o no actuar. No siempre se traduce en la adopción de actos finales destinados a producir efectos jurídicos, susceptibles de control jurisdiccional. Los responsables políticos cuentan con un amplio abanico de acciones entre las que elegir en el momento de recurrir al principio de precaución. La decisión de financiar un programa de investigación, o incluso la decisión de informar a la opinión pública en cuanto a los efectos potencialmente peligrosos de un producto o de un método, pueden ser también actos inspirados por el principio de precaución³¹.

³⁰ Caracterizada por Bustamante Alsina “como un proceso por el cual una acción que debe ser aprobada por una autoridad pública y que puede dar lugar a efectos colaterales significativos para el medio, se somete a una evaluación sistemática cuyos re-

La acción cautelar implica, básicamente, la proscripción de una actividad o, en caso de autorización, la gestión del riesgo, que sigue a la evaluación y consiste en medidas legislativas o de regulación relativas a un riesgo considerado aceptable. Tanto las medidas proscriptivas como las limitativas deben corresponderse con el interés general.

Toda obra o actividad susceptible de degradar el ambiente, alguno de sus componentes o afectar la calidad de vida de las personas, previo a su ejecución, requiere una evaluación de impacto ambiental. No debe confundirse el estudio ambiental con la evaluación de impacto ambiental. El primero es un emprendimiento presentado por el proponente del proyecto, en cambio, la evaluación es un procedimiento administrativo (proceso formal conducido y controlado por una autoridad de aplicación gubernamental) que analiza las posibilidades de impacto ambiental que presenta un proyecto de obra o actividad a fin de determinar tempranamente sus reales o hipotéticos efectos nocivos y, en consecuencia, permitir, modificar o impedir la ejecución del proyecto³². Es un proceso dirigido a mejorar el sistema de toma de decisiones públicas y facilitar los procesos de planificación sustentable³³. La evaluación no evita el riesgo ni el eventual daño pero permite adoptar las medidas más adecuadas para gestionar el riesgo.

La evaluación ambiental permite: *identificar los peligros; *precisar quiénes y cómo pueden, eventualmente, ser dañados; *evaluar los riesgos y decidir las medidas precautorias; *registrar los datos y determinar medidas de ejecución. La cautela requiere la revisión periódica de la evaluación y su actualización.

Frecuentemente, la gestión del riesgo implica la imposición de exigencias a la actividad (seguros, garantías, fondo de reparación, eva-

sultados son tenidos en cuenta por la autoridad competente para conceder o no su aprobación. Se trata pues de un procedimiento previo para la toma de decisiones. Sirve para registrar y valorar de manera sistemática y global todos los efectos potenciales de un proyecto, con objeto de evitar desventajas para el medio ambiente", BUSTAMANTE ALSINA, "Derecho Ambiental", Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995, p. 101; ANDORNO, LUIS O., "La protección del medio ambiente en el ámbito del MERCOSUR", en JA 1997-IV-999.

³¹ V. Punto 5 de la Comunicación de la Comisión sobre el recurso al principio de precaución. V. Nota 26.

³² FALBO, J.A. "Evaluación de impacto ambiental: su concepto y caracteres", en *Revista de Derecho Ambiental* N° 5, enero-marzo, 2006, pp. 3 y ss.

³³ Generalmente una evaluación de impacto ambiental se compone de los siguientes pasos: *Screening*: primer paneo para decidir donde se encuadra el proyecto en consideración; *Evaluación Ambiental Preliminar*: evaluación de impacto ambiental reducida: proyectos de bajo o dudoso impacto; *Scoping*: análisis del alcance del estudio de impacto ambiental. Incluye la elaboración de los términos de referencia del estudio. *Estudio de Impacto Ambiental*: producción del documento técnico de la EIA; *Acto Administrativo de aprobación de la EIA*: otorgada por la autoridad de aplicación. (V. http://www.farn.org.ar/docs/p11/publicaciones11_f.html).

luación de impacto continuada, etc.) sustentadas en normas internacionales o nacionales vigentes. Los seguros, garantías y fondos de reparación son exigidos por el sólo hecho de la generación de riesgo y, si bien, son contratados *ex ante*, una vez acaecido el daño temido, actúan *ex post*.

Toda acción precautoria implica: *determinación de política pública previa con relación al grado de riesgo admisible³⁴; *limitaciones o proscripciones sustentadas en normas internacionales o nacionales vigentes³⁵; *limitaciones o proscripciones fundadas en el interés general³⁶; *inversión de la carga de la prueba³⁷; *provisionalidad de las medidas prescriptas de conformidad a los avances científicos³⁸; *aplicación de los principios de proporcionalidad³⁹; *justificación de requerimientos conforme la relación medio-fin⁴⁰; transparencia⁴¹,

³⁴ Esta facultad del Estado entraña consecuencias políticas y responsabilidad jurídica. El desarrollo económico y social de una región suele ser determinante del grado de protección ambiental por el que se decide un Estado.

³⁵ Como todo acto administrativo, debe ajustarse a la normativa vigente, en tanto el acto no crea derechos, ni los extingue, ni los modifica. De hacerlo, constituiría acto nulo.

³⁶ Como todo acto administrativo, debe tener como fin, directo o indirecto, la satisfacción del interés público.

³⁷ Este corolario no tiene aceptación universal. Es rechazado por quienes sostienen que el principio de precaución es aún una norma débil. Por ahora, predominan los Estados y sistemas que permiten a la autoridad determinar a quién cabe la responsabilidad (carga de la prueba) de presentar los elementos de carácter científico necesarios para una evaluación completa de los riesgos.

³⁸ La provisionalidad hace que todas las medidas adoptadas (restrictivas y facultativas) sean en todo momento reversibles, de acuerdo a la fragilidad de la incertidumbre sobre los riesgos que una actividad entraña.

³⁹ La proporcionalidad implica la necesidad de verificar si los medios elegidos (limitaciones a la actividad presuntamente riesgosa), son adecuados a la realización del objetivo pretendido y si no ha habido exceso en la relación medio-fin. La medida cautelar debe corresponderse con la gravedad del peligro que se teme y busca evitar. Se estima que la medida debe ser adoptada en base a un costo económico y social aceptable. Corresponde analizar los costos-beneficios potenciales tanto de la acción como de la inacción. V. GONZALEZ VAQUÉ LUIS, "La aplicación del principio de precaución en la legislación alimentaria: ¿una nueva frontera de la protección del consumidor?" (www.porticlegal.com)

⁴⁰ La relación medio-fin está vinculada a la proporcionalidad pero se refiere puntualmente a la justificación de esa relación, es decir exige que la decisión de la autoridad pública vaya acompañada de las adecuadas razones y probanzas por las cuales la medida precautoria se adopta.

⁴¹ La transparencia se refiere a la publicidad tanto de los riesgos potenciales de la actividad como al modo de evaluación y los requerimientos exigidos por la autoridad a quien pretende emprender la actividad.

Implica que no debe haber intereses, ni datos ocultos. Por ej.: los consumidores tienen derecho a conocer los riesgos que derivan de consumir o utilizar determinados productos y conocer si ciertos productos contienen ese tipo de alimentos (vg: alimentos transgénicos), para elegir libremente si corren o no con los riesgos sospechados. Por otro lado, exige que no haya ocultamientos en los procedimientos utilizados por las autoridades públicas a la hora de adoptar las medidas del caso en base al principio de precaución.

*coherencia⁴² *no discriminación-no proteccionismo⁴³; *participatividad⁴⁴; *provisionalidad-reversibilidad de la medida⁴⁵.

Existe un gran número de medidas asociadas a la aplicación del principio de precaución. Entre ellas, se cuentan: *las prohibiciones de llevar adelante una obra o actividad de modo permanente o transitorio⁴⁶; el uso de márgenes de seguridad⁴⁷; restricciones al comercio⁴⁸; control de emisiones en la fuente con exigencia de uso de tecnologías y procesos limpios⁴⁹; sustitución de productos⁵⁰; uso de instrumentos económicos⁵¹; revisión continuada de medidas⁵²; monitoreo continuado⁵³; procedimientos participativos de adopción de decisiones⁵⁴.

⁴² La coherencia exige que las medidas adoptadas sean acordes con la gravedad del riesgo presumido en circunstancias precedentes equivalentes.

⁴³ La no discriminación exige que haya trato igualitario para quienes se encuentren en situaciones idénticas o equivalentes. Para ello cabe un estudio comparativo de calificación de actividades, circunstancias y méritos.

⁴⁴ La participatividad exige que las personas afectadas por los riesgos puedan tener participación, sean consultadas y sus proposiciones "oídas y respondidas" cuando las autoridades tomen decisiones que pueden afectarlos.

⁴⁵ Es una característica propia del principio y de la incertidumbre científica que está en su eje. La decisión gubernamental debe ser en todo momento revisable ya que las medidas para proteger el ambiente se adoptan en un marco de incertidumbre científica temporal. Cuando las dudas existentes se difuminan, corresponden nuevos estudios y la revisión de la medida vigente. GONZALEZ VAQUÉ LUIS, "La aplicación del principio de precaución en la legislación alimentaria: ¿una nueva frontera de la protección del consumidor?", www.porticolegal.com

⁴⁶ Tales los casos, por ejemplo, de: * la moratoria establecida por la Comisión Ballenera Internacional en 1982; * del Plan trilateral (holandés-alemán-danés) sobre el mar de Wadden de 1997 y las sucesivas declaraciones, que prohíben actividades que se suponga pueden tener efectos dañosos sobre el medioambiente; *del Apéndice I de la CITES que prohíbe el comercio de especies potencialmente en peligro, etc.

⁴⁷ Se suele considerar que a mayor grado de incertidumbre, mayor margen de error. Un ejemplo de esas medidas lo constituye la Resolución 24 de la Novena Conferencia de las Partes sobre Criterios de Enmienda de los Apéndices I y II de la CITES de 1994, que buscó asegurar un margen de seguridad natural suficientemente amplio. En idéntico sentido, la Res. 97 de la 12 Conferencia de 2002, en particular el Anexo 4 sobre "Medidas precautorias".

⁴⁸ Tal el caso *i.a.* de las restricciones no arancelarias a las comercialización de especies de flora y fauna silvestres, de fertilizantes, de biocidas, de tabaco y sus sucedáneos, etc.

⁴⁹ Ello se observa, por ejemplo: *en lo dispuesto en las decisiones de 1990 del PNUMA relativas a residuos peligrosos; *en lo establecido en el Protocolo de 1996 a la Convención de Barcelona, en materia de residuos peligrosos en el Mediterráneo, etc. El requerimiento, no suele limitarse a las BAT (best available technologies) sino también a los BEP (best environmental practices).

⁵⁰ Exigencia de que ciertos productos o sustancias sean reemplazados por otros de riesgo mejor conocido.

⁵¹ *I.a.*, tasas especiales, recargos, etc.

⁵² A veces es una obligación a cargo del ente público, otras del propio interesado en llevar adelante la actividad. V., a modo de ejemplo, el Art. 8 del Anexo II al Protocolo al Tratado Antártico sobre Protección del Medioambiente de 1991.

⁵³ Monitoreo que puede modificar la autorización dada, llevar a nuevos requerimientos o a la proscripción de la actividad u obra.

⁵⁴ La participación ciudadana puede darse como medida precautoria. Tal el caso de la sistema de "Evaluación de la Calidad del Agua en Cajamarca-Perú", en la que se prevé

En lo que hace al seguro obligatorio, se ha señalado que la cobertura puede actuar negativamente, en tanto el agente generador del riesgo eventual se siente a cubierto y menos preocupado por evitar el desenlace negativo⁵⁵.

Si bien las medidas de acción cautelar son dispuestas por autoridad pública, debe tenerse en cuenta que la cautela es actitud que debe observar toda persona que toma una decisión concerniente a una actividad de la que se puede razonablemente esperar que implicará un daño grave para la salud o la seguridad de las generaciones actuales o futuras, o para el medio ambiente⁵⁶.

Toda persona está obligada a cumplir con el principio de precaución, lo que abarca al sector privado, el empresario, al profesional, en líneas generales, a todos quienes en el desarrollo de sus actividades deben actuar con cautela, intentando eliminar o reducir los riesgos que se sospecha pueden causar daño al medio ambiente o a la salud de las personas.

Se daría así la relación “Principio de precaución” = “Responsabilidad estatal/ individual/ social y personal empresaria/ profesional”.

Reflexiones finales

La efectividad del principio de precaución y su *ratio legis* radica en uno de sus elementos básicos: la acción precautoria, es decir, las medidas aplicadas en ejercicio de esa función.

La gradación de la intensidad de la acción precautoria se halla en relación directa con la intensidad de intervención negativa sobre el medio ambiente que se presume puede derivar de una actividad u obra dada.

No creemos que el principio precautorio sólo se aplique cuando hay previsiones de que se produzca un daño grave o irreparable ya que, cuando un Estado elige un estándar alto de protección ambiental, aun cuando el riesgo potencial se considere pequeño, responde a una medida cautelar. Sí, compartimos la convicción que cuando el daño eventual es severo o no remediable las medidas deben ser más estrictas, prefiriéndose la proscripción del emprendimiento.

un monitoreo participativo por medio de la Mesa de Diálogo y Consenso CAO-Cajamarca, constituida por un grupo voluntario de personas comprometidas en las consecuencias económicas, sociales y ambientales de la operación de Minera Yanacocha S.R.L. (MYSRL). La Mesa incluye participantes de comunidades rurales y urbanas, instituciones públicas y privadas (<http://www.cao-ombudsman.org>).

⁵⁵ V. IANNELLO, P.A. “Una revisión de los mecanismos de prevención del daño ambiental”, *Revista de Derecho Ambiental*, julio-septiembre 2006, N° 7, Lexis Nexis, pp. 153 y ss.

⁵⁶ KOURILSKY, Ph; VINEY G, *Le Principe de précaution : rapport au Premier ministre*, 2000, (<http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/004000402/index.shtml>).

La autoridad/sociedad de un momento y lugar dado no puede considerarse con capacidad para “asumir” un riesgo, cuando el posible daño ha de recaer sobre un colectivo mucho mayor que aquél sobre el que está habilitado a disponer, como es el medio ambiente global con visión intergeneracional. La “verdad social” –que atiende los “intereses” en juego de una sociedad dada– en reemplazo de la “verdad científica” no puede poner en peligro por imprudencia los bienes comunes de la humanidad

Una de las características distintivas del ser humano es su condición de racional, inteligente, capaz de modificar su entorno y servirse de él, guardar historia de los hechos y sus consecuencias, prever frente al futuro. Mal podría hacer caso omiso de todas esas condiciones y desconocer con ligereza cuándo es necesario y justo aplicar la prudencia.



EL TRIBUNAL PERMANENTE DE REVISIÓN Y LA INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN UNIFORME DEL DERECHO DEL MERCOSUR. LA COMPETENCIA CONSULTIVA.

*Ernesto J. Rey Caro**

Resumen: El Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias, en vigor desde el año 2004, creó el Tribunal Permanente de Revisión con la idea de lograr una interpretación y aplicación uniforme del derecho del Mercosur. Se le atribuyó una competencia contenciosa y otra consultiva. En abril de 2007 este Tribunal emitió la primera opinión consultiva. El examen de la misma permite apreciar que debió abordar cuestiones específicas de derecho de la integración así como aspectos de Derecho Internacional Público, Derecho Internacional Privado y Derecho Procesal. Si bien se pueden señalar aspectos positivos en relación con la consolidación del ordenamiento jurídico mercosureño, la diversidad de enfoques con que los miembros del Tribunal han tratado la cuestión que motivó la solicitud de consulta, ha abierto muchos interrogantes sobre la pertinencia de algunas afirmaciones de los árbitros y sobre la metodología adoptada para la elaboración del dictamen.

Palabras Claves: Mercosur – Solución de controversias – Tribunal Permanente de Revisión – Primera Opinión Consultiva

La necesidad de asegurar una interpretación y aplicación uniforme del derecho en los distintos procesos de integración ha conducido a los Estados comprometidos en éstos a adoptar mecanismos apropiados para lograr tal objetivo. En el caso de la hoy Unión Europea, entre las competencias que se atribuyeron al Tribunal de las Comunidades Europeas se cuenta la interpretación del Derecho Comunitario a

* Profesor Emérito de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNC. Docente-Investigador Categoría I- Ministerio de Educación, Ciencia y Tecnología de la Nación. Director del Departamento de Derecho Público de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNC.

título prejudicial, solución esta que fuera adoptada también en el seno de la Comunidad Andina a través de las competencias reconocidas al Tribunal de Justicia pertinente, y con otro matiz en el proceso de integración Centroamericana, por medio de las atribuciones conferidas a la Corte Centroamericana de Justicia.

En el seno de Mercosur también surgió aquella inquietud y el Protocolo de Olivos, en vigencia desde el año 2004, introdujo con-relación al régimen anterior –Protocolo de Brasilia– una importante innovación: la creación del Tribunal Permanente de Revisión. Se estimó que las competencias atribuidas al mismo –tanto la contenciosa como la consultiva– podrían contribuir a alcanzar la interpretación y aplicación uniforme del Derecho del Mercosur.

No es el propósito de estas reflexiones examinar esta materia que ha sido abordada desde diferentes perspectivas por muchos estudiosos, sino centrar la atención en la primera y hasta hoy única opinión consultiva del Tribunal Permanente de Revisión y esclarecer en qué medida este Tribunal ha colaborado con dicho objetivo.

El 3 de abril de 2007, el Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur emitió su primera opinión consultiva (Cf. www.mercosur.org.uy). Respondió a la solicitud de una jueza de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Primer Turno de la Jurisdicción de Asunción, Paraguay, en la causa “Norte S.A. Imp. Exp. C/ Laboratorios Northia Sociedad Anónima, Comercial, Industrial, Financiera, Inmobiliaria y Agropecuaria s/ Indemnización de de Daños y Perjuicios y Lucro Cesante”, canalizada a través de la Corte Suprema de Justicia del Paraguay.

La relación resumida de los hechos, según el TPR, es la siguiente. En mayo de 2000, la sociedad demandada celebró un contrato de distribución con la sociedad paraguaya accionante. En la cláusula 22 del contrato se estableció, en cuanto a la ley aplicable, que tanto los términos del mismo, como la relación entre las partes estaría regida y se le aplicarían las leyes sustantivas argentinas. Igualmente, las partes acordaron otorgar plena vigencia a las normas incorporadas en el Mercosur que regulan las contrataciones relativas a la compraventa internacional de mercaderías, sometiéndose al Protocolo de Buenos Aires. En otro apartado de la misma cláusula vinculado con la jurisdicción, se estableció que cualquier controversia o petición que surgiera sea referente a la contratación o a un agravio, y todo lo referido al período de finalización o validez del mismo sería dirimida exclusivamente ante los tribunales ordinarios de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, República Argentina.

La Firma Norte S.A. Importación-Exportación demandó a la accionada por daños y perjuicios derivados de responsabilidad contractual ante el tribunal paraguayo mencionado. La demandada opuso la excepción previa de falta de competencia, arguyendo la existencia de

un acuerdo sobre elección de foro, al amparo de lo establecido en el artículo 4 del “Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción Internacional en Materia Contractual” y su aplicación prevalente sobre la Ley paraguaya N° 194/93. La demandante, rechazó la pretensión arguyendo, *inter alia*, el carácter irrenunciable de la ley paraguaya citada; que el caso encuadraba dentro de los contratos excluidos del ámbito de aplicación del Protocolo de Buenos Aires; y que correspondía la aplicación del “Protocolo de Santa María sobre Jurisdicción Internacional en Materia de Relaciones de Consumo”. Asimismo, la demandante solicitó a la señora juez que elevara los antecedentes del caso a la Corte Suprema de Justicia de la República de Paraguay, a los efectos de que solicitara al TPR una opinión consultiva de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3 del Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias en el Mercosur.

Cabe destacar, que la petición de opinión consultiva fue realizada antes de que el Consejo Mercado Común reglamentara el mecanismo pergeñado en el Reglamento del Protocolo de Olivos.

Introduciéndonos en el análisis de la opinión consultiva de maras, cabe destacar que en cumplimiento de lo dispuesto en las Decisiones N° 37/03 y N° 02/07 del Consejo Mercado Común, se designó coordinador de la redacción de la respuesta a la consulta, al árbitro Wilfredo Fernández de Brix y emitieron sus opiniones, en forma individual los árbitros Nicolás Becerra y Ricardo Olivera García, y en forma conjunta los árbitros José Antonio Moreno Ruffinelli y Joao Grandino Rodas.

Cabe señalar que presentada la solicitud, el TPR decidió, por mayoría y aplicando el Artículo 6, *in fine*, de la Decisión N° 02/07, correr traslado por treinta días corridos a los Coordinadores Nacionales del Grupo Mercado Común, a través de la Presidencia Pro-Tempore de Turno, sin que ninguna Coordinación Nacional expusiera su postura. Este dispositivo sólo dispone que la Secretaría del Tribunal “dará conocimiento” a los Coordinadores Nacionales mencionados, por lo que el TPR le ha otorgado un alcance más amplio.

En razón de que los árbitros no han seguido un criterio uniforme para responder a las diversas materias involucradas en la solicitud de opinión consultiva y de que estas reflexiones no pretenden analizar *in totum* la misma, tomaremos como punto de partida para estas consideraciones algunas de las cuestiones que han sido expuestas en la declaración final del Tribunal.

En el primer punto, por unanimidad, el TPR declara:

“Las Opiniones Consultivas peticionadas por los órganos judiciales nacionales deben ser consideradas como interpretaciones preju-

diciales consultivas, a la fecha aún no vinculantes. En las mismas, le cabe al TPR interpretar el derecho de integración mercosureño, siendo la aplicación de tal interpretación así como la interpretación y aplicación del derecho nacional, exclusiva competencia jurisdiccional de tales órganos judiciales consultados”.

En verdad, esta afirmación se conforma en un todo con la establecido expresamente en el Reglamento del Protocolo de Olivos, que prescribe que “no serán vinculantes ni obligatorias”, como ya lo destacáramos y, aunque el Tribunal se refiera aquí a las opiniones solicitadas por los órganos judiciales nacionales, va de suyo que también poseen el mismo alcance las opiniones solicitadas por los Estados en forma conjunta o por los órganos con potestades decisorias del Mercosur.

El tema ha sido abordado por el coordinador de la redacción de la respuesta, quien se refiere inicialmente al “concepto, naturaleza y objetivo” de las mismas. Si bien en el punto 4, reconoce que la opinión consultiva no es vinculante para el juez nacional consultante, ab initio sostiene que “aplicado al escenario de un sistema de solución de controversias dentro de un proceso de integración, y en especialidad en cuanto a consultas originadas en los órganos jurisdiccionales nacionales, el concepto de opiniones consultivas resulta incorrecto”. Pareciera fundar esta afirmación en la experiencia de otros procesos de integración, como el europeo, el de la Comunidad Andina o el centroamericano, en donde los respectivos tribunales, con diferentes matices, cumplen una verdadera función prejudicial –que no es el caso examinar en esta oportunidad y cuya trascendencia ha sido señalada por una amplísima doctrina–, teniendo los dictámenes u opiniones en los sistemas señalados, carácter vinculante. Al respecto, debe señalarse que aún en otros sistemas de solución de controversias como es el caso de la Corte Internacional de Justicia la opinión consultiva del Tribunal no tiene carácter vinculante per se, algunos instrumentos internacionales, al margen del Estatuto del Tribunal, le han otorgado a la opinión consultiva carácter obligatorio. Tal es el caso, *inter alia*, de la Convención sobre Privilegios e Inmunities de las Naciones Unidas y el Estatuto del Tribunal Administrativo de las Naciones Unidas.

En nuestra opinión, las Partes en todo proceso de integración pueden establecer diferentes mecanismos al respecto, y aunque difieran en cuanto al alcance de la institución de la opinión consultiva, no por ello resulta incorrecta la denominación. Hay que recordar que el Tribunal Permanente de Revisión es un tribunal arbitral, que difiere sustancialmente del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Ello no impide que compartamos la aspiración del coordinador en cuanto a la necesidad de modificar el sistema actual y que en el caso de que se constituya un

tribunal de justicia a semejanza, aunque no necesariamente idéntico a los reseñados, se adopte la solución que propone con relación a las opiniones consultivas. Las bondades de aquellos sistemas en la materia en consideración son indiscutibles. De cualquier forma, aún el sistema actual del Mercosur tiene su relevancia. Son muy ilustrativas las palabras de los árbitros Moreno Ruffinelli y Joao Grandino Rodas en cuanto afirman que “Las opiniones consultivas, si bien no son vinculantes para el juzgador nacional, constituyen un formidable instrumento de armonización, contribuyendo así, de manera efectiva, a la atmósfera de supranacionalidad que debe impregnar como aspiración el avance de todo proceso de integración”.

En el segundo punto del dictamen se incluye el voto en mayoría de los árbitros José Antonio Moreno Ruffinelli, Joao Grandino Rodas y Ricardo Olivera García, y la opinión concurrente del Miembro Coordinador Wilfredo Fernández y del árbitro Nicolás Becerra.

Los primeros sostienen: “Las normas internalizadas prevalecen sobre las normas del derecho interno de los Estados Partes. El Protocolo de Buenos Aires se aplica a los países que lo han internalizado, quedando a cargo del juez nacional la evaluación de si los acuerdos suscriptos en virtud de él han sido obtenidos en forma abusiva o afectan el orden público internacional que lo hagan manifiestamente inaplicable al caso particular”.

La opinión concurrente expresa: “Las normas del Mercosur internalizadas prevalecen sobre las normas del derecho interno de los Estados Partes. Corresponde en este caso la prevalencia del Protocolo de Buenos Aires sobre la ley nacional paraguaya 194/93. Dicha primacía resulta de la propia naturaleza del Derecho del Mercosur. Las normas del Derecho del Mercosur deben tener prevalencia sobre cualquier norma del derecho interno de los Estados Partes aplicables al caso, incluyendo el derecho interno propiamente dicho y el derecho internacional público y privado de los Estados Partes, comprendiéndose aquellos derechos de orden público de los Estados Partes, de conformidad a los deslindes realizados con relación al concepto de orden público, y a la necesaria interpretación restrictiva de los derechos de orden público constitucional de carácter absoluto, conforme lo impone un sistema de integración. Déjase constancia interpretativa de que las normas del derecho comercial nacional e internacional, son por regla general sólo de orden público relativo, pues en las mismas siempre como regla general, no existe un interés social comprometido”.

En general, estas afirmaciones responden a los fundamentos expresados oportunamente por los árbitros, aunque puede advertirse que todos coinciden inicialmente en que las normas del Mercosur internalizadas prevalecen sobre las normas del derecho interno de los

Estados Miembro. Quizá hubiera sido conveniente exponer esta coincidencia en un punto único y luego desarrollar las consideraciones particulares.

El árbitro coordinador trata en forma expresa dicha cuestión en el apartado “C” de su opinión, partiendo de las características del llamado “derecho comunitario”, y en particular de su prevalencia normativa sobre el derecho interno. Reseña la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y la realidad vigente en la hoy Unión Europea, apoyándose en los conocidos fallos del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y en una doctrina casi uniforme en la materia. Estima que la solicitud de opinión consultiva le confiere al TPR la oportunidad “de una creación pretoriana para insertarla dentro del régimen jurídico comunitario mercosureño” resultante de la propia normativa en vigencia.

Según el coordinador, “el derecho de la integración por su concepto, naturaleza y finalidad debe ser siempre prevalente sobre los derechos nacionales respectivos por su misma esencia” y critica a la jurisprudencia y doctrina que recurre al argumento de la prevalencia del tratado sobre la ley para sostener aquel principio.

Más allá de los reparos que siempre hemos efectuado en cuanto a la aplicación, por extensión, de la expresión “derecho comunitario” a la realidad del Mercosur, estimamos que el tema ameritaba una mayor profundización de los conceptos y de las realidades a las cuales se pretendía extenderlos.

Para sorpresa, acto seguido afirma que “igualmente el derecho de la integración (o sea aunque no fuere aún derecho comunitario pleno) debe prevalecer sobre el derecho internacional público y privado de todos los Estados Partes, independientemente de que tales normas de estas dos ramas del Derecho Internacional, fueren anteriores o posteriores a la norma del Derecho de la Integración”, y que “El Derecho de la Integración y el Derecho Comunitario originario, si bien tiene su origen en una fuerte propia del derecho internacional como son los tratados –por ejemplo, el Tratado de Asunción, el Protocolo de Ouro Preto, el Protocolo de Olivos, etc.–, a partir de su entrada en vigor adquieren evidentemente absoluta autonomía e independencia del ordenamiento internacional”.

En primer lugar, cabe destacar que al margen de la diferencia per se que existe entre el ordenamiento jurídico internacional propiamente dicho y el Derecho Internacional Privado, no se entiende esta referencia al “derecho internacional público [...] de todos los Estados Partes” y la proclamada superioridad del Derecho de la Integración sobre dicha rama del derecho. Tampoco compartimos la pretendida autonomía e independencia absoluta del Derecho del Mercosur, del Derecho Internacional Público. El Derecho del Mercosur originario es

por naturaleza derecho internacional y el derivado surge de un procedimiento de producción normativa eminentemente interestatal. Para la adopción de las Decisiones, Resoluciones y Directivas del CMC, GMC y CCM respectivamente, es necesario la concurrencia de las voluntades de los Estados Partes en el Mercosur. Cabe recordar que las normas del Derecho Internacional Público son en su gran mayoría “dispositivas”, es decir que pueden ser modificadas por los Estados, siempre que no se opongan a las normas de jus cogens. Así los Estados Partes en el Mercosur han creado el “proceso de integración” por tratados o acuerdos internacionales, es decir han elaborado un conjunto de normas internacionales particulares aplicables entre ellos, normas que pueden ser modificadas de común acuerdo. De ninguna manera puede sostenerse que el derecho así surgido puede tener una jerarquía superior al Derecho Internacional Público. Es un contrasentido. Así las cosas, es perfectamente explicable que para la solución de las controversias surgidas entre los Estados Partes deba aplicarse según el Protocolo de Olivos –Artículo 34– tal derecho particular y “los principios y disposiciones de Derecho Internacional aplicables a la materia”. Los Tribunales Arbitrales Ad Hoc del Mercosur han recurrido reiteradamente al Derecho internacional.

Partiendo de la premisa de que el derecho internacional –en este caso el Derecho del Mercosur– prevalece sobre el derecho interno de los Estados Partes, es coherente que el TPR sostenga que el Protocolo de Buenos Aires, que se encuentra en vigor, debe prevalecer sobre la ley paraguaya N° 194/93, más allá de las disquisiciones sobre la noción de orden público que impregnan las opiniones de los árbitros. Igualmente es lógico que un instrumento como el Protocolo de Santa María sobre Relaciones de Consumo, que no se encuentra en vigor, no puede ser aplicado, sin perjuicio de la conclusión a la que arriban los árbitros por unanimidad –punto 3 de la Opinión– con relación a que este instrumento no sería tampoco aplicable al caso por referirse a relaciones de consumidor, excluidas expresamente del Protocolo de Buenos Aires.

Otra cuestión que ha motivado una discrepancia entre los árbitros ha sido la aplicación de la Decisión N° 02/07 que reglamenta la petición de las opiniones consultivas de los órganos judiciales nacionales.

Tal decisión, como lo adelantáramos, dispone que todos los costos que origine la petición de la opinión consultiva –Artículo 11– deben ser solventados por el Estado Parte al que pertenezca el Tribunal Superior de Justicia solicitante.

El voto en mayoría de los árbitros Ricardo Olivera García, Joao Grandino Rodas y Nicolás Becerra sostiene que tales gastos deben ser a cargo de la República del Paraguay, por aplicación del dispositivo citado de la Decisión N° 02/07.

El árbitro coordinador invocando el principio de irretroactividad, sostiene la inaplicabilidad in totum de la mencionada Decisión y declara “vinculante” la inaplicabilidad de los Artículos 1, 6 y 11 del citado Reglamento, así como la Resolución N° 02/97 del Grupo Mercado Común “en relación a los órganos del Mercosur involucrados, por su manifiesta inconformidad con el Derecho del Mercosur originario”. Asimismo, determina que los honorarios y gastos del Tribunal sean sufragados en forma igualitaria y proporcional por los Estados Partes del Mercosur y que la declaración de inaplicabilidad sea notificada para su inmediato cumplimiento al Consejo Mercado Común y al Grupo Mercado Común.

El árbitro Moreno Ruffinelli coincide parcialmente con el preopinante en cuanto a que los gastos de la presente por los cuatro países Miembros del Mercosur.

Los argumentos vertidos para fundar las respectivas opiniones son muy interesantes. El árbitro coordinador parte de la base de que la opinión consultiva de la magistrada paraguaya, previos los trámites pertinentes fue recibida por el Tribunal, el día 21 de diciembre de 2006, es decir, antes de que el CMC adoptara el Reglamento ya referido, y por ello, en su opinión, este Reglamento deviene inaplicable en su totalidad “por el básico principio jurídico de la irretroactividad de la norma”. Luego se pregunta si el TPR tiene o no facultades para estudiar y declarar inaplicable normas del derecho derivado que transgreden manifiestamente el derecho originario del Mercosur, respondiendo afirmativamente a este interrogante, y se apoya en extensas consideraciones para sostener que los Artículos 1, 6 y 11 del Reglamento de 2007, violan “flagrantemente” ciertas normas del Mercosur. Paradójicamente, varias de estas normas son también otros actos normativos emanados del propio Consejo del Mercado Común.

Igualmente, sostiene que el Artículo 6 resulta violatorio del Artículo 13 del Protocolo Constitutivo del Parlamento del Mercosur y que aquel dispositivo debió incluir a este órgano, “lo que implica otra violación de una obligación instituida en el derecho originario”. Más allá de que se le haya reconocido al Parlamento en el dispositivo citado la facultad de solicitar opiniones consultivas al TPR, no alcanzamos a comprender de qué manera el Artículo 6 citado incurre en la violación alegada, teniendo en cuenta que el Reglamento adoptado en la Decisión N° 02/07 está referido únicamente a la solicitud de opiniones consultivas formuladas por los Tribunales Superiores de Justicia de los Estados Partes del Mercosur.

Al margen de la razonabilidad de algunas observaciones esbozadas por el coordinador sobre la solución adoptada en el Reglamento N° 02/07, y aún cuando se diera la situación esgrimida por éste en cuan-

to a la contradicción con otras Decisiones del CMC anteriores, nos preguntamos porqué sería incompatible con el sistema adoptado en el Mercosur que una Decisión del CMC pueda ser modificada o sustituida por otra Decisión posterior.

En relación con el Artículo 11, manifiesta, entre otros argumentos –algunos de los cuales no comprendemos su pertinencia al caso y su alcance–, que este dispositivo “es discriminatorio porque las opiniones consultivas tienen el objetivo de la interpretación y aplicación uniforme del Derecho de Integración del Mercosur, y pagando solo el Estado Parte del juez consultante, trae como conclusión un beneficio gratuito para los otros Estados Partes. Vale decir el Estado Parte que hace el esfuerzo por la consolidación institucional y jurídica del Mercosur, paga por todos los demás. Al ser un beneficio para todos los Estados Partes, habrá que aplicar el principio que rige en materia de presupuesto en la Secretaría del Mercosur, expuesto en el Art. 45 del POP (financiamiento por partes iguales de los Estados Partes). Esto último atenta inclusive contra el mero sentido común pero además, resulta indudable que el principio del no enriquecimiento sin causa está receptado como principio general del Derecho de Integración”. Tales argumentos no dejan de tener cierto grado de razonabilidad.

También recurre al informe final del Foro Constitucional Iberoamericano que afirma que el sistema actual permite inaplicaciones al caso concreto de la normativa mercosureña que los Tribunales Ad Hoc y el TPR consideren “ilegales” en el marco de las controversias de las cuales esté conociendo y también autoriza al TPR a pronunciarse sobre dicha “ilegalidad” en el marco de las opiniones consultivas. Pero aclara: “no estamos diciendo que este TPR tiene competencia para declarar la nulidad de los artículos en cuestión, pero si obviamente facultad para declarar su inaplicabilidad en el caso concreto”.

Propone en consecuencia que se declaren inaplicables los artículos anteriormente citados del Reglamento adoptado por la Decisión 02/07 del Consejo Mercado Común y de la Resolución 02/07 del Grupo Mercado Común, debiendo ser dicha declaración vinculante y obligatoria en razón de la trascendencia institucional de la declaración de inaplicabilidad de una norma del Mercosur.

En suma, estima que lo correcto sería estipular que los gastos y honorarios de la opinión consultiva en examen fueran sufragados en forma proporcional y por partes iguales por todos los Estados Partes en el Mercosur.

El árbitro Olivera García en su extensa opinión, al tratar esta cuestión –párr. 37– sostiene que “El proceso de emisión de opiniones consultivas solicitadas al TPR, tal como se encuentra regulado, tiene naturaleza claramente jurisdiccional, pese a que su dictamen carece de

efecto vinculante para el juez nacional. Se trata de un procedimiento llevado adelante por un Tribunal jurisdiccional del Mercosur que constituye un mecanismo de cooperación jurisdiccional internacional en beneficio del Tribunales nacionales. De esta manera corresponde la aplicación de los principios de derecho procesal a la hora de interpretar y aplicar las reglas que los alcanzan”, agregando –párr. 38–, que el principio de la aplicación inmediata de las normas procesales, no debe confundirse con el fenómeno de la retroactividad. Luego –párr. 40– destaca que una norma procesal nueva que se promulga durante la sustanciación del proceso es aplicable a él, en tanto se refiera a actos procesales que todavía no se hubieran cumplido a la fecha de aparición normativa “y en tanto no atente contra la validez de actos ya ejecutados”.

Tras destacar –párr. 44– que el Reglamento del Protocolo de Olivos no contiene normas que regulen el régimen de gastos y honorarios del proceso de emisión de opiniones consultivas, afirma que la aplicación inmediata al presente caso de las normas aprobadas en 2007, no plantea un conflicto entre una norma anterior que pueda pretenderse tenga “ultractividad” y una norma nueva. En suma, “el nuevo reglamento ha devenido vigente con anterioridad a la oportunidad procesal donde se fija el régimen de costas y costos y por tanto tiene plena vocación temporal para regular dicho acto”. Finalmente indaga –párr. 46–, si el nuevo reglamento viola preceptos superiores que surjan de normas de mayor rango del Mercosur. Su respuesta es negativa, agregando “Más aún entendemos que el nuevo reglamento no es violatorio de ningún principio superior en la materia, pues precisamente recoge una solución que además de lógica y oportuna [...]. Es absolutamente lógico y compatible que quien realiza una consulta que refiere a un caso concreto, tenga que correr con los gastos correspondientes al procedimiento impulsado, sin que ello suponga violación alguna de un principio superior”.

No obstante esta opinión, dicho árbitro comparte la exhortación del TPR insertada en el punto 5 de la Declaración final que recomienda al Consejo Mercado Común “la revisión de las Resoluciones N° 02/07 del CMC y N° 02/07 del GMC, en cuanto al pago de los honorarios, en razón de que la opinión consultiva no afecta a un solo país, siendo un mecanismo de cooperación judicial que enriquece el proceso de integración. La opinión consultiva construye el derecho de integración, por lo tanto todos los países son beneficiarios del mismo, y en consecuencia éstos deben soportar los gastos y honorarios correspondientes”. Más allá del error, seguramente involuntario, de la mención de la “Resolución” del CMC, los argumentos esgrimidos para fundar la petición, no carecen de razonabilidad, aunque debe presuponerse que los representantes estatales que pergeñaron la Decisión del CMC, deben haber evaluado la pertinencia de la solución adoptada y, en nues-

tro parecer, compartiendo el criterio expresado por uno de los árbitros, esta solución no afecta ningún principio fundamental del ordenamiento jurídico del Mercosur.

Los restantes puntos de la Declaración del TPR abordan aspectos procesales, que no aportan elementos pertinentes a los fines de estas reflexiones.

Como se advierte, esta “opinión consultiva” del TPR ofrece aspectos vinculados con varias ramas del derecho, de los cuales hemos centrado la atención en algunos de ellos. De allí que constituyan sólo comentarios parciales de aquella, que ofrece otros aspectos muy interesantes para profundizar. De hecho, este objetivo se ha cumplido en varios trabajos recientemente publicados.

Desde la perspectiva de las cuestiones examinadas y de las opiniones de los árbitros, en nuestro parecer, el dictamen del TPR ofrece algunos aspectos positivos en cuanto a la consolidación del derecho del Mercosur, pero también plantea muchos interrogantes en cuanto a la pertinencia y acierto de algunas afirmaciones y juicios de los árbitros, e igualmente en relación a la metodología adoptada para la elaboración del dictamen.

Estimamos que inicialmente el Tribunal debe planearse las cuestiones que deben ser abordadas de conformidad con los requerimientos de la solicitud, requerimientos que deben ser concretos y debidamente delimitados, como lo prescribe expresamente el Artículo 5 del Reglamento del Protocolo de Olivos. Al respecto, al adoptarse las “reglas internas de procedimiento” previstas en el segundo párrafo del Artículo 1 del Reglamento de 2007, podrían los máximos tribunales de cada país atribuirse la facultad de verificar que el magistrado nacional solicitante efectúe correctamente la solicitud de la opinión.

Cabe esperar que en los próximos pronunciamientos puedan corregirse los aspectos negativos y que esta actividad jurisdiccional del TPR contribuya al logro de la interpretación y aplicación uniforme del ordenamiento jurídico del Mercosur. La primera opinión consultiva en este último aspecto, deja no pocas dudas.

O. C. TPR. Mercosur



RELACIONES OMC-MERCOSUR*

*Dra. Graciela R. Salas***

Resumen: Las relaciones MERCOSUR – OMC han seguido un largo derrotero a partir de la consolidación de ambos sistemas.

A las primeras etapas que siguieron a la creación de ambos (MERCOSUR: 1991-2000 y GATT – OMC 1994 – 2000) se sucedieron las que evidenciaron las dificultades que plantea la existencia de ACR en el ámbito multilateral.

Si bien la situación de MERCOSUR en relación a las excepciones establecidas por el artículo XXIV en sus puntos 5 y 6 del GATT 1994 aún no se ha resuelto, es de esperar que la misma supere los controles establecidos más recientemente por la OMC para los ACR.

Palabras Claves: MERCOSUR – Organización Mundial del Comercio – Relaciones – Acuerdos comerciales regionales.

Antecedentes

La finalización de la Segunda Guerra Mundial encontraría un mundo marcado por requerimientos antes impensados, entre ellos en

* Este trabajo es parte del proyecto de investigación sobre “Relaciones MERCOSUR-OMC-derecho interno” (SECyT 2006-2007), cuyo equipo está constituido por la autora, con la co-dirección de la Dra. Adriana Dreyzin de Klor, y la integran asimismo el Dr. Federico Robledo y el Abog. Fabio Straini, y dentro de las actividades que desarrolla el Área de Estudios sobre América Latina. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. UNC.

** La autora es doctora en Derecho y Ciencias Sociales. Actualmente se encuentra a cargo de la Cátedra “C” de Derecho Internacional Público, y de Derecho de la Integración en forma conjunta con la Dra. Adriana Dreyzin, ambas correspondientes a la Carrera de Abogacía, UNC. Titular de Derecho Internacional Público, universidades Blas Pascal de Córdoba (presencial y a distancia) y Católica de Salta (a distancia).

Ejerce la presidencia de la Comisión Directiva del Área de Estudios sobre América Latina, dependiente del Departamento de Derecho Público, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba. Investigadora categoría 1 SECyT.

el ámbito económico, el que avanzó a paso lento desde la celebración del Acuerdo General de Aranceles y Comercio (GATT), hasta que el proyecto originario lograra su concreción final con la creación de la Organización Mundial del Comercio (OMC).

Asimismo, en un mundo bipolar se fueron abriendo camino nuevos bloques, encabezados en algunas oportunidades por el surgimiento de procesos de integración, hecho éste novedoso en el mundo jurídico-político.

El primero y más emblemático en cuanto a los avances logrados fue la construcción europea, mientras que en América Latina se sucedían los intentos que llevarían a grandes fracasos (Asociación Latinoamericana de Libre comercio, conocida por su sigla: ALALC), a nuevas esperanzas (Asociación Latinoamericana de Integración, en adelante ALADI) y a intentos subregionales (Comunidad Andina, o CAN, Mercado Común del sur, o MERCOSUR).

El afianzamiento de un orden económico internacional, calificado como nuevo por algunos autores, o simplemente como un orden en un mundo que carecía de él, ha sido un campo fértil para el desarrollo de procesos como el de MERCOSUR que se destacó desde un comienzo por sus características, propias y diferenciadas claramente de otros procesos.

La irrupción de ambos esquemas: mundial-regional a su vez implicó la aparición de nuevos desafíos aún para los Estados que a nivel interno deben adaptarse a los nuevos tiempos.

OMC-MERCOSUR

El Tratado de Asunción (T.A.) no sólo dio origen a una organización internacional intergubernamental subregional de fines específicos como es actualmente el MERCOSUR, sino que insertó un nuevo esquema de integración dentro de otro como es la relación existente con ALADI y de un orden económico internacional, pre-existente ya a partir de la creación del Acuerdo General de Aranceles y Comercio (GATT), y que se complementarían con la conformación de la Organización Mundial del Comercio, con posterioridad al nacimiento de MERCOSUR. Este complejo panorama se vio acrecentado por los numerosos acuerdos económicos celebrados por los estados antes y después de su incorporación a ambos, lo que generó a su vez una nueva red de compromisos, en una permanente retroalimentación.

Este panorama ha llevado a la necesidad de compatibilizar los acuerdos entre sí, obligando a una adaptación continua a nivel de derecho interno que permita a los estados cumplir con sus responsabilida-

des internacionales a la vez que obtener los mayores beneficios que los mismos ofrecen en distintos ámbitos, en este caso el comercial.

De hecho debemos reconocer que los procesos de integración, particularmente el MERCOSUR, traen aparejado un abanico de competencias de creciente amplitud que superan las expectativas meramente comerciales, al tiempo que la relación con la OMC se restringiría exclusivamente a estas últimas. Sin embargo, a poco que analicemos la importancia del comercio en los procesos de integración acabaremos reconociendo el rol fundamental que el mismo desempeña actualmente en la vida internacional.

De ahí la importancia del proyecto del grupo interdisciplinario, del que forma parte el presente.

En particular, nos ha movido a investigar la creciente relación existente entre la OMC y el MERCOSUR, en la medida en que la relación entre la primera y los acuerdos regionales, ha sido también objeto de mecanismos particulares instrumentados por la organización mundial bajo la denominación genérica de Acuerdos Comerciales Regionales (ACR).

En el ámbito específico del MERCOSUR, la relación se ha profundizado más allá de lo apuntado, en tanto el actual sistema de solución de controversias, instrumentado a partir de la entrada en vigor del Protocolo de Olivos (P.O), abre la posibilidad de que, siguiendo la tendencia actual, se recurra a la OMC para resolver alguna controversia suscitada en el ámbito del acuerdo subregional¹, tema éste del que no nos ocuparemos en esta oportunidad. De todos modos, no se trata sino de una nueva vía que permite la solución pacífica de controversias, asegurando celeridad y transparencia a través de instrumentos como el Entendimiento relativo a las Normas y Procedimientos (ESD), el accionar de los Grupos Especiales y del Órgano de Apelación, o el más reciente Mecanismo de Transparencia para los Acuerdos Comerciales Regionales.

Con este proyecto se busca tratar de dilucidar cuáles son las relaciones existentes entre MERCOSUR, OMC y el derecho interno de los Estados, con vistas a lograr una mayor participación ciudadana especialmente a la hora de obtener beneficios que pueda reeditar al Estado su inserción en ambos sistemas.

En este trabajo nos ocupamos exclusivamente de la relación MERCOSUR - OMC atento la extensión y la importancia del tema a abordar, destacando la escasez de bibliografía disponible hasta este momento.

¹Protocolo de Olivos, art. 1º.

MERCOSUR - OMC

Como podrá observarse a continuación, la ubicación de las palabras en el epígrafe no es en absoluto antojadiza, sino que encuentra su fundamento en el enfoque que utilizamos en cada una de ellas.

Al margen de la más reciente posibilidad de acceso al sistema de solución de controversias a partir de la entrada en vigor del P.O., la OMC mereció una consideración especial desde su nacimiento y dentro del marco del “regionalismo abierto” del MERCOSUR.

A los efectos de precisar los alcances de esta expresión, nos remitimos a la definición de regionalismo que encontramos en el Dictionary of Trade Policy Terms, según el cual se entiende por tal:

“... las medidas adoptadas por los gobiernos para liberalizar o facilitar el comercio sobre una base regional, en ocasiones mediante zonas de libre comercio o uniones aduaneras”.

Podrá observarse que el concepto restringe su alcance a aquellas organizaciones con objetivos comerciales, y abarca únicamente a aquellos procesos con fines que no van más allá de una unión aduanera, lo que dejaría afuera a otros tipos de organizaciones con fines más amplios. Sin embargo, es aceptable en tanto la actividad comercial se ha transformado en el verdadero eje de los procesos de integración, cualquiera sea la profundidad y los objetivos del mismo.

La puesta en marcha del sistema mercosureño, por su parte, implicó la adopción de numerosos actos normativos que se inscriben en el concepto de regionalismo abierto. Ahora bien, un párrafo aparte debería merecernos ese concepto de *regionalismo abierto* al que hacíamos referencia. En efecto, si observamos la larga nómina de Tratados, Protocolos, Decisiones y Resoluciones en el marco de lo que se ha dado en llamar el “*relacionamiento externo del MERCOSUR*”, como así también los acuerdos celebrados tanto por los Estados Parte dentro como hacia fuera del territorio aduanero, es fácilmente constatable el rol desempeñado en lo que *ab initio* significó una toma de posición clara y concreta por parte de este esquema de integración: el regionalismo abierto. Es así que este regionalismo no se ha limitado a los acuerdos entre estados y de la organización con otros estados o bloques aún fuera de la región de ALADI, sino que también se ha caracterizado por la celebración de acuerdos entre organizaciones internacionales². Esta última actividad colocó rápidamente al proyecto mercosureño ante el reconocimiento internacional como sujeto y abrió asimismo una nueva vía cual es la celebración de acuerdos inter-regionales. Este punto tampoco será analizado aquí por exceder largamente los alcances que pretendemos darle a este trabajo.

² Es el caso de los acuerdos MERCOSUR – UE y MERCOSUR – CAN, entre otros.

Ahora bien, los primeros vestigios de esta relación OMC-MERCOSUR aparecen ya en los albores de la organización subregional, cuando comenzó la tarea de coordinar criterios entre los Estados Parte en las negociaciones que se llevaban a cabo en la Ronda Uruguay³ y que se agilizaron al punto de comenzar la práctica de celebración de lo que se ha dado en llamar la Reunión de Coordinación MERCOSUR – GATT con el objeto de evaluar los resultados de la Ronda Uruguay hasta ese momento y sus consecuencias en relación al MERCOSUR⁴. Esta Reunión colocaría al bloque subregional en el plano internacional en el que le ha correspondido cierto protagonismo, en comparación con las etapas anteriores.

Los avances en este sentido llevaron a que en 1995 se produjera la presentación formal del MERCOSUR ante la reciente creación del GATT - OMC⁵, a partir de lo cual comenzó a producirse un permanente intercambio entre ambas instituciones, que serían a su vez un reflejo de los avances del proceso mercosureño. Fue en ese contexto que se hizo necesaria la creación del Grupo Ad Hoc MERCOSUR – OMC. Como puede apreciarse, ya desde los primeros pasos de ambas organizaciones, existió preocupación por la adaptación de uno a la otra. Esta preocupación ha sido particularmente tangible a partir del año 1999⁶.

La tarea se tradujo en un auténtico proceso de análisis de las concesiones recibidas y ofrecidas en el ámbito multilateral⁷, con lo que se preanunciaba la creación del Comité de Acuerdos Comerciales Regionales que analizamos en otro punto de este trabajo y en relación más específicamente con el Sistema Multilateral de Comercio. En esta etapa aún era posible observar la preocupación de mantener un equilibrio del MERCOSUR en las negociaciones en el seno del proyectado Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA) y de la OMC, tal como ocurría en las relaciones con la UE.

Una muestra palpable de ello aparece ya en ocasión de la XVII Reunión del CMC.

³ MERCOSUR/GMC/ACTA N° 001 Y 002/93. Ver también COMUNICADO/ACTA 02/92; COMUNICADO/ACTA 01/94; COMUNICADO/ACTA 01/99 y 02/99; COMUNICADO/ACTA 01/2000 y 02/2000; COMUNICADO/ACTA 01/2002 y 2/2002; COMUNICADO/ACTA 01/2003 y 2/2003; COMUNICADO/ACTA 01/2004; COMUNICADO/ACTA 01/2005 y 02/2005; COMUNICADO/ACTA 01/2006. Todos ellos Comunicados Conjuntos de los presidentes de los Estados Parte del MERCOSUR

⁴ MERCOSUR/GMC/XIII/ACTA N° 01/94.

⁵ MERCOSUR/GMC XVII/ACTA N° 01/95. Ver también MERCOSUR/GMC/ XIX/ACTA N° 3/95.

⁶ MERCOSUR/CMC/XVII/ACTA N° 02/99.

⁷ MERCOSUR/GMC/XXIV/ ACTA N° 4/96.

En efecto, la XXXIV Reunión Ordinaria del GMC⁸ muestra con palmaria claridad las líneas de trabajo encaradas en esa etapa, en la que aún existían expectativas en cuanto a la posible concreción del ALCA: por un lado el intento de negociar en la OMC desde el ALCA como bloque y por otro la necesidad de hacerlo dentro del ámbito de las excepciones establecidas en el art. XXIV 5 y XXIV 6 del GATT de 1994. La primera de estas posibilidades lentamente fue perdiendo andadura y fue siendo reemplazada de alguna forma por la dinamización de las negociaciones intra-bloque y el reforzamiento del rol de los Estados Parte en la negociación internacional, especialmente en el seno de la OMC.

Volviendo a los comienzos de los contactos entre OMC y MERCOSUR vemos que estuvieron signados por la gran crisis económica mundial de fines de la década de los años '90, y marcada tanto por los fracasos de la III Conferencia Ministerial de Seattle como por lo que se creía un rápido avance en la conformación del ALCA. La primera valla fue superada sólo parcialmente al avanzarse lentamente hacia la ronda de Doha, mientras que la segunda entró en un período de letargo más recientemente. De todos modos rápidamente se plantearon necesidades prioritarias en la relación entre las instituciones que nos ocupan: esencialmente lo relacionado con la agricultura, el comercio de servicios, los temas ambientales. Esta situación, lejos de afectar los procesos de integración ya encaminados, profundizaron el compromiso político de sus integrantes, lo que en el ámbito específico del MERCOSUR llevó a su relanzamiento en el año 2000.

Al quedar constituida la Zona de Libre Comercio del MERCOSUR en el año 2000 podría decirse que se cierra una etapa que llamaríamos de conformación, para abrirse la siguiente que sería la de concreción o de afianzamiento, ya que de esta forma no solo se estaba avanzando hacia una nueva etapa del proceso de integración, sino que se profundizarían las razones que exigen la utilización de las excepciones del art. XXIV del GATT de 1994, marcados todos ellos por la necesidad de adecuación a los principios y obligaciones de la OMC.

De todos modos, las relaciones entre los dos sistemas que nos ocupan en esta ocasión han estado signadas por circunstancias generales: por una parte la necesidad de afianzamiento de cada uno de ellos en sus primeras etapas y por la otra la lucha por los intereses particulares en épocas más recientes. Ello así en tanto a partir de los problemas planteados en Seattle y particularmente en Doha, el escenario actual del comercio mundial se encuentra ubicado en el plano de los intereses

⁸ Celebrada en Asunción entre los días 8 y 10 de junio de 1999.

particulares. En nuestro caso las disputas entre los países más desarrollados y los integrantes del MERCOSUR que paulatinamente fueron haciendo valer una posición común en torno a la defensa de determinadas cuestiones como son, en el ámbito específico de la agricultura, sus tres pilares: la necesidad de mejorar sustancialmente el acceso a los mercados; reducir todas las formas de subvenciones a las exportaciones y disminuir sustancialmente la ayuda interna que causa distorsiones en el comercio internacional de productos agrícolas⁹, todo ello y más recientemente teniendo en especial consideración la situación de los países en desarrollo¹⁰.

La OMC y los acuerdos regionales

A estas alturas del tema que nos ocupa ya es posible avizorar que los avances alcanzados a través de los ACR más recientes muestran que los mismos van más allá de los mecanismos meramente de política comercial, al incluir también normas regionales sobre inversiones, competencia, medio ambiente, mano de obra, descripción ésta que se ajusta al desarrollo alcanzado por el MERCOSUR.

Sin embargo, estos acuerdos comerciales regionales comenzaron a plantear disyuntivas al sistema mundial, en tanto son por esencia discriminatorios, siempre a favor de los integrantes del sistema regional y en detrimento de compromisos previos como los asumidos en la órbita del GATT y su esencia, la cláusula de la nación más favorecida (NMF).

Esta colisión entre intereses regionales y multilaterales en el sentido de la OMC comenzó a producir distorsiones en el comercio y las inversiones que constituyen el objeto de los acuerdos regionales. Un nuevo ingrediente se agregó con la proliferación de acuerdos de libre comercio bilaterales, lo que ha llevado a una superposición en la composición de los integrantes de esos acuerdos bilaterales que a la vez conforman algún proceso de integración. Esta situación ha llamado la atención de la OMC por el riesgo de confusión normativa, de una distorsión de los mercados regionales y los consiguientes problemas de aplicación de las respectivas normativas. Es así que la propia organización mundial señala que a diciembre de 2006 se habían notificado al GATT – OMC cerca de 368 ACR, los que se calcula que alcanzarán unos 400 para el año 2010. Cabe acotar también al respecto que según datos

⁹ COMUNICADO/ACTA 01/2004. Comunicado Conjunto de los Presidentes de los Estados Partes del MERCOSUR

¹⁰ COMUNICADO/ACTA 01/2005. Comunicado Conjunto de los Presidentes de los Estados Partes del MERCOSUR.

de la OMC, se calcula que a fines de 2005 el único estado que no pertenecía a ningún tipo de estos acuerdos ocupan era Mongolia, tal es la proliferación actual.

Por otra parte, si bien se reconoce que los acuerdos regionales pueden beneficiar a los países miembros, los mismos, lejos de amenazar al sistema multilateral, deben complementarlo. De hecho el art. XXIV del GATT en sus apartados 5 y 6 autoriza como excepción la celebración de acuerdos comerciales regionales, siempre sujetos a determinadas condiciones. Esta excepción abrió las puertas a todo un desarrollo del tema, atento a que a menudo, so pretexto de la celebración de compromisos regionales como los que nos ocupan, se está contradiciendo el principio de no discriminación, medular en el sistema comercial mundial. Por otra parte, la creación de muchos de los acuerdos de libre comercio más recientes agregan fuertes contenidos de orden político o geopolítico, lo que hace aún más compleja la apuntada relación.

Fue esa una de las razones para la creación en 1996 del Comité de Acuerdos Comerciales regionales (CACR), con el objeto de que el mismo examine la compatibilidad de las normas regionales con las normas OMC. Es así que una de sus funciones específicas es precisamente la de recibir la notificación de la celebración de estos ACR y expedirse sobre la compatibilidad con las normas OMC, con cuyo fin se ha instrumentado todo un sistema de notificación a partir de la importante tarea desempeñada por el Grupo de Negociación sobre las Normas. Este grupo coronó su tarea más recientemente con la formulación de un proyecto de Decisión conocido finalmente como el Mecanismo de Transparencia para los Acuerdos Comerciales Regionales¹¹. Es dentro de este contexto que en el ámbito de la OMC se está trabajando en el análisis de compatibilidad de los numerosos acuerdos comerciales regionales notificados¹².

Para el caso particular de MERCOSUR, debemos destacar la importancia de la tarea de adaptación detallada más arriba, la que hasta el momento parece no haber alcanzado el objetivo final en tanto según surge de publicaciones de la OMC, al presente habría un único acuerdo comercial regional aprobado en su adaptación al sistema multilateral.

Conclusiones

Las relaciones entre la OMC y el MERCOSUR, sin ser mayormente conflictivas, al menos hasta el momento han superado etapas

¹¹ TN/RL/18.

¹² Ver Documentos de debate de la OMC N° 8 Y 12, como así también los numerosos documentos de trabajo preparados por funcionarios de la OMC.

que en lo particular parecen haber contribuido al afianzamiento especialmente de la organización subregional e individualmente a la posición de los respectivos Estados Parte.

Ya lo advierte la OMC en diversas publicaciones, en tanto la conformación de acuerdos comerciales, particulares a un número reducido de estados contribuye a la ejercitación de la negociación internacional y a menudo afianza al bloque más reducido en el contexto internacional, como en el caso que nos ocupa.

Al presente, y a estar por la documentación oficial emanada de MERCOSUR, aparentemente el proceso de análisis de la relación MERCOSUR – OMC en el seno de esta última aún no se habría completado.

De todos modos debemos reconocer que, tratándose en el caso de MERCOSUR de un proceso de integración, el mismo no se encuentra acabado ni mucho menos, por lo que es de esperar que el desarrollo futuro contribuya al desarrollo de los estados que lo componen y a la vez los posicionen de mejor manera en el contexto internacional.

Bibliografía:

Instrumentos MERCOSUR

- Análisis de la evolución del proceso de integración en el año 1999. XVII Reunión del Consejo Mercado Común.
- MERCOSUR. Primer informe sobre la Aplicación del Derecho del MERCOSUR por los tribunales nacionales. SAM.
- MERCOSUR. Segundo informe sobre la Aplicación del Derecho del MERCOSUR por los tribunales nacionales. SAM
- MERCOSUR. Primer Informe Semestral de la Secretaría del MERCOSUR. Un foco para el proceso de integración regional. SAM. Montevideo 2004.
- MERCOSUR. Tercero, Cuarto y Quinto Informes Semestrales de la Secretaría del MERCOSUR¹³.
- **Además:** MERCOSUR/GMC/ACTA N° 001 Y 002/93. Ver también COMUNICADO/ACTA 02/92; COMUNICADO/ACTA 01/94; COMUNICADO/ACTA 01/99 y 02/99; COMUNICADO/ACTA 01/2000 y 02/2000; COMUNICADO/ACTA 01/2002 y 2/2002; COMUNICADO/ACTA 01/2003 y 2/2003; COMUNICADO/ACTA 01/2004; COMUNICADO/ACTA 01/2005 y 02/2005; COMUNICADO/ACTA 01/2006. Todos ellos Comunicados Conjuntos de los presidentes de los Estados Parte del MERCOSUR MERCOSUR/GMC/XIII/ACTA N° 01/94. MERCOSUR/GMC XVII/ACTA N° 01/95. Ver también MERCOSUR/GMC/ XIX/ACTA N° 3/95. MERCOSUR/CMC/XVII/ACTA N° 02/99.

¹³ El Segundo y el Tercer Informe Semestral de la Secretaría del MERCOSUR son reservados.

Instrumentos OMC

- Documentos de debate de la OMC N° 8 Y 12
- Documentos de trabajo preparados por funcionarios de la OMC.
- Informes anuales del Comité de Acuerdos Comerciales Regionales al Consejo General WT/REG/*
- Actas de las reuniones del Comité de Acuerdos Comerciales Regionales WT/REG/M/*

Siglas utilizadas

ACR Acuerdos comerciales regionales
ALCA Área de Libre Comercio de las Américas
CACR Comité de Acuerdos Comerciales Regionales.
CCM Comisión de Comercio del MERCOSUR
CMC Consejo del Mercado Común
ESD Entendimiento relativo a las Normas y Procedimientos
GATT Acuerdo General de Aranceles y Comercio
GMC Grupo Mercado Común
MERCOSUR. Mercado Común del Sur
NMF Nación más Favorecida
O. M. C. Organización Mundial del Comercio
P. O. Protocolo de Olivos
T. A. Tratado de Asunción



NOSOTROS Y LOS OTROS: LOS PACTOS Y LOS ARMAMENTOS

*Enrique Shaw**

Resumen: El trabajo analiza la repercusión y tratamiento de los Pactos de Mayo en “La Revista de Derecho, Historia y Letras” las opiniones de los especialistas vertidas allí y los intereses contrapuestos que sobre estos Pactos tuvo la clase dirigente.

Palabras Claves: Relaciones Internacionales – Pactos de Mayo – Zeballos – Política Exterior.

El presente artículo forma parte de una investigación que desde hace siete años estamos llevando a cabo en el marco del Programa de Incentivos de Investigación y que ha contado con subsidios de la SECyT –UNC– en sus distintas etapas y, cuyos resultados parciales los hemos publicados en números anteriores de este *Anuario*. El proyecto tiene como tema la construcción de la identidad nacional e internacional de la Argentina en el periodo 1898 a 1914. Hemos utilizado como corpus de análisis *La Revista de Derecho, Historia y Letras*, (*La Revista*) fundada por Estanislao Severo Zeballos en 1898.

Este trabajo se centra en uno de los temas importantes de *La Revista*, la política exterior de la Argentina para el período y su relación con los Otros, con nuestro vecinos y sobre los temas que fueron conflictivos y que dieron “pluma” para ser tratados en diferentes medios de comunicación de aquel tiempo, tanto masivos como académicos y *La Revista* estaba destinada al mundo de lo académico como un instrumento de formación de los que se consideraban “La Madre de la Nación”.

* Investigador del CIJS. Profesor Titular de la Facultad de Lenguas, UNC. Profesor Adjunto –por concurso– en el CEA, UNC. Profesor de Política Internacional en la Maestría en Relaciones Internacionales, CEA, UNC. Investigador Categoría II.

Uno de los temas más importantes tratados por *La Revista* hacían referencia a lo que se conoce como los Pactos de Mayo a los que se arribó como una solución a la escalada bélica a la que habían llegado Argentina y Chile. En 1898 se estuvo a punto de firmar la movilización de fuerzas de línea argentina. En esencia estos acuerdos entre Roca y Errázuriz, también establecieron lo arribado en el protocolo Quirno Costa y Errázuriz cuyo principio establecía "...La Argentina en el Atlántico, Chile en el Pacífico. Esta conceptualización normativa habría de pasar intacta a otros documentos de muy alta significación"¹.

Los Pactos de Mayo, según Sanz, recogían la substancia del precepto que, en 1893 deslindó los escenarios propios de cada país, y que en el acta aclaratoria del 10 de julio de 1902, habría de anunciar con la fórmula sobre los destinos permanentes de Chile en el Pacífico y Argentina en el Atlántico y en el Río de la Plata².

Los "co-autores" y los objetivos de estos Pactos de Mayo fueron:

"...Riesco; el canciller chileno Bergara Donoso; Terry, el plenipotenciario argentino; Joaquín V. González que los defendió... en el Senado nacional y Amancio Alcorta, Ministro de Relaciones Exteriores que expidió las instrucciones a que ajustó su conducta en Chile el doctor Terry. En estas instrucciones... se fijan los propósitos que han de orientar la política exterior argentina, y en ellos son 'limitaciones de armamentos y determinación de medios prácticos de solución para los conflictos futuros, y solución de los problemas del Pacífico, que dejará a la República y a los demás países comprometidos en ellos en una situación tranquila como para pensar sino en el desenvolvimiento de su propia riqueza por el trabajo, echando un velo de olvido sobre los sucesos del pasado'"³.

Si se lograba la implementación de estos Pactos, triunfarían las ideas del grupo más allegado al idealismo pacifista como el de Amancio Alcorta, porque en esencia los Pactos tendían a una limitación de los armamentos estableciendo que los respectivos gobiernos conservasen las "escuadras necesarias para su defensa natural...". El peligro que para Zeballos significaba lo estipulado sobre este tema era sumamente grave, porque pensaba que este desistir de una política armamentista significaba la posibilidad de una directiva orientadora de una política, dado que obligaba a someter a juicio arbitral todas las controversias

¹ Sanz, Luis Santiago. "Historia Argentina Contemporánea, 1862-1930: la historia diplomática, desde la presidencia de Mitre, hasta 1930". En: Academia Nacional de la Historia, t. v El Ateneo. Buenos Aires, 1964. p. 319.

² Idem. p. 320.

³ Ibidem.

que pudieran surgir entre Argentina y Chile y designaba al gobierno británico como árbitro. Justamente la forma más odiada por Zeballos y los “realistas”.

Como sostiene Paradiso “La mayoría de las diferencias de criterio sobre la política exterior que separaban a los miembros de la clase dirigente se pusieron de manifiesto en 1902 en ocasión de la firma de los Pactos de Mayo, que pusieron fin, teóricamente, a la controversia con Chile”⁴.

La embestida “pública” contra los Pactos de Mayo fue hecha por Indalecio Gómez que atacó a dos temas de los Pactos: el primero, el abandono de los intereses argentinos en el Pacífico. Semejante actitud era dejar en manos de los chilenos los destinos, entre otros, de Perú y Bolivia. El segundo, la designación como árbitro al gobierno británico. En realidad se estaba planteando el abandono o no, de la política americana por parte de la Argentina y su sustitución por una europeísta⁵.

Las embestidas contra los Pactos de Mayo en *La Revista* comenzaron en el tomo 17 del año 1903, pero no fue Estanislao Zeballos el autor del comentario sino el diputado de la provincia de Buenos Aires el doctor Adolfo Mujica.

En una nota al pie, *La Revista* hace una pequeña pero profunda biografía de Mujica, (Farmacéutico, recibido en la Universidad de Buenos Aires. Fundador de la Unión Cívica de la Juventud y radical a partir del '90. Director del periódico “El Argentino”. En 1894 se doctoró en Jurisprudencia. Fue socio de Leandro Alem) En la primera nota al pie y luego de los datos biográficos, Zeballos nos aclaraba el por qué de su silencio durante el proceso de constitución de los Pactos:

“Al publicar este discurso, cediendo á un legítimo deseo del autor, no reabro el debate internacional que está cerrado por el fallo político; ni pretendo agitar pasiones que no existen. Hay a este respecto, tal indiferencia, como si los graves sucesos hubieran tenido lugar hace medio siglo. Así, esta publicación es meramente histórica, como las notas con que la acompaño. Por lo demás, hemos aceptado la nueva situación en nombre de la fe pública empeñada de lejos la nueva política quedará disipada por la lealtad presente y futura de Chile respecto de nosotros mismos, y del Perú y de Bolivia. Aún suscitan dudas las lentitudes y falta de franqueza para entenderse respecto de escuadras y aun de hitos pendientes en la frontera. Ocasiones ofrecen estos incidentes para cimentar en los hechos las palabras y el sentimentalismo de mayo. Por otra parte, el espíritu público se sentirá aquí hondamente irritado, si Chile usase la amistad argentina y la absoluta

⁴ PARADISO, JOSÉ. “Debates y trayectorias de la política exterior argentina”. Ed. GEL. Buenos Aires, 1993. p. 33.

⁵ Ver. PARADISO, JOSÉ. “Debates y trayectorias...” Op. Cit. pp. 36 y ss.

seguridad que ella le brinda, para oprimir, vejar y desmembrar al Perú y Bolivia con inobservancia ó á favor de un cumplimiento irregular ó violento de los tratados solemnes. Esta tendencia argentina es nacional; y participan de ella aun los más altos signatarios de los pactos de mayo, como lo prueba el artículo de redacción de Tribuna, de septiembre pasado. Por consiguiente, hemos colgado las armas, pero observamos al adversario de ayer, aquilatando sus promesas presentes de sincera amistad. Bienvenido sea su cumplimiento”⁶.

Mujica se dirigió al Cuerpo por vez primera sobre este asunto después de los acalorados debates que lo antecedieron. Dijo que la aprobación de los Pactos de Mayo pudieron traer

“graves incertidumbres para el porvenir de la República, y constituyen además una profunda desviación de los principios y de las prácticas consagradas por la ciencia y por la experiencia para dirigir, en las materias á que aquellas se refieren, las relaciones internacionales de los estados de la época actual”⁷.

Continuaba Mujica diciendo que no estaba en su ánimo hacer un discurso pasional patriótico, ni nada por el estilo, él quería poder analizar racionalmente los Pactos. Luego de esta aclaración declaraba que había encontrado *“muchas rarezas en esta negociación complicada y extraña”⁸*. Reiteró que emplearía varias veces la palabra “rarezas” dado que quería oír al señor Ministro (se refiere a Joaquín V. González que estaba presente en la sesión), como hacía para explicar a la Cámara en qué antecedentes científicos, jurídicos y diplomáticos se había basado el Poder Ejecutivo y había aplicado en los Pactos. Decía que su exposición la haría metódicamente sobre los datos de la historia conocida ya que:

*“...dice historia **conocida** porque sospecha que hay otra historia no conocida, esto es que... algunos de los detalles importantes relativos á la generación y á la tramitación de este asunto, han quedado reservados al conocimiento exclusivo de las personas que oficial ó extraoficialmente han intervenido en él”⁹*. Opinaba que es lógico que sucediera ya que era el mecanismo de este tipo de negociación. Con respecto a los que participaron en ella sostenía que *“...no son, en realidad, otra cosa, que el exponente visible de un sentimiento que no ha germinado en su corazón y de un pensamiento que **tampoco ha germinado en su cerebro**”¹⁰*.

⁶ MUJICA, ADOLFO. “Los pactos de Mayo. Discurso pronunciado por el diputado de la provincia de Buenos Aires, Dr. Adolfo Mujica en al sesión de la Cámara celebrada el 28 de julio de 1902.” En: *Revista de Derecho, Historia y Letras*. t. 17, 1903. Nota 1 p. 68.

⁷ Idem. p. 69.

⁸ Idem. p. 71.

⁹ Idem. p. 71. La negrita es nuestra.

¹⁰ Idem. p. 72. La negrita es nuestra.

El ministro de Relaciones Exteriores contestó a Mujica que *“Todo ha sido referido á la comisión del senado... y á una agrupación muy distinguida de señores Diputados á quienes previamente informé de todos los secretos de la negociación. De manera que no hay nada reservado”*¹¹.

Inmediatamente Zeballos insertó una nota con el siguiente comentario *“¿Y por qué no á la Cámara y al país? ¿Por quién y cómo fueron calificados de distinguidos los diputados que merecieron el honor de esa confidencia? ¿Soportaron en silencio el desconocimiento de sus derechos, los demás diputados?”*¹².

En nota 1 de la página. 73 (la numeración de las notas son por página y por lo tanto no consecutivas), Zeballos hizo una aclaración al comentario de Mujica donde señaló que los Pactos procuraron una solución a los problemas limítrofes con Chile, como no estaba de acuerdo, sostuvo que sólo fue un aplazamiento y que en su discurso pronunciado en agosto de 1881 lo demostró, pero que esos discursos habían “desaparecido” de los archivos¹³.

En nota 2 de la página. 73 remarcó *“Una vigorosa y distinguida masa de la opinión pública, que tal vez era la mayoría del país, recibió el tratado con la seguridad de que se cometía un error exagerando el poder de Chile y los peligros de guerra, que jamás fueron reales”*.

Mujica expresó que nada tenía contra los chilenos. Pero éstos poseían una idiosincrasia muy particular por el tipo de terreno que habitaban, su psicología colectiva, a la naturaleza (obsérvese el determinismo geográfico, típico de la época) Esto hace que desenvuelvan una política exterior poco tranquilizadora:

*“...los lleva a una política peligrosa, agresiva, semejante á la que ahora se denomina imperialista, en virtud de la cual procuran consumir planes de conquista, ó de anexiones territoriales que no pueden realizarse sino á expensas de los estados limítrofes... esto no es motivo para que volquemos del otro lado de la cordillera todo el odio que puedan contener nuestras almas”*¹⁴.

Criticaba Mujica la forma en que se estaba llevando a cabo la política exterior y la “ingenuidad” de nuestros hombres públicos. Comentario que estaba en un todo de acuerdo con la postura de Zeballos.

Nuevamente en nota al pie Zeballos observó:

“No habido medios de pulsar la opinión nacional; pero es cierto que en las provincias el sentimiento público era hostil á los protocolos.

¹¹ Ibidem. p. 72.

¹² Idem. Nota 1. p. 72.

¹³ Ibidem.

¹⁴ Idem. p. 74.

*Hasta entre los miembros del gobierno y del congreso, que subscribían ó votaban los pactos, no pocos reconocían, sin ambages, que eran perjudiciales á la República; pero agregaban que los exigía el presidente y había que aceptarlos. El hecho puede ser documentado. **Muchos hombres públicos argentinos hacían política internacional transando con la propia conciencia en aras de la política interna**"¹⁵.*

La sentencia rescataba, entre otras cuestiones, la relación intrínseca entre política interna y externa como sostenemos en párrafos anteriores.

Mujica más adelante expresaba que a pesar de los artículos en contra, en uno de los diarios más importantes de nuestro país (se refiere a *La Nación*), particularmente el artículo titulado "Después del fallo" de autoría supuesta del ingeniero Emilio Mitre con autorización de don Bartolomé, se criticaba los últimos 30 años de la política exterior argentina y aconsejaba un cambio completo de ésta. Zeballos se introdujo nuevamente en el discurso por medio de una nota, donde comentaba el artículo de Emilio Mitre. Afirmaba en la nota que "*Era, sin duda, un acto valiente, que dió al gobierno, titubeante y frívolo, lo que no tenía: una línea definida de política exterior*"¹⁶.

Pero Mujica dudaba que se supiera realmente quien lo escribió y dijo:

*"En definitiva, el origen del artículo quedó envuelto en una especie de misterio semejante a la de la Trinidad: no se supo, á ciencia cierta, quién lo escribió ó quien lo inspiró; no se supo, por lo menos, si fué el padre, si fué el hijo ó si fue esa especie de Espíritu Santo que en distintas ocasiones a cubierto con su sombra, fecundante ó esterilizadora, á la actual administración"*¹⁷.

Mujica fue interrumpido por otros diputados que expresaban que el autor de los artículos era un diario. Con sorna respondió que él se acababa de ilustrar que "*los diarios escribían, por sí, artículos*"¹⁸.

Sostenía que había que ser intervencionista en el mundo de las relaciones internacionales. Más si en América había pueblos con fines "imperialistas"; esto es, con fines de expansión territorial y de conquista,¹⁹ obviamente se refería a los chilenos.

¹⁵ Idem. p. 77. Las negritas son nuestras.

¹⁶ Idem. p. 79.

¹⁷ Idem. pp. 79 y 80.

¹⁸ Idem. p. 81.

¹⁹ Idem. p. 249.

También, como sostuvo Estanislao Zeballos, Mujica estableció que con los Pactos no se ganó nada, porque el argumento de que Chile aceptaría una serie de arbitrajes, nada garantizaba. Chile siempre había recurrido al arbitraje para consolidar su expansión, y ésta había sido siempre una táctica de la diplomacia chilena²⁰.

Es interesante ver otra postura. En este caso *La Revista* reproduce un discurso del senador Domingo T. Pérez. Como siempre en nota al pie hizo una aclaración biográfica de quien era Pérez: ministro del Interior en la gestión de Roca. Acidamente *La Revista* (en esto seguramente tuvo que ver la pluma de Estanislao Zeballos) comentó que el discurso que se reprodujo en *La Revista* no era exactamente el mismo que dijo en su oportunidad el señor senador. *La Revista* emplearía la expresión “con ligeras variantes”. Para marcar esta diferencia, sarcásticamente dice que Pérez:

*“...ha sido fiel a Horacio y a Virgilio que aconsejaban limar las letras después de la sazón de los años. Pero ¿es dado rehacer los documentos públicos? En nuestro país ya todo es posible... El senador Pérez se revela dialéctico vigoroso. Expone, deduce y documenta y comprueba de una manera irrefutable sus conclusiones. Pero esta publicación sobre asuntos que el consentimiento internacional relega al pasado sería estéril, como el libro recompuesto por el ministerio, si, además de su mérito propio no tuvieran estos discursos el de un triunfo parlamentario no común, obtenido sobre el Poder Ejecutivo, para mejorar de cierta manera la desfavorable condición en que los pactos originarios, dejaban á la soberanía argentina. Más reflexivo y mejor inspirado que el gobierno, anhelaba el senador Pérez una paz fácil y cómoda, que no deprimiera a la nación y resultara por eso odiosa y efímera. Y el senado, y el Poder Ejecutivo y la otra cámara le dieron la razón y un triunfo diplomático de buena ley, en los negociados que el señor **Ernesto Tornquist** y *La Nación* impusieron al Poder Ejecutivo con un cambio de política inesperado”²¹.*

Reproduce la postura de Pérez en contra de que ciertos aspectos de la cuestión de los límites se recurriera al arbitraje, considerando que esta solución no era conveniente para la Argentina. Pero tam-

²⁰ Idem. pp. 251-252.

²¹ PÉREZ, DOMINGO T. “Los Pactos de Mayo. Discurso pronunciado en el Senado de la Nación por el senador Domingo T. Pérez, de Jujuy, en las sesiones del 26 y 27 de junio de 1902”. En: *Revista de Derecho...* Op. Cit. t. 20, 1904. pp. 8 y 9. Las negritas son nuestras. Nótese que Ernesto Tornquist fue uno de los más importantes financistas del momento y tenía reconocido “olfato” para los “buenos negocios” y partidario de una política pacifista para que no entorpeciera el buen desarrollo de los “negocios”. Su papel en forzar la renuncia al cargo de Canciller de E. S. Zeballos, años más tarde, por la cuestión de los armamentos del Brasil fue de suma importancia.

bién, cuestionaba la enajenación de buques. Este tema fue tomado por *La Revista* en nota al pie y aclaraba:

“...no es necesaria la enajenación de buques’. Los pactos resultaron así menos peligrosos, quedando siempre ambiguos; pero al señalar el triunfo parlamentario que obtuvo estas atenuaciones, no abandono mi convicción de que, menos malos, como quedan, limitan siempre la soberanía de las dos naciones. El Brasil se preocupa ahora mismo de construir una escuadra muy poderosa, con relación á la Argentina. ¿Quedaremos inermes? Los pactos con Chile dicen que sí; pero una previsión elemental y patriótica dice que nó! Los armamentos navales extraordinarios del Brasil obligarán á la presidencia del doctor QUINTANA á no perder tiempo, á denunciar el pacto de armamentos con Chile, que tiene plazos demasiado largos. Es asunto urgente, de seguridad nacional, que no puede alarmar á Chile, si ha procedido leal y sinceramente”²².

Pérez en su discurso aclaraba que había firmado en disidencia el tratado preliminar de arbitraje. Pero estaba de acuerdo, en general, con el tratado ya que alejaba, por ahora, la posibilidad de un conflicto con Chile²³.

“El arbitraje general, que según la opinión de Laurent, es el último fin de una organización política internacional, es la doctrina aceptada por la Argentina é incorporada ya en algunos de sus compromisos internacionales. Así, pues, celebrarlo con Chile, es persistir en el buen camino”²⁴. Más adelante Pérez señalaba que el preámbulo *“se ha facilitado para que Chile hiciera ciertas declaraciones que contradicen con la práctica, con la política imperialista que ha implementado y desarrollado en América y con la cual el pueblo y el gobierno de la República Argentina nunca a estado de acuerdo”²⁵.*

En las páginas siguientes Pérez manifestaba que no estaba de acuerdo en que se empleara así el arbitraje. Citó los casos en los que Chile sólo recurrió al mismo cuando le convino, pero que en realidad era práctica de los chilenos no respetar los arbitrajes. Por ello había que ser sumamente cuidadoso cuando se firmaran tratados con los chilenos estableciendo estos mecanismos²⁶. A lo que se oponía era a la cláusula que estipulaba la no expansión territorial, salvo las que resultaren del cumplimiento de los tratados vigentes o que **“más adelante celebrare”²⁷.**

Creemos que la idea era que Chile pensaba expandirse por medio de la utilización de los tratados y del arbitraje como forma de

²² Idem. p. 9.

²³ Idem. p. 10.

²⁴ Idem. p. 12.

²⁵ Ibidem.

²⁶ Idem. pp. 15-20.

²⁷ Idem. p. 20. Resaltado en el original.

obtener nuevos territorios que ellos consideraban estratégicos o mejor dicho, la política expansionista chilena tenía sentido en vista de lo limitado de su territorio y la concepción de la época en la necesidad de contar con vastos territorios o la posesión territorial importante para ser considerado en el escenario internacional como un real Estado. Por ello creemos que esta era la duda de Pérez y por lo tanto el peligro que esto significaba para que Argentina lo firmara.

Comentaba Pérez, más delante sobre la situación de las provincias de Tacna y Arica y decía:

*“Se ve, pues, que Chile se quedará con aquellos territorios, no en virtud del tratado existente, que no dá sobre ellos una solución definitiva; no en virtud de un tratado que celebre para realizar el plebiscito, porque estoy seguro que no celebrará, y si lo suscribe será allá, en un tiempo muy remoto, cuando halla conseguido **chilenizar** las provincias de Tacna y Arica. Le bastará, pues simplemente no cumplir el tratado vigente para adquirir expansiones territoriales fuera de las sanciones de las leyes internacionales. Y nosotros que nos hemos obligado á no inmiscuirnos en los asuntos externos de otros países, no podremos hacer nada; algo más, tendremos que respetar esa adquisición territorial hecha por Chile, desde que ella emana de un tratado vigente, pero que no se cumple”*²⁸.

El autor citaba al plenipotenciario y enviado extraordinario de Chile, señor Abraham Köning que le contestó al ministro de Relaciones Exteriores de Bolivia lo siguiente:

*“Es digno tema de meditación para los hombres de estado de Bolivia, investigar porqué un pueblo **sesudo y justiciero** como el chileno, tiene sobre Tacna y Arica ideas uniformes, muy distintas de las que manifestó públicamente en mayo de 1895... El pueblo chileno con una uniformidad que no se ve de ordinario en otras naciones, ha manifestado los sacrificios de todo género impuestos al país... Chile ha ocupado el litoral y se ha apoderado de él con que los Estados Unidos del Norte, han tomado á Puerto Rico, nuestros derechos nacen de la victoria, la suprema ley de las naciones”*²⁹.

Pérez afirmó *“Esta es la doctrina chilena, esta es **la doctrina** que opone á la nuestra: de que la victoria no da derechos”*³⁰.

²⁸ En el mismo tomo continúa la reproducción del discurso pero con título cambiado: “Pactos con Chile”. En: *Revista de Derecho...* Op. Cit. t. 20, 1904. p. 192. Las negritas son nuestras.

²⁹ Idem. p. 193. Resaltado en el original.

³⁰ Idem. pp. 193-194. Resaltado en el original.

En el mismo tomo, pero en el año siguiente (1905) y con el título original, se concluyó el discurso pero con el agregado en una nota al pie donde Zeballos transcribió una carta de Domingo Pérez donde le agradecía la publicación de su discurso y se alegraba que Zeballos compartiera muchas de sus observaciones. “*Sobre todo que a la disminución del armamento ante Chile compondría en condición de inferioridad naval frente al Brasil y, éste no dudaría en disputarnos el dominio en el Atlántico*”³¹.

En otro artículo, vemos planteados temas interesantes de los pormenores de los Pactos por medio de un análisis de la bibliografía que realizaba Zeballos muy asiduamente en *La Revista*. El primer análisis fue sobre “*Memoria de Relaciones Exteriores y Culto presentada al Honorable Congreso Nacional correspondiente al año 1903-1904. Escudo Argentino. Buenos Aires. Taller Gráfico de la Penitenciaría Nacional, 1904.*”

Zeballos comentaba: “*Este voluminoso libro trae la rutina del ministerio, en la cual poco útil se halla, por mayor buena voluntad con que lo examinamos. Los que hemos viajado y tenemos relaciones en Europa, sabemos á que atenernos sobre los **trabajos imaginarios**, narrados en ciertas memorias*”³².

Zeballos opinaba que alguna información era interesante como las memorias del Dr. Terry:

“*Ella contiene revelaciones de sensación sobre el origen de los discutidos pactos de mayo. (...) Hasta ahora se atribuía el mérito (si lo hay) de su realización, al Presidente Roca, á la redacción de un diario caracterizado, que planteó valientemente la nueva política ante la opinión y á un comerciante distinguido*³³, *de influencia por entonces decisiva en los consejos de Estado. Pero el Dr. Terry deduce tercería de mejor derecho al mérito, fundado en documentos que parecen definitivos*”. *(El presidente Roca y sus consejeros no aceptaban las **únicas** condiciones, **sine qua non** exigidas por Chile. El doctor Terry descubre ahora todo el archivo reservado. Este prueba que el presidente argentino rechazaba con previsión y natural firmeza las pretensiones chilenas; pero fué vencido por el doctor Terry ¿cuáles eran ellas? Podemos reducirlas á una: la abstención en los asuntos del Pacífico (...)* El doctor Alcorta había dado al ministro Terry las siguientes instrucciones escritas: ‘V.E. NO ABRIRÁ ninguna negociación, pues dada la situación que se ha creado **y las pretensiones que demuestra el gobier-**

³¹ PÉREZ, DOMINGO T. “Los Pactos de Mayo. Discurso pronunciado en el Senado de la Nación por el senador Domingo T. Pérez, de Jujuy, en las sesiones del 26 y 27 de junio de 1902. En: *Revista de Derecho...* Op. Cit. t. 20, 1905, pp. 501, nota al pie.

³² ZEBALLOS, ESTANISLAO. “Biografía”. En: *Revista de Derecho...* Op. Cit. t. 20, 1905. p. 481. Las negritas son nuestras.

³³ ¿Estaba haciendo referencia a Tornquist?

no de Chile, sería peligroso tomar iniciativa alguna. Debe tener mucho cuidado en cualquiera manifestación á su respecto, NO COMPROMETER NINGUNA AFIRMACIÓN antes de conocer claramente lo que se quiere y de estar seguro de la sinceridad con que se procede. Es menester que no se pueda suponer DEBILIDAD Ó IMPOTENCIA PARA SEGUIR Á ESE PAÍS EN EL CAMINO QUE SE HA TRAZADO, aunque se pueda manifestar los peligros que entraña'. (...) Estas instrucciones fueron verbalmente ampliadas, porque en realidad eran demasiado vagas para un plenipotenciario. Según el doctor Terry, las ampliaciones 'se concretaron á lo siguiente: 1º Que en nada me comprometiera. 2º Transmitir previamente todo lo que oyera y observara. 3º Que no iniciara conversación alguna sobre el desarme, porque sería demostrar debilidad. 4º Que conocidos los hombres y el teatro propusiera desde Chile lo que creyera conveniente' (...) Lo que precede revela que el gobierno argentino estaba desconcertado por la aparente energía de Chile, á punto de que enviaba su ministro á esta República sin plan alguno propio en los momentos críticos. El plan para salvar los más graves intereses argentinos, debía ser formado en Chile por el doctor Terry, en el ambiente chileno, bajo presión de los alardes del militarismo invencible de Chile. Si entonces hubiera sido revelada esta actitud del gobierno argentino, todos habríamos pensado que estábamos ya diplomáticamente vencidos, antes que el doctor Terry hubiera dejado á Buenos Aires"³⁴.

Agregaba Zeballos:

"El doctor Alcorta dibujaba así el terreno en que iba actuar [se refiere a las dadas por las instrucciones]: 'Los medios para modificar esta situación eran el arbitraje general y obligatorio y la limitación de armamento (VERBALMENTE ME DECLARABA QUE LOS CREÍA IMPOSIBLES É INEFICACES). El arbitraje, como todo tratado caduca [remite a una nota al pie donde dice que: "La República Argentina sostuvo siempre lo contrario respecto de los tratados permanentes, etc."³⁵.] con la guerra. El desarme no puede ofrecer garantía. Termina (el doctor Alcorta) poniéndose en el caso de que se arribara á ambos resultados; y aun así la tranquilidad sería relativa porque quedarían en pie las cuestiones del Pacífico. Chile no debe aumentar de poder á la sombra de la liquidación de las cuestiones pendientes con Bolivia y Perú, porque enseguida sería un serio peligro para nosotros. Esta perspectiva, este peligro nos obliga á seguir armándonos. NO SOMOS PARTE DE ESAS CUESTIONES; PERO NO PODEMOS SER INDIFERENTES Á LAS CONQUISTAS DE CHILE Y AL AUMENTO DE SU PODER"³⁶.

³⁴ Idem. pp. 481-482. Resaltado en el original.

³⁵ Idem. p. 483.

³⁶ Idem. p. 483. Resaltado en el original.

Estanislao Zeballos afirmaba que esa parte de las instrucciones del doctor Alcorta, "... *perfectamente sensata y patriótica, revelaba que los Pactos de Mayo fueron celebrados contra sus convicciones expresas*"³⁷. Es más, creía firmemente que los Pactos de Mayo se debieron a negociaciones "privadas" entre el ministro argentino Terry y el presidente chileno. Muerto Alcorta, Terry se entendió directamente con Roca. Pero Joaquín V. González sucesor interino de Alcorta ordenó a Terry la suspensión de las negociaciones³⁸.

Por ello "*Los Pactos son la obra de la improvisación y de la desobediencia del ministro argentino en Chile, que capitulando sin condiciones ante las exigencias de esta República, se impuso al gobierno argentino (Terry) por medio de empeños familiares, induciéndolo á subscribir los Pactos. Suyos son todo el mérito ó toda la responsabilidad*"³⁹.

La Revista y Zeballos ¿a qué conclusiones arribaron después de los Pactos de Mayo? Los siguientes artículos nos dieron la clave: uno hacía referencia a lo que podríamos llamar un "equilibrio de poder" o el "juego hegemónico" y, el segundo, a la "hegemónica naval". Ambos fueron partes esenciales de una construcción geopolítica tanto de la política exterior e internacional, como así también de las relaciones exteriores e internacionales de un Estado.

Rómulo Naón afirmó que la negociación no ha sido muy feliz desde el principio en ninguna de sus partes:

*"Me explico que hayamos celebrado pactos de arbitraje tan amplios como los que hemos celebrado con los gobiernos el Uruguay, del Paraguay, de Bolivia y de Italia, porque en definitiva esos países tienen intereses concordantes con el nuestro y los tratados de esta naturaleza que celebremos, servirán para evitar las consecuencias de pequeños rozamientos, de dificultades de detalle que, en un momento dado, pudiesen poner en peligro la cordialidad de relaciones que nos conviene mantener, por razón de esos mismo intereses. Pero, ninguna conveniencia encuentro en celebrarlos con países que tienen fundamentalmente antagónicos, con países cuyas aspiraciones se diferencian de las nuestras de una manera sustancial. Yo entiendo, señor Presidente, que todas las convenciones, que todos los tratados, por perfectos que ellos sean, serán siempre impotentes para mantener la armonía, allí donde existen intereses hostiles"*⁴⁰.

³⁷ Idem. p. 488.

³⁸ Idem. 488.

³⁹ Idem. p. 489.

⁴⁰ NAÓN, RÓMULO S. "Los Pactos con Chile". En: *Revista de Derecho...* Op. Cit. t. 25, 1906. p. 210.

Continuó diciendo que con esa política exterior habíamos logrado que Brasil absorbiera a Uruguay y al Paraguay mientras que Perú y Bolivia estaban despertando la codicia de Chile⁴¹.

La Revista en una nota al pie aclaraba quien era el autor es decir Rómulo S. Naón, publicaba un breve curriculum y que lo publicado había sido expresado en una sesión secreta de la Honorable Cámara de Diputados en 1902. He aquí lo dicho:

“El talento político del doctor Naón está sancionado por los hechos. Sus previsiones se han cumplido. El aislamiento de la República Argentina en Sur América, que él pronosticaba patrióticamente está consumado! Fuimos al Congreso Panamericano [se refiere a la Conferencia] solos! Bolivia y toda la América, con excepción del Perú, van del lado de la dualidad diplomática Brasil-Chile. Ni el Uruguay, ni el Paraguay nos han acompañado!... Bolivia ha caído al fin en la hegemonía de Chile. Los pactos la arrojaron á ella ... El Perú tendrá al fin que decidir su destino sin aquella fuerza compensadora que le comunicaba la influencia moral y diplomática de la República Argentina en América”⁴².

En otro artículo como dijimos hacía referencia a la “hegemonía naval”, en el sentido que dejaba a la República indefensa o mejor dicho, “desarmada” según el criterio del autor y a merced de un posible y muy real competidor por la hegemonía sudamericana y del control del Atlántico sur: el Brasil, el “Otro”.

“Estamos de acuerdo en lo fundamental; el pacto [los Pactos de Mayo] crea una situación irregular y artificial. Pero como su derogación no es aconsejada para proceder respecto de Chile, sino de los nuevos armamentos del Brasil, resulta que si el pacto no es inmediatamente derogado, el país vecino nos llevará dos años de ventaja. El tiempo es un factor importantísimo, á veces decisivo, en una política de simples preocupaciones, como las que aconsejo”⁴³.

En esta cita, Zeballos planteaba el peligro potencial y real de los Pactos para ese momento, dado que cuando él escribió esas palabras ya habían pasado tres años de los Pactos y, la relación con el Brasil había cambiado. Estratégicamente hablando, Zeballos supo que no se podía pelear en dos frentes al mismo tiempo con esa clase de otredad conformándose, y la Argentina sin aliados para equilibrar esa situación. Por ello planteaba en más de una oportunidad la necesidad de entablar

⁴¹ Ibidem.

⁴² Idem. pp. 204-205.

⁴³ ZEBALLOS, ESTANISLAO. “Analecta. Equivalencia naval”. En: *Revista de Derecho...* Op. Cit. t. 21, 1905. p. 157.

un acercamiento con Perú, Bolivia y Uruguay a los fines de tenerlos como posibles aliados y deslizarlos de la posible órbita de Chile y Brasil.

Nos preguntamos ¿Zeballos concibió una posibilidad de acercamiento real hacia Chile, con alguna forma constructiva identitaria? Creemos que no y lo dejó bien claro cuando sentenció: “...es una simplicidad diplomática, a parte de que no existen tales ‘identidades’ ni ‘comunidad’, sino divergencias profundas y políticas de intereses”⁴⁴.

La situación que más adelante vamos a tratar, es el conflicto planteado con el Brasil y el cambio de la otredad, como ya se ha vislumbrado; pero que adquirió otro tipo de causalidad, no fue territorial específicamente, sino de equilibrio armamentístico, aunque íntimamente relacionado con el territorio específicamente con el costo que un Estado debía solventar para la custodia de su soberanía sobre ese espacio de poder donde ejercía justamente su autoridad. Ese despliegue de poder, en ese momento, significaba armamentos. La posesión de ellos tanto cuantitativa como cualitativamente podría significar el triunfo de una estrategia empleada o su fracaso. El tipo de armamentos que resultaron conflictivos para este periodo y que pudieron romper el equilibrio de las fuerzas fue justamente la posesión de armadas navales, sobre todo la modernización de determinadas unidades.

Si bien los Pactos enfrentaron de lleno a la clase dirigente, también las citas anteriores nos confirman quienes verdaderamente hacían la política exterior de la República y como ésta se reflejaba en el pensamiento y los intereses de la oligarquía o parte de ella, y el sello que le imprimía sobre el estilo diplomático y la importancia que le otorgaba el Jefe de Estado.

Como vemos en *La Revista* solamente estos artículos hablaron sobre “la fervorosa polémica desencadenada de los acuerdos de Paz con Chile”⁴⁵. De las disputas en el seno mismo de la clase dirigente, solamente la publicación dio cuenta de estas. Las establecidas entre Pellegrini, Joaquín V. González e Indalecio Gómez, no aparecen de forma directa.

⁴⁴ ZEBALLOS, ESTANISLAO. “Denuncia de tratados”. En: *Revista de Derecho...* Op. Cit. t. 21, 1905. p. 136. Nótese que Zeballos hizo este comentario refiriéndose a lo dispuesto en la Convención General de Paz, Amistad, Comercio y Navegación, firmados por Chile y Argentina en 1855. Y lo trajo del tiempo pretérito para publicarlo justamente en ese momento. Específicamente el comentario lo hizo sobre lo estipulado en el artículo 1.º que decía obligar “...á todo chileno á ser amigo á perpetuidad de todo argentino y viceversa, en virtud de la identidad de sus principios y comunidad de intereses”.

⁴⁵ PARADISO, JOSÉ. “Debates y trayectoria...” Op. Cit. p. 36.

Ante varios traspiés de nuestro cuerpo diplomático en sus enfrentamientos con los ministros chilenos, Zeballos se erigió en portavoz de la opinión pública asumiendo un “Nosotros colectivo”, expresando:

*“La mayor parte de la opinión argentina esta definitivamente persuadida de la existencia del peligro grave [se refiere a la expansión chilena] Solamente un **círculo mercantil** y oficial de Buenos Aires, se empeña en disimular la realidad ó la niega sin razones, exponiendo al país á eventualidades siniestras (...) La bandera está desplegada y antes de dos años resonará en todos los ámbitos de la Nación la tremenda voz popular preguntando á la diplomacia ilusionaria. ¿Dónde están mis territorios? ¡por qué me habéis arrogado al aislamiento y al desprestigio diplomático? (...) Pero mientras este momento reparador llega meditemos los hechos trascendentales que continúa produciendo Chile y cumplamos el deber sagrado de hacer sentir por todos los medios directos ó indirectos á los poderes públicos que el patriotismo argentino no está tranquilo, ni aletargado, y exige que no se desarme la República ni se ponga en peligro su porvenir por una política de confianza inmotivada y de voluptuosidad enervante”⁴⁶.*

Su inquietud es destacable por el tenor del artículo, ya que reflejaba su preocupación por la “pérdida de nuestros territorios” y se erigía en el paladín de la causa nacional. Vuelve a atacar la “política de paz y desarme” que solamente había conseguido el avance chileno (“Otro”) a costa de la Argentina (“Nosotros”)⁴⁷.

También él asume una representación clave, ya que cuando el discurso usado fue en primera persona del plural “Nosotros”, asume un lugar estratégico de poder, se adueña de ese derecho de hablar en nombre del “pueblo” a decir su unánime voluntad y designar sus enemigos. Derecho, que se arrogó que le devenía de su pertenencia social a un grupo determinado.

Un análisis aparte merece el artículo que con el título de “Armamentos navales del Brasil”, publicado en el tomo 20 del año 1904 y de autoría de Zeballos manifiesta el paso de una otredad a otra. El artículo comenzó con una referencia al proyecto de ley de creación de una escuadra de mar moderna, presentado en el Congreso del Brasil que analizaremos más adelante. En el medio de la construcción discursiva cambió de tema desarrollando la fundamentación de su oposición a los

⁴⁶ ZEBALLOS, ESTANISLAO. “Ilusionados diplomáticos”. En: *Revista Derecho...* Op. Cit. t. 2, 1898. pp. 499-502. Las negritas son nuestras.

⁴⁷ ZEBALLOS, ESTANISLAO. “Complicaciones internacionales.” En: *Revista Derecho...* Op. Cit. t. 6. 1900. p. 156.

Pactos de Mayo y a los mecanismos de arbitraje como medio de solución de conflictos “inexistentes”. La cita que a continuación transcribimos en dos partes, dado que una hacía a la temática de los Pactos y la otra al conflicto planteado con el Brasil. El discurso de Zeballos se estructuraba a partir de la respuesta dada por sus amigos del Congreso que aprobaron los Pactos pero que cuando él les preguntó si los habían leído estos respondieron negativamente⁴⁸. Entonces opinó que:

*“Los hechos de la política internacional comprobarán penosamente que los pactos son malos, porque no se logrará los resultados previstos; porque no pudo obtenerse el mismo resultado con sacrificios menores; y que no merecen complacientes laureles sino fundadas críticas sus inspiradores y redactores. Los gobiernos europeos y sus mismos representantes en Buenos Aires son de esta opinión, por más que la callen á nuestra cancillería. Ninguna nación organizada, ningún diplomático avisado, conciben que un país –no vencido– suscriba pactos que limiten su soberanía, que coarten su acción política en el exterior, que suspendan **protempore** el derecho de proveer á su propia seguridad y que entreguen estas cuestiones de vida nacional al arbitraje de una gran potencia, que además, nos presta sus capitales! Los grandes imperios y reinos europeos (el árbitro inclusive) nos dan por unanimidad en sus tratados y en sus actos otra solución: **las cuestiones graves, de soberanía, de decoro, de influencia política, de futuro nacional, no son materia de arbitraje.** “ (...) La razón es obvia. La política exterior de un estado no obedece jamás á reglas preexistentes é inflexibles, porque no le es posible dominar inspiraciones de los hombres que dirigen la marcha de los otros países, ni por consiguiente, fijar la dirección de sus actos. La política exterior debe estar desembarazada para acompañar los sucesos y los hombres, y manifestarse de acuerdo con las circunstancias bajo las aspiraciones generales que orientan la vida de cada estado. (...) Los tratados internacionales no pueden afectar esta libertad de acción, sin que la seguridad nacional quede amenazada o destruida. (...) Es notorio que el gobierno inglés ha ejercido presión sobre las repúblicas Argentina y de Chile para que celebraran pactos con cláusulas que el mismo Imperio Británico rehusaba á suscribir en Europa poco después”⁴⁹.*

Creemos que era evidente su postura sobre los Pactos, pero también evidente su postura sobre el arbitraje. Ésta fue así solamente cuando el “Otro” llevaba a la Argentina a una situación conflictiva que solamente pudo ser solucionada por medio de este mecanismo de solución de controversias limítrofes en este caso; pero si en el suceso fuese conveniente el mismo Zeballos reclamaba el mecanismo del ar-

⁴⁸ ZEBALLOS, ESTANISLAO. “Armamentos Navales del Brasil”. En: *Revista de Derecho...* Op. Cit. t. 20, 1904. p. 289.

⁴⁹ Idem. pp. 290-291. Resaltado en el original.

bitraje. Paradoja si, pero esa era una de las posibilidades del ejercicio de la llamada alta política. También fue un ferviente alegato en defensa del ejercicio del poder soberano de un Estado, a la par que una confirmación que en el mundo de las relaciones internacionales están quienes mandan y quienes obedecen, quienes son hegemónicos y quienes no.

Cuando se creyó que la situación con Chile se había solucionado por lo logrado por medio de los Pactos, un nuevo reclamo del "Otro" apareció certeramente en *La Revista*. Este nuevo reclamo tuvo la particularidad de haber sido sobre una temática territorial y a la vez un lugar geoestratégico. Nos referimos al reclamo sobre las "Islas Nuevas y Picton situadas en la boca oriental del canal del Beagle, el más estratégico de los del sur, que contrabalancea la posesión misma de Magallanes. Aquellas islas son sus llaves maestras, y entregadas á Chile anularían de una manera absoluta la eficacia de la propiedad de la parte del canal reconocida á nuestro país"⁵⁰.

La situación de reclamo de las Islas se mantuvo oculta, en sus partes sustanciales, por un periodo considerable, por parte del gobierno argentino, como lo señalaba Zeballos. Ante esa situación el ex Canciller aconsejaba que todo el asunto se diera a publicidad inmediatamente, dado que ya había salido a luz en Chile por la prensa de ese país. Ante la negativa del gobierno, Zeballos publicaba en *La Revista* el siguiente texto:

*"...La publicación oficial esperada no ha sido hecha... no habiendo tenido tiempo el nuevo ministro de relaciones exteriores de reunir los antecedentes dispersos en los archivos y bibliotecas para examinarlos (...) Acaso mi palabra, fundada en actos personales y en el dominio pleno del asunto, pueda influir para evitar á la nación un nuevo fracaso internacional y cierto enfriamiento de las relaciones con Chile. La doy, por eso, con toda franqueza"*⁵¹.

Zeballos consideraba la importancia estratégica del canal vital para la Argentina, además de separar áreas de influencia sobre los océanos. A pesar, que no estaba de acuerdo con este principio acordado ya por medio de los Pactos de Mayo. Tal era la importancia que le asignaba al Canal que lo comparó con la situación estratégica de Suez y lo sucedido a los franceses en manos de los británicos por la tenencia de la isla Perim, isla que selló la posesión, en cierta forma, del Canal. Si la Argentina perdía la soberanía sobre la isla Picton, dejaba de tener el

⁵⁰ ZEBALLOS, ESTANISLAO. "Analecta. Complicaciones internacionales". En: *Revista de Derecho ... Op. Cit.* t. 20, 1904. p. 311.

⁵¹ ZEBALLOS, ESTANISLAO. "Incidentes con Chile. Sobre las islas Nueva y Picton". En: *Revista de Derecho...* Op. Cit. t. 20, 1905. pp. 461-462.

poder soberano sobre el canal, al perderlo perdía la tenencia estratégica del mismo en manos del "Otro"⁵².

Vemos, nuevamente, como Zeballos y *La Revista* se erigieron como baluartes de los intereses de la nación, Zeballos aparecía como el único conocedor de la situación internacional y también como el único posible de llevar a buen recaudo los intereses de la República.

La problemática del Beagle llevó a varios enfrentamientos serios entre Argentina y Chile, tanto en los años 1897, 1898 y 1978. En esas oportunidades la concreción de un enfrentamiento bélico pudo apenas ser frenado. El "Otro" casi se tornaba en un "enemigo" real en el campo de la guerra. Recién en mitad de la década de 1980 el conflicto limítrofe fue solucionado con la mediación de la Santa Sede. A pesar de la oposición de recurrir a este tipo de procedimientos donde no siempre a decir de Zeballos la Argentina salía beneficiada.

Bibliografía:

- ANDERSON, BENEDICT. "Comunidades imaginadas. Reflexiones sobre el origen y la difusión del nacionalismo". Ed. Fondo de Cultura Económica. México, 1997.
- ANSALDI, WALDO y MORENO, JOSÉ LUIS. "Estado y sociedad en el pensamiento nacional". Ed. Cántaro. Buenos Aires, 1989.
- BARBÉ, ESTHER. "Las relaciones internacionales". Ed. Tecnos, Madrid, 1998.
- CAMPOS DE ALMEIDA, TÂNIA MARA. "A invenção do Estado-Nação e o caso brasileiro. En: *Revista Multipla*. v.3(4) n. 71-83. Brasilia, 1998.
- CASTORIADIS, CORNELIUS. "La institución imaginaria de la sociedad". t. 1 y t. 2. Tusquets Editores. Buenos Aires, 1993.
- CISNEROS, ANDRÉS y ESCUDÉ, CARLOS. "Historia General de la Relaciones Exteriores de la República Argentina". Parte I, t. I. Parte II. Ed. Nuevo Hacer. Buenos Aires, 1998
- "Historia General..." Op. Cit. Parte II, tt. VII y VIII. Ed. Nuevo Hacer. Buenos Aires, 1999.
- CORNBLITT, OSCAR E.; GALLO, EZEQUIEL y O'CONNELL, ALFREDO A. "La Generación del '80 y su proyecto: antecedentes y consecuencias". En: Torcuato Di Tella Comp. *Argentina Sociedad de masas*. Ed. Eudeba. Buenos Aires, 1965.
- ETCHEPAREBORDA, ROBERTO. "Historia de las relaciones internacionales argentinas". Ed. Pleamar. Buenos Aires, 1978.
- "Zeballos y la Política Exterior Argentina". Ed. Pleamar. Buenos Aires, 1982.
- FERRARI, GUSTAVO. "Conflicto y paz con Chile". Ed. Eudeba. Buenos Aires, 1968 y GALLO, EZEQUIEL. comp. "La Argentina del ochenta al Centenario". Ed. Sudamericana. Buenos Aires, 1980.

⁵² Idem. pp. 644-645.

- GARCIA COTARELO, RAMÓN. (comp). "Introducción a la teoría del Estado". Ed. Taide, Barcelona, 1981.
- HALPERIN DONGHI, TULLIO. "Historia Contemporánea de América Latina". Alianza Editorial. Buenos Aires, 1986.
- HOBBSBAWM, ERIC J. "La era del imperio, 1875-1914". Ed. Crítica. Buenos Aires, 1998.
- and RANGER, TERENCE. "The Invention of Tradition". Ed. Canto. Cambridge, 1999.
- JELLINEK, GEORG. "Teoría General del Estado". Ed. Albatros. Buenos Aires, 1978.
- LASAGNA, MARCELO. "Cambio institucional y política exterior: un modelo explicativo". En: *Afers Internationals*. n. 32. Barcelona, s/f.
- LANÚS, JUAN ARCHIVALDO. "La causa argentina". Ed. Emecé. Buenos Aires, 2002.
- MABRAGAÑA, H. "Los mensajes". Buenos Aires, 1910.
- OSZLAK, OSCAR. "Formación histórica del Estado en América Latina. Elementos teóricos metodológicos para su estudio". Ed. CEDES. Buenos Aires, 1986.
- "La formación del Estado Argentino". Ed. Belgrano. Buenos Aires, 1990.
- PARADISO, JOSÉ. "Debates y trayectoria de la Política Exterior Argentina". Grupo Editor Latinoamericano. Buenos Aires, 1993.
- PIÑERO, NORBERTO. "La Política Internacional Argentina". Ed. Jesús Méndez. Buenos Aires, 1924.
- RUIZ MORENO, ISIDORO. "Historia de las relaciones exteriores argentinas (1810-1955)". Ed. Perrot. Buenos Aires, 1964.
- RUIZ MORENO, ISIDORO. "Historia de las relaciones exteriores argentinas (1810-1955)". Ed. Perrot. Buenos Aires, 1961.
- SANZ, SANTIAGO. "Historia Argentina contemporánea, 1862-1930: la historia diplomática, desde la presidencia de Mitre, 1862, hasta 1930". En: *Academia Nacional de la Historia*. t. V. Ed. El Ateneo. Buenos Aires, 1964.
- SATAS, HUGO R. "Una política exterior argentina". Ed. Hypamérica. Buenos Aires, 1987.
- SHAW, ENRIQUE E. "Zeballos y la imaginación de Argentina, 1898-1906". Ed. Advocatus. Córdoba, 2003 y JUÁREZ CENTENO, CARLOS. "La relación entre la Argentina y los Estados Unidos en época de la Conferencia Panamericana de Río de Janeiro de 1906. Una lectura desde *La Revista de Derecho, Historia y Letras*". En *Escenarios y nuevas construcciones identitarias en América Latina*. UNC. UNVM. Córdoba, 2004.
- "Inmigración y ciudadanía: un problema del '900: estudio comparado entre *La Revista de Derecho, Historia y Letras* y las tesis doctorales presentadas a la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba". En: *Anuario*. n. VII. CIJS. UNC. 2004.
- "A(r)mandonos: Alta Política en le escenario internacional, 1898-1914". En: *Anuario*. n. VIII, CIJS. UNC, 2005.
- SOLVEIRA, BEATRIZ. "La evolución del Servio Exterior Argentino entre 1852 y 1930". Ed. Centro de Estudios Históricos. Córdoba, 1997.
- "La política internacional: relaciones exteriores y cuestiones limítrofes (1862-1914)". Apartado de la "Nueva Historia de la Nación Argentina". t. V. Ed. Planeta, Buenos Aires, 2000.
- SMITH, ANTHONY. "La identidad nacional". Trama editorial. Madrid, 1997.

Fuentes y repositorios:

Revista de Derecho, Historia y Letras. Años 1898 a 1914. (Hemeroteca de la Facultad de Derecho y Cs. Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba y hemeroteca del ex Instituto de Estudios Americanistas, biblioteca de la Facultad de Filosofía y Humanidades de la Universidad Nacional de Córdoba).

Memorias del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto. años 1898 a 1914. (Archivo General de La Nación. Biblioteca del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de La Nación. Biblioteca del Congreso de La Nación).

Compendio de Legislación Argentina 1898/1914. (Biblioteca de la Legislatura de la Provincia de Córdoba y Hemeroteca de la Facultad de Derecho y Cs. Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba).



CUENCA DEL PLATA E HIDROVÍA PARAGUAY-PARANÁ. PROYECCIONES DEL TRANSPORTE FLUVIAL

Por Verónica Zamzem ()*

Resumen: Los países integrantes de la Cuenca del Plata tienden a la conformación de redes multimodales de transporte que faciliten la utilización de vías terrestres, fluviales, marítimas y aéreas. Debe darse prioridad al aprovechamiento de las vías fluviales que promuevan el desarrollo integral de las áreas de influencia, debido a que la navegación fluvial es un elemento constitutivo de un sistema integral de transporte que culmina en la concreción del multimodalismo, y conjuntamente con el desarrollo energético y de las comunicaciones constituyen factores esenciales del desarrollo económico y social de esta región. En ese contexto, el eje fluvial Paraguay-Paraná es una herramienta dinamizadora de los procesos de integración sudamericanos.

Palabras Claves: Cuenca del Plata – Hidrovía Paraguay-Paraná – Transporte fluvial – Integración regional – Redes multimodales

1. Introducción

Los países sudamericanos y especialmente los que forman parte del proceso de integración Mercosur¹ dirigen sus esfuerzos en materia

* Abogada. Doctoranda. Docente Investigadora Categoría III de la SPU (Secretaría de Políticas Universitarias) del Ministerio de Educación, Ciencia y Tecnología de la Nación, Profesora Titular Encargada de Derecho de la Navegación, Transportes y Comunicaciones, 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. Prosecretaria de Ciencia y Técnica de la Facultad de Derecho y Cs. Sociales. Universidad Nacional de Córdoba. Ex Prosecretaria de Postgrado de la Facultad de Derecho y Cs. Sociales, Universidad Nacional de Córdoba. Miembro Titular del Instituto de Estudios Marítimos (IDEM). Miembro Titular del Ateneo del Transporte. Miembro Titular y Secretaria de European Community Studies Association ECSA-Argentina. Miembro Titular y Directora Sección Derecho de la Integración de la Asociación Argentina de Derecho Internacional (AADI)).

¹ Los Estados Parte del MERCOSUR son: Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay y Venezuela y son países asociados Chile y Bolivia.

de infraestructura de transportes a la conformación de redes multimodales que permitan una articulación de las vías terrestres, aéreas, marítimas y fluviales. Esta visión estratégica tiende a facilitar y otorgar mayor dinamismo en las zonas de fronteras al tránsito de personas, vehículos y mercaderías, que redundan en una actividad comercial fluida y competitiva, para la que resulta imperioso obtener un descenso en el valor de los fletes.

Los altos costos del transporte carretero, como también las demoras que se producen en las fronteras terrestres –debidas fundamentalmente a trámites burocráticos que deben cumplirse–, inciden negativamente en la competitividad de los productos originarios de los países del MERCOSUR. Asimismo, en este contexto es dable observar el deterioro sufrido por la red ferroviaria sudamericana, como el bajo nivel de aprovechamiento de las vías fluviales existentes, situación que en nada contribuye a lograr la tan necesaria integración económica regional. Es por ello que una de las alternativas considerada como más eficiente es la utilización del transporte fluvial, que combinado con el transporte terrestre, puede lograr adecuadas operaciones de transporte internacional.

Los principales beneficios de la utilización del transporte fluvial se advierten en la reducción de los costos de transporte y en el uso sustentable del recurso hídrico, ya que es el que produce el menor impacto ambiental; al propio tiempo disminuye considerablemente el empleo de combustibles fósiles por parte del transporte carretero, atenuándose en consecuencia la emisión de gases tóxicos hacia la atmósfera, contribuyendo al mejoramiento de la calidad de vida en general.

En función de la situación expuesta, los países sudamericanos intentan revertir las dificultades apuntadas a través de la implementación de programas directamente vinculados a la infraestructura física²; entre ellos analizaremos en esta oportunidad, los objetivos propuestos en el Tratado de la Cuenca del Plata y en el Acuerdo de la Hidrovía Paraguay-Paraná, que forman parte actualmente de la Iniciativa de Integración Regional Sudamericana (IIRSA).

2. La Cuenca del Plata

2.1. Aspectos Generales

La Cuenca del Plata está constituida por tres extensos cursos de agua: el Río Paraná, con 4352 Km; el Río Paraguay, con 2459 Km; el Río

²ZAMZEM, VERÓNICA. "EL TRANSPORTE COMO FACTOR DE INTEGRACION", *Anuario IX*. Publicación del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Dere-

Uruguay, con 1600 Km, y el Río de la Plata que posee el estuario más grande del mundo, cuyo límite exterior, en su frente marítimo, mide 256 Km. Esta Cuenca contiene asimismo al Acuífero Guaraní, una de las mayores reservas de agua dulce del planeta, objeto de análisis y debates en la actualidad debido a su gran importancia para la población en términos de provisión de agua dulce.

La Cuenca del Plata se extiende por los territorios de Argentina, Bolivia, Brasil, Paraguay y Uruguay, abarca aproximadamente 3.100.000 Km², y es considerada la quinta cuenca del mundo en razón del área geográfica que ocupa.

En este amplio espacio geográfico se encuentra una de las mayores producciones mundiales de cereales, recursos forestales, café y ganadería de alta calidad; también existen reservas y producción de mineral de hierro, estaño y bauxita, entre otros recursos naturales.

2. 2. Marco Jurídico

El Tratado de la Cuenca del Plata reconoce dos antecedentes inmediatos:

- a) La Declaración Conjunta de Buenos Aires del 27 de febrero de 1967³, en cuyo art. 1 los Estados expresaron su voluntad de llevar a cabo el estudio conjunto e integral de la Cuenca del Plata con miras a implementar un programa de obras multinacionales, binacionales o nacionales, para lo cual se decidió constituir el Comité Intergubernamental Coordinador (CIC), y establecer temas prioritarios;
- b) El Acta de Santa Cruz de la Sierra del 20 de mayo de 1968⁴, por la que se aprueba el Estatuto del Comité Intergubernamental Coordinador y, a la vez, se le encomienda al Comité la elaboración de un Proyecto de Tratado del Río de la Plata, con el objetivo de solucionar las diferencias limítrofes entre Argentina y Uruguay. Asimismo, en el Acta de Santa Cruz de la Sierra se convino el establecimiento de un servicio hidrográfico y meteorológico que provea información sobre lluvias y sistema de aguas de los ríos Paraguay, Paraná, Uruguay y de la Plata, como también de sus afluentes principales; la moderni-

cho y Ciencias Sociales de la UNC, M.E.L. Editor, Marzo de 2007, ISBN 978-987-03-1035-8, p. 319-331, Córdoba, Argentina.

³ Primera Reunión de Cancilleres de la Cuenca del Plata, Buenos Aires, Argentina.

⁴ Segunda Reunión de Cancilleres de la Cuenca del Plata, Santa Cruz de la Sierra, Bolivia.

zación de los puertos de Buenos Aires (Argentina), Montevideo, Santa Lucía (Uruguay), Asunción (Paraguay) y Río Grande do Sul (Brasil), y la construcción de un puerto sobre el Río Paraguay para facilitar que Bolivia pueda exportar el mineral de hierro y manganeso provenientes de El Mutún; la planificación del proyecto hidroenergético de Salto Grande, y la planificación y desarrollo de conexiones viales, ferroviarias y sistemas de comunicaciones entre los países miembros de la Cuenca.

Finalmente, en la Tercera Reunión de Cancilleres, celebrada en Brasilia el 23 de abril de 1969, se firma el Tratado de la Cuenca del Plata⁵, que entró en vigor el 14 de agosto de 1970⁶.

Entre sus objetivos se expresa que la acción mancomunada de los Estados integrantes permitirá el desarrollo armónico y equilibrado de los recursos naturales de la región, así como la utilización racional de los mismos para asegurar su preservación para las generaciones futuras.

El art. 1º del Tratado dispone que, con el objeto de promover la integración física de la Cuenca del Plata y sus áreas de influencia, se realizarán estudios, programas, obras, y se diseñarán instrumentos jurídicos que propendan, entre otras cosas, a:

- a) la facilitación y asistencia en materia de navegación;
- b) la utilización racional del recurso agua, especialmente a través de la regulación de los cursos de agua y su aprovechamiento múltiple y equitativo;
- c) la preservación y el fomento de la vida animal y vegetal;
- d) el perfeccionamiento de las interconexiones viales, ferroviarias, fluviales, aéreas, eléctricas y de telecomunicaciones.

Para la consecución de sus objetivos se creó en 1974 el Fondo Financiero de Desarrollo de la Cuenca del Plata (FONPLATA)⁷, se trata de un ente autónomo destinado a financiar los estudios, programas, proyectos y obras en el marco del art. 1 del Tratado.

⁵ Los Cancilleres que suscribieron el Tratado fueron: Nicanor Costa Méndez (Argentina), Víctor Hoz de Vila (Bolivia), José Magalhaes Pinto (Brasil), Raúl Sapena Pastor (Paraguay) y Venancio Flores (Uruguay)

⁶ Aprobado por Ley 18590, del 06-02-1970, publicada en el Boletín Oficial el 11-03-1970.

⁷ VI Reunión Ordinaria de Cancilleres, 12-06-1974, Buenos Aires, Argentina

Varios años después, teniendo en cuenta las previsiones de crecimiento que experimentarían las economías regionales a partir de la firma del Tratado de Asunción⁸, se advirtió la necesidad de potenciar, en el marco de este Tratado, el eje fluvial conformado por los ríos Paraguay y Paraná, que era analizado desde 1987 como Programa de la Hidrovía Paraná-Paraguay a fin de recuperar la red fluvial de navegación de la Cuenca del Plata, por ser una herramienta dinamizadora de la economía y el intercambio internacional dentro del esquema de MERCOSUR.

La conformación natural de estos dos ríos ha permitido su utilización desde la época colonial, ya que comunican a los cinco países integrantes de la Cuenca del Plata desde el interior de Sudamérica en una complementación fluvial y marítima que los conecta con el resto del mundo.

3. Hidrovía Paraguay-Paraná

3.1. Aspectos Generales

El Acuerdo de Transporte Fluvial de la Hidrovía, denominado Acuerdo de Santa Cruz de la Sierra, fue suscripto el 26 de junio de 1992⁹, en Las Leñas (Mendoza-Argentina) por los Presidentes y los Cancilleres de los países de la Cuenca del Plata. Comprende los ríos Paraguay y Paraná, los brazos de desembocadura de este último y el Canal Tamengo, afluente del Paraguay; se extiende desde Puerto de Cáceres (Brasil) hasta Nueva Palmira (Uruguay), con una longitud de 3442 Km.

Los primeros 890 Km. de la Hidrovía discurren en territorio exclusivamente brasileño, hasta que el río Paraguay conforma la frontera entre Bolivia y Brasil (48 Km), y aguas más abajo entre Paraguay y Brasil (557 Km). Desde la desembocadura del río Apa se interna en territorio paraguayo, donde recibe la afluencia del río Pilcomayo y, a partir de allí, constituye la frontera entre Paraguay y Argentina (375 Km). Desde el punto de Confluencia donde se unen el Paraguay y el Paraná, la Hidrovía recorre 1240 Km. en territorio argentino hasta Nueva Palmira, en Uruguay, donde finaliza.

Desde su nacimiento en el Gran Pantanal brasileño, a través del territorio de los cinco países pertenecientes a la Cuenca del Plata, el eje

⁸ Tratado para la constitución de un Mercado Común entre la República Argentina, la República Federativa del Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay (MERCOSUR). suscripto en la ciudad de Asunción (República del Paraguay) el 26 de marzo de 1991.

⁹ Aprobado en Argentina por Ley 24385/94, en Bolivia por Decreto Supremo 23484/93, en Brasil por Decreto Legislativo 32/94, en Paraguay por Ley 269/93, en Uruguay por Decreto 238/93, entró en vigencia el 13-03-1995, luego de su protocolización en ALADI.

Paraná-Paraguay posee el sistema de humedales de agua dulce más extenso del planeta.

3.2. Marco Jurídico

El marco jurídico en que se inscribe este Acuerdo es el Tratado de Brasilia de 1969 (Tratado de la Cuenca del Plata), y la Resolución N° 238 de la XIX Reunión de Cancilleres de la Cuenca. La Secretaría General de la ALADI es la depositaria del mismo¹⁰.

Según dispone su Art. 1º, el Acuerdo tiene por objeto facilitar la navegación y el transporte comercial fluvial longitudinal en la Hidrovía Paraguay-Paraná (Puerto de Cáceres-Puerto de Nueva Palmira), en el ámbito del Tratado de la Cuenca del Plata, mediante el establecimiento de un marco normativo común que favorezca el desarrollo, modernización y eficiencia de dichas operaciones, y que facilite y permita el acceso en condiciones competitivas a los mercados de ultramar.

De acuerdo al art. 3, sus disposiciones son aplicables a la navegación, el comercio y el transporte de bienes y personas que se realicen utilizando la Hidrovía, quedando exceptuados de sus disposiciones el paso de buques de guerra y otras embarcaciones que realizan actividades no comerciales, como así también el transporte fluvial transversal fronterizo; a su vez, establece que las actividades mencionadas se registrarán por los tratados y normas existentes o que se concierten en el futuro entre los países ribereños de la Hidrovía o entre estos y terceros países.

Conjuntamente con el Acuerdo, que consta de treinta y seis artículos, se firmaron seis Protocolos Adicionales:

1. de Asuntos Aduaneros, que regula las condiciones técnicas de las unidades de transporte, precintos aduaneros, declaración de las mercancías, régimen de responsabilidad, garantías y formalidades aduaneras.

2. de Navegación y Seguridad, regula cuestiones de seguridad relativa a las embarcaciones, a la carga y al personal embarcado; la utilización de las vías navegables; la seguridad relativa a la navegación propiamente dicha y a los puertos; la prevención, reducción y control de la contaminación de las aguas ocasionada por los buques, las embarcaciones y sus operaciones en la hidrovía.

3. sobre Condiciones de Igualdad de Oportunidades para una Mayor Competitividad, en el que se impone la adopción de normas y criterios homogéneos en materia de tratamientos arancelarios y no aran-

¹⁰ Art. 36 del Acuerdo de Santa Cruz de la Sierra.

celarios, subsidios, dotaciones de seguridad, suministro de servicios; y exigencias y procedimientos para la contratación de personal y matriculación de embarcaciones.

4. *de Seguros*, contiene previsiones acerca de los riesgos asegurable, los sistemas de contralor y el ámbito de cobertura de las pólizas.

5. *de Solución de Controversias*, que establece dos regímenes: a) para los conflictos entre los países signatarios del Acuerdo, y b) para el reclamo de particulares. En el primer caso, y frente el fracaso de las negociaciones directas ante la Comisión del Acuerdo y el Comité Intergubernamental, se fija un procedimiento arbitral que incluye la cláusula compromisoria por la cual se reconoce la jurisdicción del Tribunal para conocer y resolver, y se asume la obligación de cumplir sus laudos y otras decisiones que pudiere dictar. En el segundo caso, ante el agotamiento de las instancias administrativas nacionales y de los órganos del Acuerdo, establece un régimen de convocatoria a un grupo de especialistas, con efectos semejantes a los establecidos por el Protocolo de Brasilia en el MERCOSUR.

6. *de Cese Provisorio de Bandera*, en el que se contempla la posibilidad que los países signatarios del Acuerdo adopten regímenes de excepción en la materia, durante los primeros dos años de vigencia del mismo.

Posteriormente, el 9 de diciembre de 2004, se firmó el *Séptimo Protocolo Adicional*, que prorroga la vigencia del Acuerdo de Santa Cruz de la Sierra y sus Protocolos Adicionales, por un período de quince años, a partir del 13 de febrero de 2005.

3.3. Estructura y funcionamiento

El objeto del Acuerdo es facilitar la navegación y el transporte comercial fluvial y longitudinal en los cursos de agua que conforman la Hidrovía, como columna vertebral de integración regional, para lo cual los países firmantes se reconocen recíprocamente la libertad de navegación y de tránsito, transferencia, trasbordo, alije y depósito de cargas.

Asimismo, se determinan los órganos¹¹ que permitirán el funcionamiento de este sistema fluvial, a saber:

1. El Comité Intergubernamental de la Hidrovía (CIH), está encargado de adoptar las decisiones políticas; integrado por funcionarios de los gobiernos de los Estados miembros, para sesionar debe contar con la presencia de las cinco delegacio-

¹¹ Art. 22 del Acuerdo de Santa Cruz de la Sierra.

nes y sus decisiones deben ser adoptadas por unanimidad. Actúa en segunda instancia en la solución de controversias planteadas entre los Estados derivadas de la aplicación o cumplimiento del Acuerdo.

El Comité está apoyado por Grupos de Trabajo que cumplen funciones de carácter técnico, referidas a la compatibilización de normas, al seguimiento de los estudios ambientales, la seguridad de la navegación y la ejecución de las obras previstas.

2. La Comisión del Acuerdo es un órgano técnico que debe efectuar el seguimiento del desarrollo de los objetivos del Acuerdo y sus documentos complementarios, y aplicar sus disposiciones, como también actuar en primera instancia en la solución de controversias frente a discrepancias de interpretación o aplicación del mismo.

3. Con posterioridad se crea el Consejo Consultivo, en cuyo ámbito participan los representantes de la sociedad civil, pudiendo proponer o sugerir al Comité acciones vinculadas a los aspectos institucionales, organizativos, operativos y jurídicos del Programa Hidrovía.

En la elaboración de las acciones del Programa Hidrovía se ha contado con la asistencia técnica y financiera del FONPLATA, del Banco Interamericano de Desarrollo (BID), y la participación de expertos pertenecientes al Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD).

4. Proyecciones de la hidrovía

El continente europeo posee aproximadamente 26.000 Km. de hidrovías navegables, 30% de las cuales son artificiales; este sistema, complementado con el modo carretero y el ferroviario, ha contribuido de manera determinante al extraordinario desarrollo económico y social de la Unión Europea¹².

En el continente americano se destacan los 40.000 Km. de hidrovías que posee Estados Unidos y por las cuales circulan alrededor del 30% del total de mercaderías transportadas en ese país.

¹² Francia posee 9500 Km de vías fluviales navegables; Alemania 4400Km; Holanda 4800 Km; y Bélgica posee 2300Km.

En el caso de la Hidrovía Paraguay-Paraná, el beneficio directo más esperado y notorio es la disminución del costo del transporte, ya que la utilización de esta vía fluvial ha hecho descender en más de un 50% el valor de los fletes, lo que se traduce en una mayor competitividad de la producción regional, como también la reducción del tiempo insu- mido en el transporte y en las operaciones de estiba y desestiba de la carga, con una importante incidencia en el precio final de la mercadería.

Por otra parte, la utilización de la Hidrovía reduce el consumo de combustibles necesarios para el transporte carretero, con el consi- guiente beneficio en la preservación del medio ambiente.

El *hinterland* de la Hidrovía, es decir su área de influencia¹³, se ve beneficiado al potenciarse los recursos naturales, generando venta- jas competitivas que impactan de manera positiva en las poblaciones de la zona que ven en la integración de las regiones limítrofes una posi- bilidad cierta de desarrollo.

La ejecución de las obras previstas para permitir la navegación segura en la Hidrovía, que incluyen obras de mejoramiento de las vías navegables, balizamiento, canalización, dragado y reconversión de puer- tos, requirieron grandes inversiones, tanto públicas como del sector privado, que se tradujeron en reducción del costo de los fletes; mayor movimiento de carga general (mercadería a granel de origen agrícola, mineral, maderas, pasta celulósica, etc.) y de contenedores; incorpora- ción de nuevas tecnologías y procedimientos en el transporte; potenciación de los corredores bioceánicos e incremento del transporte mul- timodal.

No obstante haberse avanzado en la implementación del Pro- grama, es necesario realizar obras que posibiliten navegar aguas arriba, para lo cual deberán aunarse esfuerzos de los sectores públicos y priva- dos. En junio de 2004 finalizó el estudio legal, técnico, ambiental y eco- nómico sobre las obras de mejoramiento de la Hidrovía en el tramo comprendido entre Santa Fe (Km. 590) y Corumbá (Km. 2770), realiza- do con la participación del PNUD, que pretende asegurar en ese tramo aguas arriba un calado uniforme de 10 pies y el balizamiento entre Corumbá y Nueva Palmira, lo que permitirá la navegación continua de los convoyes de barcazas, incluso durante los períodos de aguas bajas. La inversión prevista inicialmente para estas obras asciende a 100 mil- llones de dólares.

La Iniciativa para la Integración Regional Sud Americana (IIR- SA) es un Programa del que participan doce países sudamericanos: Ar- gentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Guyana, Paraguay,

¹³ El hinterland abarca 3.200.000 Km² y 40.000.000 de habitantes.

Perú, Surinam, Uruguay y Venezuela; fue creada a partir de la Primera Reunión de Presidentes de América del Sur celebrada en Brasilia durante el año 2000, con el objetivo de promover la integración física en las áreas de transporte, telecomunicaciones y energía, sin descuidar el desarrollo sostenible de la región¹⁴. El desarrollo de su Plan de Acción, aprobado en la reunión de Brasilia, está basado en dos pilares: los Ejes de Integración y Desarrollo (EID), y los Procesos Sectoriales de Integración (PSI).

Los Ejes de Integración y Desarrollo (EID) están constituidos por franjas de territorios abarcativos de varios Estados, en los que se concentran flujos comerciales actuales y potenciales. Para la determinación de los Ejes de Integración y Desarrollo, fueron tenidos en cuenta los proyectos que se encontraban en vías de ejecución, –tal el caso de la Hidrovía Paraguay-Paraná–, los que sirvieron de base para establecer ámbitos de acción y prioridades en el diseño y ejecución de los proyectos que conforman esta Iniciativa. En las reuniones de los organismos técnicos posteriores a la constitución de IIRSA, se acordó la conformación de diez Ejes de Integración y Desarrollo, entre los que se encuentra el Eje Hidrovía Paraguay-Paraná.

Con posterioridad, durante la III° Cumbre Presidencial Sudamericana, celebrada en Cuzco (Perú), en diciembre de 2004¹⁵, se aprueba la Agenda de Implementación Consensuada 2005-2010 y la Cartera de Proyectos IIRSA, que incluye a la Hidrovía entre sus proyectos prioritarios.

La amplia superficie geográfica de América del Sur sigue siendo un espacio fragmentado, en el que el tema del transporte y sus costos posee relevancia ante el crecimiento del comercio entre los países de la región, y entre éstos y terceros países, ya que la integración en el área de transporte es considerada un motor de la integración regional en América del Sur, en la que debe darse preferencia a la configuración de redes multimodales que articulen de manera eficaz las vías terrestres y fluviales, que son las más usadas en el comercio intrazona, complementándola con las marítimas y aéreas que resultan imprescindibles para el intercambio comercial con el resto del mundo. Dentro de este esquema, la Hidrovía Paraguay-Paraná se constituye en un factor de gran importancia estratégica para los países por los que discurren estos cursos de agua.

¹⁴ Cf. Zamzem, Verónica. "EL TRANSPORTE COMO FACTOR DE INTEGRACION", *Anuario IX*. Publicación del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNC, M.E.L. Editor, Marzo de 2007, ISBN 978-987-03-1035-8, p. 319-331, Córdoba, Argentina.

¹⁵ En esta reunión se conformó la Comunidad Sudamericana de Naciones (CSN)

La creación del MERCOSUR ha provocado una notoria intensificación de los flujos comerciales y de las inversiones en el espacio integrado, de allí que la razón de ser de la Hidrovía Paraguay-Paraná es coadyuvar al proceso de integración regional facilitando la integración física y económica a través de la implementación de servicios de transporte y comunicaciones eficientes y adecuadas; su importancia radica en que la navegación fluvial es un elemento constitutivo de un sistema integral de transporte que culmina en la concreción del multimodalismo, y conjuntamente con el desarrollo energético y de las comunicaciones constituyen factores esenciales del desarrollo económico y social de esta región.



SECCIÓN IV
ENSEÑANZA

LA INTERDISCIPLINARIEDAD EN LA EDUCACIÓN UNIVERSITARIA

Ana María Cortés de Arabia¹

La enseñanza en la universidad ha de constituir un proceso de búsqueda, construcción científica y crítica al conocimiento construido.

(Garrido y Camargos)²

Resumen: El artículo se refiere a la influencia que posee en la educación la disciplinariedad y la interdisciplinariedad. Tanto la fragmentariedad del saber como su integralidad son necesarios para la solución de los problemas que surgen de una sociedad siempre cambiante y globalizada. Es preciso, por lo tanto, considerar estos temas al diseñar el currículo de las respectivas carreras y realizar una toma de decisión que contemple la naturaleza mutante y compleja del saber.

Palabras Claves: Interdisciplinariedad - Disciplinariedad - Educación - Currículo.

1. Introducción

Las sociedades modernas presentan una visión utilitaria colectiva del aprendizaje y tienen presente dos preocupaciones: la prosperidad económica y la estabilidad social. Por un lado, la importancia de la educación y de la formación para el desarrollo de las calificaciones se está acelerando y por el otro, el aumento del comercio y de las corrientes de capital que engloba el término de mundialización, fomentan una demanda cada vez mayor de mano de obra idónea, variada y adaptable.

Si el conocimiento, las calificaciones y las aptitudes no se renuevan, la capacidad de los individuos y, por extensión, de los pueblos

¹ Profesora de Derecho Penal. PG. Docente - Investigadora. Co-Directora del Programa de Enseñanza para la Práctica Jurídica. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. UNC.

² GARRIDO S. y CAMARGOS, L. G. Docencia no ensino superior. Cortez Editora. Sao Paulo, Brazil. 2002

para adaptarse a un nuevo entorno, se verá considerablemente reducida, cuando no completamente anulada. Se trata entonces, de una cuestión de supervivencia.

En este proceso, las investigaciones han puesto de manifiesto el papel fundamental que desempeña la educación superior como un respaldo suficiente al desarrollo de las aptitudes de manera interdisciplinaria que permite el tratamiento de problemas reales y complejos, además de dar una mayor claridad y profundidad en las investigaciones científicas.

Las múltiples funciones que se adjudican, usualmente, a la educación, combinadas con los cambios constantes de toda índole exigen, inevitablemente que el aprendizaje se convierta en una función diversificada y permanente.

Ahora bien, no basta que la educación capte y aproveche los beneficios de la interdisciplinariedad para concretar estos propósitos sino que debe consustanciarse con un compromiso ético respecto al mundo que nos rodea, tanto en el campo de la enseñanza aprendizaje en el grado, como en el desempeño del egresado en su futura vida laboral.

En este último aspecto, una moral de los límites, con el conocimiento del bien y del mal, de la dignidad de las personas como la base de todos los derechos, de dar a cada uno lo suyo, de la libertad de elección y de la aceptación de la responsabilidad por sus propios actos, constituyen algunos de los parámetros de una educación en valores.

Lo expresado no es una receta, se deben evaluar los impactos sociales que no son cuantificables a priori, buscar un equilibrio entre la eficacia y la equidad, el respeto al individuo y el bien colectivo, dejar de hacer las cosas sólo por obligación y pasar al compromiso³.

El saber, saber hacer y saber ser, constituye una trilogía de tratamiento ineludible en la enseñanza universitaria y la interdisciplinariedad puede coadyuvar a lograr sus objetivos, permitiendo la integración de conocimientos de la distintas áreas del saber para captar la realidad desde todos sus ángulos, en pos de un tratamiento holístico de los conflictos.

2. Planteamiento del problema

Tanto en nuestro país como en el extranjero, se producen debates sobre la interdisciplinariedad y las formas en que la educación, en

³ GILLES LIPOVETSKY en *El crepúsculo del deber: La ética indolora de los nuevos tiempos democráticos*. Edit. Anagrama S.A. p. 9. Barcelona, 2005, pone de relieve que "...por todas partes se esgrime la revitalización de los valores y el espíritu de responsabilidad como el imperativo número uno de la época..." y concluye el párrafo diciendo: "El siglo XXI será ético o no será".

sus diferentes niveles, capte la realidad social unitariamente, con sus transformaciones científicas, tecnológicas, culturales, políticas, económicas, etc., tanto a nivel local como mundial.

La esterilidad y distorsiones que acarrea en los estudiantes la adquisición de saberes excesivamente compartimentalizados y superpuestos hacen preciso el tratamiento de este tema que no siempre es utilizado con fines científicos.

En la educación se observa, a menudo, un aislamiento institucional y falta de comunicación respecto a los desafíos que presenta una realidad siempre cambiante que requiere recursos humanos permeables y aptos para ajustarse y accionar de manera integral ante nuevos conocimientos y estructuras.

Pedagógicamente, se recurre a la interdisciplinariedad para justificar cambios en los planes de estudios, en los procesos de aprendizaje o en la existencia de inconformidades en la búsqueda de objetivos. Se fundamentan así preocupaciones poco compatibles con intenciones educativas, que redundan en: incumplimiento de los contenidos mínimos de las asignaturas, reducción de las horas de enseñanza, solución de problemas institucionales, etc.⁴.

Como experiencia positiva, encontramos en nuestra Facultad de Derecho y Ciencias Sociales un abordaje interdisciplinario en la asignatura Derecho Penal – Parte General - además del estudio específico de los temas propios de la disciplina y en el diseño de las acciones que se cumplen en el Programa de Enseñanza para la Práctica Jurídica⁵.

3. Intentos para la resolución de los problemas que surgen en la educación a partir de la interdisciplinariedad

Los diferentes países y el nuestro propio, han intentado resolver estos problemas dictando leyes, aplicables tanto en el ámbito nacional como regional; en este sentido, Raúl Motta⁶, muestra las dificultades que presenta la aplicación de la Ley Federal de Educación en la Argentina, mencionando:

1. Un esfuerzo de integración de los conocimientos que requiere del docente actitud interdisciplinaria y que posee por soporte un

⁴ LENOIR, IVES. *La interdisciplinariedad en la escuela. ¿Un fantasma, una realidad, una utopía?*. Revista Praxis N° 5, noviembre de 2004, pp 87 y 88.

⁵ El Programa de Enseñanza para la Práctica Jurídica es una estructura que se conforma con cinco espacios curriculares interdisciplinarios para el saber hacer: dos Talleres de Jurisprudencia y tres Prácticas Profesionales, integrando los contenidos teóricos de las distintas asignaturas de la Carrera de Abogacía en aplicaciones prácticas de enseñanza, según el Plan de Estudios implementado el año 2000 en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNC.

⁶ Conf. MOTTA, RAÚL D. Prólogo al libro *Interdisciplinariedad en Educación* de Ezequiel Ander-Egg. Edit. Magisterio del Río de la Plata, Buenos Aires, 1999.

modelo epistemológico cercano a la visión sistémica de la realidad que los educadores, generalmente, desconocen.

2. Una ausencia de gestión organizacional inteligente no acorde con las nuevas tendencias del trabajo en general que presenta como falencias: malas o nulas estrategias de gestión, planificación, dinámicas de circulación de la información y el conocimiento, etc. que debería basarse en un sistema integrado de formación de toda la comunidad educativa.

3. Reduplicación de visiones y esquemas perceptivos y organizacionales obsoletos en la formación docente y administrativa.

4. Ausencia de formación epistemológica y metodológica en el tratamiento y procesamiento de la información y el conocimiento.

5. Creciente descontextualización global/local en los docentes y el personal jerárquico, directamente proporcional a la complejidad de los cambios socio - económicos y culturales.

Por otro lado, el impacto de las redes de información y la toma de decisiones de quienes están facultados para ello, son de tal magnitud que afectan globalmente y generan un entrelazamiento social y un nuevo tipo de vínculos entre los sujetos, modificando pautas culturales y enfoques cognitivos.

Estos problemas, con su manifiesta complejidad, no pueden solucionarse aisladamente sino que se requiere una percepción, comunicación y esfuerzo unitario para, en una interactividad positiva, abocarse a resolver cuestiones como: la pobreza extrema, la crisis ambiental, la obsolescencia educativa, las dificultades de los sistemas de salud y previsión, la gobernabilidad social, el desempleo, etc.

Pero en la búsqueda de las soluciones a estos inconvenientes, Motta⁷ observa la dicotomía que se va produciendo y la brecha que se va ensanchando entre la globalización y la gente que cada vez más, se siente total o parcialmente excluida.

Entre una *globalización uniformadora* y una *fragmentariedad mutilante*, surge una zona intermedia que sólo se puede percibir, sostiene, desde una perspectiva transdisciplinaria, transreligiosa, transpolítica y transcultural que hoy escapa a la mirada del educador, del científico, del político, del sacerdote, del médico y del funcionario.

Para lograr una actitud que libre de las tensiones que amenazan la vida de nuestro planeta, propone la creación de una civilización basada en la concepción de una unidad múltiple y en una dinámica social global/local/global. Pero ello sólo se puede lograr con un nuevo

⁷ Ob. y lug cit.

tipo de educación basado en la diversidad de culturas y en la multidimensionalidad⁸ del ser humano.

Otro de los problemas que denuncia *es el abismo entre los valores y la realidad de una vida planetaria en mutación*.

Si bien la adquisición del conocimiento científico debe pasar por un proceso de especialización, ésta no puede ser la única opción. En esto, cobran vital importancia, las potencialidades interiores del ser humano que emergen por medio de la creatividad y exceden a la especialización y aún a la suma de ellas.

La transformación de la educación requiere, no sólo información y conocimiento, sino un esfuerzo de participación, apertura y diálogo de parte de todos los sectores de la sociedad sin embargo, *la búsqueda de una actitud inter y transdisciplinaria debe resistirse a ser tratada desde y como una nueva religión, una nueva filosofía o una ciencia de las ciencias*⁹.

4. Diversos significados de la interdisciplinarietà

A los fines de este trabajo definiremos: disciplinarietà, interdisciplinarietà y transdisciplinarietà dado que su uso indiscriminado puede vaciarlo de contenido o el vocablo no quedar debidamente delimitado.

La **disciplinarietà**, especialidad, o fragmentarietà¹⁰, consiste en un conjunto de conocimientos, habilidades y destrezas organizados a partir de una lógica interna, representada en ideas ejes en una progresión sistemática de contenidos teóricos y actividades prácticas de transferencia¹¹. Estas son algunas pautas que permiten lograr en el alumno un aprendizaje significativo.

La **interdisciplinarietà**, va más allá de relacionar las diferentes disciplinas, trata de integrarlas de manera contextualizada y sistémica

⁸ Ver el planteo de Fernando Martínez Paz y Daniel P. Carreras en "El mundo Jurídico multidimensional" de Edit. Advocatus. Córdoba. 1996.

⁹ MOTTA, RAÚL, ob. y lugar cit.

¹⁰ Se utiliza esta denominación en las corrientes que hacen referencia estricta a la unidad del saber.

¹¹ Para Ander -Egg, ob. cit p. 32, siguiendo a Ceceasen, consiste en "un determinado dominio material (objetos sobre los cuales trata la disciplina); un ángulo según el cual una disciplina considera el dominio material, su nivel de integración teórica a través de conceptos fundamentales y unificadores; los métodos y procedimientos propios que permiten captar los fenómenos observados; los instrumentos de análisis (estrategias lógicas, razonamientos matemáticos y construcción de modelos); las aplicaciones prácticas de la disciplina, expresadas en alguna actividad profesional o en una tecnología, y, por último, cada disciplina se ha configurado teniendo en cuenta su lógica interna y los factores externos que han influido en ella. A lo que nosotros agregamos una evaluación del producto y del proceso.

camente. Se produce una interacción y cruzamiento entre diferentes disciplinas en orden a la comunicación de conocimientos.

La **transdisciplinariedad** es el nivel máximo de la integración donde se borran las fronteras entre las asignaturas.

Las relaciones entre disciplinas ayudan a crear las condiciones propicias para la interdisciplinariedad aunque no son, rigurosamente interdisciplinariedad¹², tampoco lo es la multidisciplinariedad, ni la cooperación interprofesional que confluyen en alguna manera de intervención conjunta desde sus propias perspectivas, ni la disciplinariedad cruzada en la cual una disciplina trasciende a otra u otras cuando diferentes ciencias poseen objetos de estudio semejantes.

Desde nuestro punto de vista, la interdisciplina, no es una superciencia ni busca la desaparición de las disciplinas ya que éstas son una condición previa de aquella; supone su existencia no su disolución, no se advierte así, oposición ni complementariedad absoluta entre disciplinariedad e interdisciplinariedad.

Sus límites son, por un lado, la disciplinariedad y por el otro, la sobredimensión de la interdisciplinariedad y la transdisciplinariedad; en el centro encontramos la interdisciplinariedad

5. Origen de la interdisciplinariedad

Históricamente podemos observar un proceso que va desde la unidad del saber a la fragmentación disciplinar, para volver a una propuesta de integración de los conocimientos.

Desde la Edad antigua hasta el Renacimiento, los conocimientos aparecían unificados en un solo campo ya que el universo era considerado un todo único. Tanto en Oriente como en Occidente era posible acceder, en cierta medida, a la totalidad del saber pero, con la aparición de la ciencia y la creciente acumulación de conocimientos, de información, de descubrimientos científicos y tecnológicos comenzó el proceso de fragmentarización.

¹² ZAFFARONI, RAÚL EUGENIO, Derecho Penal. Parte General. Segunda Edición. Edit. EDIAR. Buenos Aires, 2003, pp 153 y ss. hace referencia a la Necesidad de la interdisciplinariedad pero, en realidad trata el tema de las Relaciones del Derecho Penal, refiriéndose – con una terminología extraña de las Matemáticas - a *saberes secantes* (cuando se superpone con otros) y *saberes tangentes* (cuando el saber penal se roza con otros). No obstante, determina el horizonte de proyección propio de cada especialidad y al roce y la superposición parcial de su horizonte con otros saberes, especialmente con la Filosofía como una hipótesis de trabajo interdisciplinario para no caer en un autismo o prejuicio. En el capítulo sobre *Interdisciplinariedad y relaciones*, precisa el vocablo *relaciones* y pone de relieve la característica particular del saber del derecho penal, poco común con el restante saber jurídico. Señala, también que ha sido marcada la tendencia a la invención de *ciencias serviles que se denominó Ciencias Auxiliares*.

Esta especialización permitió el avance de los conocimientos específicos aunque llevó a un nuevo oscurantismo, el de la supremacía de la ciencia particularizada¹³.

La interdisciplina surge con la finalidad de corregir las dificultades que acarrea una ciencia excesivamente compartimentalizada y sin comunicación visible produciendo, en algunos casos, una sobredimensión de sus posibilidades para solucionar problemas específicos. Es funcional, de construcción social y cobra sentido tanto en el plan como en la acción, buscando una representación teórica apropiada en relación a un proyecto determinado. En los años sesenta se comenzó a utilizar esta denominación y en los ochenta cobró gran impulso, proliferando las publicaciones sobre el tema¹⁴.

Desde la educación, proponemos un modelo de enseñanza - aprendizaje donde los conocimientos no sean sólo yuxtapuestos o meramente relacionados sino que existan conexiones interdisciplinarias entre ellos, útiles para brindar una capacitación práctica y percibir el continuo cambio que se produce en todos los aspectos de la vida en sociedad.

6. Modalidades de la interdisciplinariedad

Follari¹⁵ se refiere a dos modalidades básicas de interdisciplinariedad: a) conformación de un nuevo objeto teórico entre dos ciencias previas y b) aplicación a un mismo objeto práctico de elementos teóricos de diferentes disciplinas.

Pensamos que de acuerdo a nuestra concepción de interdisciplinariedad, la segunda modalidad es la más adecuada ya que permite

¹³ ORTEGAY GASSE, J. *La rebelión de las masas*. Revista de Occidente, Madrid 1930. hace referencia a "la barbarie de la especialización" y describe a "esa casta de hombres sobremediana extraños que son los especialistas. Son aquellos que "saben" muy bien su mínimo rincón del universo, pero ignoran de raíz todo el resto....Al especializarlo, la civilización le ha hecho hermético y satisfecho dentro de su limitación". Hoy, Edgar MORIN (*El método. El conocimiento del conocimiento*. Madrid. Cátedra, 1988) se refiere al tema de manera semejante diciendo "la barbarie al interior de la ciencia" y esa barbarie es el pensamiento disciplinar que lleva a muchos científicos a una "visión de los problemas de sus respectivas disciplinas, que han sido arbitrariamente recortadas en el tejido complejo de los fenómenos. Esos científicos tienen una pobreza increíble para comprender los problemas globales. Y hoy, todos los problemas importantes son problemas globales" (Mencionados por Ander-Egg, ob. cit. p 39.)

¹⁴ En la actualidad existe una tendencia al reagrupamiento, no sólo de ciencias semejantes, sino entre disciplinas que parecen muy diferentes como la Matemáticas y la Lingüística pero los ejemplos más significativos se dan en la Ecología.

¹⁵ FOLLARI, R. (1980) *Interdisciplinariedad, espacio ideológico*. Simposio sobre Alternativas Universitarias. UAM - Azcapotzalco, México, p.12. Mencionado por NIETO-CARAVEO, L. M. (1991) en *Una visión sobre la Interdisciplinariedad y su construcción en los currículos profesionales*. Cuadrante N° 5-6 (Nueva Época) Ene-ago 1991, p.7, Revista de Ciencias Sociales y Humanidades, UASLP, México.

construir campos concretos de interdisciplinariedad alrededor de situaciones también concretas superando los conocimientos fragmentarios.

7. ¿Especialidad o integralidad? Toma de posición

Para los partidarios a ultranza de la interdisciplinariedad, la misma surge como reacción a la barbarie que en la ciencia produce la especialización, considerando el fragmento como un fetichismo y tratando de realizar una comprensión global de los problemas, ya que el mundo es una integralidad¹⁶.

Pero, ante la inmensa cantidad de conocimientos existentes, no puede eludirse la especialidad que ahonda en los contenidos básicos de cada disciplina; aunque la interdisciplinariedad es conveniente para el tratamiento de problemas prácticos y, asumiendo la sistematicidad y complejidad de la realidad, permite un abordaje global del tema.

Si queremos pronunciarnos por una u otra posición, debemos decir que ninguna de las dos cumple separada y aisladamente el fin que debe perseguir la educación en general y la universitaria en especial.

Para realizar una **labor interdisciplinar**, se parte de la idea de disciplina y a ello se agrega la idea de comunicación, intercambio y confrontación de saberes desde cada una de las especialidades. Además, es preciso poseer cierto conocimiento de los contenidos y del lenguaje específico de las otras asignaturas permitiendo de esta manera llegar a la integración de principios epistemológicos.

La subdivisión y especialización del saber, dentro del desarrollo de las ciencias y tecnologías, fue necesario y positivo –aún actualmente lo es– pero no desconocemos que los problemas sustanciales que surgen de la realidad son siempre globales y exigen un tratamiento también global. En este aspecto se debe tener especial cuidado en no caer en la postura hegemónica de carácter holístico que busca imponer un modelo único a partir de una ciencia en particular¹⁷.

También existen autores que defienden la importancia de mantener la diferencia disciplinaria y la tensión benéfica interdisciplinaria que obliga a escuchar al otro, a entender sus preocupaciones, a captar

¹⁶ Para MOHAMED ALLAL SINOCEUR, “El saber es una narración del mundo cuyos fragmentos pueden reunirse”. Cit. por Ander-Egg, ob cit, p 34.

¹⁷ LENOIR, Y. ob. cit. p. 91. Por ejemplo, los trabajos de Piaget (1964, 1967, 1970, 1971, 1972) quien definió la interdisciplinariedad científica a partir de la lógica formal de las Matemáticas y que se manifiesta en el dominio de la interdisciplinariedad educativa por el fenómeno de la polarización, es decir por el predominio de una materia sobre las otras. Fourez (1992) habla de la búsqueda de una super-ciencia caracterizada por la tentación de un holismo que intentaría reconciliar el ser humano con su finitud.

las posturas en las cuales está involucrado, a confrontar saberes, a compartir y colaborar a fin de proseguir con objetivos comunes, dando por sentado la distinción de las funciones de cada componente, su complementariedad en una perspectiva de intercambio, excluyendo toda tendencia a la jerarquización dominadora¹⁸.

Estas tendencias producen un impacto en los métodos de enseñanza –aprendizaje¹⁹–, llevando, en algunas de ellas, a efectos negativos en el desarrollo de la consciencia social y del pensamiento crítico.

¹⁸ Idem, p 92. Como ser: Bastide (1967), Fourez (1992), Hübenthal (1994), Lenoir (2001) y Vidal (1990).

¹⁹ Tanto la enseñanza tradicional, basada en la repetición y memorización; la enseñanza por descubrimiento como la enseñanza receptiva o por exposición, poseen presupuestos psicológicos y epistemológicos diferentes. La enseñanza *repetitiva tradicional* se asienta en la memoria, fomenta el aprendizaje reproductivo o meramente asociativo y el acento de la enseñanza está fuera del alumno. Se organizan los temas de acuerdo a la lógica de la disciplina científica en cuestión y se los presenta al alumno para que mediante la práctica reiterada, reproduzca la estructura propuesta. *Crítica*: No considera la naturaleza reorganizativa y genética del conocimiento. En la enseñanza por *descubrimiento* –enseñanza activa– el alumno deja de ser un receptor pasivo para convertirse en agente del conocimiento. Se entiende por descubrimiento el que por su propia acción mental, el alumno encuentra en los materiales que se le proporcionan y que no estaba explícitamente presente en los mismos. Esta estrategia activa mantiene el interés y la curiosidad por la ciencia, desarrolla el pensamiento creativo y la habilidad para resolver problemas, promueve la formulación de hipótesis, desarrolla la comprensión conceptual y la habilidad intelectual y colabora para el diseño y concreción de investigaciones, registro de datos, análisis de los mismos e interpretación de resultados. *Crítica*: Está centrada en la comprensión y dominio del proceso y no en el contenido de los problemas estudiados. Parte de un inductivismo ingenuo en el cual la mera aplicación de una metodología adecuada, permite acceder a concepciones científicas más avanzadas. Por su lado, la *enseñanza expositiva* se caracteriza por el planteamiento de la estructura conceptual de la disciplina científica que se está enseñando, para que el alumno relacione esa estructura con sus ideas previas respecto a esa misma materia. De esa relación surgirá una reorganización conceptual que, al mismo tiempo de ser una construcción individual, permite al alumno asimilar de forma condensada teorías científicas que difícilmente hubiere descubierto sin ayuda. Esta forma de enseñanza es una síntesis de las dos anteriores ya que se le entregan al alumno los contenidos y estructuras organizadas que tengan relación con las ideas presentes para que elabore individualmente un mapa conceptual. En consecuencia, pensamos que para un cambio conceptual en la instrucción, se deben combinar las distintas estrategias en una metodología, planeada gradualmente y seleccionada de acuerdo a las necesidades específicas en el caso concreto. Pero, tanto la clase magistral como la clase participativa son necesarias para que el alumno logre un *aprendizaje significativo* adquiriendo y desarrollando competencias humano – profesionales. *La enseñanza para el buen desempeño profesional* complementa, acentúa y transfiere los contenidos teóricos de las distintas disciplinas a la práctica, en la cual el alumno es el constructor del conocimiento. En estos espacios el profesor es un facilitador en el aprendizaje del educando.

8. El tratamiento de la interdisciplinariedad de congresos y en los organismos internacionales

La interdisciplinariedad ha sido planteada desde ya hace cuarenta años, en Organismos Internacionales de Educación y en Congresos y Jornadas:

- En la Recomendación N° 60 de la Conferencia Internacional de Educación (1966)²⁰.

- En París, UNESCO, en el año 1968, la Conferencia Internacional sobre Planeamiento de la Educación²¹,

- En 1970, la UNESCO realiza en Bonaké un Seminario sobre la formación de maestros por y para la interdisciplinariedad.

- En el mismo año se realiza en Niza un Seminario Internacional sobre el tema "La interdisciplinariedad en las Universidades" organizado por el Centro para la Investigación e Innovación de la Enseñanza.

- En 1972, la OCDE realiza una encuesta entre los países miembros, publicada con el título *La interdisciplinariedad, problemas de la enseñanza e investigación en las universidades*²².

- La UNESCO publica en 1972 el libro *Nuevas tendencias en la integración de la enseñanza de las ciencias*²³,

- En 1982, el estudio publicado por la UNESCO *Interdisciplinarité et Sciences Humaines*, recoge en cierta medida el debate sobre la interdisciplinariedad.

- También se pueden mencionar diferentes Congresos de Antropología, Arqueología, de Filósofos Jóvenes (1999 y 2002), sobre la Interdisciplinariedad y la transdisciplinariedad en la organización (2007), el Multiculturalismo y la interdisciplinariedad (1998), de Activos Intangibles (2002), de Las Artes y la interdisciplinariedad (2006), Astrofísica ("Senderos a través de un universo ecléctico"), entre otros.

El tema es tratado en las más diversas disciplinas y con enfoques diferentes pero, a pesar de los esfuerzos realizados, no todos los proyectos fructificaron en acciones concretas y es lo que el Prof. Pablo

²⁰ En ella se lee: "Puesto que la educación en general y la investigaciones que a ella se refieren recurren, cada vez con mayor frecuencia a otras disciplinas distintas de la pedagogía, conviene a menudo, conferir a estos estudios un carácter interdisciplinario".

²¹ En la Recomendación "c" se pide a los Estados miembros que "atribuyan una especial importancia a los proyectos de investigación interdisciplinaria".

²² Según dicho estudio, 269 instituciones universitarias trabajan conforme al modelo interdisciplinario.

²³ En él se señala que la "enseñanza integrada de la ciencia, la interdisciplinariedad y la coordinación de la enseñanza científica han recibido la atención en varios países, concretadas en experiencias y en proyectos para introducirlas en sus sistemas educativos".

Kreimer²⁴ denomina el “mito de la interdisciplinariedad” consecuencia de las investigaciones que realizara en Francia. Los resultados que muestra son: Sobre 95 proyectos subsidiados sólo 45 presentaron un informe final y dentro de ellos, la mitad fue de muy bajo nivel. Los “presentables” no fueron más de 20 informes pero no se constituyeron equipos interdisciplinarios entre ciencias sociales y ciencias duras, sólo entre sociólogos y antropólogos.

9. La interdisciplinariedad en el diseño curricular

El actual diseño de la currícula, currículum, currículo, malla curricular²⁵, etc. de las carreras universitarias se concibe, actualmente, a partir de un análisis de los perfiles profesionales y académicos y se integra por competencias²⁶.

Es decir, se observan cambios en la manera de enseñar y aprender, transformaciones que constituyen un reto y se pretende que el en-

²⁴ Mencionado por Ander-Egg, Ezequiel, ob. cit. p. 50

²⁵ Son diferentes denominaciones que se utilizaron y utilizan para referirse a un mismo tema. **Currícula**, usado frecuentemente en los ámbitos universitarios como conjunto de asignaturas que conforman el plan de una carrera con criterios de enseñanza integral, para diferenciarlo de Currículum, denominación abreviada de *currículum vitae* relativo a los antecedentes personales de un sujeto mostrando, especialmente, la actividad académica desarrollada. **Currículum**, (palabra en latín pero que nos llega por imperio de la penetración norteamericana de los años cuarenta en adelante) posee diversas concepciones, ellas pueden agruparse en aquellas que lo consideran como los contenidos de la enseñanza, lo asocian a la planificación, a la actuación de profesores que proporcionan un plan de aprendizaje, a las decisiones tomadas por el equipo educativo para transmitir los conocimientos que la institución debe proporcionar, como un instrumento didáctico-pedagógico que planifica la actividad educativa, etc. Si bien se suele considerar que la Didáctica y el Currículum poseen supuestos teóricos incompatibles, “Por cuestiones semánticas y de ubicación geográfica, en Europa, cuando se realizan los planteamientos epistemológicos sobre los grandes problemas que se refieren al sistema instructivo, hay una visión continental que denomina a este corpus de conocimientos como DIDÁCTICA, mientras que la versión británica o “insular” y sus zonas de influencia, denominan CURRÍCULUM a casi los mismos aspectos” (Páez – 2007). **Currículo**, (Ovide Merin – 2006) palabra que actualmente representa la totalidad de experiencias (académicas y no estrictamente académicas) que tiene un alumno bajo la dirección y guía de las autoridades escolares. **Malla curricular**, utilizada, frecuentemente, en los claustros universitarios chilenos.

²⁶ Los conceptos de **competencia** son variados. Para Levy-Levoyer (2000, 47) “Las competencias están ancladas en comportamientos observables en el ejercicio de un oficio o de un empleo y se traducen en comportamientos que contribuyen al éxito profesional en el empleo ocupado. Constituyendo un vínculo entre las misiones a llevar a cabo y los comportamientos puestos en práctica para hacerlo, por una parte, y las cualidades individuales necesarias para comportarse de manera satisfactoria, por otra”. Le Boterf (2001, 54) sostiene que “La competencia es una construcción, es el resultado de una combinación pertinente de varios recursos”.....Saber actuar de forma pertinente supone ser capaz de realizar un conjunto de actividades según ciertos criterios deseables”. Lasnier (2000) entiende la competencia como un saber hacer complejo, resulta-

tramado de tareas se lleve a cabo desde una perspectiva holística, crítica, reflexiva, integral y comprensiva.

De acuerdo a lo dicho: la educación superior debe estar diseñada, ejecutada y evaluada en torno a: la competencia de acción, el aprendizaje autónomo, diversificado y permanente y una educación en valores.

La planificación educativa presta especial atención al currículo que es una propuesta construida colectivamente para propiciar experiencias de aprendizaje. En la mayor parte de los casos se plantea explícita y formalmente, reflejando intencionalidades manifiestas u ocultas^{27/28}.

Los contenidos curriculares pueden **organizarse** en varias disciplinas aisladas a la manera tradicional, de forma interdisciplinaria o de manera mixta.

Los currículos tradicionales tienden a presentar el conocimiento dividido en disciplinas altamente especializadas y difícilmente permiten su integración y la utilización de formas alternativas de enseñanza. En cambio, los currículos globalizados o integradores se asientan en: a) argumentos epistemológicos y teóricos relacionados con la estructura conceptual y metodológica de la ciencia, b) razones pedagógicas y c) argumentos sociológicos.

La crítica a este último tipo, radica en que no basta la interdisciplinariedad para lograr por sí misma el desarrollo de habilidades cognitivas y destrezas de complejidad creciente de los estudiantes. Además, no se obtiene automáticamente la comprensión del medio ambiente natural y social donde se llevan a cabo los aprendizajes (integración sociohistórica, comprehensividad o contextualización). A lo dicho, se deben agregar las dificultades que aparecen provenientes del campo institucional y profesional.

do de la integración, movilización y adecuación de capacidades, habilidades (de orden cognitivo, afectivo, psicomotor o social) y de conocimientos, utilizados eficazmente en situaciones que tengan un carácter común. Pero el término competencia, adecuado al campo de la Educación Superior, significa un saber hacer en contexto (Vargas et al., 2001). Según Fuensanta Hernández Pina, Pilar Martínez Clares, Pedro S. L. Da Fonseca Rosario y Marta Rubio Espín. "Aprendizaje, competencias y rendimiento en Educación Superior". Edit. La Muralla. Madrid. España 2005.

²⁷ Conf. NIETO-CARAVEO, L. M. (1991) *Una visión sobre la Interdisciplinariedad y su construcción en los currículos profesionales*. Cuadrante N° 5-6 (Nueva Época) Ene-ago 1991, p. 3 y ss. Revista de Ciencias Sociales y Humanidades, UASLP, México.

²⁸ El denominado **currículo oculto** es el currículo latente o tácito, no explicitado por el sistema educativo, ni por el equipo docente, pero que en forma asistemática, influye en el aprendizaje de los alumnos. Lo encontramos como una tendencia en la Sociología de la educación que pone de manifiesto el mensaje subyacente que se transmite a través de la enseñanza, según el lugar que ocupa en la estratificación social. La escuela reproduce una ideología que expresa los intereses de una clase dominante y legitima como natural el orden social a la cual se pertenece.

Como propuesta superadora Nieto Caraveo²⁹ propone seleccionar contenidos y diseñar estrategias para: 1) el trabajo interdisciplinario, globalizado y contextualizado, y 2) el trabajo disciplinario especializado y concentrado en la realidad educativa.

Ello se logra a través de la selección de núcleos temáticos relevantes para el campo de que se trata³⁰, incorporados y articulados en todo el currículo donde se realice el abordaje teórico y el desarrollo de competencias, habilidades y destrezas.

La malla curricular, por lo tanto, se compone de asignaturas (materias) y espacios curriculares organizados³¹. Todos ellos configuran el Plan de una carrera.

Una propuesta educativa excesiva en conocimientos específicos sin una vinculación sistémica entre ellos, sólo constituirá un mapa de asignaturas aisladas, no integradas y llevará a un aprendizaje memorístico superficial no comprensivo de las conexiones que existen en la realidad.

En consecuencia, las diferentes asignaturas de un currículo deben integrarse, no simplemente relacionarse, sin excluir ni privilegiar unas sobre otras³², si bien algunas son el origen y precedente del estudio de otros espacios, ello lleva a la necesidad de establecer un orden formal que facilitará la adquisición de nuevos conocimientos, propiciando los hábitos de indagación reflexiva para la construcción del conocimiento.

La interacción entre dos o más disciplinas produce comunicación y enriquecimiento recíproco³³.

²⁹ Ob. y lug. cit.

³⁰ Por las vías de las asignaturas tomándolas como medios, no como fines en si mismas, se llega al conocimiento intelectual.

³¹ Frecuentemente se disponen en ciclos o módulos.

³² En algunos diseños de currículo globalizado se privilegia a la Matemáticas y se utilizan su lenguaje y su método de indagación para las demás asignaturas. Por ej., en este último aspecto, se observa en la Parte General del Derecho Penal, al abordar la Unidad o pluralidad delictiva (Concurso de delitos) una referencia concreta a la Teoría de conjuntos. (Ver: LASCANO, Carlos J. Director Derecho Penal. Parte General. Libro de Estudio. Advocatus. 2000 y 2002 que sigue a Nelson R. Pessoa en *Concurso de delitos. Teoría de la unidad y pluralidad delictiva. Concurso de tipos penales*. Edit. Hammurabi, Buenos Aires, 1996)

³³ Ello puede observarse en la estrecha relación que existe entre los componentes de las Ciencias Penales: Derecho Penal Sustantivo, Procesal o de Ejecución y, a su vez, El Derecho Penal Común, Contravencional y Disciplinario sin obviar el aporte de las Ciencias auxiliares como la Criminología, la Medicina, la Criminalística, la Psiquiatría, etc. Además, la influencia que poseen en esta disciplina, los aportes de la Filosofía, la Sociología, la Psicología, la Ética, etc. que se traducen en la postura doctrinaria de sus autores y enriquecieron el campo de la dogmática penal. Es preciso poner de relieve, también, la sujeción de todas las ramas del Derecho a la Constitución.

10. Conclusiones

La educación superior desempeña un papel fundamental en el desarrollo de las competencias humano – profesionales de los estudiantes de manera interdisciplinaria, permitiéndole un tratamiento de los problemas reales que son complejos y una mayor claridad y profundidad en las investigaciones científicas.

El abordaje y las estrategias de solución de los conflictos, debe consustanciarse con un compromiso ético respecto al mundo que lo rodea, tanto en el campo de la enseñanza aprendizaje en el grado, como en el desempeño del egresado en su futura vida laboral.

La interdisciplinariedad es la relación entre dos o más disciplinas que se ejerce a niveles curricular y didáctico que lleva a establecer vínculos de complementariedad, de cooperación, de interpenetraciones, de acciones de aprendizaje y de habilidades técnicas con el fin de favorecer la integración de los saberes y aprendizajes en los alumnos.

La interdisciplina, no es una supraciencia ni busca la desaparición de las disciplinas ya que éstas son una condición previa de aquella; supone su existencia no su disolución, no se advierte así, oposición ni complementariedad absoluta entre disciplinariedad e interdisciplinariedad.

El tema de cómo concretar la interdisciplinariedad en la educación es diseñar las acciones precisas para llevarla a cabo sin destruir las especialidades.

La transformación de la educación requiere, no sólo información y conocimiento, sino un esfuerzo de participación, apertura y diálogo de parte de todos los sectores de la sociedad, sin embargo, *la búsqueda de una actitud inter y transdisciplinaria debe resistirse a ser tratada desde y como una nueva religión, una nueva filosofía o una ciencia de las ciencias.*

Bibliografía:

ANDER-EGG, EZEQUIEL. *Interdisciplinariedad en Educación*. Edic. Magisterio del Río de la Plata. Colección: Respuestas Educativas. Buenos Aires, Argentina. 1999.

ANDER-EGG, EZEQUIEL. *La planificación educativa*. Edic. Magisterio del Río de la Plata. Colección: Respuestas Educativas. Buenos Aires, Argentina. 1997.

CORTES DE ARABIA, ANA MARÍA. "La Clínica en la Enseñanza del Derecho. Su desembarco en la Carrera de Abogacía de la UNC". Anuario VIII, con Referato del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. UNC. (2005)

CORTES DE ARABIA, ANA MARÍA. *Puntos de partida para el análisis de una educación globalizada*. 2do. Foro de reflexión académica de la Universidad Blas Pascal, Córdoba, 1998.
COOMBS, PHILIP H. *La crisis mundial de la educación*. Ediciones península. Barcelona. España. 1997.

HERNÁNDEZ PINA, FUESANTA. MARTINEZ CLARES, Pilar, DA FONSECA, Pedro. RUBIO ESPÍN, Marta. *Aprendizaje, competencia y rendimiento en Educación Superior*. Edit. La Muralla S.A. Colección Aula Abierta. Madrid, España. 2005.

LASCANO, CARLOS J. Director. *Derecho Penal*. Parte General. Libro de Estudio. Advocatus. Córdoba, Argentina. 2000 y 2002

LENOIR, IVES. *La interdisciplinarietà en la escuela: ¿un fantasma, una realidad, una utopía?*. Revista Praxis N° 5. Centre de recherche sur l'intervention éducative (CRIE.CRIFE) Faculté d'éducation. Université de Sherbrooke. (Québec). Canadá.

LIPOVESTSKY, GILLES. *El crepúsculo del deber: La ética indolora de los nuevos tiempos democráticos*. Edit. Anagrama S.A. Barcelona. España. 2005.

MARTINEZ PAZ, FERNANDO. CARRERAS, DANIEL P. *El mundo jurídico multidimensional*. Edit. Advocatus. Córdoba, Argentina. 1996.

MENIN, OVIDE. Pedagogía y Universidad. *Currículum, didáctica y evaluación*. Edit. Homo Sapiens. Rosario, Santa Fe. Argentina. 2006.

NIETO-CARAVEO, L. M. (1991) *Una visión sobre la Interdisciplinarietà y su construcción en los currículos profesionales*. Cuadrante N° 5-6 (Nueva Época) Ene-ago 1991, Revista de Ciencias Sociales y Humanidades, UASLP, México.

PAEZ, ROBERTO OSCAR. *Didáctica conceptual en el sistema universitario. Educación Superior y Tecnologías*. Edit. Anábasis, Córdoba, Argentina, 2007.

PALACIOS, ALFREDO RAÚL y PALACIOS, ALBERTO GUSTAVO. *Interdisciplinariamente. Una propuesta metodológica para aprender a ser*. Ediciones Consudec. Aulaconsulta. Buenos Aires, Argentina. 2004.

PIAGET, J. *Problemas generales de la investigación interdisciplinaria y mecanismos comunes*. Edit. Alianza, Madrid, España. 1970.

PLOVANICH, MARÍA CRISTINA. *Enseñanza para la práctica del Derecho. Clínica jurídica de la Escuela de Abogacía. Facultad de Derecho y Cs. Sociales. UNC*. Anuario VIII. Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. UNC. Córdoba, 2005.

ZAFFARONI, RAÚL EUGENIO. *Derecho Penal*. Parte General. Segunda Edición. Edit. EDIAR. Buenos Aires, Argentina. 2003.



LA NECESIDAD DE FORMACIÓN INTERDISCIPLINARIA PARA LOS ABOGADOS: APORTE PARA LA REFLEXIÓN DESDE LA CLÍNICA JURÍDICA

María Cristina Plovani^{}*

Resumen: Expresa Pietro Perlingieri, que igualdad, solidaridad y pleno desarrollo de la persona devienen los parámetros axiológicos de una jurisprudencia y de un aparato conceptual apto para fundar una verdadera revolución en los conceptos y sobre todo en la función de esos conceptos. Creemos que para intentar cumplir el desafío que el jurista plantea, es necesario preparar a los alumnos desde los primeros años de su formación con una mirada interdisciplinaria del Derecho y la realidad en la que el abogado está llamado a intervenir.

Palabras Claves: Disciplina- interdisciplina- razonamiento - integrar

Interdisciplina. Aportes y testimonio de la experiencia de la Clínica Jurídica de la Facultad de Derecho de la UNC.

1. Introducción.

En primer lugar creo conveniente sentar las bases del trabajo a partir de algunas precisiones conceptuales. Así por epistemología se entiende el estudio de la producción y validación del conocimiento científico; se ocupa de problemas tales como las circunstancias históricas, psicológicas y sociológicas que llevan a su obtención, y los criterios por los cuales se lo justifica o invalida.

La disciplina delimita el objeto de estudio, por eso en la tarea que supone el diseño del programa de cada asignatura es esencial que los contenidos de la enseñanza sean seleccionados con criterios de sig-

^{*} 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. Email: mcplovani^{ch}@hotmail.com.ar

nificación epistemológica, psicológica y social. Esto es, los marcos teóricos deben abarcar los contenidos fundamentales, determinando qué se puede aprender en cada etapa del desarrollo del conocimiento, pero que además tengan en cuenta las demandas sociales hacia el sistema de formación profesional.

Esto supone un desafío ya que el desarrollo científico trae aparejada una creciente especialización y abstracción sobre la realidad, se producen nuevos conocimientos, aparecen nuevas disciplinas, que es necesario integrar para resolver los problemas. Esta realidad exige preparar al alumno para un aprendizaje continuo basado fundamentalmente en la búsqueda autónoma de información, que además deberá ser capaz de procesar, jerarquizar, interpretar y utilizar para saber-hacer.

Con el propósito de romper abordajes fragmentados, que resultan parciales e incompletos, se intenta el estudio interdisciplinario, en el cual cada disciplina aporta una parte de la solución para lograr un entendimiento integral de la problemática tratada. Ante esta proposición cabe un interrogante ¿de qué modo se recibirá ese aporte? ¿Qué debe entenderse por interdisciplina? En general, hay consenso en afirmar que cuando se habla de este tema es necesario empezar a definir por la negativa:...no es la suma de varias disciplinas. Por tanto, no debe ser entendida como aquel método en el que cada participante selecciona la información que le brinda su disciplina y la resignifica desde su perspectiva individual, sino como la interacción entre dos o más disciplinas y/ o entre dos o más ciencias. Trabajar de este modo requiere aperturas conceptuales y perceptuales relacionadas con vínculos y emociones además de voluntades; donde se juegan no sólo identidades profesionales sino también personales.

Ahora bien, en el camino que va desde la formulación de la propuesta a su concreción es necesario tomar las decisiones pertinentes que permitan trasladar este propósito a la enseñanza del derecho o a la formación del abogado. Por cierto que existen diferentes estrategias didácticas para llevarlo a cabo; en esta oportunidad intento aportar para la reflexión el modelo diseñado para la Enseñanza para la práctica del Derecho. Clínica Jurídica de la Escuela de Abogacía en la Facultad de Derecho y Cs. Sociales de la UNC, y las proposiciones que surgen de valorar la experiencia realizada.

2. Diseño del Programa para la Práctica

De la autoevaluación realizada en la Carrera de Abogacía en esta Facultad¹ en el año 1999, surgió que las habilidades más desarro-

¹ "Autoevaluación de la Carrera de Abogacía de la UNC" (1999), Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Ciencia, Derecho y Sociedad, Serie: Estudio y documentos institucionales, p. 13 y sgtes, y p. 18 y sgtes.

lladas por los docentes en los estudiantes son las cognitivas y escasamente las afectivas. Entre las primeras se destacan, en orden decreciente, “conocer”, “comprender” y “aplicar” el derecho y en menor medida “analizar”, “sintetizar” y “evaluar” el derecho. Los objetivos afectivos, orientados al desarrollo de actitudes y comportamientos son escasamente atendidos por los docentes, o si lo hacen generalmente no son conscientes de su cumplimiento. Docentes y estudiantes opinaron que en la enseñanza que impartían y recibían, respectivamente, el desarrollo de una conciencia y capacidad reflexiva que exceda lo meramente jurídico son poco importantes como objetivo; tampoco se promovían actitudes para interesarse por opiniones ajenas, o para fomentar una orientación valorativa propia que influya en sus comportamientos.

A partir de los resultados de aquella autoevaluación y en respuesta a las debilidades detectadas, en el diseño del nuevo Plan de Estudios se incorporó la enseñanza para la práctica jurídica, distribuida en cinco espacios curriculares de cursado obligatorio². Por “enseñanza para la práctica jurídica” se entiende el desarrollo de habilidades y destrezas en los estudiantes para su futuro desarrollo profesional, que consiste en saber hacer y no en la transmisión de saberes jurídicos específicos. A través de esta enseñanza no se pretende reemplazar el aprendizaje que resulta de la experiencia profesional, sino preparar al estudiante para iniciar esa experiencia. El plan no estableció contenidos mínimos sino que adelanta criterios, entre ellos y como destacado la interdisciplinariedad.

3. Etapas en la estructuración de la Práctica Profesional

El modelo que se propuso para la enseñanza para la práctica la plantea de modo gradual y sistemático, comenzando con el desarrollo de habilidades básicas y prosiguiendo con otras más complejas; se estructura con dos Talleres de Jurisprudencia, y tres Prácticas Profesionales, todas de cursado obligatorio. En su planificación fue necesario dar respuesta a preguntas ejes: **a) ¿Qué y cuánto enseñar?** Dada la amplia gama de roles laborales que un abogado puede asumir, fue necesario acordar cuáles son en la actualidad las habilidades elementales, mínimas y comunes que posicionan, de la mejor manera posible, al egresado para un buen desempeño profesional futuro. Dicho en otras palabras, cuál sería lo básico que el egresado debe saber hacer para desem-

² Estas cuestiones se tratan con mayor profundidad en el documento llamado PRE-PRAC (Preparación para la Práctica), en el tríptico de difusión de la tarea del área, y en artículos de las Profesoras Ana M. Córtes de Arabia y M. Cristina Plovanich, publicados en números anteriores del Anuario del Centro de Investigaciones, pero se reiteran aquí los aspectos centrales a efectos de facilitar la comprensión del lector.

peñarse en la mayoría de las ocupaciones. No se pretende que la carrera capacite para el cumplimiento de “todos” los roles posibles, a través del desarrollo de “todas” las habilidades y destrezas. Gran parte de este aprendizaje es posterior a la graduación a cargo del propio graduado y de las instituciones receptoras.

El egresado debe saber leer reflexivamente, utilizar de manera apropiada el lenguaje técnico legal, redactar con un nivel aceptable; ser capaz de trabajar autónomamente de manera individual y en equipo; buscar y manejar legislación, jurisprudencia, doctrina y textos legales; argumentar eficazmente con criterio lógico y jurídico, tanto oralmente como por escrito; integrar conocimientos para poder enmarcar las controversias que se le presenten; proveer soluciones alternativas a las mismas; ser capaz de negociar, etc.

b) ¿Cómo se organiza la práctica jurídica?

Se entendió como la alternativa más conveniente organizar un Programa, considerado como un plan o sistema dentro del cual se pueden diseñar actividades o acciones secuenciadas encaminadas al cumplimiento de una meta. Las ventajas de un Programa como forma organizativa inicial son fundamentalmente su flexibilidad y poca estructuración, lo cual permite su adaptación a las necesidades institucionales actuales y futuras.

Por Resolución Decanal N° 710/2001 se creó una Comisión que integrada por los siguientes Profesores: Manuel Cornet, Carlos A. Lista, Ana María Cortés de Arabia, María Cristina Plovovich y Liliana Iannaccone. En la actualidad se trabaja bajo la forma de Programa cuyo Director es del Dr. Manuel Cornet y Co – Directoras las Profesoras Ana María Cortés de Arabia y María Cristina Plovovich (Resoluciones del HCD N° 39/05 y 41/05) que son quienes proyectan, ejecutan y realizan el seguimiento de las actividades.

c) ¿Quién enseña? Esta modalidad de enseñanza requiere un nuevo papel docente, facilitador, guía del proceso de conocimiento, pero no “transmisor de contenidos”. Se pretende que quienes llevan adelante la enseñanza para la práctica dominen los contenidos teóricos de aplicación, sepan como adaptarse a una metodología de enseñanza-aprendizaje diferente a la tradicional, y tengan una personalidad abierta, dispuesta a la interrelación docente-alumno.

d) ¿Cómo enseñar? La metodología didáctica integra formas de trabajo individual y grupal, tales como debates dirigidos, torbellino de ideas, redacción de documentos, role play, simulaciones, formas de trabajo que en una “espontaneidad organizada”, permitan desarrollar habilidades y aptitudes sociales e intelectuales, aprender a escuchar a otro, discrepar con argumentos, mantenerse al día con la lectura y reflexionar sobre las mismas, llevadas a cabo bajo la forma de Taller.

Para los primeros talleres se diseñaron guías de trabajo, que permiten realizar una tarea homogénea en los diferentes grupos de alumnos y garantizar de este modo que todos los estudiantes reciban el mismo nivel de formación.

e) ¿Cómo evaluar? Las actividades que se llevan a cabo en estos espacios curriculares permiten evaluar de modo continuo el logro de los alumnos, posibilita conocer lo que aprendió y también lo que puede hacer con lo que aprendió. Además se aprecian las actitudes éticas y de comportamiento, integridad, responsabilidad e independencia. Este modo de enseñanza implica modificar las formas de evaluación tradicionales. Se evalúa en un proceso continuo que pondera en diversas instancias, a lo largo del curso, la actividad desarrollada por el alumno durante todo el período, lo que permite al docente asignar un valor numérico a su labor sin necesidad de un examen final.

f) Cómo se estructura la EPJ³ dentro del plan de estudios. La enseñanza es secuenciada en etapas o ciclos que permiten el aprendizaje progresivo y que se insertan en el plan del siguiente modo:

Taller de Jurisprudencia I. En él se ejercitan competencias referidas a la lectura reflexiva, redacción clara, expresión con lenguaje técnico jurídico, búsqueda y empleo de material propio de la disciplina, en particular textos de doctrina y jurisprudencia. Es decir habilidades básicas necesarias para el desarrollo de otras más complejas. Al concluir el cursado se propone que el estudiante desarrolle competencias para:

- La búsqueda y manejo de textos jurídicos utilizados en la práctica profesional.
- La lectura reflexiva y crítica.
- La producción de escritos legales habituales en el desempeño de su actividad.
- El desarrollo profesional autónomo con criterios éticos.

Los contenidos mínimos se refieren al ejercicio de la abogacía, los distintos roles que puede cumplir un abogado; al reconocimiento de la cuestión legal y a la identificación y uso de herramientas jurídicas, doctrina y jurisprudencia.

Se ha incorporado como práctica sistemática en la enseñanza, la búsqueda, manejo y fichaje de jurisprudencia, en colecciones manuales y por vía informática.

Taller de Jurisprudencia II. A partir de lo trabajado en el anterior, se avanza en el tratamiento de material jurisprudencial, analizan-

³ EPJ: Enseñanza para la Práctica Jurídica.

do cambios, continuidades y contradicciones en las decisiones judiciales en relación a un mismo asunto jurídico. El análisis de fallos permite que el alumno pueda ir examinando la jurisprudencia en las diversas cuestiones o materias que el ejercicio profesional le requiera en el futuro.

Además se aborda lo que constituye una instancia fundamental en el ejercicio de la profesión: la consulta del cliente. Se brindan pautas para receptar la entrevista y se realizan prácticas que ayudarán al alumno a desarrollar habilidades que faciliten la relación cliente-profesional.

El Taller concluye con el estudio técnico de casos, a fin de detectar los aspectos claves y la complejidad de la situación problemática. Se pretende que el estudiante incorpore un modo sistemático de abordar las cuestiones jurídicas a fin de mejorar el proceso mental de toma de decisiones.

Se espera desarrollar competencias para que el alumno:

- Identifique problemas jurídicos en diferentes situaciones de hecho.
- Interprete y analice hechos, normas y principios.
- Razone sobre asuntos legales mediante la utilización de métodos deductivos, inductivos y analógico.
- Exponga fundadamente el razonamiento utilizado.
- Perciba la complejidad del proceso de construcción jurisprudencial.

Práctica Profesional I. Comienza aquí la etapa de ejercitación de roles y toma de decisiones que se hace en base a casos reales o simulados pero con anclaje en la realidad. El alumno no sólo debe identificar los problemas y proponer soluciones sino involucrarse y participar activamente representando los diferentes papeles de los actores del proceso. Se trabaja en dos módulos abordando dos áreas del derecho, privado y penal que presentan notas diferenciadas en el encuadre jurídico y en el procedimiento.

Se espera desarrollar en los estudiantes competencias para:

- La búsqueda, valoración y propuesta de soluciones a diversos casos jurídicos.
- El análisis y el razonamiento legal válido y crítico.
- El asesoramiento jurídico.
- La **organización del trabajo profesional.**

Práctica Profesional II. Continúa con la dinámica de la Práctica Profesional I, incorporándose para el análisis casos de otras áreas del derecho, como son derecho laboral; derecho de menores, prevencional

y correccional; derecho de familia y sucesiones, derecho administrativo, etc. Se aspira a lograr idénticas competencias.

Práctica Profesional III. Clínica Jurídica. El último de los espacios curriculares es la Clínica Jurídica. 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 práctica⁴. 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 la Facultad de Derecho de la UNC se enmarca en la última acepción.

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.

Los integrantes del Programa de Enseñanza para la Práctica Jurídica propusimos a las autoridades que el programa para la Práctica Profesional III, opere bajo la forma de Clínica Jurídica y desarrolle competencias y objetivos que se consideran esenciales en el egresado en este momento histórico, se sugirió integrarla con tres áreas de trabajo: legislativa, alfabetización jurídica y capacitación en funciones.

En este espacio curricular se pretende incorporar competencias⁵ 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. Se aspira a que el estudiante vivencie situaciones

⁴ PUGA, MARIELA, “Enseñanza Clínica del Derecho” en Clínica Jurídica de interés público- Lineamientos, trabajos publicados por la Secretaría de Gestión Institucional de la Universidad Nacional de Tucumán.

⁵ 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.

que lo ayuden a comprender la implicancia de lo que significa ser operador del derecho, que desarrolle su propia visión, abrir a cada uno espacio de reflexión acerca de cuál es el rol de los abogados en la consolidación del Estado de Derecho; aspiramos a que después de ello estén mejor preparados para tomar decisiones éticas difíciles y asumir las consecuencias.

Uno 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.

Los espacios de aprendizaje previstos en la Clínica Jurídica permiten que los futuros egresados 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 realización, ya que este aprendizaje se desarrolla en ámbitos laborales concretos. La actividad se lleva a cabo en la comunidad, se concreta fuera del aula y requiere la participación activa y comprometida de los estudiantes, quienes trabajan bajo la supervisión y dirección de un docente denominado Tutor académico y de un Tutor institucional del organismo donde cumple su labor, para lograr intervenciones jurídicas beneficiosas para la sociedad.

Se pretende que al terminar esta práctica el alumno incorpore competencias para: identificar problemas sociales de la comunidad en que participa, y a partir de esto, recomiende alternativas de acción y proponga soluciones que generen condiciones para el cambio social, pues habrá comprendido la importancia del rol del abogado en la información y asesoramiento de la comunidad.

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**.

Las áreas en las cuales se desempeñan los estudiantes son: Área Legislativa; Alfabetización jurídica y Capacitación en funciones.

4. Valoración de la experiencia

Luego de tres años de ejecución del Programa, puede comenzarse a reflexionar sobre si la Práctica Jurídica propende o no a alcanzar el propósito de incorporar un estudio interdisciplinario.

Creemos que la respuesta que cabe es que se ha logrado parcialmente, sería falsear la realidad afirmarlo de otro modo ya que es poco el tiempo transcurrido en la aplicación de un método de enseñanza diferente al acostumbrado como para aspirar a resultados plenos. La enseñanza tradicional de la Abogacía supone que el Derecho es una ciencia con un objeto propio, y a la vez que es un sistema completo de normas que se autoabastece y encuentra respuesta a los problemas de la disciplina dentro del mismo, ya que éste prevé criterios generales de solución para la mayor cantidad de supuestos particulares posibles, es tarea de los doctrinarios y jueces encontrar la forma adecuada de interpretar las leyes para alcanzar la solución más justa posible. Intentar introducir cambios en esa visión es dificultoso pero necesario, ya que la enseñanza-aprendizaje de la disciplina que denominamos derecho deviene en una tarea de creciente complejidad dado los cambios que las demás ciencias operan sobre la realidad del mundo, esos cambios han afectado las bases del derecho de modo que el análisis resulta mucho más complejo⁶.

El primer aporte a considerar es que para diseñar el Programa de Enseñanza para la Práctica Jurídica se conformó un equipo que tratara de superar las mayores dificultades que se presentan al trazar un trabajo que requiere de la intervención de docentes que provienen de diferentes asignaturas, para realizar un estudio transversal e integrador de los contenidos como un modo de preparación para lo interdisciplinario y atenuar las dificultades que ello presenta: las provenientes de las disciplinas y las que provienen de los profesores que ejercen dichas disciplinas. En relación a las asignaturas los obstáculos surgen porque, en general, cada una de ellas se considera como un aspecto trascendente en la formación del abogado pero aislado del resto; en este escenario la visión de la realidad se reduce o fragmenta. Las dificultades en relación a los profesores pueden ser causadas por disputas a partir de la

⁶ Es ésta una de las conclusiones a que arribó la Comisión N° 11 – Enseñanza del derecho: La interdisciplina, realizadas en septiembre de 2007 en Lomas de Zamora, Provincia de Buenos Aires.

⁷ STOLKINER, Alicia La Interdisciplina: entre la epistemología y las prácticas. Abril 1999 Junio 1999 Octubre 1999.

definición de los problemas que realiza cada docente, cuando cada profesor piensa y cree que el cuerpo de conocimientos de su propia materia es el que más eficazmente explica el problema, esto se ve agravado cuando se trata de integrar disciplinas diferentes.

La tarea se realizó teniendo en cuenta las condiciones que algunos autores⁷ proponen para facilitar el pasaje a la interdisciplina, entre ellas:

- La toma de conciencia de los propios prejuicios, ideologías, creencias.
- Revisar distintas variables, desde las histórico personales hasta las institucionales y las identificaciones con los propios modelos formativos que nos han convencido de que el propio conocimiento es el que realmente vale.
- Flexibilizar los límites.
- Tener actitudes y miradas descentradas reconociendo que la verdad de los conocimientos es parcial, provisoria.
- Tolerancia por la incertidumbre, la indefinición, la actitud descentrada sobre el problema a tratar y respecto de los propios conceptos y marcos teóricos.
- Animarse a trascender los límites
- La tarea interdisciplinaria supone un alto grado de democratización que se ve dificultada porque los participantes actúan en medio de relaciones jerárquicas que instauran solidaridades y oposiciones específicas.
- El trabajo en equipo implica repensar la territorialidad de nuestra práctica.
- Respetar las áreas de competencia de cada uno de los expertos.
- Puede haber cooperación aunque existan disidencias.
- No trabajar en compartimentos estancos sino formando una red y construir entre todos un saber compartido.
- Instrumentar la cooperación entre los profesores para lograr una mirada ampliada, que permita organizar estrategias más adecuadas.

Resulta necesario resaltar lo obvio: un equipo interdisciplinario es un grupo; debe ser pensado con alguna lógica que contemple lo subjetivo y lo intersubjetivo. Lo primero, y más evidente, es que un saber disciplinario es una forma de poder y, por ende, las cuestiones de poder aparecerán necesariamente. En lo individual, la participación en un equipo de esta índole implica numerosas renunciadas, la primera es la

renuncia a considerar que el saber de la propia disciplina es suficiente para dar cuenta del problema, reconocer lo incompleto de cada una. Por ello la coordinación de un equipo interdisciplinario es una función decisiva ya que pueden originarse situaciones de conflicto: rivalidades, competencias y alianzas entre sus integrantes, que es necesario impedir. Debe existir algún tipo de liderazgo, que defina cómo organizar el tiempo, cómo instrumentar el trabajo previo, proyectar la tarea, realizar acuerdos. Hay que evitar desaprovechar el tiempo y los recursos, de allí la necesidad de capacitación para esta tarea, pluripersonal y a veces multidisciplinar, que permite vivenciar las dificultades, obstáculos y ventajas del trabajo en equipo enfatizándose su importancia no sólo para el logro en las intervenciones áulicas sino también por considerar el plus que aporta para el ejercicio de la democracia. Por este mismo motivo, es éste un aprendizaje de cómo ser ciudadano, y resulta importante que sea trasmitido a los alumnos⁸; con los aportes de todos los integrantes se aprende a articular los diferentes lenguajes disciplinares, consensuar, disenter, y al mismo tiempo, predispone a entender la problemática del otro y verse a sí mismo a partir de la mirada del otro al someter la problemática a reflexión. También cumple una función preventiva para evitar la mala praxis y el llamado “síndrome de burnout”⁹, ya que la realización de múltiples funciones que requiere el modo actual de trabajo en la docencia lleva a desgastes físicos y emocionales que en definitiva se traducen en pérdida de efectividad en los resultados pretendidos.

El punto de partida fue intentar entonces que los docentes primero y luego los estudiantes, integraran los conocimientos aportados por diversas asignaturas para poder entender los problemas, las demandas sociales, considerando que el saber no basta para poder hacer, y luego comenzar a integrar diferentes disciplinas a los efectos de encontrar respuestas más eficaces. En las primeras etapas de la enseñanza para la práctica se incentiva el análisis transversal de las cuestiones, la integración disciplinar, propendiendo también a la integración de los

⁸ Es habitual que a los alumnos se les proponga trabajar en equipo, lo que generalmente se resuelve fragmentando la tarea, a partir de una división arbitraria (de tal página a tal página..., por ejemplo) de la labor asignada, desaprovechándose para un verdadero trabajo en común, donde los aportes de cada uno sean debatidos, compartidos o rechazados, pero en un verdadero trabajo de tolerancia.

⁹ El término “Burn out” procede del inglés y se traduce en castellano por “estar quemado”. A mediados de los años 70 el psiquiatra Herbert Freudenberger describió el síndrome Burn out, aunque no con tal nombre, como una patología psiquiátrica que experimentaban algunos profesionales que trabajaban en algún tipo de institución cuyo objeto de trabajo son personas. lo definió como *“síndrome de agotamiento emocional, despersonalización y baja realización personal que puede ocurrir entre individuos cuyo trabajo implica atención o ayuda a personas”*.

miembros individuales de cada grupo de estudio para que asuman la realización de las tareas encomendadas como un equipo de trabajo.

Se fomenta la práctica multidisciplinaria e interdisciplinaria ya que en su funcionamiento se trata de romper el estudio a modo de compartimentos estancos, las "islas" académicas, la desarticulación entre teoría y práctica, a través del intercambio de instrumentos, métodos y técnicas, e intentando incorporar la cooperación entre los integrantes de cada grupo de estudio como metodología permanente de trabajo.

Estamos convencidos de que los espacios curriculares que integran la enseñanza para la práctica jurídica son un ámbito adecuado para iniciar a los docentes y alumnos el cambio de enfoque requerido ya que el camino hacia la interdisciplinariedad comienza desde el momento mismo en que el alumno inicia sus estudios. En esa etapa es esencial incorporar por ejemplo la disciplina del lenguaje, ya que tradicionalmente ha tenido poco tratamiento didáctico la enseñanza sistemática de los usos formales de la lengua oral. Los Talleres de Jurisprudencia de acuerdo a su contenido y metodología de trabajo son una buena oportunidad para este aprestamiento¹⁰. En cada uno de ellos se procura preparar a los alumnos para un abordaje interdisciplinario de las diversas cuestiones, así por ejemplo para tratar temas referidos a adelantamiento del parto de un feto anencefálico, aborto, muerte digna, consumo de estupefacientes, hay que integrar aspectos éticos, bioéticos, médicos, psicológicos, sociológicos, religiosos y políticos. Del mismo modo al analizar y cotejar fallos a efectos de conocer criterios de continuidad o cambios jurisprudenciales vinculados a la violación de los derechos de la personalidad y los medios de comunicación, responsabilidad de los concesionarios viales, leyes de emergencia y "corrallito", etc., es necesario realizarlo desde la perspectiva de varios de los componentes mencionados, además de aspectos económicos y de política económica.

Progresivamente se incorporan actividades que desarrollan habilidades de comprensión de la dimensión ética, social -general e individual-, religiosa, económica, política, de diversas situaciones que la realidad plantea y que esperan o necesitan de respuestas jurídicas, pero que también requieren análisis de los otros componentes mencionados. Por ello es que se indica la realización de las siguientes actividades: lectura y análisis de fallos sobre temas que los estudiantes están en condiciones de abordar desde las áreas jurídicas de fondo, y que resultan motivadores para la reflexión ya que intervienen otros

¹⁰ Para un conocimiento acabado del contenido, materiales de trabajo y modalidad de enseñanza-aprendizaje se sugiere la lectura de los Programas de cada uno de estos espacios curriculares.

aspectos no estrictamente jurídicos en su planteo y resolución, como lo exigen los temas ya mencionados. Se practican también, de modo ficto en el aula, consultas de clientes, donde los alumnos llevan adelante la representación de consultantes o profesionales, o a veces actúa como cliente el docente quien con su experiencia lo prepara para ejercer su profesión en realidades disímiles, ya que el abogado asesora a personas con distintos perfiles de personalidad o diferente formación cultural. Esta actividad enfrenta al alumno con los problemas derivados de la comunicación humana, ya que la mediación de la palabra permite el acercamiento o alejamiento con otro ser humano; quién no sabe de mal entendidos, de inútiles aclaraciones semánticas, de explicaciones acerca de lo que en realidad se quiso decir... en fin, hay aspectos relativos al valor de la palabra que se reconocen con facilidad, pero es necesario que el estudiante de abogacía incorpore herramientas que faciliten la comunicación desde los primeros años de su formación. A su vez esto permite atender otro problema como es el de la desigualdad social, ya que las diferencias socio-culturales en la población acentúan la falta de igualdad. Con esto se apunta entonces no sólo a la comunicación sino también a formar en valores que propendan a hacer efectiva la proclamada dignidad humana.

La construcción conceptual de los planteos supone un marco de representaciones común entre esferas del derecho y una cuidadosa delimitación de los distintos niveles de análisis del mismo y su interacción, por ejemplo de derecho constitucional, civil, penal, pero a su vez el problema que implica un abordaje interdisciplinario. Se tratan situaciones que desde el conocimiento disciplinar los alumnos puedan resolver, pero se precisa la motivación docente para reflexionar sobre los otros aspectos y asumir que las más de las veces se necesita una capacitación particular o la participación de otros profesionales para poder hacerlo. Por ello en diferentes ocasiones se invita a expertos a participar en las clases, por ejemplo: médicos, trabajadores sociales, sicólogos, mediadores, religiosos, funcionarios de carrera de diversas instituciones, etc.

La experiencia indica que en los primeros años los alumnos por falta de familiaridad con esta técnica de estudio, no advierten la intencionalidad de la misma, y quizás la desaprovechan. Para evitarlo se debe trabajar a efectos de lograr un fuerte compromiso docente, lo que requiere mantener numerosas reuniones, lecturas adicionales, etc., pero luego de un breve tiempo comienzan a producirse resultados, ya que los mismos docentes traen propuestas para incorporar nuevos temas a analizar, realización de seminarios sobre temáticas específicas, jornadas de trabajo con participación de especialistas en diferentes áreas, etc. Sin duda que estos esfuerzos deben ir acompañados de un recono-

cimiento institucional, es necesario concienciar a las autoridades para que se comprometan a brindar una mayor capacitación para este tipo de enseñanza y lograr que el espacio dedicado a esta tarea -sean reuniones de discusión de casos, ateneos compartidos, reuniones de elaboración de estrategias de trabajo, intercambio de experiencias, etc.- sea reconocido como parte del tiempo de trabajo.

5. Aportes específicos de la Clínica Jurídica

De la lectura de los informes que como trabajo final presentan los alumnos, en los que también se reflejan las opiniones de los funcionarios que cumplen la tarea de capacitadores, se extraen conclusiones valederas.

En el Área Legislativa los alumnos tras un tiempo de preparación teórica a través de trabajo áulico, y habiendo cursado ya la asignatura opcional correlativa, Derecho Parlamentario, concurren al ámbito del Poder Legislativo donde participan y realizan tareas en los diversos ámbitos donde se lleva a cabo la actividad propia del ámbito, trabajo en Comisiones, observan sesiones, realizan entrevistas, recopilan antecedentes, detectan falencias o vacíos en las normas jurídicas, y proponen modificaciones o nuevas redacciones. De lo actuado por los alumnos se detecta que la realidad impone la necesidad de un trabajo interdisciplinario, donde se requieren consultas e informes a expertos que deben ser considerados y valorados como indispensables, ya que cada norma que se dicte tendrá repercusiones en el ámbito social. De allí que deba integrarse con áreas como: filosofía política, economía, comunicación, expertos en lenguaje, medicina, expertos en medio ambiente, psicología, trabajo social, estadística, etc.

Los alumnos resaltan la falta de análisis sobre el impacto que provocan diferentes medidas económicas, tributarias, previsionales, que se adoptan desde el Poder Legislativo o del Poder Ejecutivo, no sólo en el aspecto socio-económico de la población en general, sino también por ejemplo su repercusión en el Poder Judicial dado el volumen de las causas judiciales que se inician como consecuencia de aquellas¹¹.

En el área de Alfabetización Jurídica 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 ha trabajado sobre: actuación de los ciu-

¹¹ Ejemplo de esto son las leyes de emergencia económica, "corralito", que hicieron que el Fuero Federal, considerado de excepción, viera incrementado el volumen de causas perdiendo entonces el carácter de excepcional. Del mismo modo sucede con los reclamos de orden previsional.

dadanos como jueces jurados en los Juicio por Jurados, la problemática del Abuso de Menores, Gestión de los recursos comunitarios desde la organización. Los informes presentados reflejan que el ciudadano común tiene un alto grado de desinformación y desconfianza hacia el Derecho y los organismos que se vinculan con él. No hay claridad acerca de cuáles son las situaciones que pueden ser llevadas para su conocimiento ante las autoridades administrativas o del Poder Judicial; cuáles son los modos, lugares e instituciones a dónde recurrir para pedir, si fuere menester, la participación de las autoridades o de otros particulares. De allí que se advierta la necesidad del aporte de otros saberes: comunicación, psicología, medicina, trabajo social, estadística, diseño gráfico, etc.

En Capacitación en funciones los alumnos se incorporan 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 un Tutor académico como por un 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, Cámara Federal de Córdoba, Colegio de Abogados de Córdoba, Asociación de Magistrados y Funcionarios de Córdoba, Ministerio de Producción y Trabajo de la Provincia de Córdoba, Ministerio de Justicia, Defensor del Pueblo; encontrándose prevista la ampliación de organismos participantes como ser Ministerio de Educación, Consulados, etc. Los alumnos refrendan un Acta Compromiso individual, donde se pone a resguardo la confidencialidad por todo aquello que pudieran conocer en el desarrollo de la práctica.

Así los alumnos concurren a realizar su práctica en Asesorías Letradas del Poder Judicial de la Provincia de Córdoba, (Fuero Civil, Penal, Laboral, de Menores y Familia), en el Juzgado Electoral y Oficina de Derechos Humanos del Tribunal Superior de Justicia de la Primera Circunscripción Judicial, Córdoba Capital, Tribunales Federales de Córdoba, Juzgado Federal N° 3 (Secretarías Civil y Laboral, Penal, Fiscal y General-Previsional, Leyes especiales (DGI-Aduana-Corralito) y Derechos Humanos, Consultorio Jurídico Gratuito del Colegio de Abogados, Sala de Jurisprudencia de la Asociación de Magistrados, Defensa del Consumidor, Ministerio de Justicia (Programa de Asistencia a la Víctima del Delito, Inspección de Personas Jurídicas), Defensor del Pueblo de la Provincia.

De este modo 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; apreciar si se respetan las normas de conducta profesional o las normas de conducta en general, cómo se viven los principios de respeto, igualdad y equidad en los escenarios reales de trabajo; analizar 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; aportar sugerencias creativas para la elaboración de modos alternos en que podrían llevarse a cabo los procesos judiciales o administrativos vinculados a lo jurídico para lograr una mayor conformidad con el concepto de justicia.

De los trabajos presentados por los alumnos surgen valiosas apreciaciones realizadas por observadores críticos, que a veces concurren a los organismos con prejuicios, con una visión negativa del funcionamiento de las instituciones y de quiénes allí se desempeñan, pero que al terminar la capacitación, en general, admiten que su concepción previa no se corresponde con la realidad observada. Esta modalidad de aprendizaje constituye una forma de control ciudadano, que a lo largo de esta experiencia ha servido como fortalecedora de las instituciones democráticas.

En general en los informes finales, se rescata el conocimiento profundo que tienen del Derecho los magistrados y funcionarios, el compromiso que asumen en la realización de su tarea, la escasez de recursos humanos y materiales para la realización de las mismas. En particular, la imparcialidad con que se trabaja en el ámbito de la Justicia tanto federal como provincial, la preocupación de los Asesores Letrados, los abogados que trabajan en Consultorio Jurídico del Colegio de Abogados, funcionarios y personal del Centro de Asistencia a la Víctima del delito y Violencia Familiar, por dar respuesta y orientación a muchas cuestiones que exceden lo jurídico y requieren de modo indispensable la participación de otras disciplinas como son la psicología, medicina, comunicación, trabajo social. Pero no desde el trabajo del perito como auxiliar en las decisiones (ya que en ese caso la visión se aporta con mayor profundidad pero siempre desde una disciplina) sino desde un trabajo verdaderamente interdisciplinario para intentar alcanzar respuestas adecuadas a ciertas cuestiones, o el establecimiento de políticas económico-sociales a cargo del Poder Ejecutivo. En las audiencias observadas por los alumnos se detectan, a veces, falencias al momento de explicitar a los ciudadanos, sobre todo a aquellos con menor instruc-

ción, su derecho a tener derechos y el derecho a ser escuchado, por lógica a menor formación educativa o inferior condición socio-económica los problemas se agudizan, la tecnicidad del lenguaje, el significado de las palabras que se emplean resultan desconocidas, lo que hace que el ciudadano común se sienta inferior, intimidado, en expresión de una alumna: "el mundo del derecho los vulnera, los hace sentir incapaces de manejarse en él; el sentimiento de inferioridad los domina, no se aventuran a hablar por temor a equivocarse o a complicar las cosas". De manera muy clara surge una dolorosa paradoja, el derecho pensado como instrumento al servicio del hombre y sus necesidades, por la falta de comprensión acerca de lo que se le explica, acaba atemorizándolo y excluyéndolo.

De allí la necesidad planteada en la mayoría de los espacios de capacitación, la incorporación de equipos de trabajo multi e interdisciplinarios, para hacer real el trato igualitario que la Constitución Nacional establece. Quienes intervienen en los procesos deben "conocer", tanto las circunstancias del hecho que motiva la causa con la que trabajan, como las particularidades de las personas involucradas en el mismo, para arbitrar con justicia; saber de las necesidades individuales, de las dificultades y posibilidades y, desde allí, evaluar los mecanismos más aptos para avanzar en la resolución de la causa con la premura y el cuidado del caso. Es un profundo desafío que nos involucra a todos, es una nueva manera de enfrentar la tarea, que tiene implicancias prácticas, lógicas y éticas.

También los estudiantes sugieren el aporte de disciplinas técnicas que faciliten el uso de herramientas informáticas o tecnológicas a efectos de ordenar y agilizar las tareas, ya sea para poner a disposición de los magistrados, funcionarios o abogados en general la legislación y jurisprudencia más actualizada, sobre todo cuando el lugar de desempeño se encuentran en el interior, alejados de las ciudades capitales; o para agilizar la búsqueda de expedientes o resoluciones, y favorecer la efectividad de los organismos.

El empleo de métodos no adversariales de resolución de conflictos es una proposición constante; se encuentra en ellos una posibilidad más para evitar el desamparo en que quedan amplios sectores de la población, ya sea por la falta de recursos económicos para acceder a los servicios de justicia o por la dilación en la resolución de las causas administrativas o judiciales. Si bien un elevado número de planes de estudio ya los han incorporado en sus currículas, es necesario extender su conocimiento y propender a su comprensión por todos los operadores del derecho, para concretar el cambio cultural que lleve a su difusión y aceptación por la población en general.

Como se advierte son múltiples las disciplinas que pueden y deben intervenir para facilitar y hacer eficaz la tarea de un abogado; completar e integrar el análisis de los problemas llevados a su conocimiento con el aporte de otros saberes es un requerimiento de la época dada la complejidad que la realidad presenta.

Resulta imposible pretender brindar conocimientos disciplinares a los futuros egresados en todos y cada uno de los planteos que surgen o puedan plantearse en su ejercicio profesional, pero sí es imperativo formarlos con conciencia de la necesidad del trabajo interdisciplinario, asumir lo limitado del saber disciplinar aislado y lo útil que resulta el análisis transversal desde los conocimientos propios del derecho y luego aceptar la ayuda interdisciplinaria que se traduzca en un factor de cambio en las estructuras de razonamiento.

Ante las transformaciones producidas en las diferentes ciencias y en otros órdenes, tanto en lo social, cultural, como en lo político, económico, etc., es pertinente aproximarse a los problemas y dificultades que se presentan en el ejercicio del Derecho con una mirada integradora para alcanzar el propósito de encontrar las soluciones que la hora exige. Esto nos llevará a replantearnos la cuestión de cuál es la finalidad del Derecho, su razón de ser, para la vida humana social, es decir, coexistencial.

Para concluir, y con el propósito de reflejar los logros que se alcanzan con este enfoque interdisciplinario en la enseñanza del derecho, transcribo las reflexiones con las que cierra su informe una alumna que realizó su Práctica Profesional III en el año 2007: "A lo largo de su desarrollo (de la PP III) tuve que repensar numerosos temas: desde el concepto de derecho hasta la influencia de los problemas económicos, sociales y de toda índole en la administración de justicia, pasando por un análisis respecto a la vigencia de ciertos principios procesales, la crítica a los participantes en el proceso, la relación del proceso y del derecho con la realidad. Llegué incluso a dudar si realmente el ámbito judicial es el idóneo o apropiado para resolver los conflictos latentes en la sociedad y a proponer ideas superadoras de las deficiencias. En síntesis el informe hizo que interrogara la vigencia y eficacia de estructuras que antes para mí eran incuestionables, predispuestas para ser utilizadas sin ningún tipo de reflexión: ahora puedo decir que mi mirada del mundo del derecho ha cambiado, es más amplia, dinámica y siento que soy una actora más en la tarea de reconstrucción y actualización constante del derecho¹²".

¹² Trabajo presentado por la alumna Lorena Anabel Maggiore, Matr. 2002150077, quien realizó su Capacitación en Funciones en el Juzgado Federal N° 3, Secretaría Civil y Laboral.

Bibliografía:

“Autoevaluación de la Carrera de Abogacía de la UNC” (1999), Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Ciencia, Derecho y Sociedad, Serie: Estudio y documentos institucionales.

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 F., *Sobre la inexistencia del derecho de interés público*. Una concepción del derecho y la formación de los abogados en Argentina. Revista Jurídica de la Universidad de Palermo. Año 1996.

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.

CASTRO BUITRAGO, Erika Joulliet, *Perspectivas de la Enseñanza Clínica del Derecho en Colombia*, trabajos publicados por la Secretaría de Gestión Institucional de la Universidad Nacional de Tucumán, N° 5 enero-junio/2004.

CORTÉS DE ARABIA, Ana María, *La Clínica en la enseñanza del Derecho. Su desembarco en la Carrera de Abogacía de la UNC.*, Anuario VIII del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho y Cs. Sociales. Año 2005, p. 587.

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.

CARRIÓ, GENARO. *Como estudiar y como argumentar un caso R*. Edit. Abeledo Perrot.
DOMENECH, Ernesto. *Clínicas 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.

PLOVANICH, MARÍA CRISTINA, “*Enseñanza para la Práctica del Derecho*. Clínica Jurídica de la Facultad de Derecho, Escuela de Abogacía de la U.N.C.” en Anuario VIII del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho y Cs. Sociales. Año 2005, p. 619.

PLOVANICH, MARÍA CRISTINA y CORTÉS DE ARABIA, ANA MARÍA, TALLER DE JURISPRUDENCIA I (en colaboración). Serie Materiales de Estudio. Córdoba. Editado por Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. UNC. Año 2001. Actualizado 2004 y 2006.

- TALLER DE JURISPRUDENCIA II (en colaboración). Serie Materiales de Estudio. Córdoba. Editado por Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. UNC. Año 2002. Actualizado 2004 y 2006.

PUGA, MARIELA, "Enseñanza Clínica del Derecho" en Clínica Jurídica de interés público-Lineamientos, trabajos publicados por la Secretaría de Gestión Institucional de la Universidad Nacional de Tucumán. N° 5 enero-junio/2004.

PUGA, MARIELA, "Los desafíos de las Clínicas Jurídicas en Argentina", trabajos publicados por la Secretaría de Gestión Institucional de la Universidad Nacional de Tucumán, N° 5 enero-junio/2004.

STOLKINER, ALICIA La Interdisciplina: entre la epistemología y las prácticas. Abril-Junio-Octubre 1999. www.campopsi.com.ar
UNICEF. Publicaciones diversas.

VILLARINI, ÁNGEL R. y colaboradores. La enseñanza orientada al desarrollo del pensamiento. San Juan, Puerto Rico. PELL, 1988.

Sitios web de consulta:

Washington College of Law, Clinical program: www.wcl.american.edu/clinical/CELS
(Centro de Estudios Legales y Sociales): www.cels.org.ar

COLADIC (Consejo Latinoamericano de estudiosos del Derecho Internacional y Comparado): www.coladic.org

PILI (Public Interest Law Initiative). Library: www.pili.org. Universidad de Palermo (Clínica de Interés Público): www.palermo.edu.ar.



SECCIÓN V
HISTORIA DEL DERECHO

**“ESTA CÁRCEL SÓLO SIRVE PARA LOS HOMBRES DE BIEN”
LA CÁRCEL CAPITULAR DE CÓRDOBA DEL TUCUMÁN. SIGLO XVIII.**

Dra. Marcela Aspell¹

Resumen: La presente investigación, llevada a cabo con material documental proveniente del Archivo Histórico de la Provincia de Córdoba y Archivo del Arzobispado, estudia la formación y desarrollo de la cárcel capitular en una ciudad indiana fundada en la periferia del imperio español en América, en las postrimerías del siglo XVIII, como asimismo la aplicación de las penas efectuada por la justicia lega en lento, pero inexorable tránsito, hacia la justicia de hombres formados *profesionalmente* en Derecho.

Palabras Claves: Justicia. Jueces - Penas - Cárcel - Córdoba del Tucumán - Siglo XVIII

*Y los presos, con dolor de su libertad perdida
tal vez maldicen la vida que los condujo a este horror.*

CRISTÓBAL DE AGUILAR.

CÓRDOBA DEL TUCUMÁN, SIGLO XVIII

Córdoba del Tucumán, fundada por españoles en 1573, constituía en el siglo XVIII una vital ciudad mediterránea, cruce de caminos y nudo de comunicaciones para los peregrinos que recorrían las rutas hacia Buenos Aires, Asunción, Santiago o Lima, alejada del teatro de las guerras, pero permanente frontera con el indio, cabecera del obispado, y sede de la Universidad, que el 22 de agosto de 1791 incorpora los estudios regulares de Derecho, al crearse la Cátedra de Instituta, confia-

¹ Doctora en Derecho y Ciencias Sociales. Profesora Titular de Historia del Derecho Argentino de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Investigadora Conicet. Presidenta de la Junta Provincial de Historia de Córdoba.

da inicialmente al hombre más versado en Leyes que tenía la ciudad, el Doctor Don Victorino Rodríguez, con el auxilio del pasante Dámaso Xigena, hecho que significa la creación de la *Facultad de Jurisprudencia* de notable peso e influencia en la dilucidación del tema que nos ocupa.

La presencia de estudios regulares de Derecho contribuyó eficazmente a difundir el conocimiento y afianzar la práctica del derecho, para reemplazar una justicia de jueces legos, cuyo funcionamiento se empeñaba en controlar una lejana Justicia de Alzada.

Las transformaciones políticas e institucionales que se operan en el último cuarto del siglo XVIII aumentan el número y el tono de la legislación contra la creciente población marginal de *vagos y mal entretenidos*.

Los espacios de relocalización de la población criminalizada:

Criminalizar intensamente conductas desarregladas, rebeldes, contumaces, dueñas de una gran amenidad social y reubicarlas en los espacios asignados a tal fin parecía pues el único recurso posible.

Y en este panorama la cárcel, el destierro, el presidio y la condena a bajeles se presentan como instancias que llevan a cabo la relocalización de esta población marginada de los estadios de producción y consumo de la sociedad indiana, dueña de una cultura entre las sombras agudamente criminalizada.

El destierro y el extrañamiento del lugar donde solía morar el delincuente fundaban su eficacia en el temor que llevaba implícito el ostracismo y la expulsión, *por las incomodidades que causaba, o las comodidades de que privaba*.

Se exigía empero, que nunca fuera impuesta a hombres depravados que puedan inficionar a otros con su mal ejemplo, pues como se argumentaba: *no es justo que por libertar del daño a un lugar se vaya a causar a otro teniendo todos igual derecho a la protección y cuidado del Gobierno*².

En 1761, a la temprana edad de veintiséis años, Cesare Bonesana, Marqués de Beccaria, recomendaba aplicar la pena de destierro, excluyendo de la sociedad, al que turba la tranquilidad pública, al que no obedece las leyes, esto es, a las condiciones con que los hombres se sufren y se defienden recíprocamente; entre los supuestos de aplicación, incluía a los ociosos que no contribuyen a la sociedad ni con el trabajo ni con las riquezas, para los cuales pedía una cuidadosa definición³.

² MANUEL DE LARDIZÁBAL Y URIBE *Discurso sobre las penas contrahido a las Leyes Criminales de España para facilitar su reforma*. Madrid. Joachim Ibarra Impresor de Cámara de S.M. 1782 pag 218-219.

³ CESARE BONNESANA, Marqués de Beccaria, *Tratado de los Delitos y de las Penas*. Editorial Porrúa S.A. México 1995 Sexta Edición Facsimilar, pág. 104. Insistía el autor: *Deben las leyes definir cuál ocio es digno de castigo, no la austera y limitada virtud de algunos censores*.

El destierro significaba expulsar, siquiera temporalmente, del ámbito de la jurisdicción a quien había desafiado las reglas de convivencia de la misma comunidad. Al mismo tiempo que se consigue quitar del medio social a quien lo disturba o incomoda, se aprovecha su fuerza de trabajo en áreas geográficas alejadas y en procesos de expansión o que se levantan como un muro de defensa de la ciudad.

Rodeado de un fuerte valor simbólico, el desterrado era siempre "*un traidor al "contrato" y a la sociedad en general*"⁴.

En la jurisdicción en estudio, fue habitual la aplicación de esta pena a los considerados *vagos y malentretidos*, amparándose en la esperanza que al extrañar al vago del medio habitual donde tenía tejida su red de sobrevivencia a expensas de las tropelías cometidas en las haciendas de los vecinos, indispensablemente se lo enfrentaba con la necesidad de trabajar para subsistir.

El segundo espacio, diferenciando el instituto de la cárcel de las penas de presidio, la condena a la ejecución de los trabajos de interés público se presentaba como el remedio más propio para castigar a quien había hecho de la ociosidad y el *malentretimiento* un sistema de vida.

Manuel de Lardizábal y Uribe, estudiando la eficacia de la pena razonaba que *aún cuando hubiera hombres habría delitos, nunca podría extinguirse el problema, mientras no se procure dar por todos los medios una buena educación al pueblo, para evitar la ociosidad y la mendicidad que son las fuentes más fecundas de los delitos y los desórdenes. Insistía en que esta educación debía proporcionarse desde la tierna edad porque el que pasó la niñez y por consiguiente la juventud en la ociosidad y holgazanería es moralmente imposible que se aplique a trabajar y no teniendo con*

Cuando en un ciudadano acusado de un atroz delito no concurre la certidumbre pero sí gran probabilidad de haberlo cometido, parecería debería decretarse contra él la pena de destierro, mas para determinarla así es necesario un estatuto el menos arbitrario y el más precioso que sea posible, el cual condene a esta pena a la persona del que ha puesto a la nación en la fatal alternativa de temerlo o de ofenderlo, pero siempre reservándose el sagrado derecho de probar su inocencia. Mayores deben ser los motivos contra un nacional que contra un forastero, contra un indiciado por la primera vez, que contra el que ya lo ha sido otras Op. Cit. pág. 105. José Marcos Gutiérrez razonaba por su parte "que si en vez de ser útil el desterrado puede ser nocivo no parece aprueba el derecho natural que se haga semejante presente a las demás naciones, las cuales debemos mirar como una inmensa y propia familia". Distinguía el destierro de todo el Estado, llamándolo extrañamiento del Reyno, del acotado a alguna residencia o pueblo determinado. Reservaba el primero para casos excepcionales, en los cuales el destierro reemplazara la utilización de la pena capital por conmiseración del Monarca a los delincuentes que se han hecho indignos de su confianza y que debían perder la vida con arreglo a las leyes. Para las formas del destierro acotado a un área determinada aconsejaba que debía prescribirse contra delitos que provinieran de dos pasiones contrarias, del odio y del amor.

⁴ Conforme Carlos A. Garcés: *Apuntes para una historia social de la marginación penal: el siglo XVIII en el Tucumán*. En Revista Complutense de Historia de América Número 22. Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid. Madrid, 1996.

que subsistir y con que fomentar los vicios que son consiguientes a semejante vida es preciso que recurran a medios ilícitos con detrimento de la sociedad.

Por otra parte, el destino en las obras públicas fue calurosamente recomendado por el beneficio que suponía a la comunidad sumar mano de obra que ejecutara trabajos que no contaban con demasiados brazos que los efectuaran, por las diversas dificultades para llevarlos a cabo en razón de su agobio, peligrosidad, insalubridad etc.⁵

En cuanto a la *pena de bajeles*, su aplicación constituía una modalidad de la generalizada condena a galeras, temida ésta, como uno de los más severos castigos que podían imponerse durante los siglos XVI y XVII⁶ y que importaba el suministro de mano de obra para los menesteres de la marinería, fue utilizada intensamente en la península, a causa de los permanentes enfrentamientos bélicos, y en menor medida en Indias.

⁵ Aún así los resultados no siempre conformaron a las autoridades. En la sesión del Cabildo de Buenos Aires del 26 de marzo de 1759 se argumentó que los trabajos en las obras públicas no corregían los excesos de los reos, *en nada les sirve de escarmiento a los dichos malévolos según se experimenta, pues, luego que se ven libres o por huirse, que es lo más común, o por haberse cumplido su destierro vuelven a la reincidencia de los mismos delitos.*

No siempre se aclara en el texto de las sentencias analizadas, la precisa afectación del reo a alguna obra pública; los destinos incluían la limpieza y empedrado de las calles, la reparación y limpieza de los edificios públicos, los trabajos de mantenimiento de la cañada, los trabajos en el hospital público etc.

En 1795 los *vagos ociosos y malentretidos* Francisco Rocha y Nicolás Madera fueron condenados a la cadena a servir *por seis meses en las obras públicas de la ciudad.*

Al año siguiente de 1796, el vago Manuel Contreras era condenado a servir en cadena por el término de un año en las *obras de la ciudad*, mientras los dañinos y perjudiciales Domingo Pérez y Miguel Suárez resultaban condenados a cadena de 4 meses en el servicio de *obras públicas* y cumplida la pena, destinados como pobladores *a la frontera*. En el mismo año de 1796 el *vago y ocioso* Venancio Rodríguez condenado a los bajeles por tres años, fue beneficiado por la conmutación de la pena a *cortar material en el horno de San Francisco*, mientras el *vago y ocioso* Feliciano Ledesma era condenado a la cadena por seis meses en las *obras públicas.*

También en 1796 Félix Escudero *ladrón, vago y malentretido* fue destinado a la cadena por seis meses en el *servicio de las obras públicas*, en tanto su par Pedro Peralta era condenado a *veinticinco azotes y un año de cadena en el servicio en el horno de ladrillos de San Francisco* debiendo traer su familia y conchabarse.

En 1797, Justo Quevedo *ladrón, ocioso y salteador* condenado a los *bajeles de Su Magestad* por 8 años y a pagar las costas del pleito, lograba la conmutación de su condena por el *destierro en la mitad del tiempo de servicio con cadena en el Fuerte de las Tunas* en razón de su calidad de hombre casado y padre de familia

En 1799 los *vagos, ladrones de mujeres y autores de lesiones varias*, Juan Santos Pérez y José Benito Valdez, fueron destinados por cuatro meses a servir en las obras públicas *con prisiones* y al pago de las costas causadas.

⁶ Escribe Tomás y Valiente: *“Quizá lo mas arbitrario respecto a esta pena era la general indeterminación de su duración para cada reo, con independencia del tiempo por el cual*

Suprimida en 1748 por Fernando VI, fue restablecida por Carlos III en 1784 "*con el objeto de esforzar por todos los medios el curso contra los argelinos*"⁷, confirmándose la medida por Real Cédula del Consejo de Indias en 1785⁸.

El fin de la pena se precipita el 4 de marzo de 1802, cuando una Real Orden prohíbe a las justicias condenar a galeras, dada la inutilidad de la pena en tiempos de paz, pues depositados los reos en Arsenales sólo sirven de embarazo y costo infructuoso. El 30 de diciembre de 1803 se confirmaba la medida⁹.

En nuestra jurisdicción, esta condena registra sus mayores índices de aplicación en los últimos años del siglo XVIII, cuando las sentencias suelen incluir con alguna frondosidad la pena de bajeles que importaba, como la anterior, el servicio del remo de estos navíos. En ocasiones la condena especifica escuetamente "a remar" sin otra mención de su destino final¹⁰.

En el largo proceso de relocalizar a la población marginal criminalizada, a la espera del proceso o durante su sustanciación, guardo un rol fundamental la presencia de la cárcel.

La cárcel:

La regulación del instituto de la cárcel preocupó desde tiempos lejanos a juristas y legisladores.

fuese impuesta en el texto de la sentencias condenatoria. Los reyes escribían con frecuencia a todos los generales de las escuadras, ordenándoles que no dieran libertad a los forzados que fueren cumpliendo en ellas hasta tener otra orden y que los que vayan cumpliendo les den su sueldo y los traten como buenas boyas. Las necesidades político - militares eran antepuestas a cualesquiera otras consideraciones de justicia y los galeotes, merced a la ficción de percibir un sueldo y un rancho algo mejor, dejaban formalmente de ser presos, pero continuaban indefinidamente amarrados al duro banco pues así lo mandaba la todopoderosa voluntad del Rey." Francisco Tomás y Valiente *El Derecho Penal de la Monarquía Absoluta Siglos XVI-XVII-XVIII*, Madrid, Editorial Tecnos, 1969 pag. 391.

⁷ Idem, pág. 391.

⁸ Novísima Recopilación cit. XII- 40- 10.

⁹ Anotaba en tal sentido José Marcos Gutiérrez en su conocida *Práctica Criminal que sobre el particular nada tenemos que hablar puesto que por no hallarse en estado de servir se ha comunicado a la Sala de Alcaldes, Chancillerías y Audiencias que por ahora no se destinen reos de galeras a ellas*. José Marcos Gutiérrez *Práctica Criminal de España*, Madrid, Tomo I, 1828. pag 317. Del mismo modo Lardizábal y Uribe proclamaba en la primera edición de su obra correspondiente a 1782, la abolición de la pena Manuel de Lardizábal y Uribe: *Discurso sobre las penas*. cit. pág. 197

¹⁰ "*A remo y sin sueldo. A remo y amarrado al banco con argollas y ramales, sin otra expansión que el de acostarse en los huecos existentes bajo los bancos y puestos en actividad en constante maniobra, bogavante y siendo maniobra forzada recibiendo en las espaldas desnudas el mosqueo del rebenque del cómitre, esta era la vida del galeote, demasiado estrecha, aunque a veces no fuera demasiado fatigosa y, por estrecha, imposibilitado de desenvolviemiento*". Tal fue la dramática pintura que traza Rafael Salillas y que había impulsado a

La consideración del tema no falta en los tratadistas de ambos derechos, el romano y el canónico, que por la ceñida vinculación entre las nociones de delito y de pecado, reflexionaron sobre los alcances de la pena y sus espacios de control y ejecución.

Doscientos años antes que el inglés John Howard¹¹ describiera el horror del régimen carcelario inglés en el “*Estado de las prisiones de*

los condenados a huir desesperados de tan terrible destino. Se multiplicaron en consecuencia las disposiciones para impedir las fugas, encargando en 1557 Felipe II a las justicias que tuvieran particular cuidado en despacharlos munidos de las seguridades necesarias, debiendo ser acogidos en las cárceles de los lugares donde transitaran “*y no habiendo cárcel en otros lugares y casas donde con seguridad estén y den todo favor y ayuda a las personas que los lleven y que sus conductores los lleven con todo recaudo, cuidado y diligencia, de manera que no se les pueda soltar, ni huir y que si por su culpa y negligencia se soltaren y huyeran y no fueren puestos y entregados a las partes, sean condenados en cien ducados por cada galeote que se les soltare para comprar un esclavo*”.

Felipe III ordenó, por su parte, en 1611, que sólo los reos con proceso completo podían ser enviados a galeras, en tanto se circunscribía exclusivamente a la autoridad y jurisdicción de los capitanes y oficiales de marina el reconocimiento de las habilidades para remar en los navíos de Su Majestad.

Los rigores del régimen de las galeras intentaron ser controlados por Felipe II, quien el 6 de mayo de 1543 insistió en que se verificase siempre en las naves el número de galeotes suficiente para su conducción y *porque es de mucha importancia que la dicha chusma ande bien tratada en el mantenimiento, vestido y ropa y todo lo demás para que tengan fuerzas y salud para servir... porque además de que esto conviene a nuestro servicio, toca mucho al descargo de nuestras conciencias y no permitiréis que la dicha chusma en la invernada ni en los tiempos que no se navegare sea ocupada ni metida en otras labores ni trabajos, fuera de lo que toca al servicio de las dichas galeras, no siendo para nuestro mandato o para otra cosa de nuestro servicio, como podría ser en las atarazanas y cortar de las maderas, y otras cosas necesarias al servicio de ellas. Y que asimismo los enfermos sean bien curados y proveídos de las cosas necesarias, y no consentiréis que la gente de cabo ni otra ninguna que anda en galeras se sirva de la ropa de la chusma, teniendo cuidado de mirar en esto*”

Bajo estas condiciones se procedió a la aplicación de la pena, que contó en la jurisdicción en estudio, en el último cuarto del siglo XVIII, con muestras de acatamiento.

En 1795, a José Villagra condenado por *vago, ladrón y otros excesos* se lo condena a vivir en los bajeles de Su Majestad, destino que igualmente le espera a los vagos y ladrones José Esteban Toledo y Juan Funes, Antonio José Guevara, José Roque Díaz, Domingo Cruz y Lorenzo Gigena y otros vagos incorregibles en ese mismo año de 1795.

En 1796 los *vagos* Paulino Pérez, José Abrego y Pablo Mariano Junco Mariano Córdoba, Marcos Álvarez, José Ramírez y Domingo Matorras, Bartolomé Arias, Francisco Gómez, Javier y Pedro Juan Aguirre, Juan Pedro y Juan Bautista Rodríguez y Bernardo Villagra, fueron condenados a servir en los bajeles de Su Magestad

También en ese año de 1796 los ladrones y vagos Francisco Solano Ramírez y Pedro José Gómez, José Casas, Pedro Quintero, José Mansilla y Mariano Cortes eran condenados a los bajeles de Su Magestad por penas mayores entre cuatro y seis años, al mismo tiempo que Pedro Juan Funes, procesado por los delitos de *vagancia, amancebamiento, malentretamiento y juegos prohibidos* era igualmente destinado a remar.

¹¹ John Howard nace en 1726 y muere en 1790. A la edad de 48 años es designado alguacil de Bedfordshire donde al visitar la cárcel queda fuertemente impresionado por las extremas condiciones a las que eran sometidos los presos en el sistema de británico de prisiones. El “*Estado...*” es un elocuente testimonio de esta preocupación, a la que consagra su vida.

Inglaterra y Gales con observaciones preliminares e informe de algunas prisiones extranjerias" (1777), y trazara los atisbos del remedio, Tomás Cerdán de la Tallada¹², Bernardino de Sandoval¹³, Antonio de la Peña¹⁴, Diego de Simancas, Jerónimo Castillo de Bovadilla¹⁵, y Cristóbal de Chaves¹⁶ habían estudiado el tema, e influenciado en los operadores judiciales, hacia una mayor compasión y misericordia a los presos.

Lleno de clemencia y misericordia, Bernardino de Sandoval presentaba este cuadro: "*Grave cofa y molefta fea al hombre estar prefo en carcel pruenafe porque mientras dura la profion no difiriere mucho del fieruo, porque anfi como el fieuro no tiene libertad para mudarfe de un lugar a aotro fin licencia de fu fenor anfi e hombre libre mientras dura fu prifion no puede mudarfe... Anfi mefmo haze fer la profion, graue, pefada y muy trabajosa cofa, el ruydo, gemidos, clamores y bozes de los rpefos que comumente en las casceles se oyen las cadenas y los tormentos con que los,prefos fon castigados, las mazmorras ofcurras que quitan a los hombres las viftas de sus padres, mugeres e hijos y finalmente la luz comen del cielo y el huelgo del ayre con que repuramos y bivimos. El hambre, fed y falta de veftidos para cubrir sus carnes, que los defanparados prefos fufren, la copañia forcofa de gente aherrojada y hombres facinorofos, lugar donde tales cofas se paffan y otras que feria largo referir con razón fe tiene por penofo y miferable tato que con su vifta fola da horror*"¹⁷.

Con el mismo espíritu de misericordia y piedad el valenciano Tomás Cerdan de Tallada indicaba: "*La cárcel es tan grande pesadumbre con estar los prefos priuados de la libre comunicación de fus padres, deudos amigos, muger, hijos y familia y en fin de la libertad y fon en muchas partes las cárceles tan afperas y crueles y los prefos en ellas tan maltrata-*

¹² "Son tan ordinarias las quejas que dan los presos a los jueces con billetes y por medio de personas terceras... que como están olvidados como muertos y por esta razón y no tener que dar, son muchas veces tan maltratados por los carceleros y los abogados y procuradores están descuidados de ellos y de sus causas... que es necesario que los jueces visiten las cárceles de ordinario". Tomás Cerdán de la Tallada *Visita de la Cárcel y de los presos*. Valencia, 1574

¹³ Bernardino de Sandoval: *Tratado del cuidado que se debe tener de los presos pobres*, Toledo, 1564.

¹⁴ ANTONIO DE LA PEÑA afirmaba por su parte en el mismo siglo XVI: "... entre los pobres que más necesidad tenemos de socorrer...son presos de la cárcel los cuales a más de la aflicción y pena que tienen de verse presos y detenidos, es la de faltarles los alimentos necesarios y no tener libertad para irllos a pedir... y por esta causa padecen muchos trabajos de hambre, sed y frío y otras muchas miserias que a todos son notorias".

¹⁵ JERÓNIMO CASTILLO DE BOVADILLA: *Política para Corregidores y Señores de Vasallos en tiempos de paz y guerra y para Prelados en lo espiritual y lo temporal entre legos, Jueces de Comisión, Regidores, Abogados, etc.* Madrid, 1597.

¹⁶ CRISTÓBAL DE CHAVES: *Relación de las Casas de la Cárcel de Sevilla*. Madrid, 1622.

¹⁷ *Tratado del cuidado que se deben tener de los presos pobres...* Compuesto por el doctor Bernardino de Sandoval En Toledo, en cafa de Miguel Ferrer, año 1564. pag 2 y siguientes.

dos... y porque como dize Baldo entre los pobres no hay ninguno mas trifte ni mas pobre que el prefo y el encarcelado”¹⁸.

Años más tarde, la obra del célebre Marqués de Beccaria¹⁹ “*De los delitos y de las penas*”²⁰, juzgó que al no constituir la cárcel una pena, sino la simple custodia de un ciudadano que espera ser juzgado, necesaria para impedir la fuga, o el ocultamiento de la prueba de los delitos, debía necesariamente restringirse su aplicación al mínimo indispensable, evitando al reo “*los inútiles y feroces tormentos de la incertidumbre que crecen con el vigor de la imaginación y con el sentimiento de la propia flaqueza*”.

Sostenía que la misma prontitud en la aplicación de la pena era más útil y justa, porque cuanto al aumentar la vecindad entre la pena y el delito, tanto es más fuerte y durable la asociación de estas dos ideas “*delito*” y “*pena*”.

Sostenía Beccaria: “*La cárcel es sólo la simple custodia de un ciudadano hasta que sea declarado reo y esta custodia siendo por su naturaleza penosa, debe durar el menor tiempo posible y debe ser la menos dura que se pueda. El mismo proceso debe acabarse en el más breve tiempo posible. ¿Cuál contraste más cruel que la indolencia de un juez y las angustias de un reo? Las comodidades y placeres de un magistrado insensible de una parte y de otra las lágrimas y la suciedad de un encarcelado?*”²¹.

¹⁸ TOMAS CERDAN DE TALLADA: *Visita de la cárcel y de los prefos en la cual se tratan largamente sus cofas...* Valencia. En Cafá de Pedro del Huerto. Año 1574.

¹⁹ CESARE BONESANA MARCHESE DI BECCARIA nació en Milán, el 15 de marzo de 1735; estudió en el Colegio de los Jesuitas de Parma y en la Universidad de Pavía. Fue profesor de Economía Política en la Universidad Palatina de Milán. En 1758 se licenció en Derecho en la Universidad de Pavía. Fue un intelectual curioso que se destacó en los campos de la literatura, filosofía, derecho y economía; a ellos pertenecen sus obras: “*Sobre el desorden y su remedio en las monedas del Estado de Milán*” (1762), “*De los delitos y las penas*” (1764), “*Investigación sobre la naturaleza del estilo*” (1770), “*Elementos de economía pública*” (Edición póstuma en 1804). Su hija Giulia Beccaria le daría un nieto de gran trascendencia en las letras italianas, el celebre Alessandro Manzoni. Desde muy joven Beccaria formó parte de los ambientes ilustrados milaneses, integrando el círculo de los hermanos Pietro y Alessandro Verri, colaborando en la revista “*El Café*” y contribuyendo a fundar la “*Academia de los Puños*” Bajo el consejo y el estímulo de Alessandro Verri, se interesó por la situación de los procesados y fuertemente influido por John Locke, Claude Helvetius y Etienne Condillac publicó, a la temprana edad de veintiséis años, en 1764, un breve trabajo que tituló “*De los delitos y las penas*”, que en breve tiempo alcanzó gran éxito en toda Europa, donde se multiplicaron sus ediciones y traducciones y particularmente en Francia, donde mereció la entusiasta atención del enciclopedismo. Falleció el 28 de noviembre de 1794.

²⁰ Se ha consultado el ejemplar de Beccaria: *Tratado de los delitos y de las penas*. Precedido de una noticia sobre Beccaria, México Editorial Porrúa S.A., 1995.

²¹ Concluye el autor que citamos: “*En general el peso de la pena y la consecuencia del delito debe ser la mas eficaz para los otros y la menos dura que fuere posible para quien la sufre, porque no puede llamarse sociedad legitima aquella donde no sea principio infalible que los hombres han querido sujetarse a los menores males posibles*” Idem pág. 82-83.

Bentham por su parte distinguía el encarcelamiento *simple* del *penal o aflictivo*.

Al primero le negaba el carácter de pena, considerándolo una precaución necesaria para asegurar la persona de quien *hay sospecha bastante grave y evitar su fuga*.

Sobre este tipo de encarcelamiento predicaba que no debe pasar de su objeto "*porque todo rigor que le excede es un abuso*"²².

En cuanto a la segunda instancia, la del encarcelamiento aflictivo o penal, consideraba que su severidad debía estar regulada conforme la naturaleza del delito y la condición del delincuente y puntualizaba: "*puede obligarse a todos al trabajo, pero no sin excepción, y siempre con muchos miramientos a la edad, a la clase, al sexo y a las fuerzas de los individuos*"²³.

Entretanto, la obra de Beccaria tuvo su correspondencia en tierras americanas, en el novohispano Manuel de Lardizábal y Uribe²⁴, cuyo "*Discurso sobre las penas contraído a las leyes criminales de España para facilitar su reforma*" (1782), se constituyó en la obra más significativa del pensamiento ilustrado americano sobre el tema de la legislación criminal²⁵.

Si bien Lardizábal compartía el mismo criterio conceptual sobre que la cárcel "*no se ha hecho para castigo sino para custodia y seguridad de los reos, como se ha dicho*" y no podía dejar de señalar que las

²² *Teoría de las Penas y de las Recompensas. Obra sacada de los manuscritos de Jeremías Bentham*. Paris En casa de Masson e Hijo Paris, 1826 tomo I pag 139.

²³ Idem.

²⁴ MANUEL DE LARDIZÁBAL Y URIBE, nació en San Juan del Molino, Tlaxcala (México) el 22 de diciembre de 1739 y falleció en Madrid el 21 de diciembre de 1821. Llevó a cabo sus primeros estudios de filosofía, letras y jurisprudencia en el mexicano Colegio de San Ildefonso, estudios que luego completaría con los de leyes en la Universidad de Valladolid. Se desempeñó como Alcalde de Crimen en la Chancillería de Granada. En 1775 ingresó en la Real Academia de la Lengua Española donde alcanzó en 1786 el cargo de Secretario Perpetuo. Fuertemente influenciado por Beccaria, fue designado por Carlos III en 1770 miembro de la comisión para la reforma de la ley penal, pero no logró empero concluir su trabajo. Desterrado por Manuel Godoy (1794-1814) y al mismo tiempo enfrentado a los teóricos de la ilustración española por su atribuida filiación absolutista, no logra intervenir en el diseño del código penal de 1822. Pero fruto feliz de todos estos afanes es su *Discurso sobre las penas*, compuesto por una introducción y cinco capítulos donde el autor confiesa: "*aprovechándome de las luces que he adquirido en las expresadas obras y en las mismas leyes he procurado exponer metódicamente aquellos principios y máximas generales, que pudiendo servir para la reforma, sean al mismo tiempo adaptables a nuestras costumbres y a la Constitución de nuestro gobierno*".

²⁵ "*Nada interesa más a una nación que tener buenas leyes criminales porque de ellas depende su libertad civil y en gran parte la buena constitución y seguridad del Estado. Pero acaso no hay una empresa tan difícil como llevar a su entera perfección la legislación criminal*". Manuel de Lardizábal y Uribe: *Discurso sobre las penas contraído a las leyes criminales de España para facilitar su reforma*. Madrid, 1782.

largas estancia en la misma para los condenados por penas menores “*por las incomodidades y molestias que indispensablemente se padecen en ellas pueden contarse entre las penas corporales afflictivas y si se atiende a las vejaciones y malos tratamientos, que los abusos introducidos por la codicia, dureza y mala fe de los subalternos hacen padecer a los miserables que tienen la desgracia de estar allí encerrados, deberá reputarse por una de las mas graves*”²⁶.

Es decir que aún no constituyendo *lato sensu* una pena corporal, como las penas afflictivas, las penas restrictivas de la libertad también comprometían la integridad personal y física del reo, situación que en el parecer de Lardizábal se agravaba por las largas estancias en la cárcel y los malos tratos allí sufridos.

Escuelas de iniquidad y seminario de hombres malos y perniciosos a la república las llamaba Lardizábal donde “*a la manera que en un grande hospital los hábitos corrompidos que despiden los diversos enfermos infectando el acre producen nuevas enfermedades que no había y hacen incurables las que no lo eran, así en una cárcel el trato de unos con otros y los malos ejemplos, más contagiosos que las enfermedades epidémicas, cundiendo por todos como un cáncer, hace perversos a los que no lo eran y consume en su perversidad a los que ya lo eran, convirtiéndose de esta suerte las cárceles destinadas para la custodia de los reos en escuela de iniquidad y seminario de hombres malos y perniciosos a la república*”²⁷.

Esta precisa circunstancia, la de iniciar los presos un camino donde pervertidos los que ingresaban a las cárceles salían de ella, “*perdido el pudor y la vergüenza, verdaderamente incorregibles*”, lo llevaba aconsejar a los jueces que dictaran con moderación los autos de prisión.

Una solución parecía empero imperiosa: controlar la forzada ociosidad de los detenidos con la organización del trabajo carcelario.

“*Otro daño grave que hay en las cárceles es la continua y forzada ociosidad en que viven los que están reclusos en ellas, con lo cual tienen más tiempo y proporción para pervertirse unos a otros. Este mal podría remediarse, a lo menos en las cárceles grandes, estableciendo en ellas algunas labores simples y proporcionadas en que pudiesen ocuparse los reos, tomando las precauciones oportunas, para impedir la fuga u otros inconvenientes que pudieran resultar. Bien conozco que para poner en práctica todo esto habrá algunas dificultades; pero lo que no se intenta no se hace, y acaso la misma práctica haría ver que son menos y más superables de lo que se parece y al cabo los bienes que de su ejecución deben seguirse a la República, y a los males que de no hacerlo se le originen, deben servir de un*

²⁶ MANUEL DE LARDIZÁBAL y URIBE op cit pág. 101.

²⁷ Idem pág. 101.

poderoso estímulo al Gobierno, para procurar vencer todos los obstáculos que pueden ofrecerse"²⁸.

Compartiendo el mismo criterio, el Conde de Campomanes había señalado la urgencia de reeducar a los presos aprovechando su mano de obra e instruyéndolos en oficios que convirtieran en productores a vecinos "*onerosos y nocivos*".

Aunque diferían las aplicaciones prácticas de uno y otro proyecto²⁹, un mismo propósito los sustentaba: la organización del trabajo de los penados.

Panaderías y tocinerías mejicanas aumentaron entre los siglos XVII y XVIII sus disponibilidades de brazos con el aporte de los penados, a quienes sus patronos habían adelantado el pago de las costas según arancel.

Obrajes de paño, ingenios y trapiches azucareros, situados en el interior del país azteca, emplearon, en cambio, a los condenados por delitos más graves, cuya situación laboral empeoraba al alejarse de la vigilante mirada de la Audiencia o del Virrey³⁰.

En el territorio del Virreinato del Río de la Plata, las obras públicas de la ciudad capital o algunos centros mineros del interior, tales como el Socavón real del Potosí y el asiento minero de Uspallata, conocieron los afanes de los presos, puestos, en el primero de los casos, al directo servicio de la Corona y en el segundo, con empleadores particulares.

Funciones parecidas cumplieron en toda la época indiana las panaderías de Charcas, circunstancia explicable -en la opinión del doctor Mariluz Urquijo-, por la presencia en las mismas del esclavo, que obligaba al amo a tener ya arbitradas las medidas necesarias para evitar su fuga, poco esfuerzo le demandaba, pues, extenderlas a sus contingentes de prisioneros³¹.

Sueldos, horarios de trabajo, correcciones disciplinarias, asistencia espiritual a los condenados y pago de costas judiciales e indemnizaciones a sus víctimas fueron previstas y reglamentadas, aunque su cumplimiento fue difícil de verificar.

La práctica fue severamente criticada por el fiscal Vitorián de Villava, quien inspirado en los principios de la Ilustración envió a la

²⁸ MANUEL DE LARDIZÁBAL y URIBE, *Discurso sobre las penas contraído a las Leyes Criminales de España para facilitar su reforma*. Madrid, Joachin Ibarra 1782.

²⁹ Campomanes se inclinaba por organizar el trabajo de los penados en la misma prisión, en tanto Lardizábal aconsejaba entregarlos a particulares, quienes vigilándolos aprovechaban su mano de obra. Conforme José María Mariluz Urquijo, "*Cárceles en Establecimientos Privados del Alto Perú*". En: Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, N° 13, Buenos Aires, Imprenta de la Universidad, 1962, p. 88.

³⁰ JOSÉ MARÍA MARILUZ URQUIJO, *idem*, p. 89.

³¹ *Idem*, p. 92 y ss.

Península un informe negativo sobre el trabajo de los reclusos en las panaderías del Alto Perú, que no logró, empero, destruir la arraigada costumbre.

La organización de la cárcel como un establecimiento modelo, reuniendo talleres de artes diversos, que a la par de proporcionar adiestramiento industrial a los reclusos, proveyeran a su mantenimiento y al de sus familias, contribuyendo a asegurarles una decorosa subsistencia, una vez alcanzada la libertad, tal como lo imaginaba la prensa argentina el 18 de junio de 1816, era sólo posible "...en un país de utopía"³².

También los prácticos reflejaron en su obra estas preocupaciones³³.

El Derecho romano-bizantino no había descuidado el tratamiento del tema, aún en una formulación incompleta que mereció, en siglos posteriores, los desvelos de glosadores y postglosadores³⁴ y que se abrió camino en la legislación castellana a través de la recepción.

Las Partidas acomodaron el concepto de cárcel al diseño romano. Expresaron al respecto: *La cárcel deue fer para guardar los pefos e non para fazer enemiga nin otro mal, nin darles pena en ella*³⁵.

La cárcel non es dada para efcarmentar los yerros: mas para guardar los pefos tan folamente en ella fafta que fean judgados.

La normativa hallaba su correspondencia en el Digesto; la cárcel debe servir para retener las personas pero no para castigo de las mismas³⁶.

En tanto el Codex puntualizaba: *Nadie absolutamente sea encadenado en la cárcel antes de que esté convicto*³⁷.

³² ABELARDO LEVAGGI, El Delito en "Buenos Aires 1800-1830". Equipos de Investigación Histórica dirigidos por César A. García Belsunce. Buenos Aires. Emecé, 1977, t. II, parte II, p. 280.

³³ Ver Francisco Antonio de Elizondo: *Práctica universal forense de los Tribunales de España e Indias...* Madrid, 1796; José Marcos Gutiérrez: *Práctica criminal de España*. Madrid, 1828; Febrero o Librería de los Jueces. Madrid, 1795, etc.

³⁴ Acursio, Azon, Alciato, Bartolo, Baldo, Tiberio Deciano, Farinacio, Julio Claro, Juan Andrés, Nicolás de Tudeschi el Abad Panormitano, etc. se constituyeron en autoridades que trascendieron los siglos e impusieron su vigencia en las Indias. Asimismo ejercieron su influencia en tierras americanas los tratadistas del siglo XVI, entre ellos los teólogos Alfonso de Castro: *La fuerza de la ley penal*, 1550 y Diego de Covarrubias y Leyva: *Opera Omnia*, 1581. También Martín de Azpilcueta y Antonio Gómez: *Variae Resoluciones Juris Civiles Communis et Regii Tomis Tribus Distinctae*, 1780 y un siglo después, Lorenzo Matheu y Sanz: *Tractatus de re Criminali*, 1675.

³⁵ *Las Siete Partidas* glosadas por el Licenciado Gregorio López. Andrea de Portonariis. Salamanca, 1555, 7.29.11.

³⁶ Digesto. (Versión castellana de Alvaro D'Ors y otros). Pamplona, 1968-1975, tres vols. D. 48.3. *De custodia et exhibitione reorum*. Cuerpo de Derecho Civil Romano. Publicado por Kriegel, Hermann y Osenbrüggen. Jaime Molina Editor. Barcelona, 1892. C.9.3 De exhibendis et transmitendis rei. C.9.5. *De privatis carceribus inhibendis*.

³⁷ C. 9.3.2.

Ello no significaba que el derecho romano o el castellano desconocieran las penas de privación de la libertad que, en ocasiones, reservaron para el castigo de delitos menores, pero la solución que primó, tanto en las leyes como en la doctrina y en el estilo judicial, fue reservar el espacio de la cárcel para custodia de los delincuentes y no para su castigo³⁸.

El carácter que mencionamos lo heredó el mundo indiano. El 2 de diciembre de 1578 una Real Cédula de Felipe II fechada en El Pardo ordenaba: *Mandamos que en todas las ciudades, villas y lugares de las Indias se hagan cárceles para custodia y guarda de los delincuentes y otros que deban estar presos*³⁹.

La Recopilación de Leyes de Indias dedicó los títulos VI y VII del Libro VII a la normación del tema de la Cárcel.

Alcaldes y carceleros, que no podían usar de sus oficios sin dar fianzas legas llanas y abonadas en la cantidad que pareciere a la Audiencia del distrito⁴⁰ y ameritar bajo juramento ante la Audiencia o el Ayuntamiento, sobre la cruz y los Santos Evangelios, el desempeño en debida forma, que bien y fielmente guardaran los presos, leyes y ordenanzas que sobre esto disponen con las penas allí contenidas⁴¹, debían llevar libros asentando los nombres de los presos, quién los había mandado prender, causa y fecha de la prisión⁴². Asimismo debían residir en el mismo edificio de la cárcel, so pena de sesenta pesos aplicados a la cámara y denunciador⁴³, cada vez que hicieran falta notable⁴⁴, mandando barrer la cárcel y aposentos de ella, cada semana dos veces y tenerla proveída de agua limpia para que los presos puedan beber...⁴⁵ y *no lleven por esto cosa alguna, ni carcelaje a los muchachos presos por juego, ni a los oficiales de la audiencia, que por mandato del presidente y oidores fueran presos, pena de cuatro tantos para nuestra Cámara*⁴⁶.

Vigilarían la seguridad de las prisiones, puertas y cerraduras de toda la cárcel de forma que por su culpa no se vaya alguno⁴⁷, llevando los derechos y aranceles conforme estaba ordenado⁴⁸. Se les exigía tratar bien a los presos, no servirse de indios⁴⁹ y soltar los presos despa-

³⁸ ALAMIRO DE ÁVILA MARTEL: *Esquema del Derecho Penal Indiano*. Santiago de Chile, 1941. Pág.42-43.

³⁹ *Recopilación de Leyes de los Reinos de las Indias, mandada a imprimir y publicar por la Majestad Católica del Rey Don Carlos II, Nuestro Señor*. Boix Editor, Madrid, 1841. 7.6.1.

⁴⁰ Recopilación cit. 7.6.4.

⁴¹ Idem. 7.6.5.

⁴² Idem. 7.6.6.

⁴³ Idem. 7.6.7.

⁴⁴ Idem. 7.6.7.

⁴⁵ Idem. 7.6.8.

⁴⁶ Idem. 7.6.11.

⁴⁷ Idem. 7.6.11.

⁴⁸ Idem. 7.6.14.

⁴⁹ Idem. 7.6.9.

chados que no pudieran por su pobreza soportar las costas y derechos de justicia y escribanos bajo juramento⁵⁰.

Expresamente se les prohibía recibir dones en dinero o en especie de los presos, apremiarlos o disminuir o dar soltura a sus prisiones, *ni los prendan o suelten sin mandamiento pena de incurrir en la prohibición de los jueces que reciben dádivas y las otras penas en derecho establecidas*⁵¹.

Asimismo, se les prohibía tratar y contratar con los presos, comer y jugar con ellos⁵², consentir el juego en la cárcel por dinero sino fuere para comer y exigir carcelaje a los pobres, pena que lo pagarán con el cuatro tanto para nuestra cámara⁵³, como asimismo quitar los vestidos a los presos por derechos de carcelaje y costas de las justicias... *pena de un ducado de oro en que incurra el Alguacil, Escribano, Alcalde, Carcelero u otra cualquier persona que por esta causa los detuviese o prendare, y en suspensión del oficio que ejerciere*⁵⁴.

La carcerería para persona honrada, regidor o caballero, debía señalarse conforme a su calidad y gravedad de su persona y delito⁵⁵.

El carácter de la cárcel, pues, como el destino propio donde se alojaban los presos mientras sus causas se substanciaban, como una suerte de resguardo de la observancia debida de las instancias del proceso, está expresamente reconocido en una multitud de testimonios surgidos en la jurisdicción en estudio.

Hacia 1804, el auto de gobernador José González Gómez de Ribera al quejarse sobre la extrema lentitud que caracterizaba a las causas criminales que llevaban los alcaldes e instar su diligenciamiento para la recta administración de la justicia, ponía en evidencia *“el beneficio que resultara a los pobres de la cárcel, que entonces no padecerán en ella más tiempo que el muy preciso para la substanciación de sus causas”*⁵⁶.

Pero a pesar de estas disposiciones que no encontraban eco normativo contrario consagrando el destino exclusivo de las cárceles para custodia y guarda de los delincuentes mientras se tramitaban los respectivos procesos, los atisbos del derrumbe de esta concepción no tardan en aparecer en el extenso y frondoso panorama de los *Bandos* y

⁵⁰ Idem. 7.6.16.

⁵¹ Idem. 7.6.10.

⁵² Idem. 7.6.12.

⁵³ Idem. 7.6.13.

⁵⁴ Idem. 7.6.17.

⁵⁵ Idem. 7.6.15.

⁵⁶ Auto de buen gobierno del gobernador intendente de la provincia de Córdoba del Tucumán, don Josef González Gómez de Ribera fechado en Córdoba el 14 de enero de 1804. En Los Bandos de Buen Gobierno del Río de la Plata, Tucumán y Cuyo. Edición y Estudio de Víctor Tau Anzoátegui. Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho. Buenos Aires, 2004, pág. 468.

Autos de Buen Gobierno, dictados en la jurisdicción de Córdoba del Tucumán, al proyectar la carcelería como una pena con la que se intentaban escarmentar delitos de menor cuantía.

De este modo se penaba con quince días de cárcel, y multas de veinticinco pesos a los mercaderes, pulperos, estantes y habitantes de la ciudad, que compraran o tomaran en prenda alhajas de oro y plata en poca o mucha cantidad a personas sospechosas esclavos e hijos de familia, pena que se agravaba si eran forasteros con dos años de destierro y cien azotes para las "*gentes plebeyas*"⁵⁷.

El Bando del Gobernador Intendente de la provincia de Córdoba del Tucumán, don Rafael de Sobremonte, dictado el 20 de marzo de 1792, castigaba con quince días de cárcel la primera vez, doble tiempo la segunda oportunidad y seis meses la tercera ocurrencia de quienes contravinieran la normativa de los juegos prohibidos *de envite y azar por no haber sido bastantes los remedios que se han tomado por este gobierno para contener estos males*⁵⁸.

Del mismo modo, quienes se encontraran sin los resguardos que acreditan su condición de conchabados con amos conocidos, serían puestos en la cárcel para servir cuatro meses a la cadena en las obras públicas⁵⁹.

También padecerían pena de cárcel por tres días los hombres que tomaran los acostumbrados baños de verano a menos de una cuadra de distancia de donde lo hacían las mujeres "*a fin de evitar las fatales resulta de inmodestia que ocasionan semejantes circunstancias*"⁶⁰.

Vender fruta verde, fuera de sazón o simular su madurez sumergiéndola en agua caliente o enterrándola, originaba la imposición de una multa de cuatro pesos de multa y el cumplimiento de una pena de un mes de cárcel⁶¹. También mantener los perros sueltos desplazándose por las calles libres de sus ataduras, con las que siempre debían permanecer, aun guardando las casas, originaba la imposición de una pena de cuatro pesos de multa y quince días de cárcel⁶².

⁵⁷ Auto de buen gobierno del teniente gobernador, doctor don Tadeo Fernández Dávila y de los Alcaldes ordinarios de primero y segundo voto de la ciudad de San Salvador de Jujuy, general don Joseph de la Cuadra y don Tomas de Inda 10 de enero de 1781. Citado por Los bandos de Buen Gobierno cit pág. 366.

⁵⁸ Bando del Gobernador Intendente de la provincia de Córdoba del Tucumán don Rafael de Sobremonte, dictado el 20 de marzo de 1792, En Idem, pag 412.

⁵⁹ Idem pág. 416.

⁶⁰ Así está dispuesto en el auto de buen gobierno del cabildo de la ciudad de Santiago del Estero del 15 de enero de 1802. Conforme Los Bandos de Buen Gobierno cit pag 457.

⁶¹ Auto de buen gobierno del gobernador intendente de la provincia de Córdoba del Tucumán, don Josef González Gómez de Ribera fechado en Córdoba el 14 de enero de 1804. En Los Bandos de Buen Gobierno cit pág. 461.

⁶² Idem, pág. 461.

Idéntica pena se reservaba “a quienes en las puertas de los conventos de monjas religiosos atrio de la catedral o contra las cercas, esquinas y puertas de calles vendiera frutos, dulces, ni otro género de pastas y comestibles, loza y otros efectos de ninguna clase” que sólo podrían enajenar en el espacio de la plaza “u otro paraje que se señale”⁶³.

Quince días de cárcel estaban asimismo señalados para arreglar las prácticas de personas españolas reincidentes que se pasaran a lavar la ropa del otro lado del río “por las malas consecuencias que resultaran de este abuso”. En tanto, las esclavas que observaren la misma conducta serían castigadas con la imposición de cincuenta azotes⁶⁴.

Un mes de cárcel y cuatro pesos de multa aguardaba también a los revendones de “cualquiera especie de abastos de esta ciudad que pueda comprarlos a los dueños y trajinantes que los conduzcan a esta ciudad hasta las once del día en que el público pueda haber hecho las compras de primera mano”⁶⁵.

La situación de la cárcel de Córdoba del Tucumán

Las recomendaciones de Cerdan de la Tallada indicaban que la cárcel se labrase con piedras exteriores toscas y negras para atemorizar a los malos, que estuviera erigida en el lugar más público de la ciudad y que contuviera los debidos aposentos para separar a los presos según su condición y la importancia y la calidad de los delitos cometidos.

Puntualizaba “ha de estar construida y edificada de tal manera q los prefos no fean priuados de la luz del cielo y haya un lugar publico descubierta para que de dia puedan gozar del fol y ayre para aliuio de pesadumbre della... tapoco ha de estar en tinieblas antes fi le huuieren cerrado de noche venido el dia le deuen facar luego en lugar q pueda gozar de la luz del fol. Tambien ha de hauer lugar mas cerrado para recogerlos de noche doblandoles la guardia. Y aun quando los recogiere de noche ha de fer en lugares y aposentos fanos, aunque para los q huuieren cometido graues y enormes delitos ha de hauer aposentos mas cerrados y de mas recogimiento, haziendo diferencia deftos, por la graueza de los delitos a los que mas que eftuuieren prefos por otros cafos de menos qualidad, porque fi indiftinctamente se trataffe para los unos feria floxa y para los otros demafiada”⁶⁶.

La historia del edificio de la cárcel capitular de Córdoba del Tucumán se desarrolló a través de un largo y azaroso proceso.

⁶³ Idem, pág. 462.

⁶⁴ Auto de buen gobierno del gobernador intendente de la provincia de Córdoba del Tucumán, don José González Gómez de Ribera, Córdoba, 14 de enero de 1804 en Los Bandos de Buen Gobierno cit, pág. 464.

⁶⁵ Idem, pág. 466.

⁶⁶ TOMAS CERDAN DE TALLADA, op cit pág. 51.

En 1643 informaba el Cabildo que la cárcel se encontraba asentada en una sola habitación entre los aposentos de las tiendas que ocupaban el edificio del cabildo y cuyas rentas encomendaba el alcalde Lázaro del Peso, intentar cobrar⁶⁷.

La necesidad del edificio de la cárcel es una presencia constante en el tema de los acuerdos capitulares.

Afanosamente entre los años se buscan distintos recursos que incluyen asimismo la voluntad del gobernador de disponer fondos por vía de préstamo de gastos de justicia, hasta la suma de ciento cincuenta pesos, para la causa de la cárcel, habida cuenta el informe del Alcalde, "que los presos se le van por no tenerla segura la ciudad"⁶⁸ y hasta la disposición de quinientos pesos de a ocho reales "que son los pertenecientes al socorro del puerto de buenos ayres que el sr. Gov. los tiene prestados para la obra de la cárcel"⁶⁹; en tanto, los acuerdos capitulares dan cuenta minuciosa del empleo de materiales como también los afanes, recursos y estrategias que los sufridos alcaldes del cabildo de Córdoba debían imaginar, arbitrar y poner en ejecución para que los propios materiales y bienes de la maltrecha cárcel capitular no fueran robados por los vecinos⁷⁰.

El 1 de agosto de 1652 se denunciaba que la cárcel constaba de una sala y un aposento en cuya construcción se habían empeñado cal, piedras, maderas y cañas para cubrir⁷¹.

En 1665 al Alguacil informaba que la cárcel tenía los techos agujereados por las fugas que habían hecho los presos, y carecía además de cepos, prisiones y cadenas⁷².

La pobreza e inseguridad de las cárceles indianas insertas en edificios capitulares tan desmadrados, pobres y desgarnecidos como ellas, parecía un tópico difícil de mudar.

⁶⁷ Se exceptuaba el alquiler del aposento que disponía el Escribano Pedro de Salas "por lo que trabaxa de balde en las cosas de cabildo y en la utilidad de la republica" Conforme Actas Capitulares, Libro Noveno, Córdoba, Archivo Municipal de Córdoba, 1952, pag 5.

⁶⁸ Idem, pág. 475.

⁶⁹ Idem, pág. 553-554.

⁷⁰ Así ocurre en 1650, cuando se dispone que el material acumulado de piedra que ha sobrado en la construcción de los cimientos de la cárcel se venda inmediatamente pues "ha costado dinero y por estar arrimada y sin guarda va faltando y la hurtan de noche de suerte que quando se necesario para poner los cimientos a la cerca que ha de tener la obra habra faltado toda ella y para que se alle otra tanta al tiempo de su edificio conbiene que por agora y en el entretanto se venda y el prescio de ella se guarde o ocupe en la dicha obra" Conforme Actas Capitulares, Libro Décimo, Córdoba, Archivo Municipal de Córdoba, 1953, pág 29.

⁷¹ Conforme Actas Capitulares, Libro Décimo, Córdoba, Archivo Municipal de Córdoba, 1953, pág. 385-386.

⁷² "y para que se aseguren de este modo de donde se a de sacar el dinero por ser tan necesarias dhas prisiones y particularmente pa un sepo por no averlo en la carsel. Y visto por su ss acordaron q por agora se saq del poder de dicho mayordomo con librabza de dho cabildo la

La situación no variaba en las jurisdicciones del Virreinato del Río de la Plata.

La cárcel de Santiago del Estero que debió ser reconstruida tres veces en el siglo XVIII por los túneles y pozos que cavaban los presos a fin de facilitar las fugas, destruyendo los cimientos y los muros, presentaba un aspecto francamente desalentador.

Contrapisos de quebracho o la colocación de grandes piedras bajo los contrasuelos⁷³ fueron los recursos que los alarifes de Santiago de Estero y Córdoba encontraron respectivamente a fin de dificultar la construcción de los túneles.

En el acuerdo del 26 de octubre de 1797 los señores regidores del Cabildo de Santiago manifestaban hallar que la cárcel capitular se encontraba *“sin más prisiones en la actualidad que la de una cadena y un par de grillos de forma que no hay como asegurar los reos que se mantienen en esta real carzel, mayormente que esta se halla toda escabada, llena de agujeros por las fugas que han verificado los presos y haverse caído enteramente al suelo todo el corredor que mira a la parte del Norte”*⁷⁴.

El estado de la misma amenazaba tanta calamidad que los mismos regidores acordaron disponer se vigilaran las maderas de la cárcel que no se encontrasen quebradas, apiladas en uno de los cuartos del cabildo, para evitar que fueran robadas, en tanto se proveyera lo necesario para el reparo de tan ruinoso edificio. Además, *“que el Asentista del ramo de la Azequia, se le obligue a que inmediatamente sierre con seguridad los agujeros por donde profugan los reos, tome las goteras de la carzel que amenaza mayor ruyna para las aguas presente calze sus paredes con cascotes y lleve de todo cuenta y razón del gasto que en esta urgentísima obra se ocasionasen para vonificarselo del ramo de propios”*⁷⁵.

A su vecina cárcel cordobesa, tan estragada como la anterior, no le iba mejor.

En 1732, Luís Izquierdo de Guadalupe, Escribano del Cabildo de Córdoba declaraba sobre el estado de las casas capitulares conformadas por *“cinco cuartos abajo con el que hace zaguán, donde esta la puerta principal de ellos y tres cuartos en sus altos... todos muy maltrata-*

cantidad que pudiere montar un sepo y aderezar el techo de la dha carsel q esta abierto por fiuga de algunos pressos y después la dha canrtidad se bolvera al dho mayordomo de las resultas de las condenaciones q fueron caiendo” Conforme Actas Capitulares, Libro Decimoprimer, Córdoba, Archivo Municipal de Córdoba, 1954, pág. 189-190.

⁷³ Al llevarse a cabo, hace pocos años, las excavaciones arqueológicas en el espacio del la cárcel del Cabildo de Córdoba del Tucumán se encontraron grandes piedras puestas bajo los contrapisos de las celdas, puestas sin duda para evitar las fugas de sus habitantes.

⁷⁴ Actas Capitulares de Santiago del Estero. Academia Nacional de la Historia, Buenos Aires, 1948, Tomo V, pág. 245.

⁷⁵ Idem, pág. 245.

dos, porque el zaguán y sus puertas están muy viejas y usadas y juzgo sin llave, o es tal que no cierran ni abren, ni hay aldabón ni tirador, y el techo del zaguán sobre ser un pedacito de tablas, y lo demás de palos sin labrar y desparejos y tierra encima, porque no esta enladrillado esta la madera y parece podrido"

El minucioso relato del Escribano describía cuartos para uso de las oficinas públicas del cabildo y las salas de reunión de los regidores con suelos maltratados y sin enladrillar y techos provistos de tantas agujeros y goteras que provocaban verdaderas inundaciones internas que pudrían las tablas del piso, llenas a su vez de huecos donde moraban ratones y alimañas, en ambientes sombríos, desguarnecidos, oscuros, insalubres y "*pasados de salitre*" donde se almacenaba *tanta porquería que caía de los techos que sumada a la mucha humedad de ellos no se pueden habitar*".

Confiesa el Escribano que las habitaciones de la Casa capitular carecían además de llave y seguridad, con excepción de un solo cuarto que utilizaba el portero del cabildo, el único al parecer que se pudo componer y enladrillar con el importe de las alcabalas, enladrillándolo, blanqueándolo y reforzando una pared de calicanto, trabajos tras los cuales el escribano Izquierdo lo juzgaba "*tratable*".

Pero la descripción de la casa capitular no estaría completa sin la obligada referencia al edificio de la cárcel.

El cuadro que pinta sobre el mismo no puede ser más desolador: "*y en cuanto a lo que toca a la cárcel, certifico consta esta solo una sala de 10 a 11 varas de largo, un aposento de 5 o 6 varas de largo, lo cual es de calicanto, pero su techumbre ordinaria que no es de altos y la puerta que esta a la plaza, que es de rejas, esta quebrada con muchas partes... por lo cual no esta para vivir presos, sino en el dicho aposento pequeño, si no es que se les deja en la sala sin luz alguna, con las puertas cerradas y a riesgo que abriendo el alguaci mayor la puerta o se salgan de repente teniéndola para que no la pueda volver a cerrar o armándola otra traición y su cerco de la dicha cárcel que era de tapia de tierra, esta lo mas para hundirse según esta desplomado y ladeado y malo*"⁷⁶.

Los esfuerzos por componer tan caótica situación al parecer fueron constantes

En 1753 se ordenaba pagar al carpintero Antonio Cuello treinta y ocho pesos por la construcción de una puerta para la cárcel del cabildo. Y nueve pesos más a un herrero de la ciudad por la provisión de bisagras y ocho clavos de seguridad, en tanto seis pesos y cuatro reales cubrían el precio de una plancha de hierro para la puerta de la cárcel.

⁷⁶ Citado por CARLOS S.A. SEGRETI: *Córdoba Ciudad y Provincia (Siglos XVI – XX) según relatos de viajeros y otros testimonios*, Córdoba (Arg.), 2ª ed. 1998., pag 110-111

En ese mismo año se abonaban también treinta pesos por la provisión de treinta fanegas de cal y siete pesos con dos reales por el acarreo de dicha partida.

Ladrillos, arena, cal, piedras, palas, azadas también alimentaron en 1753 las obras de reparación de la cárcel en dicho año, como también mástiles de grillos a diez reales cada uno.

El abastecimiento de la cárcel se completó con provisiones de pliegos de papel y *pliegos a cuartillo* y tinta⁷⁷.

En 1788 los arreglos de la cárcel capitular significan el empleo de 27.500 ladrillos, 500 adobones, el ingreso de las descargas de sucesivas y numerosas carretas de piedra, arena, ripio y cal, los marcos de cuatro puertas nuevas, la construcción de una "*escalera larga*", gastos que se incrementaban por los consumos que insumía el acarreo de los materiales, las tablas para la construcción de los andamios y los jornales de los operarios empleados en el arreglo de la cárcel⁷⁸.

La cárcel contaba asimismo con un elenco de herramientas propias para atender los múltiples reclamos que su mantenimiento requería.

El inventario correspondiente al año 1788 registraba "*dos barretas de yerro, un batidor de lo mismo, un azadón, tres palas servibles, una pala quebrada, 4 tablas que sirven de andamios, dos pilas de cal amasada, una nueva y otra antigua, los yerros de balde del pozo de la cárcel, cuatro barriles, un par de puertas grandes antiguas, una escalerita "corta", otra dicha de la misma calidad, un escalón lustrado nuevo, seis alcayatas grandes para la puerta de la cárcel, cuatro escalones labrados para la escalera central, catorce umbrales brutos, tres moldes de cortar ladrillos, uno de cortar tejuela, otro de cortar baldosa, dos galápagos, dos carritos de mano*"⁷⁹.

En 1797 la construcción de la capilla de la cárcel donde los mismos reos podían escuchar misa, separados por una reja, importaba la utilización de varias miles de ladrillos, mil quinientas tejas, adobones, tejuelas y la carga de varias carretas de cal, arena, ripio, piedras, como asimismo la provisión de clavos, palos de lapacho y angarillas, en tanto la mesa del altar había costado treinta y tres pesos con seis reales, doce pesos con cuatro reales la reja del coro, tres pesos el herraje de las dos creencias con sus arcos y repisas y la cruz del altar, tres pesos y cuatro reales la varilla de hierro de la cual pendía la cortina del altar y un peso con cuatro reales la fundición de las cerraduras que guardaban la puerta principal.

⁷⁷ A.H.P.C. Gobierno. Caja 4 Carpeta 2, Legajo 10.

⁷⁸ A.H.P.C. 1788 Gobierno. Caja 10. Carpeta 3. Legajo 6.

⁷⁹ A.H.P.C.1788. Gobierno. Caja 10, Carpeta 3. Legajos 4 a 6.

También está contemplada en la liquidación de los gastos presentada al Cabildo de Córdoba la provisión de vidrios para las ventanas, pintura para el cielo raso y "*ornamentos*".

Los inventarios describen asimismo la presencia de candelabros de bronce para la mesa del altar, varas de tafetán para la cortina del crucero, cuya confección se encarga a un sastre de la ciudad, palos para las *chirimías* que se utilizaban en las celebraciones y un chuze para adorno de la mesa sagrada.

El tallado de las manos y el rostro de la imagen de Nuestra Señora de los Dolores fue encargada al artesano Esteban Sampsom, bien conocido por su habilidad en la ciudad, quien percibió por el trabajo quince pesos, que asimismo incluían "*la composturas de dos niños jesuses y el entero que se me debía para el completo de los veinte y cinco en que ajuste la efigie del Santo Cristo*"⁸⁰.

Se cumplía de este modo con lo ordenado por la Recopilación Indiana que disponía, al exigir la presencia en las cárceles indianas de un capellán que celebrara misa para los presos, requerir al carcelero "*cuidado de que la capilla o lugar donde se dijere misa esté decente*"⁸¹.

El mantenimiento "*decente*" de la capilla de la cárcel fue una preocupación constante en la celebración de los acuerdos capitulares.

En la reunión del 18 de enero de 1811 ante la manifestación del alcalde de primer voto, Licenciado José Antonio Cabrera, que la capilla se encontraba "*sin alva y otros ornamentos necesarios para la celebración de la misa en los días festivos*" se dispuso "*se socorriese a todo lo preciso para dicha capilla por la Junta de los Propios del ramo de la cuarta clase de este destino conformándose con el Reglamento de este gobierno*"⁸².

El mismo criterio se mantuvo en el acuerdo celebrado el 14 de agosto de 1812, cuando al considerar un memorial elevado por el Presbítero Maestro Don José Romualdo Burgos "*en que exigiendo los diez pesos anuales que se comprometió este Ilustre Cabildo contribuir al ramo de fabrica de la capilla de esta Real Cárcel, hace presente las necesidades en que se halla para su mejor decoración sobre que a continuación da una razón de lo que le falta*" se dispuso, merituando lo exhausto de los fondos, para atender los reparos que expresaba el capellán, "*solamente se le suministre lo que se conseptue de mayor necesidad*"⁸³.

⁸⁰ A.H.P.C. 1797. Gobierno. Caja 12, Carpeta 12, Legajo 2.

⁸¹ "*En todas las cárceles de nuestras audiencias ciudades villas y lugares haya un capellán que diga misa a los presos, y para esto se den los ornamentos y lo demás necesario de penas de cámara y tenga el carcelero cuidado de que la capilla o lugar donde se dijere misa esté decente*" Recopilación de Leyes de Indias. Ley III del Título VI del Libro VII.

⁸² Archivo Municipal de Córdoba. Actas Capitulares Libros Cuadragésimo Quinto y Cuadragésimo Sexto. Córdoba, 1960, pág. 231.

⁸³ Idem, pág. 493-494.

La provisión de comida, en especial el abasto de carne para la población carcelaria, luce en las planillas de las remesas que el depositario de Propios entrega al portero del cabildo para el mantenimiento de los presos, pero los gastos que mayores sumas importan en la administración capitular, eran los relativos a la seguridad del edificio y de los reos allí alojados. Cadenas, grilletes, pernos, chavetas, machos de grillos, esposas, alcayatas, cadenas, mástiles de grillos etc., son proveídas mensualmente a la cárcel, a la par que se robustecen muros y puertas en forma continua, esfuerzos que, por otra parte, no logran disminuir las fugas.

Los fogones con que los soldados a cargo de la guardia de la cárcel combatían las rudezas del invierno determinó un enérgico expediente que labraron los Alcaldes exigiendo a la guardia cesar con esa costumbre de encender fogones tras las portadas de la cárcel capitular y así se lo hicieron saber puntualmente al Alcalde carcelero⁸⁴.

Los *Bandos y Autos de Buen Gobierno* intentaron trazar una delicada ingeniería para alimentar los siempre magros recursos con que atendía las necesidades básicas de las cárceles capitulares de la jurisdicción de Córdoba del Tucumán.

En este sentido se dispuso el destino de una variada cantidad de multas como las aplicables a los que contrataran con esclavos diestros en algún oficio mecánico, a los que se condenaba con el perdimiento de los valores que hubieren dado y cuatro pesos más “*que se aplicara uno y otro mitad para reparos de la cárcel y otra para prisiones*”⁸⁵; por su parte en el auto de buen gobierno de los alcaldes ordinarios de la ciudad de San Miguel de Tucumán Domingo Cobo y Juan Francisco de Prado y Revuelta del 12 de enero de 1788 la pena se aumentaba a veinticinco pesos “*para la obra de la cárcel y quince días de cárcel*”⁸⁶, estipulándose a su vez una multa de cuatro pesos con igual destino a los pulperos que consintieran en sus mostradores juegos de naipes a varias clases de gentes y entre ellas a esclavos e hijos de familia”⁸⁷. Cuatro

⁸⁴ A.H.P.C. Gobierno. Caja 20, Carpeta 2, Legajo 19. “*Enterado del oficio de V.E. del 4 del corriente en que se hace presente que el cuerpo de guardia de la real cárcel acostumbra ensender fuego diariamente en la parte interior de su portada con grave perjuicio a sus paredes e incomodidad de los individuos del Ilustre Cabildo en su consecuencia queda prevenida dicha guardia se abstenga en lo sucesivo de hacer fogones en el lugar que se expresa. Dios guíe a V.S. Córdoba 8 de julio de 1800. Santiago Alejo de Allende*”

⁸⁵ Citado en Los Bandos de Buen Gobierno cit pág. 371. Para la gente plebeya se reserva amen del perdimiento de lo que hubiere entregado, la aplicación e cincuenta azotes en el rollo.

⁸⁶ Idem, Auto de buen gobierno de los alcaldes ordinarios de la ciudad de San Miguel de Tucumán Domingo Cobo y Juan Francisco de Prado y Revuelta del 12 de enero de 1788 pág. 384.

⁸⁷ Idem., pág. 386.

pesos era también el monto de la multa que debían abonar los vecinos que no reparasen los aleros de las casas que amenazaran ruina⁸⁸ y veinticinco para quienes sacaran de la ciudad y su jurisdicción para otras partes "*mulas, yeguas y caballos sin que precediera la licencia de los Sres. alcaldes para conducirlos a destino*"⁸⁹.

El auto de buen gobierno de los alcaldes ordinarios de primero y segundo voto de la ciudad de Tucumán, coronel don Pedro Antonio Aráoz y don Pedro Gregorio López Cobo fechado el 18 de enero de 1793 agregaba nuevos supuestos: la imposición de cuatro pesos de multa, destinados para la obra de la cárcel, a quien disponiendo del ejercicio de la matanza de reses de ganado para el abasto de la ciudad careciera de certificaciones de venta de sus legítimos dueños con los nombres y las marcas, con el agravante de perder las reses y de aplicársele en caso de ser plebeyo cincuenta azotes adicionales⁹⁰.

El suministro de la mano de obra que servía en los trabajos continuos de reparación del edificio de la cárcel capitular se lograba por la imposición de penas accesorias aplicables a las clases bajas, indios mulatos o negros que cargaran "*a vista de todos*" cuchillos, dagas y otras armas de punta, quienes en 1788 fueron penados a servir por espacio de quince días en la obra pública de la cárcel⁹¹. Del mismo modo fueron castigados los vagos "*sin oficio ni ejercicio alguno*" que no hubieran acatado la orden de abandonar la ciudad a quienes se los consignaba "*al servicio de la obra pública de la cárcel por dos meses a ración y sin sueldo*"⁹². Idéntico acomodo estaba reservado, en el texto del mismo bando, a toda la gente *pobre y libre de baja esfera*, que solo se mantiene sirviendo quien debía conchabarse con amo conocido dentro del término de quince días bajo pena de ser llevado a trabajar en la obra pública de la cárcel "*por el término que se juzgase arbitrario*"⁹³.

Los comestibles y frutas decomisados a las vendedoras, libres o esclavas, obligadas a ejercer su comercio en los días de fiesta en el espacio de la plaza pública o en los portales del cabildo y que contraviniendo estas disposiciones lo hicieran en huecos y esquinas prohibidas, alimentarían a los presos de la cárcel, como también los productos que los chacareros "*que internasen de afuera cualesquier comestible hasta las doze del día*"⁹⁴.

⁸⁸ Idem, pág. 387.

⁸⁹ Idem, pág. 387.

⁹⁰ Auto de buen gobierno de los alcaldes ordinarios de primero y segundo voto de la ciudad de Tucumán, coronel don Pedro Antonio Aráoz y don Pedro Gregorio López Cobo fechado el 18 de enero de 1793. En Los Bandos de Buen Gobierno cit. pág. 425.

⁹¹ Los Bandos cit, pág. 385

⁹² Idem.

⁹³ Idem, pág. 386

⁹⁴ Idem, pag 383.

También mejorarían la magra alimentación de los presos de la cárcel capitular la carne que resultara faenada en la calle, fuera de los lugares expresamente autorizados para llevar a cabo la matanza del ganado. Y la leña o la madera encontrada apilada en las calzadas publicas⁹⁵.

Pero estos esfuerzos y previsiones no lograban componer una situación realmente crítica, a la cual, el informe del procurador de la ciudad Juan Pérez de Bulnes le agrega tintes dramáticos. Argumenta el procurador:

"Echando la vista sobre las necesidades mas urgentes que afligen a este pueblo y los que deben ser por su naturaleza el primer objeto de la atención de los que la representan por su oficio ninguno se ha dejado ver a la consideración del procurador con mas encarecimiento que la triste situación de los encarcelados"

Su razones apuntan a denunciar el exceso del castigo que importaba la generalizada hambruna que padecían los presos de la cárcel capitular. *"Entre las leyes de nuestra legislación criminal no hay ninguna que establezca a la hambre por pena en los delitos ni mucho menos quieren que la falta de alimentos sea una preparación afflictiva a las penas legales"*.

Un estudio de la alimentación proporcionada a los presos, denunciaba el mezquino aprovisionamiento de veinticuatro en veinticuatro horas, de dos ollas bien pequeñas de carne *"las que deben distribuirse a mas de cien hombres muy necesitados"*⁹⁶.

La solución prevista, aumentar las asignaciones para la alimentación de la cárcel, no pareció empero suficiente para proporcionar el remate del problema que se mantuvo sin variantes a lo largo del tiempo indiano.

Las fugas en la cárcel cordobesa

El tema del quebrantamiento de la prisión no había escapado del preciso marco de la regulación alfonsina.

La pena regulada por la Siete Partidas para los presos que quebrantaran la prisión y fugaran, oscilaba entre la imposición de la pena

⁹⁵ Conforme el texto del Auto de buen gobierno de los alcaldes ordinarios de la ciudad de San Miguel de Tucumán Domingo Cobo y Juan Francisco de Prado y Revuelta del 12 de enero de 1788 pág. 386, esta medida está reiterada en el texto del Auto de buen gobierno de los alcaldes ordinarios de primer y segundo voto de la ciudad de Tucumán, coronel don Pedro Antonio Aráoz y don Pedro Gregorio López Cobos del 18 de enero de 1793. *"Mandamos que ninguno ponga ni mantenga en la calle publica trozos de leña ni otros palos, bajo de la pena de que, el que lo contraviniere perderá los que se encontrasen y serán conducidos para leña de los pobres presos de la cárcel"* Conforme *Los Bandos de Buen Gobierno* cit. pág. 424.

⁹⁶ AHPC Gobierno Caja 10:Legajo 4.

máxima, si la fuga hubiera sido masiva "*fin fabiduria de los guardadores*", pena que se reducía sensiblemente a la imposición de más fuertes prisiones o a las de libre albedrío por el juzgador "*si por aventura no fuyeffen todos, mas algunos dellos e depues fuere prefos otra vez de las prisiones*"⁹⁷.

Las Partidas regulaban incluso la situación de los que colaboraran auxiliando a los presos en sus fugas, para quienes reservaban el cumplimiento de la misma pena que consumaba el reo que había ayudado a fugar⁹⁸.

Alcaldes y carceleros que colaboraban en la fuga o permitieran la misma por actitudes negligentes tenían reservados, por su parte, diversos castigos.

Un Alcalde de Catamarca informaba el 18 de marzo de 1789 a la Audiencia lo que todos pensaban: "*La cárcel no tiene otra seguridad que la voluntad de los que quieran estar en ella y esta cárcel solo sirve para los hombres de bien*"⁹⁹.

El mismo pesar trasuntaban en 1769 las palabras de las autoridades de Buenos Aires al relatar como diariamente escapaban los presos de la cárcel capitular por el crónico mal estado del edificio y la poca seguridad que lo rodeaba, de la cual se fugaban los reclusos, "*quebrantando las prisiones en que se hallan*"¹⁰⁰.

El informe enviado por la Real Audiencia de Buenos Aires el 27 de abril de 1804 describía la situación general que en el interior del país "*las cárceles de las ciudades interiores no son ya un lugar seguro donde deben enserrarse los espíritus audaces*"¹⁰¹.

Para no dejar sin castigo a un reo alojado en una cárcel, a la espera de un castigo que burlaba una fuga cercana y posible, se autorizó puntualmente la aplicación de hasta un máximo de veinticinco azo-

⁹⁷ Las Siete Partidas de Alfonso El Sabio. P VII. Título XXIX Ley XIII.

⁹⁸ *Atrevimiento muy grande faze el q faca por fuerza algund preffo de la carcel o de la cadena que es fecha [por mandado del rey. E porende mandamos que fi alguno fuere ofado de facar prefo de la cárcel del rey o de algún adelantado, o del común de algún concejo, o de otra prifion qualquier en que fuffe metido por mandato del reyo de alguno de los otros que han poder de judgar por el que deve recibir tal pena qual deuia recibir aquel q fue ende facado por fuerca*, Partida VII. Título XXIX Ley XIV.

⁹⁹ Citado por Abelardo Levaggi *Las cárceles argentinas de antaño (Siglos XVIII-XIX). Teoría y realidad*. Buenos Aires, Ad Hoc, Villela Editor, pág. 402.

¹⁰⁰ Providencia del Gobernador Francisco Bucarelli y Ursua. Buenos Aires 16 de diciembre de 1769 en Archivo General de la Nación (en adelante AGN), Criminales, Legajo 5 expediente 12. IX 32-1-2. Citado por Abelardo Levaggi op cit pág. 402.

¹⁰¹ Citado por José María Mariluz Urquijo *La Real Audiencia de Buenos Aires y la administración de Justicia en lo Criminal en el Interior del Virreinato en Primer Congreso de Historia de los Pueblos de la Provincia de Buenos Aires*. Provincia de Buenos Aires, Ministerio de Gobierno. Publicaciones del Archivo Histórico de la Provincia. La Plata, 1952, Tomo II pag 285.

tes sin consultar a la Audiencia, indicándose a los alcaldes de La Rioja que los mismos se aplicaran en el interior de la cárcel y no antes de transcurrir las primeras veinticuatro horas en la misma¹⁰².

La fragilidad de la cárcel cordobesa no le iba en zaga a las demás cárceles del interior del país y quedó al descubierto con las numerosas fugas que se llevaron a cabo.

Luís de Cárdenas, Regidor y Fiel Ejecutor imponía el 20 de enero de 1670 al pleno del cabildo de Córdoba sobre lo acontecido, hacía cuatro o cinco días, cuando habían fugado de la cárcel capitular “*un soldado fugitivo del presidio de Buenos ayres y dos yndios delincuentes*”. En dicha oportunidad el Alguacil, Cristóbal de Heredia, dejaba constancia de “*no ser segura la dha carsel y calabozo y aber sucedido este desacierto muy de ordinario por cuya eason se dejan los delitos sin castigo en que es grave daño del servicio de su majestad y bendigta publica, por cuya rason y atendiendo a no allar medios para poder obrar en la seguridad de dha carsel por no tener medios ni propios de donde salga el gasto de su adereso y en atención a lo referido este cabildo aga informe de lo referido y acabado de suseder a los Sres. de la Real Audiencia del puerto de Buenos ayres representando lo referido y lo demás que conbenga esta rason*”¹⁰³.

Cortar los travesaños de la rejas con material que han logrado introducir subrepticamente en el espacio de la cárcel, limarse la chabeta de los grillos, proporcionar toda suerte de dádivas a los carceleros, aprovechar los descuidos de una guardia profundamente dormida, escalar y saltar las paredes, excavar bajo los muros, quebrar los mismos, etc., son los recursos más comúnmente utilizados.

A ello se sumaba, como un matiz definitorio que contribuía a reforzar todas estas maniobras de resistencia a la justicia, la señalada escasez del mínimo personal afectado a la guardia y control de la prisión y a la misma administración de la justicia, como lo confesaba el auto del gobernador de la provincia de Tucumán, teniente coronel Juan Manuel Fernández Campero “*por no tener los jueces ordinarios y de la Hermandad y sus ministros ejecutores, ni dárselos por parte de los oficiales el auxilio necesario para la aprehensión de los reos quedando estos en libertad por este defecto y mas audaces para repetir sus delitos, resultando su prisión y castigo en beneficio común*”¹⁰⁴.

¹⁰² Así fue ordenado en el primer caso para los alcaldes ordinarios de Villa Rica el 3 de abril de 1789 y para los Alcaldes de la Rioja el 28 de abril del mismo año.

¹⁰³ Archivo Municipal de Córdoba. Actas Capitulares Libro Decimoprimer o pág. 424, Córdoba. 1954.

¹⁰⁴ Por estas razones el bando concluía: “*Ordeno y mando que todos los oficiales militares, así los maestros de campo, sargentos mayores y capitanes como los demás subalternos, a quienes se pidiere auxilio en la frontera y distritos de la jurisdicción de esta ciudad para la administración de justicia y prisión de reos por parte de las justicias ordinarias, el provincial*

Así como fuera de los débiles muros de la cárcel, las autoridades libran un combate sordo y diario contra una criminalidad exuberante dentro del estrecho y asfixiante espacio de la cárcel.

Los presos cavan bajo los cimientos, perforan o quiebran los muros de adobe, agujerean los techos levantando tejuelas y techumbres, saltan los cercos, liman las rejas con todo tipo de sierras que les son proporcionadas desde el exterior, rompen sus propias cadenas, arrancan las prisiones de los muros, desgastan e inutilizan las chabetas de los grillos o huyen con ellos.

A la cárcel entran cerrajeros habilidosos, vecinos de la ciudad que mudan las prisiones amarradas a las muñecas de los presos por mecanismos que ellos mismos logran manejar. Ingresan asimismo palas, picos, cuchillos, limas y sierras, falsas cadenas y cerrojos que son siempre empleados en la preparación de las fugas.

Las fugas despliegan toda una suerte de imaginativos recursos, audacia, intrepidez y temeridad, donde no está ausente tampoco la indolencia o la complicidad de los custodios y el franco y decidido apoyo que les llega a los presos invariablemente desde el exterior de la prisión¹⁰⁵.

y alcaldes de la Hermandad por los cuadrilleros, en los casos de su jurisdicción y por cualesquiera comisionados de unos y otros jueces les den prontamente el auxilio que pidieren sin ser necesario participarlo al teniente del rey por no permitirlo la distancia de esta jurisdicción, sin perjuicio de la vindicta publica en la demora, lo que cumplirán inviolablemente, so la pena de cincuenta pesos aplicados en la susodicha conformidad y de seis meses de destierro al presidio de el Tío, con mas los perjuicios que resultaren de su omisión o denegación, reservando aplicarles las mas que convengan para su escarmiento y ejemplar de otros" Conforme auto del gobernador de la provincia del Tucumán, teniente coronel don Juan Manuel Fernández Campero, Córdoba 28 de mayo de 1764. En Los Bandos de Buen Gobierno del Río de la Plata, Tucumán y Cuyo (época hispánica) Edición y estudio de Víctor Tau Anzoátegui, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho Buenos Aires, 2004, pág. 361.

¹⁰⁵ A modo de elocuente ejemplo citaremos una fuga memorable llevada a cabo en la noche del 26 de octubre de 1766, cuando un grupo de presos logran cavar rápidamente un socavón por el que salen a la calle gran cantidad de presos vaciándose prácticamente la cárcel, con excepción de los que registraban condenas por penas menores quienes fueron amenazados por los fugitivos a guardar silencio mientras sus compañeros excavaban los suelos trabajando arduamente toda la noche, una vez que pasó la ronda nocturna habitual a controlar las prisiones de los mismos.

La preparación de la fuga significó el ingreso de gran cantidad de elementos para lograr construir el socavón que traspasó los cimientos de los muros exteriores.

Cuando en la mañana del día siguiente, el Alcalde Ordinario de Primer Voto, Santiago de Allende, tomo noticia de la masiva huida y acompañado de Prudencio de Palacios se dispuso a efectuar una recorrida por la cárcel "y encontraron un agujero grande que salía a la calle y siguiendo prolijamente a registrar el modo en que estaba dicha cárcel se bio que a las horillas de las paredes se metía el bastón u estaba la tierra en lo que se demuestra la poca dificultad que hallaron dichos desertores para salirse".

Interrogados a su vez los presos presentes Antonio Cuello, Joseph Antonio Torres, Tiburcio Carballo en que modo se había hecho aquel agujero "digeron todos juntos a una

Las fugas en ocasiones comprometieron hasta al mismo verdugo de la cárcel, como se descubrió en 1786 al advertir la fuga de Carlos Quevedo, el verdugo de la cárcel capitular que circulando libremente por la prisión, logra sin mayor esfuerzo ganar velozmente la calle y escapar, de resultas de la cual no se podía ejecutar ninguna sentencia de muerte confirmada por la Audiencia, y especialmente cumplir inmediatamente la de un reo que en prisión aguardaba su partida, tal como lo informa el alguacil: *“la sentencia de muerte dictada contra Joseph Manuel Lemuz encuentra el escollo de no tener esta capital en lo presente Berdugo que la execute”*. Aparece entonces el temor de que el propio condenado a muerte se escapará también en cualquier momento y por ello, un afligido alcalde al *“tenerse noticia que no hay verdugo en las comarcas de donde poderse traer para este efecto y que aunque lo hubiere, sería muy dificultoso su verificación por las largas distancias que median de cada una de ellas que se retrasaría demasadamente el cumplimiento de ella”*, amén del siempre presente peligro de fuga en el tránsito del largo viaje, se propone un remedio extremo. Y la solución que busca este Alcalde de Segundo Voto y así se lo hace saber a la Audiencia, es colocar en el cargo de verdugo a un reo ya sentenciado, antiguo habitante de la cárcel, a quien para convencerlo, luego de muchos dudas, vacilaciones, perplejidades e incertidumbres que originan no pocos cabildeos, se lo da por libre, con advertencia *“de no ausentarse ni hacer fuga de la ciudad ni poder salir de sus extramuros ni arrabales”*.

voz que luego inmediatamente que salio el carcelero de registrar la cárcel y las prisiones a los que las tenían que será cosa de las nueve de la noche se pusieron a cabar el suelo amenazando a todos que ninguno diese voces porque le quitarían la vida con lo que ninguno se atrevió a ejecutarlo y prosiguieron cabando hasta que lograron salirse cuyo hecho lo hizieron esa misma noche”, añadiendo el alcalde que conforme la verificación llevada a cabo *“que por la poca seguridad de dicha cárcel se experimentaba que ai todos los años escalamientos sin que esto lo puedan remediar los sujetos a cuyo cargo corre dicha cárcel pues esta patente que siempre que quando quieran salirse los presos a poca diligencia lo logran por lo malo que se halla dichos muros y suelo echo todo lo que hacer presente a S.S. para que dictamine aquello que hallase conveniente y resulte a mas seguridad de la dicha cárcel y mejor custodia de los presos en ella”*.

La sentencia ordenaba: *“Visto las diligencias antecedentes no resultando culpables de la fuga de los reos que en ella se mencionan contra el Alguacil Mayor Thomas Menocal y Palacios ni contra el Theniente Manuel de Soto se les relaja de la prisión y se les da por libres en esta, previniéndoles se apliquen al cuidado de las cárceles con toda vigilancia y zelo por que se les hará culpa y cargo de qualquiera omisión que ocasiones perjuicios públicos que resulten con la fuga de los reos y para que esta se avise dará al cabildo Justicia y regimiento las providencias conducentes a su seguridad, arbitrando la construcción y fabrica que necesita la cárcel capitular a costa del ramo de propios fundamentándole los correspondientes cimientos y demás fabrica que requiera para dicha seguridad, dándole a dicho ilustre cabildo testimonio de estos autos para que le conste y lo practique con la mayor brevedad por los inconvenientes que siguen con la libertad de los reos”*. A.H.P.C. Crimen Año 1766/7 Legajo 20 Expediente 12. Amencol Tomas (Alguacil Mayor) y Otros. Fuga de Presos

Pero los textos desnudan una realidad concreta que perfectamente conocen y manejan las autoridades indianas: *nada ni nadie puede esconderse para siempre en estos horizontes recónditos, despojados y salvajes.*

Los presos fugados vuelven siempre a los núcleos urbanos, porque la soledad y el desamparo que circunda a las ciudades indianas son insoportablemente temibles, y acechantes.

La movilidad de la campaña es extrema, pero también funcionan aceleradamente los complejos mecanismos de la delación. Los vecinos hablan, recuerdan, relacionan. Refieren aspectos mínimos, detalles y coincidencias fortuitas que logran, al fin, reconstruir los tablados de revueltos rompecabezas, viajeros y forasteros que fatigan los caminos relatan sus encuentros y descubrimientos, en la extensa e intrincada red de tambos y postas. Los ojos vigilan y las voces delatan hasta los mínimos detalles que permiten reconstruir los azares de un destino incierto.

Los mismos presos vuelven siempre a la ciudad donde se erige la cárcel, pues no pueden soportar la intensa soledad y el desamparo, el desabrigo y la orfandad de los anchísimos espacios yermos, que rodean, quizá aíslan, pero siempre están protegiendo al núcleo urbano.

Los custodios lo saben y sólo les queda aguardar pacientemente, un retorno que conocen, desde siempre, anunciado.

El mecanismo de la penalización de este modo se autoalimentaba.



UN PLAN DE TRANSICIÓN PARA UNA UNIVERSIDAD NUEVA: LA REFORMA DEL DEÁN FUNES DE 1808. IDEAS Y MODELOS

*Esteban F. Llamosas**

Resumen: A fines de 1807, cumpliendo una Real Cédula de 1800, se creó la Real Universidad de San Carlos y Nuestra Señora de Monserrat, y se entregó su dirección al clero secular. El deán Funes, primer rector, redactó a comienzos de 1808 un plan de estudios de transición, cuyas ideas principales y referencias se analizan en el presente artículo.

Palabras Claves: Universidad de Córdoba – Plan de estudios de 1808 – Ideas y modelos.

I. Introducción

Después de cuarenta años no exentos de disputas y reformas, a fines de 1807 terminó la regencia franciscana de la Universidad de Córdoba. Encargados de sustituir la doctrina jesuita de acuerdo al plan borbónico, se volvieron ejecutores del reemplazo teológico y produjeron importantes cambios en la casa cordobesa. Durante su dirección no sólo se sustituyó la autoridad de Francisco Suárez y el probabilismo moral, por otros autores regalistas y probabilioristas como Concina y Alejandro, sino que los cambios se institucionalizaron con la reforma constitucional del obispo San Alberto de 1784, y además se erigió, cumpliendo un viejo anhelo, la Facultad de Jurisprudencia.

Sometidos a una constante presión por el clero secular de la ciudad, que exigía se cumpliera la orden inicial de destierro de la Compañía, que mandaba entregar a ellos el gobierno universitario, pudieron sin embargo los franciscanos mantenerse cuatro décadas al frente

* Doctor en Derecho y Cs.Ss. de la U.N.C., doctorando del Departamento de Historia del Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Investigador Asistente de CONICET, Profesor de Historia del Derecho Argentino de la Facultad de Derecho y Cs.Ss. de la U.N.C., ex becario SeCyT, FOMECE y CONICET.

de los estudios, por el amparo de gobernantes amigos que llegaron a demorar la ejecución de una cédula real, además del celo y la gratuidad puestos en la tarea¹. Sin embargo, los cambios políticos ocurridos en el Virreinato del Río de la Plata luego de las invasiones inglesas, que produjeron la caída de Sobremonte, con el que habían estrechado lazos cuando fuera Gobernador Intendente de Córdoba, y el ascenso de Santiago de Liniers, determinaron el final de su situación provisional al frente de la Universidad. Así, el nuevo Virrey decidió ejecutar, después de siete años, la Real Cédula de Carlos IV fechada en San Lorenzo el 1 de diciembre de 1800, que disolvía la antigua Universidad levantada bajo modelo jesuita, para fundar una nueva, llamada Real Universidad de San Carlos y Nuestra Señora de Monserrat, con idénticas prerrogativas que la de Salamanca².

La nueva fundación aparejó el triunfo de las aspiraciones del clero local, a quien se encargó la administración de los estudios, y significó el ascenso de una figura que delinearía planes, cátedras, textos y autores durante los siguientes años: Gregorio Funes, el deán de la catedral.

El *cúmplase* a la Real Cédula se mandó a fines de 1807, con lo que el deán Funes, que asumió como Rector a comienzos del año siguiente, se vio en la necesidad de realizar algunos cambios urgentes, por la cercanía del inicio de las clases, a fin de adaptar la Universidad a los dictados de la norma. Aunque ésta establecía que el plan de estudios sólo debía modificarse en caso de ser necesario, Funes lo creyó conveniente, a pesar de que el tiempo disponible era escaso. Esto explica el carácter provisorio de las reformas de 1808, que sin embargo duraron siete años, hasta el inicio del plan definitivo de 1815.

Este plan de transición, sin embargo, permite vislumbrar unas líneas ideológicas que a veces preanuncian, y a veces no, el plan final. Pero, ¿cuál fue su inspiración?, ¿fue el plan de Salamanca, tal lo pedía la Real Cédula; el de Lima, cuyas Constituciones mandaba seguir; o el de Alcalá de Henares, donde Funes había obtenido el grado de bachiller en ambos derechos?, ¿cuáles eran sus ideas?, ¿eran modernas o anticuadas para su tiempo?, ¿había originalidad en las cátedras creadas, auto-

¹ En 1774, incluso un miembro del clero secular, el deán Antonio González Pavón, elogiaba la enseñanza franciscana en un informe enviado a la corte, con estas palabras: "... (los escolares) salen ahora noticiosos de la más útil filosofía, instruidos en los dogmas, impuestos en los firmes y sólidos principios de la filosofía y teología moral, con el necesario discernimiento y aversión de la lepra antigua de las laxitudes opuestas a la pureza de la sana doctrina". Cit. por PEÑA, R. I. *El pensamiento político del deán Funes*, Imprenta de la Universidad, Córdoba, 1953, p. 27.

² *Real Cédula de S.M. Carlos IV, dada en San Lorenzo el 1 de diciembre de 1800*. En *Constituciones de la Universidad de Córdoba*, Imprenta de la Universidad, 1944, pp. 239-245.

res y textos dispuestos, o se copiaron modelos ya probados?, ¿había pervivencias de la etapa anterior, o significó un verdadero cambio respecto a la regencia franciscana?

La respuesta a estos planteos es el objetivo de este breve trabajo. La época de la reforma del plan de estudios y la figura de su inspirador constituyen una clave de la importancia del tema. Estamos en las vísperas del proceso de emancipación política y debe aclararse el rol desempeñado por la Universidad de Córdoba. El estudio de sus planes de enseñanza, de los teólogos, legistas y canonistas seguidos en las lecciones, en un tiempo en que aun la teología pesaba sobre el orden político, resulta indispensable para explicar el paso de la monarquía de derecho divino a la república. Para ello no basta investigar las cátedras de leyes, ni siquiera sumar las de cánones: habrá que mirar la teología. Que las sedes diferenciadas no nos confundan, todavía son órdenes que actúan juntos.

Iniciaremos el camino por la Real Cédula de 1800, marco legal en que se apoyó Gregorio Funes para reformar el plan de estudios. Es cierto que la realidad de la Universidad, especialmente la económica, obró como un límite para cumplir con fidelidad la normativa; y también es verdad que en los años pasados entre su dictado y ejecución, habían ocurrido importantes cambios universitarios en España, cómo las reformas de 1802 y 1807. También conviene preguntarse si estas últimas modificaciones fueron aquí conocidas.

La Real Cédula mandaba erigir trece cátedras: dos de latinidad, tres de filosofía, dos de leyes, dos de cánones, tres de teología escolástica, y una de teología moral. Y sugería la creación de dos más, lugares teológicos y filosofía moral, si alcanzaban las rentas³. Además, establecía explícitamente el carácter fundacional del nuevo instituto⁴; anulaba las constituciones previas⁵; remitía temporariamente a las Constituciones de la Universidad de Lima y la Recopilación de Indias como marco

³ *Constituciones de la Universidad de Córdoba...*, p. 240.

⁴ "...he resuelto se erija y funde de nuevo en dicha ciudad de Cordova del Tucuman, y en el edificio que fue del Colegio Máximo Jesuítico de ella, una Universidad Mayor, con los privilegios y prerrogativas que gozan los de esta clase de España e Indias, con el titulo de Real Universidad de San Carlos y de Nuestra Señora de Monserrat...". *Constituciones de la Universidad de Córdoba...*, p. 239.

⁵ "...Y deviendo formarse constituciones y plan de Estudios para arreglo de estos, y de la expresada Universidad he venido declarar ante todas cosas por nulas e insubsistentes, las formadas en el año de mil seiscientos sesenta y quatro, por el jesuita Andrés de Rada, y las que en veinte y ocho de marzo de ochenta y quatro, formó el obispo de Tucumán (oy Arzobispo de Charcas) dn. Fray Josef Antonio de Sn. Alberto...". *Constituciones de la Universidad de Córdoba...*, pp. 240-241.

legal para funcionar⁶; y señalaba el plan de estudios salmantino como guía para indicar libros y autores⁷.

¿Fue todo esto cumplido?

II. Los antecedentes españoles y el plan de transición

En el último cuarto del siglo XVIII, avanzando en su intento político de control universitario, que ya reconocía jalones como la creación de los cargos de directores y censores regios, además de la expulsión de los jesuitas y la reforma de los colegios mayores, el gobierno de Carlos III encaró la modificación de los planes de estudios. Una a una, se solicitó a las universidades la elevación de informes al Consejo de Castilla proponiendo reformas. Estos escritos fueron examinados, los fiscales del cuerpo dictaminaron y sobre esa base se sancionaron los cambios. La aparente individualidad de las reformas escondía unas sólidas líneas comunes, apoyadas en los dictámenes del Consejo. En 1771 y 1772 se aprobaron las reformas de las principales casas de estudio: Salamanca, Valladolid y Alcalá de Henares. Más allá de algunas peculiaridades, la tendencia era uniforme en la búsqueda de la centralización a través de la imposición de escritores regalistas, y en la sustitución del jesuitismo por el rigorismo moral. En los planes se repetían los nombres de Santo Tomás, Melchor Cano y Natal Alejandro en teología; Inocencio Cironio, Zegero Van Espen y Carlos Berardi en cánones; y Arnoldo Vinnio, Juan Heineccio y Jacobo Cujas en leyes⁸.

Ya a comienzos del siglo XIX, durante el reinado de Carlos IV, bajo el ministerio del marqués de Caballero también se sancionaron importantes reformas. En 1802 le tocó a las facultades de leyes, y en 1807 el plan general para todas las universidades españolas las uniformó según el modelo salmantino.

En las facultades de leyes, para obtener el grado de bachiller se enseñaría filosofía moral, dónde se explicaría el derecho natural; luego dos años de derecho romano siguiendo a Heineccio; luego cánones; y luego historia e instituciones de derecho real por Sala y Juan Lucas Cortés, mientras se corregía la obra de Asso y Manuel, que sería la utili-

⁶ "...que ínterin se forman dichas Constituciones, y se ponen en ejecución, que deberá ser precediendo la aprobación provisional del Virrey..., se arregle la nueva Universidad de Cordova a las Constituciones de la de Lima, y las Leyes del Título veinte y dos del Libro primero de la Recopilación de Indias...". *Constituciones de la Universidad de Córdoba*, p. 242.

⁷ "...erigiendo el propio Claustro provisionalmente los autores por donde deba enseñarse las respectivas facultades, para lo que también deberá tener a la vista el citado plan de Estudios de la Universidad de Salamanca...". *Constituciones de la Universidad de Córdoba...*, p. 243.

⁸ Para las reformas universitarias españolas del reinado de Carlos III, ver ALVAREZ DE MORALES, A. *La Ilustración y la reforma de la Universidad en la España del siglo XVIII*, Ediciones Pegaso, Madrid, 1985; y PESET REIG, M. y PESET REIG, J.L. *El reformismo de Carlos III y la Universidad de Salamanca*, Universidad de Salamanca, 1969.

zada. Para la licenciatura se enseñarían Partidas, Recopilación y Economía Política; y finalmente se sustituiría la pasantía en el estudio de un abogado por la enseñanza práctica en la propia universidad. En las facultades de cánones se estudiaría también filosofía moral; se asistiría a aprender Instituta civil a la facultad de leyes; luego prenociones canónicas por el libro de Lackis; historia eclesiástica por Félix Amat; e instituciones canónicas por Cavallari. Para el segundo ciclo se estudiaría decreto por Van Espen; y los concilios generales y nacionales por el texto de Villanuño, aunque también se utilizaba el de Larrea. En teología se enseñaría por el texto de instituciones teológicas del dominico Gazzaniga; luego se cursaría sagrada escritura por Lami; historia y disciplina eclesiástica por Félix Amat; moral por el compendio de los salmantenses; y al fin religión por el de Bailly⁹.

A comienzos de 1808, apenas asumido su cargo de rector, cuando eligió modificar el plan de estudios, las mencionadas eran las referencias más inmediatas que tenía Gregorio Funes.

Aunque el plan transitorio no ha llegado completo hasta nosotros, ya que no aparece en el archivo universitario la aprobación del claustro (si es que la hubo), ni tampoco el resumen enviado al virrey Liniers, C. Luque Colombres ha logrado reconstruirlo basado en las actas de exámenes y libros de matrículas del período¹⁰. Apoyados en esta fuente podemos realizar el análisis de sus principales tendencias.

Para la facultad de teología la Real Cédula ordenaba la creación de tres cátedras de escolástica y una de moral. Por motivos económicos, el deán Funes sólo creó dos de escolástica y una de concilios, que luego reemplazó por la de moral. Con estos cambios, la enseñanza teológica era precedida por un curso obligatorio de *locis theologicis*, según el texto de Melchor Cano, que se tomaba en la facultad de artes; luego seguían cuatro años de escolástica, en los que se enseñaban partes de la *Suma* tomista por los comentarios del dominico Billuart, al final de los cuales se obtenía el grado de bachiller. El quinto año se enseñaba teología moral por el texto de Wigandt, pronto sustituido por el de Antoine; y para obtener la licenciatura debía cursarse un sexto año de sagradas escrituras, primero por Wigandt y después por Graveson, y además concilios¹¹.

⁹ PESET, M. y PESET, J.L. *Carlos IV y la Universidad de Salamanca*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1983, pp. 259-269; y PESET, M. y PESET, J.L. *La Universidad española (Siglos XVIII y XIX) Despotismo ilustrado y revolución liberal*, Taurus, Madrid, 1974, p. 329.

¹⁰ LUQUE COLOMBRES, C. *El primer plan de estudios de la Real Universidad de San Carlos de Córdoba, 1808-1815*, Imprenta de la Universidad, Córdoba, 1945.

¹¹ LUQUE COLOMBRES, C. *El primer plan...*, pp. 24-27.

La novedad de esta facultad fue que se sacaron los estudios de cánones, que pasaron a la de leyes.

Esta última quedó conformada por dos cátedras de jurisprudencia civil (instituta y derecho real) y una de cánones.

Así, los estudios comenzaban por la filosofía moral, curso previo y obligatorio realizado en la facultad de artes; luego dos años de Instituta de Justiniano cotejadas con el derecho español, siguiendo el libro de Vinnio; y después otros dos años de instituciones canónicas por la obra de Berardi, más tarde reemplazada por la de Selvaggio, con los que se obtenía el grado de bachiller al rendir la previa. Para el grado de licenciado había que cursar un quinto año de Leyes de Toro por los comentarios de Antonio Gómez; y para doctorarse se debía cursar concilios y aprobar la Ignaciana¹².

Este plan provisorio al parecer no contó con la aprobación formal del claustro, pero fue aceptado sin oposición, se impuso en la práctica y rigió hasta 1815, según se desprende de los testimonios del archivo universitario. En el siguiente apartado analizaremos sus principales tendencias ideológicas y sus influencias.

III. Ideas centrales y modelos

De la lectura de las cátedras creadas, y los autores y libros escogidos para iniciar las clases en 1808, pocas dudas quedan de la tendencia regalista, rigorista y filojansenista del plan provisorio. Sabemos que estas ideas no eran nuevas, y en buena medida derivaban de los planes que modificaron los estudios peninsulares luego de la expulsión de los jesuitas. Allí están las leyes de Toro, con la evidente intención de sustituir el romanismo por el estudio en las fuentes del derecho real; las *Instituciones de derecho eclesiástico* de Berardi, un reconocido canonista favorable a los intereses reales frente al papado; las lecciones de concilios y sagradas escrituras, puntal del programa jansenista con el objeto de fortalecer los cánones conciliares frente a la legislación papal, y regresar al estudio de las fuentes bíblicas; y allí la teología moral basada en autores opuestos al probabilismo jesuita, cómo Antoine y Wigandt. Y también la presencia de Melchor Cano, favorecido en su tiempo por los ministros reales; más el tomista Billuart, probabiliorista en moral, e Ignacio Jacinto Graveson, decidido rigorista.

Ni el regalismo ni el filojansenismo sorprenden en la época, mucho menos en el deán Funes, del que se conocen claramente sus opiniones y lecturas¹³. Sólo resta aclarar que el jansenismo de este tiem-

¹² LUQUE COLOMBRES, C. *El primer plan...*, pp. 27-30.

¹³ Ver PEÑA, R.I. *El pensamiento político del deán Funes*, Imprenta de la Universidad, Córdoba, 1953; y TONDA, A. *El pensamiento teológico del deán Funes*, Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 1982.

po poco tenía que ver con la herejía del siglo XVII, y se relacionaba más con un entramado de ideas que incluían conciliarismo, episcopalismo, rigorismo moral y la defensa de la iglesia nacional ante el pontífice.

Analizando uno por uno los autores del plan y la filiación de su pensamiento, también podemos encontrar el origen de su presencia.

En la facultad de teología, el curso de lugares teológicos por la obra de Melchor Cano (1509-1560) ya venía dictándose durante la regencia franciscana, especialmente mandado por la Corona para reemplazar la doctrina jesuita. A finales del setecientos, el célebre dominico de Salamanca del siglo XVI, era considerado un opositor a la Compañía y partidario de los intereses reales. Además, estaba presente en los planes reformados de 1770 y sólo se abandonó en 1807.

Carlos Billuart (1685-1757), cuyo comentario a la *Suma* de Santo Tomás se utilizó en las cátedras de teología escolástica, era un dominico francés que seguía con fervor el método de la escuela y en moral se inclinaba por el probabilismo¹⁴. Su presencia, aunque no es sorprendente porque era un teólogo reconocido y bastante utilizado, es más difícil de rastrear, ya que sólo aparecía en el informe, luego desechado, que el sector más conservador del claustro de Alcalá envió al Consejo de Castilla; y efectivamente utilizado, en la cercana Universidad de Charcas reformada en 1772.

Los autores seguidos para la enseñanza de la moral eran indudablemente contrarios al probabilismo. Martín Wigandt era un dominico rigorista, que no figuraba en los planes más importantes (sólo se lo mencionaba para la Universidad de Granada¹⁵), y pronto fue reemplazado por el jesuita Pablo Gabriel Antoine. Este no debe confundirnos sobre posibles pervivencias o regresos del pensamiento jesuita en esta etapa. Antoine (1679-1743), profesor francés de teología y filosofía, a pesar de pertenecer a la orden de San Ignacio, era rígido en moral y opositor del probabilismo, a tal punto que su *Theologia moralis* fue elegida por el Papa Benedicto XIV como texto oficial para el Colegio de la Propaganda. Su presencia, aunque no la tendencia que representaba, parece original, ya que no aparecía en otros planes.

Para la enseñanza de las sagradas escrituras se repetía Wigandt, aunque también sustituido, esta vez por otro dominico, el historiador de la Iglesia Ignacio Jacinto Graveson (1670-1733), otro rigorista en moral. Este último autor tenía una importante presencia en el plan de Alcalá de 1772, y también podemos encontrarlo en la Universidad de

¹⁴ Corriente de la teología moral que frente a un dilema ético proponía seguir la más probable de las soluciones.

¹⁵ ALVAREZ DE MORALES, A. *La Ilustración y la reforma...*, p. 114.

Córdoba en el período franciscano, ya que hay noticias de que una obra suya fue comprada para la biblioteca.

En la facultad de jurisprudencia, encontramos que los estudios previos de filosofía moral figuraban en la reforma general de 1807, en lo que parece casi la única influencia de ésta en el plan de transición del deán Funes.

Para la enseñanza de la instituta las cosas no cambiaban demasiado. Tal cómo se había mandado al crear la cátedra en tiempos franciscanos, se cotejaba el derecho romano con el derecho real, utilizando el texto de Arnolfo Vinnio. Este método y el escritor seguido nos remiten sin duda a los planes peninsulares reformados en la década del setenta.

Las *Institutiones de derecho eclesiástico* del italiano Carlos Berardi (1719-1768), usadas para la enseñanza de cánones ya separada de la facultad teológica, eran claramente regalistas, fiel reflejo del interés inicial de la Corona al modificar los planes, fortaleciendo las prerrogativas reales. Berardi figuraba en los estudios de Salamanca de 1771 y Alcalá de 1772.

El escritor que reemplazó a Berardi en esta materia fue otro italiano, el canonista napolitano Julio Lorenzo Selvaggio (1728-1772), también reconocido, pero de mucha menor presencia en otros planes, ya que sólo tenemos datos de que sus *Institutionum canonicarum* se utilizaron en Granada¹⁶.

Las Leyes de Toro comentadas por Antonio Gómez, uno de los más importantes comentaristas del derecho castellano del siglo XVI, tampoco eran novedad para obtener el grado de licenciado. Respondiendo a la aspiración real de introducir directamente el estudio de las leyes patrias, aparecían en los planes de Salamanca de 1771 y Alcalá de 1772. Además, ya se enseñaban en Córdoba en el período previo.

La aparición de la cátedra de concilios, cuyos estudios se repetían en las dos facultades, estaba relacionada al interés por realzar las reuniones episcopales y su normativa frente al poder papal, en clara línea jansenista. Estos estudios, ya de concilios generales, ya de españoles, se reiteraban en los planes de 1770 y también continuaban en la reforma de 1807.

IV. Conclusiones

El primer dato que salta a la vista al analizar el plan de transición del deán Funes, es que no hay cambios ideológicos respecto al período previo. Perviven el regalismo, rigorismo y filojansenismo, demostrando que tanto los franciscanos como el clero secular concorda-

¹⁶ ALVAREZ DE MORALES, A. *La Ilustración y la reforma...*, p. 132.

ban con los intereses del reformismo borbónico, y la disputa por el dominio de la Universidad no había sido de ideas, sino por la ocupación de un espacio de privilegio en la Córdoba colonial¹⁷.

La sustitución de corrientes de pensamiento ya había operado con la expulsión de los jesuitas en 1767, y esas líneas se mantuvieron en 1808, e incluso sobrevivieron después de la Revolución de Mayo.

Si bien es cierto que ingresaron algunos autores nuevos, aun dentro de las tendencias ya presentes, es muy probable que esto se debiera al recambio del plantel de profesores, al retirarse los franciscanos.

Al rastrear las fuentes del plan y los modelos que tuvo presentes Funes para redactarlo, surge claramente que los más importantes ya tenían casi cuarenta años de antigüedad. Las influencias más directas provienen de las reformas españolas de tiempos de Carlos III, en especial Salamanca de 1771 y Alcalá de Henares de 1772. En el primer caso el Rector cumplió lo indicado en la Real Cédula, que establecía seguir los criterios salmantinos si se modificaban los planes de estudio; en el segundo recurrió a unos autores que conocía personalmente, por haberlos seguido cómo estudiante entre 1775 y 1779, durante su estancia española.

Casi nada influyeron en el plan la reforma más reciente de las universidades peninsulares, el Plan general de 1807, que se acababa de poner en marcha, ni el programa de estudios de la Universidad de Lima, cuyas Constituciones ordenaba seguir la Real Cédula. De hecho, en esta última, desde 1771 la teología era dominada por el benedictino Galo Cartier, un reconocido defensor del primado romano alejado del regalismo, una verdadera peculiaridad en la época.

La edad de los modelos, la falta de recurso a alguno más reciente, podrían explicarse por la necesidad urgente de disponer de un plan para comenzar las clases y poner en funcionamiento el nuevo instituto creado por la disposición real. Esto habría motivado que Funes se basara en aquellos textos y escritores que ya conocía y estaban probados, y se alejara de las innovaciones. Sin embargo, esta conclusión debe matizarse, ya que al enfrentarnos al plan definitivo de 1815, elaborado con menos prisa y más tiempo para la reflexión, varias de las líneas de pensamiento y autoridades de 1808 continúan. Habrá que admitir entonces la sincera adhesión del deán Funes a las ideas de su primer plan, que ya adelantamos no sorprenden, cuando se cotejan con algunas de sus opiniones y lecturas.

El apartamiento parcial de la Real Cédula se explica menos por un carácter innovador, y más por las circunstancias económicas en que

17 BENITO MOYA, S. *Reformismo e Ilustración. Los Borbones en la Universidad de Córdoba*, Centro de Estudios Históricos "Prof. Carlos S. A. Segreti", Córdoba, 2000, pp. 77-93.

encontró la Universidad, que lo obligaron a dotar menos cátedras de las previstas. En algunos casos, esa misma realidad le obligó a sustituir autores, ya que los textos de los indicados primero eran difíciles de conseguir.

Si planteamos las modificaciones del plan transitorio en términos de modernidad o tradición, resulta evidente que no se incorporaron cátedras ni autores modernos, cómo podría haber sido la inclusión del derecho natural racionalista. Y si las planteamos en términos de originalidad, además de repetir la influencia de las reformas de Carlos III, esta sólo se vislumbra en la elección de algunos autores cómo Antoine, Wigandt y Selvaggio.

En definitiva, este plan transitorio fue elaborado con prisa, pero concuerda con la formación e ideas del deán Funes. En 1815 la influencia de la Universidad de Alcalá continuará en el primer plan de estudios del período patrio, a veces más explícita que en 1808. Pero eso ya es motivo de otro trabajo.



ORÍGENES DE LA FACULTAD DE DERECHO EN LA UNIVERSIDAD DE CÓRDOBA

Creación de la Cátedra de Instituta - 1791 *

Por Félix A. Torres **

Resumen: En este artículo el autor aborda la creación de la primera cátedra de Instituta –origen de la actual Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la U. N. C. – desde una perspectiva historiográfica-institucional, a través de los distintos pasos seguidos por la monarquía hispánica con el objetivo de mejorar los estudios universitarios en Córdoba, y al mismo tiempo reforzar la doctrina del regalismo borbónico en la enseñanza académica, destinada a formar las futuras burocracias coloniales del imperio español en Indias.

Palabras Claves: Historia – Derecho Argentino – Facultad de Derecho – Universidad – Córdoba – Educación.

El 10 de mayo de 1790 Carlos IV firmó una real orden destinada al virrey de Buenos Aires que en su parte resolutive, con respecto al tema que nos ocupa, dice lo siguiente:“(…) que estuviere a la mira para procurar se conservase la pública enseñanza en dicha Universidad [la de Córdoba], mejorándola y adelantándola en lo que fuese posible, comisionando para ello a la persona o personas que fuesen de su satisfacción, y de la inteligencia necesaria”.¹

* Este artículo forma parte del proyecto de Investigación “Historia de la Facultad de Derecho en la Universidad de Córdoba. Primera parte 1791-1820”, actualmente en curso.

** Licenciado en Historia. Investigador del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Córdoba. Autor de numerosos ensayos y libros de Historia, entre otros *Dalmacio Vélez Sársfield en la Universidad y su correspondencia en Córdoba*; *Manuel Antonio de Castro y la Primera Reforma Universitaria en Córdoba 1818*; *Joaquín V. González. Su formación intelectual en Córdoba. 1875-1886*; *San Martín y Córdoba. Las cartas desconocidas del Libertador 1814-1822*; *Santiago Liniers. Sus cartas desde la Historia y el Psicoanálisis*.

¹ COCCA, ALDO ARMANDO *La Primera Escuela de Leyes*, Librería El Ateneo, Buenos Aires, 1951, p. 74.

Nicolás de Arredondo, a la sazón virrey del Río de la Plata desde diciembre de 1789, dio curso inmediatamente a la real disposición enviándosela al gobernador intendente de Córdoba el Marqués Rafael de Sobremonte para su cumplimiento. Ahora bien, aunque la ordenanza estimulaba el mejoramiento de la educación universitaria, ella no indica en ningún momento la erección de una cátedra de Leyes, dejando a sus funcionarios coloniales la eventual iniciativa sobre ese tema u otros. Por su parte Arredondo tampoco le sugiere a su subalterno –el marqués de Sobremonte– alguna idea en particular, salvo el de que se cumplan los objetivos generales señalados por el monarca. De aquí se desprende que no fue otro que el eficiente gobernador de Córdoba, quien propuso al virrey la creación de una cátedra de Instituta como medio de mejorar la enseñanza en la universidad bajo su jurisdicción. Esto queda explícito textualmente en el punto tercero del informe de Sobremonte al virrey, fechado el 6 de febrero de 1791, en el cual le sugiere “**que se establezca la cátedra de Instituta que he propuesto a V. E.** [en el oficio remitido el 6/10/1790] y cuyo expediente se encuentra ya en estado de resolución por las razones que en él tengo manifestadas, y en que conviene el mayor número de informes que V. E. se sirvió tomar para establecerla”².

Lamentablemente no existe en las fuentes documentales utilizadas –incluyendo los Anales de Zenón Bustos– copia del oficio de Sobremonte de octubre de 1790, por lo tanto utilizamos el de febrero de 1791 donde se incorpora, nuevamente, la propuesta realizada al virrey para la creación de la cátedra. El informe del gobernador consta esencialmente de cinco puntos, donde además del que nos interesa para este estudio, señala diversas consideraciones para el mejor funcionamiento de la universidad y del Colegio de Monserrat. De estos últimos citaremos únicamente el número cinco, por la importancia que significa en el mejoramiento de las condiciones humanas de la educación, y que dice lo siguiente: “Que no se usase el castigo de azotes a los [alumnos] teólogos y aun entre los filósofos, o no se practicara o fuese con mucha sobriedad, y esto recayendo en alguno de los de menor edad, por tener otros que sin sonrojarles y exasperarlos los dejen corregidos”³. Estas expresiones son indicadoras de un criterio humanista poco común en los funcionarios coloniales, y en una época en que los castigos corporales eran usuales tanto en América como en Europa.

La propuesta de Sobremonte contó con el apoyo de los Cabildos Eclesiástico y Secular de Córdoba, en este último caso significaba

²FRAY BUSTOS, ZENÓN, *Anales de la Universidad de Córdoba. Segundo período 1778-1795*, U. N. C. Córdoba, 1902, p. 866.

³Ibidem, p. 868.

llevar a la práctica un antiguo anhelo de los ediles⁴. Debemos recordar, una vez más, que la universidad incluida todos sus estamentos, es decir, autoridades, profesores y alumnos, no brindaron su colaboración al proyecto del gobernador –al menos en esta etapa– y solo aceptaron la creación de la nueva cátedra ante el hecho consumado y con todo el poder del gobierno colonial ejerciendo el patronato real sobre la institución.

La respuesta a la solicitud del gobernador de Córdoba fue un oficio de Arredondo del 15 de noviembre de 1790, al rector de la universidad, por el cual le manifiesta que “deseoso el gobierno de adelantar cuanto sea posible los estudios de esa universidad en beneficio público, como Su Majestad lo tiene ordenado, se ha propuesto **el establecimiento de una cátedra de Instituta** por las razones que para ello se han tenido presente, en utilidad de los alumnos de ese Colegio y cursantes de la misma universidad; y tratándose de dotarla suficientemente, con concepto de que debe regentearla por su clase un secular, se proponen como medios para ello el aumentar treinta y cuarenta pesos al que haya de graduar de Doctor, y quince o veinte al de Maestro, respecto a que anteriormente les ascendía a mucho más, lo que podría producir, según cómputo, como quinientos pesos anuales; y en su defecto, economizar todo lo posible las becas de gracia en el caso de que los fondos de la universidad no alcanzasen en el todo a su dotación”⁵. Podemos decir entonces que –más allá de las idas y venidas burocráticas posteriores– esta decisión virreinal es el acto político fundacional de los estudios de Leyes en la Universidad de Córdoba. Formando parte de esa resolución y a los fines de que el rector y Claustro se expidan al respecto, Arredondo les propone otras opciones a las ya sugeridas para allegar los fondos necesarios y solicita a la casa de estudios, un informe sobre tan interesante asunto⁶.

La resolución del virrey tiene el carácter de no retorno, no es materia de discusión, lo que si es opinable son los recursos económicos para dotar la cátedra de Instituta, por cuanto debe dictarla un secular –según la real cédula de 1770– con un salario a cargo de la misma universidad. Hasta ese momento los profesores de la orden seráfica no cobraban ningún emolumento por sus servicios docentes. Sobre ese aspecto puntual, el económico, es por lo que Arredondo solicita al Claus-

⁴ COCCA, op. cit., p. 83.

⁵ BUSTOS, op. cit., p. 806; CARLOS LUQUE COLOMBRES, “El Doctor Victorino Rodríguez, primer catedrático de Instituta en la Universidad de Córdoba”, en *Para la Historia de Córdoba*, Ediciones Biffignandi, Córdoba, 1973, p. 372.

⁶ BUSTOS, op. cit., p. 807.

tro su opinión, lo demás como días de clases, lugar para el dictado, etc., vendrían por añadidura⁷.

El 28 de noviembre de 1790 se reunió el Claustro universitario para tratar la propuesta y emitir dictamen sobre el tema. De las opiniones vertidas por los claustrales en aquella extensa sesión, se desprende la falta de consenso mayoritario para aceptar la creación de la nueva cátedra. Al respecto Jorge A. Nuñez escribe que “no hay auspicio decidido para la creación. No se niega la bondad, pero son tales las divergencias con los medios propuestos para la dotación, que no es difícil advertir la resistencia”.⁸ Otro estudioso de los orígenes de la Facultad de Derecho, Raúl A. Orgaz, sostiene la misma opinión cuando afirma que “los reparos menudearon: ora se habló de la imposibilidad de aumentar los derechos universitarios, pues los tiempos eran malos, estando ‘caídos los comercios’; ora se arguyó que el aumento no daría el resultado que se esperaba; ya se adujo la carencia de aula disponible, ya la dificultad de encontrar examinadores competentes para recibir las pruebas finales... En definitiva, sin desconocer en principio la conveniencia y utilidad de la iniciativa (...) el Claustro la juzgó de difícil realización”.

⁹ Por su parte Aldo Cocca, autor del más completo estudio historiográfico sobre el origen de la Facultad de Derecho, concluye afirmando: “Si excluimos la opinión del doctor Juan Justo Rodríguez por ser hermano de quien resultaría primer catedrático de Instituta, lo que ponía una nota de personalismo en su eficaz defensa del proyecto, la negativa del Claustro puede considerarse casi general”¹⁰. J. M. Garro en su obra ya clásica pero aún no superada –*Bosquejo histórico de la Universidad de Córdoba*– señala con respecto a los dictámenes de los miembros del claustro del 28 de noviembre, lo siguiente: “La lectura de estos diversos pareceres hace comprender que los primeros [los catedráticos] no deseaban el establecimiento de nueva cátedra, pues si bien manifestaban reconocer su utilidad, oponían a su realización un cúmulo de dificultades”¹¹. Por su parte los miembros del clero secular –el otro sector según la división que hace Garro– “no suscitaron tantas dificultades como los catedráticos, pero tampoco acogieron con entusiasmo el benéfico pensamiento que se trataba de realizar”¹². En síntesis, la mayoría de la co-

⁷ COCCA, op. cit., Apéndice Documental, p. 262 y ss.

⁸ NUÑEZ, JORGE A., “Enseñanza del Derecho en el país. La primera cátedra de Instituta”, folleto impreso por la U. N. C., 1941, p. 5.

⁹ ORGAZ, RAÚL A., *Para la historia de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*, Editorial Assandri, Córdoba, 1950, p. 7.

¹⁰ COCCA, op. cit., p. 129.

¹¹ GARRO, JUAN M., *Bosquejo histórico de la Universidad de Córdoba*, Buenos Aires, 1882, p. 171.

¹² *Ibidem*, p. 174.

munidad académica no estaba de acuerdo con la instalación de los estudios de Leyes en la Universidad de Córdoba. El Claustro ampliado en esa oportunidad con profesores y graduados estuvo compuesto por veinticinco miembros, en el cual no se hallaba el rector fray Pedro Gutiérrez. Al momento de expresar el voto, diecisiete se opusieron a las medidas económicas propuestas por el virrey para el financiamiento de la cátedra, argumentando por el contrario, que los fondos debían proceder de la Junta de Temporalidades y de esta forma saldar una deuda de 20.000 pesos que ese organismo tenía con la universidad. Pero esto era prácticamente imposible, pues tanto la real orden de mayo de 1790, como la propuesta del virrey, **excluían expresamente** ese medio de financiamiento para la creación de la cátedra de Instituta. Los recursos económicos debían salir de las propias rentas universitarias provenientes de los aranceles que por diversas funciones académicas se cobraba a los alumnos. Solo ocho claustrales estuvieron de acuerdo con los medios previstos por las autoridades coloniales para la dotación de la cátedra¹³.

Si bien las objeciones predominantes para oponerse fueron de índole económica, también hubo “argumentos sentimentales”, al decir de Raúl Orgaz, cuando algunos catedráticos se refirieron a “las piadosas intenciones del Rey”, en defensa de los estudiantes pobres, “a quienes habría de perjudicar el proyectado aumento de los derechos de matrícula”,¹⁴ razonamiento especioso que en otras ocasiones no lo tuvieron en cuenta.

En el bando de quienes apoyaron la propuesta de crear la cátedra tal como lo propuso el virrey Arredondo, se destacaron el doctor Juan Justo Rodríguez –hermano de Victorino el primer profesor designado para dictarla– y el doctor en Teología, Dámaso Jijena, futuro pasante de Instituta¹⁵. En la defensa del proyecto realizada por el primero de los citados, cabe destacar algunos conceptos destinados a refutar los argumentos de la mayoría. Así, con respecto a que la creación de una sola cátedra impedía otorgar grados académicos, pues el mínimo eran dos, Rodríguez sostiene que “lo que se busca es obtener el grado de Bachiller, único que se necesita para realizar práctica en la Real Audiencia de la Plata”,¹⁶ además que la obtención en Córdoba del grado menor mencionado, también era suficiente para ejercitar el derecho en la Au-

¹³ Cfr. COCCA, op. cit., pp. 127-128 y NUÑEZ, op. cit., p. 8.

¹⁴ ORGAZ, op. cit., p. 7. Para una información detallada de las opiniones de cada uno de los claustrales en la sesión del 28 de noviembre, consultar *Anales...*, p. 807 y ss. y COCCA, op. cit. P. 114 a 129.

¹⁵ COCCA, op. cit., p. 123 y 127; LUQUE COLOMBRES, op. cit., p. 377.

¹⁶ NUÑEZ, op. cit., p. 8.

diciencia de Buenos Aires, recientemente creada, y de esta forma disminuir considerablemente los costos del viaje al Alto Perú.

En lo que hace al argumento sobre lo gravoso que significaría para los alumnos el aumento de los aranceles, Rodríguez responde que no es así, “si se atiende a la excesiva rebaja que se les ha hecho con la cuota establecida”¹⁷ tiempo atrás. Además rebate el razonamiento de que el incremento impediría la graduación en Córdoba porque los alumnos irían a obtener el grado a Chuquisaca, afirmando de que allá el título cuesta más del doble que la cuota en Córdoba, por lo tanto concluye que “no les habrá conducido a aquella el ahorro, sino otros fines particulares”¹⁸.

Algunos profesores de Teología criticaron el arbitrio virreinal de economizar becas de gracia con destino a obtener más recursos para la nueva cátedra. A esto Rodríguez les responde que “no puede dudarse que el beneficio que resulta al público de la fundación de esta cátedra de Instituta, es incomparablemente mayor que el que estudien dos o tres jóvenes más que disfrutan del sobrante de dichas becas”,¹⁹ demoliendo otro de los planteos de aquellos que, sin ninguna visión de futuro, se oponían aduciendo razones paternalistas.

Por último los catedráticos de Moral y Vísperas argumentaron que no habría quien examinase a los alumnos de la nueva cátedra; por fin un razonamiento no economicista. En este caso Rodríguez también lo rebate afirmando que en la universidad “se halla un Maestro de Cánones, que se debe suponer instruido en ella, es decir en la Instituta, respecto a la notoria conexión de una facultad con otra”²⁰. Sobre este punto Aldo Cocca dice que era acertadísimo el criterio utilizado por Rodríguez teniendo en cuenta la instrucción del profesor de Cánones en la jurisprudencia civil, por la notoria ligazón entre uno y otro derecho,²¹ lo cual capacitaba a ese profesor para examinar, en esta primera etapa, a los alumnos juristas. La otra razón expuesta por Rodríguez es que no había obstáculo alguno para que los catedráticos de Teología asistiesen a los exámenes, teniendo en cuenta que “asimismo concurren a los exámenes de la cátedra de Cánones y los preceptores de Filosofía cuando hay necesidad concurren a votar en los exámenes ya de Cánones, ya de Moral, y también de Escritura Sagrada y Teología dogmática y eclesiástica”²². Es decir, con un planteo lógico e inteligente Rodríguez concluyó refutando uno de los postreros argumentos opuestos a la creación de la cátedra.

¹⁷ *Ibidem*, p. 8.

¹⁸ *Ibidem*, p. 8; COCCA, *op. cit.*, p. 125.

¹⁹ LUQUE COLOMBRES, *op. cit.*, p. 375; COCCA, *op. cit.*, p. 126; NUÑEZ, *op. cit.*, p. 8.

²⁰ LUQUE COLOMBRES, *op. cit.*, p. 375; COCCA, *op. cit.*, p. 124.

²¹ COCCA, *op. cit.*, p. 125.

²² COCCA, *op. cit.*, p. 125-126; LUQUE COLOMBRES *op. cit.* p. 375.

Para concluir con lo referente al claustro del 28 de noviembre de 1790, diremos que más allá de los argumentos de índole económica –los más numerosos, por otra parte– la gran mayoría de los claustales se oponían a la incorporación de los nuevos estudios, porque una vez más estaba en juego la sempiterna lucha por el poder, en este caso la universidad, entre la institución eclesiástica y el patronato real que sobre ella ejercía la monarquía borbónica, o sea el Estado. Sobre este punto Raúl Orgaz con meridiana claridad, afirma lo siguiente: “El derecho civil, esto es, el derecho romano, fue mirado con desconfianza por la Iglesia, sabedora de las lecciones de cesarismo que el ‘Corpus Iuris civilis’ puede suministrar. El Papa Honorio III, en su decretal ‘Super specula’ había prohibido el estudio del Derecho Civil en la Universidad de Alcalá; y ya oiremos al Deán Funes, cuando elabore su ‘Plan’ para la de Córdoba, deplorar –no sabemos si como eclesiástico o como patriota– que las compilaciones de Justiniano ‘favorezcan tanto a los tronos”²³. Por su parte Abel Chaneton en su biografía sobre Vélez Sársfield refuerza este concepto cuando señala que la creación de los estudios jurídicos en Córdoba fue un hecho auspicioso para algunos –Sobremonte incluido– y “nefasto” para otros que, “como el Deán Funes y parte del claustro –la mayoría, agregamos nosotros– miraban alarmados la novedad de este estudio”. A continuación Chaneton cita a pie de página, un concepto extraído del informe del Obispo Moscoso, que fue redactado por Funes, en el que “el futuro liberal se quejaba de esa innovación (...) que arrastró una gran parte de la juventud a sus aulas, con detrimento de las de Teología”²⁴. Aquí creemos que está, en definitiva, la causa principal de tan cerrada oposición del claustro a la creación de la nueva cátedra. Pero a pesar del informe mayoritariamente negativo de la universidad, Sobremonte, con el apoyo de los cabildos eclesiástico y secular, como así también del Síndico procurador de la ciudad don Pedro Lucas de Allende, continuó impulsando el proyecto hasta lograr que, en fecha 26 de febrero de 1791, el virrey Arredondo dicte un auto de creación de la cátedra de Instituta. El largo proceso abierto en mayo del año anterior por una real cédula, logró finalmente plasmarse en el acto administrativo y jurídico que dio origen formal a los estudios de Leyes en la Universidad de Córdoba²⁵.

El documento en cuestión faculta al Gobernador Intendente de esta provincia, en calidad de “Comisionado de este Superior Gobierno” a establecer en la universidad la cátedra de Instituta con un sueldo de

²³ ORGAZ, “Para la historia de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales”, en *Anales de la Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*, Año II, Córdoba, 1944, p. 202.

²⁴ CHANETON, ABEL, *Historia de Vélez Sársfield*, Eudeba, Buenos Aires, 1969, p. 345.

²⁵ Archivo U.N.C., Documentos varios, Libro N° 3, fs. 319 y ss.

500 pesos anuales para el catedrático, y “asignando alguna gratificación al Pasante que deberá nombrar”²⁶. Siguen a continuación cinco ítems referidos al financiamiento de la cátedra, en donde se destaca el incremento de 15 pesos a cada grado de Maestro y 40 a los de doctor, otorgados por la universidad, además de una propina entera de estos últimos grados con ese destino. Además se suprimen las propinas –gratificación otorgada por los alumnos a los profesores en calidad de sobresueldo– para los catedráticos en las funciones académicas de los Actillos, Parténicas e Ignacianas; se colocaban a intereses los caudales sobrantes de la caja universitaria sobre hipotecas seguras y se implementó una retención con destino a los mismos fines, del “importe de las vacantes que hay cada dos años de una cátedra de Filosofía y otra de Gramática”²⁷.

Ahora bien, con respecto a la instrumentación académica del nuevo curso, el gobernador debía proponer al virrey para su aprobación, una persona “de correspondiente idoneidad y demás calidades necesarias para regentear dicha cátedra” en esta oportunidad, y para lo sucesivo “habrá de conferirse dicha cátedra en caso de vacante por oposición que se celebrará ante el Claustro de la universidad”²⁸. De ese “concurso” saldría una terna por orden de mérito que el gobernador elevaría al virrey con un informe, para que éste decida finalmente quien ocuparía la cátedra.

El profesor designado de esta forma, estaba “obligado a explicar el texto de las Instituciones de Justiniano con el comentario de Arnaldo Vinnio, advirtiendo de paso las concordancias y discordancias que tenga con nuestro Derecho Real, para que desde luego vayan los estudiantes instruyéndose con éste, que es el único que en materia temporales nos rige y gobierna”²⁹. Debemos señalar que por disposiciones del gobierno español el catedrático de Leyes debía ser un secular, lo cual era un motivo más para la oposición del claustro formado por religiosos, ya que de este modo se introducía la secularización en los estudios universitarios. Sin duda un hito histórico en la antigua institución educativa fundada por los jesuitas.

El auto de creación de la cátedra fue remitido por Sobremonte al rector de la universidad el 10 de junio de 1791. El tono de la nota es enérgico, expresándole que apenas reciba la comunicación disponga lo necesario para que “tenga puntual cumplimiento en todas sus partes (...) llevándose la correspondiente cuenta de las cantidades que entra-

²⁶ Ibidem.

²⁷ Ibidem; COCCA, op. cit. p. 134-135.

²⁸ Archivo U.N.C., op. cit. f. 322.

²⁹ Ibidem, fs. 321 y 322.

sen en la caja de Universidad (...) para el conocimiento que corresponde, y es conveniente a mi gobierno y providencias consecuentes que indica esta superior disposición”³⁰. La comunicación incluye otras solicitudes relativas al funcionamiento y estado económico de la universidad, para el conocimiento del gobernador que, en su calidad de Comisionado, debía implementar la creación de la cátedra.

Después de una sesión preliminar realizada el 16 de junio, se llega al día 19 de ese mes en donde el Claustro en sesión extraordinaria con la asistencia de 29 graduados, se abocó a la consideración del documento virreinal³¹. En esta ocasión cada profesor y graduado dio nueva-mente su punto de vista, sin llegarse a ninguna decisión consensuada sobre los requerimientos de Sobremonte. Esta situación donde los tiempos corrían y la universidad se tomaba el suyo que no era el mismo de la autoridad colonial, devino en otra nota del gobernador que estaba firmemente resuelto a erigir la cátedra de Instituta. En ese oficio del 28 de junio lo conminaba al rector a acordar “con este gobierno las horas y Aula en que haya de leerse la Instituta como previene S. S. (...) para empezar el método de los Arbitrios con que ha resuelto la creación de dicha Cátedra el Exmo. Señor Virrey, a quien daré cuenta con testimonio de lo practicado como corresponde”³². La sutil amenaza de informar al virrey, quien ejercía el vicepatronato sobre la universidad, acerca de los avances o retrasos del proyecto, debieron ejercer influencia en la actitud del rector y los profesores, ya que a posteriori de esa nota surgieron las fechas de reunión del 9 y 22 de agosto, decisivas para la puesta en marcha de la cátedra. En ellas se acordaron los aspectos prácticos para el dictado de la misma, corriéndose de allí en adelante por andariveles de cooperación y buena sintonía entre los representantes del Estado y la universidad³³.

En la primera de aquellas reuniones estuvieron presente únicamente el gobernador Sobremonte y el rector Guitián, además del Secretario universitario José Manuel Martínez, quien fue el redactor del acta acuerdo. Allí se estipuló que la cátedra de Instituta se dictara en el Aula que utilizaban los gramáticos minoristas, pasando estos a la capilla de la congregación³⁴. Los matriculados para “oír” las clases de Instituta debían, obligatoriamente, si querían aprobar y “ganar curso en la

³⁰ COCCA, op. cit., Apéndice Documental, p. 285.

³¹ COCCA, op. cit., p. 136-137.

³² COCCA, op. cit., Apéndice Documental, p. 285.

³³ LUQUE COLOMBRES, op. cit., p. 377; COCCA, op. cit., p. 147 y 154.

³⁴ ASPELL, MARCELA y RAMÓN YANZI FERREIRA (en adelante ASPELL y YANZI FERREIRA), *Breve Historia de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba 1791-1991*, Córdoba 1993, publicado en Apéndice Documental, p. 86 y ss.; COCCA, op. cit., p. 148 y ss.

Facultad de Leyes”, asistir diariamente a las lecciones de esa materia, “a su paso y conferencia y a las lecciones de los catedráticos de Moral y Cánones según estos se fuesen turnando”³⁵. Las clases de estas dos últimas materias se dictarían por la mañana, “y por la tarde distribuirían el tiempo de esta manera: media hora de paso [o repaso] en el patio de la universidad, desde las dos y media hasta las tres; tres cuartos de hora de lección y explicación del catedrático, y luego quince minutos de descanso, una hora de conferencia, es decir exposiciones a cargo de los alumnos”³⁶.

Con respecto a los exámenes de los estudiantes de Leyes, se acordó que “los enunciados juristas han de sufrir al fin del año el mismo examen que para todos los teólogos y artistas [filósofos] tiene establecido esta universidad; y que para obtener grados en Leyes deberán pasar por los mismos ejercicios que la universidad prescribe respectivamente para los grados en Teología”. Los docentes examinadores serían “el R. P. Rector con dos votos, y los catedráticos de Moral, Cánones e Instituta”, no obstante se aclaraba en el acuerdo, que los estudios teológicos eran incompatibles con los de índole jurídica, es decir, con quienes cursaban la cátedra de Instituta³⁷.

También se dispuso que la matrícula para esta cátedra se abriera el día doce de agosto, dándose a conocer lo acordado entre la autoridad universitaria y la gubernamental, a “todos los estudiantes en el Aula Mayor de Teología, fijándose también carteles a las puertas de ambos colegios [el Monserrat y el de Loreto] y cuatro esquinas de la plaza, para que llegue a noticia de todos este importante establecimiento”³⁸.

En la reunión del 22 de agosto de 1791 llevada a cabo entre el gobernador Sobremonte, y el rector fray Pedro Guitián y los dos doctores más antiguos de la universidad, se reglamentaron algunos aspectos “con la minuciosidad característica del régimen de las viejas universidades”, al decir de Raúl Orgaz. Entre ellos los siguientes: una asignación de 200 pesos al pasante de Instituta; los alumnos debían asistir a clase “de talar los que quisiesen y los que no, de corto, pero con vestido y capa negra y con sombrero redondo y sin polvos”, esto es, sin esos afeites de moda en la época que se usaban en el cabello o peluca.

El catedrático de Instituta podía concurrir a todas las funciones académica “con su traje ordinario”, asimilado a los de Teología ocupando el sitio que le corresponda por su antigüedad. Los alumnos que ya hubiesen cursado las cátedras de Moral y Cánones y decidieran seguir

³⁵ ASPELL y YANZI FERREIRA, *op. cit.*, p. 87.

³⁶ LUQUE COLOMBRES, *op. cit.*, p. 377.

³⁷ *Ibidem*, p. 3789; ASPELL y YANZI FERREIRA, *op. cit.*, p. 87.

³⁸ ASPELL y YANZI FERREIRA, *Apéndice Documental*, p. 88.

los estudios de Leyes, “en dos de los cuatro años que deberá durar el curso de esta Facultad, no se les obligará sino a sola la asistencia a la cátedra de Instituta”. También se incluyó un tema relacionado con el método de enseñanza. En este sentido el rector señaló que los alumnos perdían demasiado tiempo copiando las lecciones del profesor, en consecuencia propuso –y fue aprobado por el resto de los presentes– la adquisición de textos impresos para las cátedras, resolviendo adquirir en España tres cursos diferentes de Filosofía, sin especificar en el acta los respectivos autores. Esto significó en su momento que se pasaba de un método lento y estrictamente memorístico, a otro más moderno que incluía la lectura y análisis de textos³⁹. Hasta tanto llegasen los libros de Europa, lo cual no estaba previsto para el año académico de 1792, el profesor continuaría con el viejo método del dictado hasta disponer en la cátedra de aquellos instrumentos de enseñanza.

Así quedaron estipulados los principales puntos del acuerdo del 22 de agosto de 1791. Ese mismo día por la tarde, se realizó oficialmente la apertura de “la cátedra de Instituta y entró a regentearla el señor doctor don Victorino Rodríguez”, según un documento rubricado por el rector Pedro Guitián⁴⁰. Once fueron los primeros alumnos inscriptos para “oír” la nueva asignatura. De ellos nueve se presentaron a rendir examen tres meses después, obteniendo las cinco aprobaciones de rigor para lograr el curso. La lista completa de los primeros alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Córdoba, fue la siguiente:

Pedro Arias – *Maestro en Artes*
José Manuel Casas
Manuel Antonio Castillo
Juan Tomás Gómez – *Maestro de Artes*
José Manuel Igarzábal – *Maestro de Artes*
Tomás Landa
Prudencia Lascano
José Gabriel Ocampo – *Maestro en Teología*
Manuel Bernabé Orihuela
Francisco Enrique Peña – *Maestro en Artes*
José Gerónimo Salguero – *Maestro en Artes*⁴¹

El cuerpo docente estuvo integrado por el profesor titular doctor Victorino Rodríguez, como ya mencionamos, y en el cargo de pasan-

³⁹ Ibidem, p. 89; COCCA, op. cit., p. 155-156; ORGAZ, op. cit., 1950, p. 10; LIQUE COLOMBRES, op. cit., p. 377-378.

⁴⁰ ORGAZ, op. cit., p. 9; NUÑEZ, op. cit., p. 15.

⁴¹ Archivo U. N. C., Libro de Matriculas, Tomo I, 1791, f.

te fue designado el doctor en Teología José Dámaso Jijena, ambos nombramientos realizados por el gobernador Sobremonte⁴².

Así fue el comienzo, modesto pero sólido de nuestra Facultad de Derecho. Sobre ese momento histórico, Aldo Cocca escribe: “La población universitaria de Córdoba celebró el acontecimiento. Tenía gran significación. Al lado de la ley sagrada y canónica se estudiaría la ley civil. De este modo, los jóvenes verían abierto el camino a la magistratura, de funciones tan expectables cuanto ambicionadas por los criollos. La sabia enseñanza de los juristas romanos sería difundida a través de un cuerpo de doctrina magistral. A esos principios prácticos como todo lo legado por Roma, y profundos por el sentido de una cultura razonada, nunca impuesta, había que compararlos con otra legislación no menos sabia y monumental, la de España e Indias”⁴³.

Del auto de creación de la cátedra de Instituta, se impone resaltar dos aspectos que hacen a las directrices metodológicas para la enseñanza: la comparación paralela del Derecho Romano con el español, y la bibliografía obligatoria que debía utilizarse en el dictado de las clases. Sobre el primer punto, el de enseñar la Instituta de Justiniano pero al mismo tiempo estudiar las concordancias o no con el Derecho Real, no es un hecho sin importancia, como bien lo afirma Cocca. Sino que por el contrario significa un acto del poder real, de la monarquía sobre el poder espiritual de la Iglesia. Esto lo sintetiza perfectamente el siguiente concepto de Raúl Orgaz: “La cátedra de Instituta, creada en 1791, no sólo lo fue por real autoridad, a diferencia de las demás sino que su materia era el derecho de los romanos, rival del derecho de los concilios y pontífices. Esta doble circunstancia define, de entrada, la fisonomía del nuevo curso, germen inmediato de la Facultad de Derecho implantada por cédula real de 20 de setiembre de 1795”⁴⁴.

Con respecto a la bibliografía, segundo tema a señalar, el libro de Arnaldo Vinnius (*Comentarius academicus et forenses in quator libros Institutionum Imperialium*) fue elegido como texto docente de la nueva cátedra, lo cual significó que con él “entraba en la Universidad real el método histórico-jurídico del Derecho natural racionalista”, escribe Roberto Peña⁴⁵. Este autor le define a Vinnius de “romanista afamado...

⁴² Sobre datos biográficos de Victorino Rodríguez y Dámaso Jijena, ver LUQUE COLOMBRES, op. cit.; ORGAZ, “Para la historia de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Primeros Maestros y Primeros Graduados”, en *Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Año V, marzo-junio 1941, N° 1-2, Córdoba, p. 3 y ss.

⁴³ COCCA, op. cit., p. 160.

⁴⁴ ORGAZ, RAÚL “Sesquicentenario de la Primera Cátedra de Instituta 1791-1941”, citado en COCCA, op. cit., p. 165.

⁴⁵ PEÑA, ROBERTO I. “*La Facultad de Jurisprudencia de Córdoba (1791-1807)*”, Dirección General de Publicaciones, U. N. C., Córdoba, 1985, p. 12.

estudiado en las más famosas universidades de Europa [que] representa una etapa en el proceso de transformación del Derecho, y es por la lectura de sus obras que los escolares de entonces se iniciaban en el Derecho Romano y en el Derecho Natural moderno⁴⁶. Si bien su fama estaba “un poco debilitada a fines del siglo XVIII, había sido tan esplendorosa, que la elección de Arredondo no pudo parecer a nadie desacertada”, señala Raúl Orgaz⁴⁷. Este mismo autor añade que al realizar el profesor estudios correlativos entre la ley romana y la española, como lo preveía el auto virreinal, se necesitaba un texto que incluyese los comentarios de Vinnio y referencias al derecho real. Como sobre el tema el decreto del virrey no disponía ningún título, se acudió al más utilizado por los estudiantes españoles, el del pavorde alicantino Juan Sala “Vinnius castigatus...”, que llevaba a la fecha dos ediciones agotadas. En definitiva, y siempre citando a Orgaz, “este fue el texto que parece se adoptó en Córdoba para iniciar el curso de Instituta, y Vinnio señoreó, sea en el texto latino del pavorde, sea en traducciones españolas, la inteligencia de los alumnos cordobeses hasta 1868”, año en que a propuesta del profesor Rafael García, se adoptó como nuevo texto obligatorio los *Elementos de Derecho Romano* de Mackeldey⁴⁸.

No queremos cerrar este capítulo sin incluir una bella frase citada por Jorge Nuñez, que en buena medida sintetiza el proceso seguido hasta su feliz resultado: “Nació la cátedra como nacen todas las cosas que han de perdurar, a manera de lucha o de contienda, según la famosa expresión que recuerda el bachiller Fernando de Rojas”:⁴⁹



⁴⁶ *Ibidem*, p. 13.

⁴⁷ ORGAZ, “Para la historia...”, p. 42.

⁴⁸ *Ibidem*; COCCA sostiene esta misma conclusión, en op. cit., pp. 222, 223, 224.

⁴⁹ NUÑEZ, op. cit., p. 13.

CASTAS, HONESTAS, VILES Y MALAS La mujer en el imaginario jurídico de la América colonial

Por Jaqueline Vassallo(*)

Resumen: En el presente trabajo nos proponemos dar cuenta de las clasificaciones que de las mujeres hicieron los juristas castellanos, con el objetivo de regular un código de comportamiento y roles asignados, y que fueron plasmados en la legislación vigente en América durante el período colonial.

Palabras Claves: Mujeres, custodia – Derecho, representaciones – Prohibiciones.

A manera de presentación

Los españoles impusieron en América el orden social vigente en la península: tradicional, patriarcal y estamental. En consecuencia, las mujeres, fueron consideradas inferiores e incapaces y fueron sometidas a tutela masculina¹. La idea de que encarnaban indignidad, debilidad física e intelectual, fue construida de manera casuista y sistemática por teólogos y moralistas, que se apoyaban en los textos bíblicos². Estos discursos fueron retomados y recreados por los juristas y terminaron complementándose, justificándose y sosteniéndose unos con otros.

¹ (*) Doctora en Derecho y Ciencias Sociales. Investigadora del CONICET. Profesora Titular por concurso de la Facultad de Filosofía y Humanidades (UNC) y Profesora de Historia del Derecho Argentino en la Facultad de Derecho y Cs. Sociales (UNC). Investigadora del Centro de Investigaciones de la Facultad de Filosofía y Humanidades-Área de Historia (UNC) e integrante del Programa “Estructuras y Estrategias Familiares de Ayer y de Hoy”. CEA. (UNC).

PRESTA ANA MARÍA. “La sociedad colonial: raza, etnicidad, clase y género. Siglos XVI y XVII”. *Nueva Historia Argentina*. Tomo II. Sudamericana. Buenos Aires. 2000

² LE GOFF, JACQUES-TRULONG, NICOLÁS. *Una historia del cuerpo en la Edad Media*. Paidós. Buenos Aires. 2005.

La mujer americana mereció la misma incapacidad jurídica que en razón de su género, les había sido asignada a las peninsulares a través del Fuero Real, las Partidas, las Leyes de Toro, la Nueva Recopilación y la legislación dictada por los sucesivos reyes españoles hasta Carlos IV inclusive. De esta manera, transplantado el derecho castellano (y aún cuando rigiera de manera supletoria), no sólo cobraron vigencia las reglas y costumbres tendientes a “controlar” y “ordenar” sus conductas tanto en el derecho público como en el privado, según el género, el estamento o el estado; sino que también marcaron el sentido y contenido del derecho indiano que se dictó a tal efecto. Así lo observamos cuando se delinearon los alcances de los privilegios de las españolas y criollas, la condición jurídica de las indígenas, las restricciones de las mujeres de “castas” libres y la incapacidad absoluta de derecho a la que fueron sometidas las esclavas; como asimismo, la variabilidad de la capacidad según fueran los respectivos estados que asumieran³.

La consecuencia inmediata de la definición de la “naturaleza femenina” fue la imposición del control de sus cuerpos (a los que consideraban proclives a transgredir las normas relativas a la sexualidad impuesta), la imposibilidad de actuar en el ámbito público, la reclusión en el hogar o en los monasterios y la inhabilidad para obligarse jurídicamente. Padres, esposos, hermanos, y sacerdotes tenían la obligación de tutelarlas , guiarlas y hasta castigarlas⁴.

Entre las opciones asignadas bajo este esquema, las mujeres debían desarrollar sus vidas en el marco de una familia o en el convento. Familia que sólo podía constituirse a través de un matrimonio religioso (siguiendo las reglas del derecho canónico y que se disolvía con la muerte de uno de los cónyuges). La sexualidad debía tener lugar dentro del matrimonio y con el exclusivo objetivo de la procreación. El comportamiento contrario suponía poner en jaque la finalidad “natural” asignada a la mujer: ser esposa y madre, el honor familiar(sustentado en el comportamiento “casto” o “virginal” de esposas e hijas), y la integridad del patrimonio; en definitiva, el “orden social”.

³ VASSALLO, JAQUELINE. *Mujeres delincuentes. Una mirada de género en la Córdoba del siglo XVIII*. Centro de Estudios Avanzados. Universidad Nacional de Córdoba. 2006.

⁴ VASSALLO, JAQUELINE. “El sexo como circunstancia modificatoria de la responsabilidad penal en la “setena” Partida de Alfonso X “El Sabio”. *Anuario* N° V.1999-2000 Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad Nacional de Córdoba. pp489-498; MENDELSON, JOHANA. “La prensa femenina: la opinión de las mujeres en los periódicos de la colonia en la América Española: 1790-1810”. *Las Mujeres Latinoamericanas. Perspectivas Históricas*. Asunción Lavrin compiladora. Fondo de Cultura Económica. México 1985. p 229.

II. Doncellas, casadas y viudas. ¿castas o peligrosas?

Según Carla Casagrande, fueron los hombres de la iglesia los primeros en individualizarlas y clasificarlas, con el objetivo de señalarles una forma ideal de comportamiento, y designar la figura masculina que debía tutelarlas, a través de sermones, admoniciones, consejos y libros “de edificación”⁵.

Entre las clasificaciones más usuales a las que fueron sometidas, encontramos: vírgenes, casadas y viudas; jóvenes y viejas; laicas y religiosas. Como podrá observarse, aparte de la edad, también atendieron a criterios económicos, religiosos o sociales.

Agustín de Hipona y Ambrosio de Milán se ocuparon en el siglo IV, de exhortar a las mujeres a practicar la castidad y conservar la virginidad: señalaban a María, la madre de Jesús como el modelo a seguir, porque constituía un ejemplo de “virtud, castidad y virginidad”, en coincidencia con la proclamación de su perpetua “virginidad” efectuada por el II Concilio de Constantinopla⁶.

Pero mientras el primero pensaba que era más feliz “*la mujer casada que la virgen con ansias de casarse*”, puesto que la virginidad sólo adquiriría pleno significado cuando se consagraba a Dios, habiendo “*amado de tal suerte al más hermoso de los hijos de los hombres que, al no poderlo concebir en su carne, como María, lo ha concebido en su corazón, consagrándole la integridad de su cuerpo*”; el segundo consideraba que sólo la virginidad las hacía libres, mientras intentaba disuadir al auditorio que no contrajeran matrimonio: “*Considerad hijas mías, cuántas os faltan, siendo huérfanas, si queréis contraer matrimonio. Os falta rica dote, y aunque la tuvierais copiosa, compraríais, no obstante, ha subido precio vuestra esclavitud. Pues, ¿quién no despreciará a las que carecen de padre? ¿En quién os ampararéis? ¿Adónde iréis a buscar apoyo contra los ultrajes de los maridos?..En primer lugar, el mismo matrimonio es de por sí u yugo por el que la mujer se sujeta al marido y se ve amarrada a su servicio. Es cierto que el vínculo del amor es bueno; pero no deja de ser una atadura, de la que no puede soltarse la casada cuando quiere, ni la deja tampoco en libertad de hacer lo que quiere*”.

Siglos más tarde, Tomás de Aquino retomó estas reflexiones y otorgó su aprobación definitiva sobre las “vírgenes”, a quienes definió

⁵ CASAGRANDE, CARLA. “La mujer custodiada”. *Historia de las Mujeres*. Tomo III. Madrid, Taurus. 1992. pp93-131.

⁶ SARRION MORA, ADELINA. *Sexualidad y confesión. La solicitud ante el Tribunal del Santo Oficio) siglos XVI-XIX*. Alianza. Madrid. 1994. p50.

⁷ SANCHEZ ORTEGA, MARÍA HELENA. *Pecadoras de verano, arrepentidas de invierno*. Alianza, Madrid. 1992. pp. 75-78.

como “*el grupo más escogido de la grey del Señor; y su gloria es más sublime por comparación con la viudez y el matrimonio*”. También condenó la “lujuria”, por entender que se trataba de un “vicio” opuesto a la virginidad, y negó toda posibilidad de tener relaciones sexuales fuera del matrimonio⁸.

Tiempo después, Juan Luis Vives le recomendaba a las doncellas: “*Las que toleran con dificultad las borrascas de las tentaciones, diríjase al puerto de matrimonio. Mejor es casarse que quemarse*”⁹. Y planteó claramente la subordinación a los maridos: “*el marido es dueño de sí es señor de la mujer, no la mujer del marido, y no debe pretender de su marido sino aquello que ella vea que le otorgará buenamente y con agrado*”¹⁰.

Entretanto, fray Hernando de Talavera – el confesor de Isabel I de Castilla –, escribió acerca de la distribución “provechosa” del tiempo de la mujer casada del siglo XV, dando preferencia al trabajo y a la oración. En este sentido, aconsejaba que ocuparan en esta última “*la décima parte de la vigilia femenina diaria*”, y si bien les reconoció un tiempo para “*esparcimientos virtuosos*” sólo podían dedicarlo a la lectura y la música¹¹.

Pero también existieron numerosas obras destinadas a la “monja perfecta”, como las de Alonso de Andrade, Juan de Soto y Bernardino Villegas, tres claros ejemplos de quienes insistían en este perfil. Asimismo, el franciscano Juan de la Cerda, en su “*Comentaria in Virgiliy*” daba cuidadosas instrucciones sobre el comportamiento que debía guardar la monja, desde el encierro del claustro: clausura, castidad, recogimiento, trabajo y lecturas devotas¹².

Los juristas castellanos, influidos por la literatura religiosa no escaparon a este criterio y las ordenaron de acuerdo a las diferentes maneras del empleo de su sexualidad, esto es, en base al criterio de la castidad: vírgenes (entiéndase doncellas o religiosas), viudas y casadas¹³.

⁸ Idem.

⁹ Es importante recordar que este autor, como muchos de sus contemporáneos, estaba convencido de la superioridad del estado “virginal”. VIVES, JUAN LUIS. “Introducción a la mujer cristiana”. En *Obras Completas*. Madrid. 1947.

¹⁰ Idem.

¹¹ DE TALAVERA, FRAY HERNANDO. “De cómo se ha ordenar el tiempo para que sea bien expedito. Avisación a la Muy Noble Señora Doña María Pacheco, Condesa de Benabente”. *Escritores Místicos Españoles*. Nueva Biblioteca de Autores Españoles. Casa Editora Bailly Balliere. Madrid. 1911. Citado por ASPELL, MARCELA. *¿Qué mandas hacer de mí? Mujeres del siglo XVIII EN Córdoba del Tucumán*. Figueroa, Córdoba. 1996.

¹² PERRY, MARY ELIZABETH. *Ni espada rota ni mujer que trota: mujeres y desorden social en la Sevilla del siglo de Oro*. Barcelona, Crítica, 1993. p. 87.

¹³ CASSAGRANDE. Op. cit. p. 102.

La **doncella** debía ser virgen y estaba sometida al paterfamilia o a un tutor. Se trataba de una adolescente que había cumplido diez años y que, según Vigil “ se preparaba para el destino que le eligieran los padres”, es decir, el matrimonio. Juan de la Cerda afirmaba que este estado debía durar hasta los veinte años, aunque recordemos que las mujeres ya a partir de los 12 años quedaban habilitadas legalmente para casarse¹⁴. Debían obediencia y sumisión al pater familias o al tutor que se le hubiere asignado y tenían que permanecer vírgenes hasta que fuera entregada en matrimonio porque de su comportamiento sexual pendía el honor familiar.

El pater tenía la obligación de constituir la masa de bienes dotales, que podía estar conformada por todo tipo de bienes muebles o inmuebles, dependiendo de la riqueza familiar y la estrategia que escogía cada familia para cada hija. En el particular caso de los blancos españoles y americanos que eran artesanos, pequeños comerciantes o militares de baja graduación, la dote existió, aunque fue de carácter más simbólico que económico (ropa de cama o trastos de cocina, etc.)¹⁵. Pero también en la práctica ocurrió que, muchas veces con una cuantiosa dote, los padres intentaban subsanar, la falta de la “preciada” virginidad.

En vísperas de la boda, el futuro esposo podía entregarles “arras” es decir, una joya, que representaba, en palabras de Gámez Montalvo, el precio que pagaba por la “adquisición” de una mujer virgen; ya que por entonces la virginidad se identificaba con la honestidad y la dignidad: “virtudes” que a su vez fundaban el honor del futuro marido¹⁶.

La “emancipación” del pater la obtenían con el casamiento, y a partir de allí comenzaban a depender del marido, con lo cual no existía verdadera emancipación, sino un nuevo estado de dependencia; cosa que no ocurría con sus hermanos, ya que a partir del casamiento, se convertían en la figura masculina que ejercería el gobierno y control de una familia.

El matrimonio se consideraba el estado “natural” para la mujer de entonces¹⁷. En principio, diremos que todas ellas, independientemente de su rango o posición social, quedaron sometidas a las dispo-

¹⁴ VIGIL, MARILO. *La vida de las mujeres en los siglos XVI y XVIII*. Madrid, Siglo XXI. 1994. p. 18.

¹⁵ PARTIDA IV,11, 8.

¹⁶ GAMEZ MONTALVO, MARÍA FRANCISCA. *Régimen jurídico de la mujer en la familia castellana medieval*. Granada, Comares. 1998. p 142.

¹⁷ CICERCHIA, RICARDO: “Formas y estrategias familiares en la sociedad colonial”. En *Nueva Historia Argentina*. Tomo II, Buenos Aires, Sudamericana, 2000. pp333-353; *Historia de la vida privada en la Argentina*. Buenos Aires, Troquel, 1998; GHIRARDI, MÓNICA. *Matrimonios y familias en Córdoba 1700-1850. Prácticas y Representaciones*. Córdoba, Centro de Estudios Avanzados. Universidad Nacional de Córdoba, 2004.

siciones, formalidades y alcances del derecho canónico, específicamente del Concilio de Trento- devenido desde 1564 en “ley del Reino” por disposición de Felipe II-, como asimismo de las leyes de Partidas y las de Toro; pudiendo sólo contraer matrimonio de tipo monogámico, que se disolvía generalmente con la muerte de uno de los cónyuges.

La **mujer casada** debía convivir y guardar obediencia, sumisión, fidelidad y atención constatale al marido; su cuerpo le pertenecía y sólo podía ejercer su sexualidad para tener hijos. Este estado le impuso severas restricciones en su capacidad jurídica y como cualquier incapaz, quedó bajo tutela. Ya lo decía la Partida III: “*que gobernassen ellos a ellas, e les diessen aquello que les convenia*”¹⁸.

La subordinación impuesta se tradujo en los plenos poderes de representación que le otorgó al marido, otorgada tanto por la legislación castellana como la indiana. En este sentido, no podía demandar en un juicio, defenderse por sí misma y menos aún, representar o defender a terceros. También quedó excluida de la administración de los bienes propios y obviamente, de los gananciales, la aceptación de herencias y el ejercicio de la patria potestad¹⁹.

Asimismo, las Partidas, el Fuero Real y las Leyes de Toro le prohibieron obligarse con terceros sin licencia del marido- lo que le impidió ejercer una profesión- o salir de fiadora (ni siquiera por algún miembro de su familia²⁰). Adoptando una actitud paternalista, el legislador manifestaba que con estas restricciones se buscaba evitar “*esponerla a consecuencia con los hombres y al uso de cosas contrarias al recato y buenas costumbres que debe guardar*”²¹.

Tal vez como ejemplo extremo de esta casuística de prohibiciones podamos encontrarla en una ley de las Partidas, que reguló el control que debía ejercer el marido sobre las prácticas religiosas de la mujer, sobre todo porque podían comprometer el ejercicio de la sexualidad o su patrimonio: “*Casada seyendo la muger, no debe fazer limosnas voluntades de su marido, nin puede prometer romeria, nin ayuno, nin castidad contra el, contra su voluntad: e maguer el marido gelo otorgasse de comineco, si despues le mandasse que non lo fiziesse, bien pude y la muger contra lo que prometio; e esto es, porque el marido es como señor, e cabeza de la muger*”²².

¹⁸ PARTIDA III, 2, 5.

¹⁹ FUERO REAL I, 10,5; ley 30 de Toro y Recopilación X, 20, 10; 1, 11.

²⁰ La prohibición general para contratar la encontramos en la ley 55 de Toro. Es imperioso destacar que jamás podía ser fiadora de su marido, ni obligarse junto a él: Fuero Real III, 18, 5; ley 6l de Toro y Nueva Recopilación X, .10, 3.

²¹ ESCRICHE, JOAQUÍN DE. *Diccionario Razonado de legislación civil, penal, comercial y forense*. Librería de la Calleja e Hijos. Madrid, 1842

²² PARTIDA I, 23, 12. El subrayado es mío.

Sin lugar a dudas, los efectos de carácter patrimonial del matrimonio reflejan los mayores rasgos de subordinación²³.

Ahora bien, una vez casada, podía ocurrir que la mujer quedara **viuda**, y entonces, asumía un nuevo estado. En una sociedad que la definía por su relación con el hombre, la muerte del cónyuge era considerada un “acontecimiento de enormes consecuencias sociales, económicas, jurídicas y psicológicas para la mujer”²⁴. La viuda fue una mujer especialmente temida por la sociedad patriarcal, ya que muerto el marido, ella adquiría plena capacidad jurídica. Se encendía, entonces, una especie de “alerta” entre los miembros varones de la familia, justamente porque a nivel legal, ya no estaba bajo la representación de ningún varón- salvo la tutela omnipresente de la ley y eventualmente de algún confesor- , y podía administrar y disponer libremente tanto de sus bienes como de su sexualidad, lo que podía poner en jaque el honor familiar.

En caso de tener hijos menores de edad, la viuda asumía la tutela de los mismos, con preferencia a cualquier otro familiar, siempre que prometiera a los parientes del menor que no volvería a casarse²⁵. Por su parte, la viuda embarazada, tenía derecho a ser alimentada de los bienes propios del marido, mientras transcurriera la partición de los bienes de la herencia. La situación variaba cuando no había hijos, o no estaba embarazada al momento de quedar viuda, y además no hubiera llevado dote al matrimonio²⁶. En tanto que la viuda pobre tenía derecho a la cuarta parte de los bienes del difunto, según la ley 7, tít.3 de la Partida VI; pero esta mujer podía perderla, si vivía según la ley, de manera “deshonesta”, corriendo igual suerte el porcentaje de sus ganancias.

En el supuesto de que el marido hubiera sido titular de una encomienda, y si éste no tenía hijos legítimos vivos, la mujer podía resultar acreedora de su titularidad, siempre que nombrara a un escudero para que cumpliera con los deberes militares²⁷.

Finalmente, y dentro del ideal modélico asignado, el otro camino que podían tomar las jóvenes era el del convento. En el marco de la sociedad colonial y de sus valores culturales, la vida conventual para la mujer que no se había casado, era considerado un destino apropiado y hasta prestigioso para su familia. Muchas veces fue la medida adopta-

²³ GAMEZ MONTALVO. Op cit. p 62.

²⁴ MATTHEWS GIECO, SARA “El cuerpo, apariencia y sexualidad”. *Historia de las Mujeres*. Tomo V. Taurus, Madrid. 1993. p. 67.

²⁵ FUERO REAL V, 7, 2-5; PARTIDA VI,16, 4-5; II,116,17.

²⁶ ESCRICHE, Op. cit.

²⁷ RECOPIACIÓN DE INDIAS. VI, 11, 1-2

da por los padres de las hijas de familias de los estamentos superiores, a las que no podían dotar convenientemente para casarlas dentro de sus linajes²⁸.

La capacidad jurídica de la mujer que tomaba estado religioso se veía regulada por el derecho canónico, el castellano y el indiano. Sin lugar a dudas, los votos de “pobreza”, “obediencia” y “castidad”, hicieron de ellas verdaderas “muertas civiles”. La voz de estas mujeres fue silenciada, al prohibirles predicar, lo que repercutió en la imposibilidad de ejercer el oficio sacerdotal, y también el ejercer funciones de autoridad, como el goce de la titularidad de encomiendas, aún cuando por la ley 19, tit. 2 del libro VI de la Recopilación de 1680, se les reconocía el derecho de gozar de por vida de los demás “*entretenimientos*” que habían adquirido siendo seglares.

Asimismo, la obligación de guardar la “clausura”, fue reiteradamente mandada por los reyes, a las monjas americanas, quienes, según su parecer, la violaban. En este sentido, las leyes indianas disponía que se evitasen “*las continuas conversaciones que los seglares tenían con religiosas de los conventos de América, pasando a ilícitas con el título de devoción y manchando la pureza de costumbres, tan propia de su estado*”; recordándoles asimismo a “*los Presidentes, Oidores, Ministros ni sus Mujeres no entren en los Monasterios de Monjas, ni vayan a ellos a hablar por los locutorios a ninguna hora extraordinaria*”²⁹.

Como se habrá podido observar, la clasificación de estas mujeres guardó relación con los roles asignados, el control del cuerpo y su sexualidad, bajo la premisa de que con el cumplimiento de los ideales modélicos se sustentaba el honor familiar. Recordemos que en la sociedad americana- al igual que en las sociedades europeas del Antiguo Régimen- la idea de honor giró primordialmente en torno a la fama, a reputación que se transmitía por herencia. El honor, más que un rasgo personal, era entendido como la característica de un grupo social; es decir, un concepto de distinción y exclusión social. Se constituyó en el centro de esta pronunciada sociedad estamental, cuya estructura se hallaba fortalecida por convenciones y leyes de origen peninsular y local. Consiguientemente, si el honor de una persona estaba ligado al grupo social de pertenencia, y al comportamiento sexual de sus mujeres, su ofensa significaba una agresión directa a la de su familia³⁰.

²⁸ Vigil, op. cit. p. 208; MARTINEZ BURGOS, PALMA “Experiencia religiosa y sensibilidad femenina en la España Moderna”. *Historia de las Mujeres*. Tomo VI Madrid, Taurus. 1994. pp309-321; BRACCIO, GABRIELA. “Para mejor servir a Dios. El oficio de ser monja”. *Historia de la vida privada en la Argentina*. Tomo I. Taurus. Buenos Aires. 1999. pp225-249.

²⁹ Idem.

³⁰ FARGE, ARLETTE. “Familias. El honor y el secreto”. *Historia de la Vida Privada*. Tomo VI. Taurus, Buenos Aires. 1990.

No es casual, entonces, que se haya legislado buscando proteger ese honor familiar, castigando a los hombres que osaban atentar contra la integridad sexual de las mujeres “de familia”, porque en esta sociedad estamental, hubo grupos excluidos de estas consideraciones como los integrantes de “la plebe”.

Así hallamos que al regular el delito de **injurias**, se buscó evitar la difamación de mujeres casadas, viudas y doncellas “de honesta fama”, amenazando con el castigo de una pena arbitraria. También se tipificó la figura del seductor, quien según Escriche era el hombre que abusaba “*de la inexperiencia ó debilidad de una mujer y le arrancaba favores que sólo son lícitos en el matrimonio*”. La mujeres aludidas no eran otras que las “*vírgenes*”, las “*viudas que son de buena fama é viven honestamente*” y las “*religiosas*”. Los seductores, podían ser castigados con penas de confiscación, destierro, azotes y hasta de muerte³¹.

Pero la protección fue más lejos aún, penando inclusive al hombre que besaba a una mujer de los grupos aludidos, sin su consentimiento. La figura del “**beso forzado**” amenazaba con castigar a los osados besadores con una pena arbitraria, que el juez, según la mayor o menor gravedad de las circunstancias y la condición social de los sujetos le llegaba a imponer³².

Por su parte, la violación (“fuerza”) de mujeres mujer “*virgen, viuda honesta, casada ó religiosa*”, debía ser castigada con pena de muerte y la pérdida de todos los bienes en favor de la agraviada, a no ser que ésta, siendo soltera o viuda, se casara voluntariamente con el “forzador”. Como podrá observarse, fue considerado un delito gravísimo. Según Escriche, si la mujer involucrada era monja, el hecho se agravaba, ya que desde su punto de vista implicaba la comisión de tres delitos: “*incesto, quia monialis sponsa Dei est, qui est pater noster; el de adulterio, quia sponsa alterius est y el de sacrilegio, quia est res sacra*”³³. Sin embargo, la ley mencionada no marcaba esta diferencia, por cuanto no le revestía agravantes.

En consideración de la función de “custodio” o “guardador” atribuidas al varón sobre cada uno de los cuerpos femeninos que integraban su familia, la ley le facilitó su pleno ejercicio, al eximirlo de toda responsabilidad penal si mataba al forzador al hallarlo en su casa y a punto de cometer estupro sobre su hija, hermana o legítima esposa³⁴.

Finalmente, la ley alfonsina también persiguió y castigó el **rapto** de las mujeres de idéntica condición a las mencionadas, y aún el

³¹ PARTIDA.VII, 19,.1 – 2; Escriche. Op. cit.p.835.

³² PARTIDAVI 12, 3-4

³³ ESCRICHE, op cit.

³⁴ PARTIDAVII, 8,3.

robo violento de la futura esposa. El raptor no sólo era pasible de perder la vida, sino también todos los bienes. Cuando la robada era religiosa, los bienes serían entregados al convento donde pertenecía³⁵.

En este sentido, observamos que en esta sociedad patriarcal hacía verdaderos equilibrios inestables por hacer compatibles las rígidas y severísimas exigencias de honestidad de las mujeres “propias” (esposas, hijas, hermanas solteras o viudas); con la tendencia varonil a gozar de las mujeres ajenas, y, por supuesto, de las definidas como “públicas y malas de su cuerpo”³⁶. Pero, ¿quiénes eran las “malas”?

Dentro de este grupo se incluyó a las adúlteras, las que abortaban o fingían el nacimiento de un hijo del marido, las viejas, y las asesinas de sus hijos, las viudas “poco castas”, las suegras, las madrastras, las brujas, las prostitutas, las alcahuetas y para el espacio americano, las mujeres de “la plebe”.

Sin lugar a dudas este heterogéneo grupo apareció vilipendiado y estereotipado no sólo en la cultura letrada, sino también en la popular a través de cuantiosos cuentos, leyendas, y proverbios que fueron transmitidos a través de la cultura oral³⁷.

La mujer adúltera, podía provocar el nacimiento de hijos que no eran del marido, y, por ende, causar no sólo problemas de tipo patrimonial, sino afectar el honor del “pater” que, de perderlo, quedaba “fuera” de la sociedad. Para ellas se estipuló la pena de reclusión de por vida en un monasterio y la pérdida de los bienes gananciales y de la dote, en favor del “ofendido”³⁸. La mujer que abortaba, por su parte, iba en contra del mandato de la maternidad obligatoria, y sobre ellas recaó la sospecha de que con ello “encubrían” otro “delito” (adulterio o amancebamiento). Las Partidas recogieron en su casuística las formas más comunes que utilizaban las mujeres de entonces para interrumpir sus embarazos: tomando hiervas, dándose golpes de puño en el vientre o arrojándose de los árboles estando embarazada. El castigo previsto era el de la pena de muerte³⁹. En igual castigo podía incurrir quien mataba a su hijo recién nacido o provocaba su deceso, abandonándolo en un lugar inseguro⁴⁰.

³⁵ PARTIDA VII, 2, 15.

³⁶ TOMÁS Y VALIENTE, FRANCISCO. *El Derecho Penal de la Monarquía Absoluta. (Siglos VI-XVII-XVIII)* Madrid, Tecnos. .1969. p.234.

³⁷ VASSALLO. Op. cit.

³⁸ PARTIDA VII 7, 1.

³⁹ PARTIDA VII.8, 8.

⁴⁰ PARTIDAVII 20,4.

Las viudas resultaron las principales sospechosas de simular un embarazo y el parto de un heredero del marido fallecido: *“poniendo fijo ageno como heredero en los bienes del marido”*⁴¹.

No es casual que Escriche haya definido el término “preñez” en su diccionario jurídico, con el objetivo de alertar a los jueces y abogados sobre la materia: *“El estado de una muger que se halla en cinta. Es muy difícil acreditar la preñez, no estando ya adelantado el embarazo, mayormente cuando la muger tenga interés en fingirse embarazada ó en ocultar que lo está. No deja de haber muchas señales de las cuales unas se llaman racionales y otras particulares ó sensibles. Entre las venas se encuentran como principales las varias incomodidades que padece la muger, como la inapetencia aún de manjares de que antes gustaba, los antojos o deseos de otros extraños de que no usaba, los vómitos o náuseas... los dolores de cabeza y muelas, los vahidos y desmayos, la somnolencia, la retención del mensturo ó flujo periódico, el aumento del vientre y la protuberancia del ombligo, el aumento dureza y dolor de los pechos, la leche serosa que echa en los últimos tiempos, la mayor grosura, firmeza y elevación de pezones, su mayor circunferencia y su color más opscuro de lo regular, y el movimiento del vientre. Todos ó casi todos estos síntomas suelen experimentar las mugeres embarazadas; pero se ha visto no pocas veces que aun el concurso de todos ellos ha sido una prueba muy equívoca de la verdadera preñez... Las señales sensibles son las que se adquieren por medio de un atento exámen del cuerpo, del cuello y orificio del útero. Unidas estas con las anteriores, presentan una prueba más o menos cierta de la existencia de la preñez; pero siempre se ha de proceder con mucho tiento en esta materia; así por facultativos para rendir sus declaraciones, como por los jueces para formar su juicio y dar sentencia..”*⁴².

Recordemos que dentro de este esquema de orden social, la maternidad se hallaban naturalizada, establecida como un destino ineludible en la mujer, a tal punto que en la práctica judicial se sostuvo que las mujeres jóvenes no debían ser castigadas con pena de muerte porque sus cuerpos eran potenciales engendadores de vida⁴³. La excepción la encontramos, empero en el hecho de que el juez entendiera en el caso concreto, que debía imponer esta pena por al entidad del hecho en cuestión, el estatus social de las partes involucradas y otras circunstancias como el “modo” (alevosía, intención, etc), tiempo (de noche) y lugar de comisión (descampado, en una iglesia) o porque la mujer ya era mayor y no tenía hijos a su cargo. Siguiendo este hilo

⁴¹ PARTIDA VII.5, 6.

⁴² ESCRICHE.op. cit.

⁴³ GRAZIOSI, MARIANA. “La mujer en el imaginario penal”. En *Identidad femenina y discurso jurídico*. Biblos. Buenos Aires. 2000. pp 138-139.

argumental, la legislación dispuso que la ejecución de la pena de muerte se pospusiera, en caso de que la mujer estuviera embarazada, hasta días posteriores al parto⁴⁴.

Las viejas, por su parte, resultaron asociadas a las brujas y las alcahuetas.

La bruja, cuyo estereotipo fue construido por el discurso de la iglesia como una mujer anciana y fea que vivía sola, fuera de la ciudad (sin control masculino alguno); es decir, una mujer dueña de su cuerpo y de su destino. Sobre ella recaía la presunción de que mantenía con “el diablo” una sexualidad “desenfrenada” y que además, con sus saberes (que eran desconocidos por los portadores de la cultura oficial de entonces) podía impedir la procreación o facilitar los abortos. La pena prevista para ellas, en el *Malleus Maleficarum* era la de muerte por decapitación y la confiscación de todos sus bienes porque “*los pecados de las brujas superan los pecados de todos los demás pecadores (...) que no son simples herejes, sino apóstatas. Y peor: en su apostasía no reniegan de la fe por temor a los hombres o para deleitarse con los pecados de la carne, como se dijo, sino que reniegan de otra forma, porque incluso se entregan a los mismos demonios, homenajeándolos con sus cuerpos y sus almas*”⁴⁵.

Las madrastras, definidas “malas” por naturaleza en su trato con los hijos que no eran propios, también fue satirizada en la cultura popular. Tan fuerte fueron estas representaciones que Escriche, en pleno siglo XIX iniciaba la definición del término en su diccionario jurídico diciendo “*es nombre que tiene algo de odioso para la persona a quien se aplica, y que por desgracia de la sociedad y de las familias, puede darse con justicia a la mayor parte de mugeres que se casan con viudos que tienen hijos de otro matrimonio, principalmente si llegan a ser madres*” Y a renglón seguido citaba la ley 13, tit. 8 de la “setena” partida que establecía que si mataba a su “entenado” con “armas ó yerbas” incurría en la pena de “parricidio” es decir, de muerte⁴⁶.

Las prostitutas fueron consideradas por el jurista Cerdán de Tallada como las “peores”, por lo que recomendó que en la cárceles se las encerrara separadas del resto de las detenidas: “*que muchas veces llegan a ser encarceladas por alguna desgracia, por caso fortuito o por siniestras informaciones y estan con mujeres rameras, que como yo he visto llegando a la cárcel honestas, salen despues de ella tan avergonzadas, como*

⁴⁴ VASSALLO, op. cit.

⁴⁵ SALMAN, J. “La Bruja”. *Historia de las Mujeres*. Tomo VI. Taurus, Madrid. 1994. KRAMER, H-SPRENDER J. *Malleus Maleficarum*. Círculo latino. Barcelona, 2005. pp.5-41; BASSO MENNA BARRETO GOMES ZORDAN, PAULA. “Bruxas Figuras de poder”. En *Estudios Feministas*. Universidad Federal de Santa Catarina. Florianopolis. Brasil. Vol. 13.Nº2. 2005. pp.331-342.

⁴⁶ ESCRICHE, op. cit.

⁴⁷ ASPELL. Op. cit.

*las del publico.... que de otra manera lo que habría de ser corrección y castigo sería medio e instrumento para que fuesen mayores pecadoras que antes, habiendo de ser lo contrario*⁴⁷. Las prostitutas, eran tenidas por “malas” debido a su definición esencialmente erótica, y la separación de unas y otras tiene que ver con el temor a que éstas, transmitieran este “saber” a sus compañeras en encierro⁴⁸.

Finalmente, debemos citar a las mujeres que conformaban para la elite colonial, la “plebe” integrada mayormente por esclavas y mulatas, pardas y zambas libres. Sobre ellas recayeron las presunciones de “liviandad sexual”, de “vagancia” y de ladronas. Basta leer los cuantiosos bandos de buen gobierno dictados al respecto, como asimismo, los numerosos expedientes judiciales que las tuvieron como procesadas por la justicia de entonces⁴⁹.

A manera de conclusión diremos que los criterios en base a los que se clasificaron históricamente a las mujeres occidentales resultan una importante orientación para poder comprender qué sistema de valores y modelos de comportamientos les impusieron a las mujeres residentes en la América colonial. Las definiciones en torno a la relación con los hombres, no fue casual y eso determinó la existencia, vigencia y persistencia de un modelo de mujer, de hombre y de familia. Estas clasificaciones también fueron recogidas por los códigos civil y penal sancionados en Argentina durante la segunda mitad del siglo XIX y la primera del XX. El desmontar estos modelos y representaciones ha llevado más de un siglo, y hasta los años 90, estaba previsto en el código penal el castigo del adulterio, la posibilidad de que el violador se casara con la víctima para evadir el castigo penal y la exclusiva “protección” legal de la mujer “honesta” –entiéndase “casta”– en la tipificación de delitos relativos a la integridad sexual, que por entonces se encontraban ordenados bajo el título de “delitos contra la honestidad”.



⁴⁸ LAGARDE Y DE LOS RIOS, MARCELA. *Los cautiverios de las mujeres: madresposas, monjas, putas, presas y locas*. México. Universidad Autónoma de México. 2001.

⁴⁹ VASSALLO. Op. cit..

LOS ESTUDIOS DE LA ECONOMÍA POLÍTICA EN LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE CÓRDOBA (1834-2007)

Por Ramón Pedro Yanzi Ferreira *

Resumen: En este trabajo se analiza el origen y desarrollo de la enseñanza de la Economía Política en nuestra Casa. Se inicia en 1834 por ser este, el año en que la materia se incluyó por primera vez en los planes de estudios de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Finaliza en el año 2000, al entrar en vigencia el nuevo plan de estudios, aprobado por el Honorable Consejo Directivo de esta Unidad Académica mediante la Resolución N° 207/ 99.

Palabras Claves: Santiago Derqui – Luis Cáceres – Universidad de Córdoba – Facultad de Derecho – Enseñanza del Derecho – Economía Política

1. Introducción

Esta investigación, que es parte de un trabajo mayor sobre la historia de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, se inicia en 1791, al crearse la Facultad de Jurisprudencia en la *Universitas Cordubensis Tucumanae*¹ y concluye en 1999,

* Abogado. Doctor en Derecho y Ciencias Sociales. Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Profesor titular de la Cátedra C de Historia del Derecho Argentino, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNC. Miembro de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Miembro del Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho; Miembro de Número de la Junta Provincial de Historia de Córdoba; del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano; Miembro Fundador y Director del Instituto de Historia del Derecho y de las Ideas Políticas, Roberto I. Peña, de la Academia Nacional del Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Miembro Correspondiente de la Sociedad Chilena de Historia y Geografía en la República Argentina. Miembro Correspondiente de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas en la Provincia de Córdoba. Presidente de la Asociación Argentina de Profesores e Investigadores de Historia del Derecho.

¹ El tema ha sido tratado por ASPELL, MARCELA y YANZI FERREIRA, RAMÓN PEDRO en *Breve Historia de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba – Argentina* 1791-1991. Ed. Advocatus, Córdoba 1993.

en oportunidad de la entrada en vigencia del plan de estudios 2000, aprobado por el Honorable Consejo Directivo de la Facultad, mediante Resolución N° 207/99 de fecha 2 de Agosto de 1999.

El proceso reconoce una larga tradición histórica. El 28 de Febrero de 1834, por decreto del Gobernador de la Provincia de Córdoba, José Antonio Reynafé, se creó la cátedra de Derecho Público². La nueva distribución de materias que planteaba el Gobernador Reynafé, disminuía el estudio de los Derechos Civil y Canónico, incorporando en el cuarto año el Derecho Público, que contó entre sus primeros catedráticos, a los doctores Santiago Derqui, Agustín Pastor de la Vega, Enrique Rodríguez y Ramón Ferreira.

El primer profesor, fue entonces el Doctor Santiago Derqui, quien se desempeñó como convencional constituyente en 1853, alcanzando, luego, la Presidencia de la Confederación Argentina entre los años 1860 a 1862.

En 1836, el doctor Derqui se alejó de la cátedra, siendo reemplazado por el doctor Agustín Pastor de la Vega.

En el trabajo se analiza el origen y el desarrollo de los estudios de las distintas planificaciones académicas que registró la asignatura Economía Política en la Facultad de Derecho. La investigación se realizó compulsando los fondos documentales existentes en los Archivos de la Universidad Nacional de Córdoba y de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, también es fruto de búsquedas y entrevistas personales a descendientes de aquellos primeros catedráticos, que en muchos casos nos permitieron acceder a sus papeles y archivos particulares para reconstruir aspectos ignorados o pocos conocidos de los mismos. El trabajo se completa con el análisis de los contenidos de los sucesivos programas de la materia, la ubicación de la asignatura en los distintos planes de estudios, los elencos bibliográficos más utilizados y la proyección de la labor de la cátedra en el horizonte provincial y nacional como así también las corrientes doctrinarias que orientaron los contenidos de la enseñanza. Finalmente, se le agrega un apéndice documental con transcripción del primer programa elaborado por el primer catedrático Doctor Luis Cáceres, cuando la materia Economía Política adquiere autonomía al entrar en vigencia las modificaciones introducidas al plan de estudios de la carrera de abogacía en 1856.

² El tema ha sido abordado por Yanzi Ferreira, Ramón Pedro en "La enseñanza del derecho público en la Universidad de Córdoba 1834-1999". *Cuadernos de Historia*. N° 12. Instituto de Historia del Derecho y de las Ideas Políticas Roberto I. Peña. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Ed. Advocatus, Córdoba 2002. Págs. 33 - 105.

2. Reinserción de la materia Economía Política en los planes de estudios de la carrera de abogacía

Cuando la cátedra Derecho Público, creada por decreto del Gobernador de la Provincia de Córdoba José Antonio Reynafé, el 28 de febrero de 1834, la distribución de la materia se hacía de la siguiente manera: Primer año, Elementos de Derecho Público, Político y de Gentes con el texto *Espíritu del Derecho* de Alberto Fritot; segundo año, Derecho Constitucional u Orgánico con el texto *Curso de Política Constitucional* de Benjamín Constant y en el tercer año, Economía Política, donde se utilizaría el texto que oportunamente fijara el catedrático. La cátedra perduró hasta el 3 de marzo de 1841, donde a pedido del claustro universitario fue suprimida por decreto del Gobernador delegado, Claudio Antonio Arredondo.

En 1856, se volvió a dictar Economía Política suprimida en 1841. En 1857, se ordenó una nueva distribución del plan de estudios incorporando como disciplina autónoma, la materia Economía Política en tercer año. El 6 de enero de 1870, durante la presidencia de Domingo F. Sarmiento y siendo Ministro de Justicia, Culto e Instrucción Pública, Nicolás Avellaneda, se dicta el decreto mediante el cual se aprueba la nueva organización proyectada por el Consejo de Catedráticos de la Universidad de Córdoba para la Facultad de Derecho de esa Casa de Altos Estudios, con lo que quedó reformado el plan de estudios y se señalaron los textos que han de emplearse para la enseñanza de las distintas materias. En lo que hace al estudio de Economía Política se dictaba en el cuarto año, adoptando como texto para la enseñanza de la misma, el "*Tratado de Courcell Seneuil* o el de *Garnier en la última edición*"

El Honorable Consejo Directivo de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, en la sesión del 4 de abril de 1883, reformó el plan de estudios de la carrera de abogacía. Con esta nueva reorganización del plan determinó que Economía Política se estudiase en el quinto año.

Cuatro años después, volvía nuevamente a modificarse el plan de estudios de la Facultad de Derecho. La asignatura Economía Política se la incluía en cuarto año.

El 14 de marzo de 1889, bajo el decanato del doctor Dámaso E. Palacio fue aprobada una nueva modificación al plan de estudios, ubicando la asignatura Economía Política en el segundo año.

En 1894, se ordenó una nueva distribución del plan de estudio para la carrera de abogacía, en lo atinente a la asignatura Economía Política no ofreció variante alguna.

En la sesión de 15 de noviembre de 1895, el Honorable Consejo Superior, aprobó el nuevo plan de estudios de la Facultad de Derecho y

Ciencias Sociales, ubicando la asignatura Economía Política en el tercer año. Este plan apenas tuvo vigencia sólo un año. En la sesión académica del 29 de abril de 1896 se reestructuró el plan de estudios, manteniendo la enseñanza de la Economía Política en el tercer año.

El 9 de abril de 1906, el Consejo Superior aprobó la propuesta de modificación del plan de estudios de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, ubicando la asignatura Economía Política en el segundo año. Dos años después, el 19 de abril de 1909, el plan de estudios de la carrera de Derecho se modificó nuevamente, manteniendo la materia Economía Política en el segundo año.

En 1918, en pleno estallido de la Reforma Universitaria, el Ministerio de Justicia e Instrucción Pública de la Nación, enviaba a la Universidad Nacional de Córdoba un nuevo plan de estudios. Este plan comenzó a regir en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales a partir del año siguiente. La materia Economía Política se la incluyó en el primer año. El primero de marzo de 1919 fue designado, el doctor Lucas A. de Olmos, como profesor titular de la cátedra de Economía Política.

El plan de 1918 organizó los estudios de abogacía durante el largo período de 24 años. Recién el 3 de septiembre de 1942, se resolvió modificarlo, y en lo que hace al estudio de Economía Política, se mantuvo en el primer año.

En 1944, el plan de estudio de la carrera de abogacía sufrió una nueva reforma manteniendo la asignatura Economía Política en el primer año. En 1946, el plan fue nuevamente modificado, pero en lo que hace al estudio de la Economía Política se mantuvo en el primer año.

Tres años después, mediante Ordenanza n° 149 dictada por el Honorable Consejo Directivo regulaba el plan de estudios, pero con respecto a la materia Economía Política la mantuvo en el primer año.

El plan de 1949 no alcanzó a perdurar largo tiempo. Siguiendo muy de cerca las conclusiones adoptadas en la segunda reunión de decanos realizadas en la ciudad de Buenos Aires, durante los días 29, 30 y 31 de marzo de 1953; el Honorable Consejo Directivo resolvió en su sesión académica del 6 de abril de ese mismo año, modificar el plan vigente conforme a un nuevo orden, disponiendo que la materia Economía Política se dictara en el segundo año.

El 13 de diciembre de 1955, el entonces delegado interventor de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, dispuso: *“con el fin de cumplir los postulantes revolucionarios en materia educacional... y responder a un alto criterio formativo y progresista de superación cultural de tipo eminentemente universitario... habiendo requerido la opinión autorizada de profesores de la casa que por sus títulos, antecedentes, y experiencia universitaria constituyen una garantía de suma experiencia para el logro de los resultados apetecidos... con el objeto que la finalidad profesio-*

nal no disminuya el propósito altamente cultural que se hace necesario perseguir en la ansiosa búsqueda del hombre que al decir orteguiano, sea capaz de vivir e influir vitalmente según la altura de los tiempos... ". Reestructuraba los planes de estudios de la carrera de abogacía, manteniendo la cátedra de Economía Política en el segundo año.

En 1968, la inclusión, por Ordenanza N° 104 del Honorable Consejo Directivo, de tres cursos de Derecho Comercial, obligó a distribuir las materias del plan de estudios, sin embargo, Economía Política se mantuvo en el segundo año.

Dos planes reformaron con 10 años de distancia la organización de los estudios de Derecho, fueron los planes de los años 1975 y 1985, respectivamente. En lo que hace a la asignatura Economía Política, en ambos planes, se la mantuvo en el tercer año³.

Por último, el 2 de agosto del año 1999, por resolución del Honorable Consejo Directivo N° 207/99, se aprobó el proyecto del nuevo plan de estudios de la carrera de abogacía de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, el cual entró en vigencia el 1° de abril del año 2000, ubicando los estudios de Economía en el octavo semestre, es decir, en cuarto año de dicho plan. Cabe aclarar que en todos los planes de estudios, la materia se denominó Economía Política, pero a partir de este nuevo plan año 2000, pasó a denominarse Economía.

3. Breve análisis de los contenidos de los programas de la asignatura

El primer programa de la asignatura Economía Política fue presentado por su titular doctor Luis Cáceres, cuando la materia adquirió autonomía y contaba de 26 unidades. Su contenido privilegiaba el estudio de los temas sobre: Análisis de la producción, el trabajo, el principio de población, la división del trabajo, la libertad del trabajo, la seguridad, asociación y organización, el capital, efecto de las máquinas y de las invenciones sobre la producción, el capital en monedas, créditos,

³ El desdoblamiento de la cátedra de Economía Política se produjo por resolución de la entonces Decana Normalizadora de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, doctora Berta Kaller de Orchansky del 1° de Junio de 1984, la que en sus considerando, establecía: "*Visto el incremento que cursa la asignatura Economía Política y la necesidad de adecuar el desarrollo académico y proporcionar mayor número de docentes en condiciones de satisfacer tales requerimientos*". A su vez, la parte resolutive de la misma, disponía:

"Art. 1° Desdoblar la asignatura Economía Política en dos cátedras, las que se nominarán: "A" y "B".

Art. 2° El Sr. Profesor doctor Eulogio Iturrioz estará a cargo de la cátedra "A".

Art. 3° Encargar interinamente la cátedra "B" al Sr. Profesor adjunto por concurso doctor Alfredo Hugo Gattás."

bancos e instalaciones de créditos, la tierra, circulación de la riqueza, la libertad del comercio, el rédito del capital, beneficios del empresario, réditos de la tierra, análisis del consumo, los empréstitos y el crédito público.

En 1868 el programa se modificó parcialmente, suprimiéndose el estudio de libertad del trabajo, la seguridad, la asociación y la organización, el crédito, bancos e instalaciones de crédito, la circulación de la riqueza, el análisis del consumo, la contribución, el empréstito y el crédito público; e incorporándose temas sobre la teoría de las salidas.

En el período comprendido entre 1869 a 1883, año en que se modificó nuevamente el plan de estudios de la carrera de abogacía, se mantuvo sin variaciones el contenido de todos los programas de la materia. A partir de ese momento se profundizó el estudio del capital y la moneda.

En 1884 el catedrático doctor José Echenique, presentó un nuevo programa para la enseñanza de la Economía Política. El mismo comprendía el análisis de temas sobre: Las necesidades, la utilidad, clasificación de las industrias, industrias y profesiones, industria extractiva, industria de transporte, industria fabril, industria agrícola, industria comercial, clasificación de las profesiones, la fuerza productiva del hombre, análisis del trabajo industrial, el trabajo corporal, el trabajo de ahorro, el arte en la combinación del trabajo industrial, el movimiento de la población, la fórmula de la población, consecuencia de la ley de población, ley de renta, ley de la salida de los productos, el consumo, análisis del cambio de valor, el cambio de los servicios futuros y de los servicios no incorporados, formación del costo de producción, elementos del precio de fábrica, del interés y de la tasa industrial y los salarios y su tasa habitual, etcétera.

En 1890 con el programa elaborado por el catedrático doctor Ponciano Vivanco; el estudio de la disciplina se completó con el análisis de la Economía Política como ciencia, objeciones de Bonamy y Price, la relación de la Economía Política con la moral, el derecho, la política y las ciencias auxiliares, los métodos de la Economía Política, la producción: necesidad, producto, servicio, utilidad, valor, precio, riqueza, análisis de la producción, la tierra y los agentes naturales, trabajo y capital, teoría de los productos inmateriales, libertad y división del trabajo, el capital y sus efectos en sus diversas formas, el empresario de las industrias, la propiedad, la parte de la tierra en la repartición, interés, el salario y sus respectivas políticas, la circulación, el valor y la moneda, el crédito y títulos del crédito, los bancos, Clearing-House, crédito real, bolsas de comercio, consumo, el ahorro, el lujo, el pauperismo, la población, emigración, inmigración, colonización, etcétera.

Al año siguiente, se modificó nuevamente el programa incorporándose el estudio de las crisis económicas, el comercio internacio-

nal, la asociación, el consumo de la riqueza y su respectiva repartición: teorías, las industrias de profesión, la renta, los sistemas monetarios, la moneda: moneda de papel y papel moneda, las máquinas.

En los programas de la materia presentados por el catedrático doctor Juan Mamerto Garro, durante los años 1892, 1893 y 1894 sus contenidos privilegiaban temas atinentes a máquinas, la producción en gran escala, la consecuente insuficiencia y exceso en la producción, el monopolio y libertad en materia de bancos, el libre cambio y la protección.

En 1895 el programa de estudio fue sustancialmente modificado por el entonces catedrático doctor Julio Deheza, lo que trajo aparejado una importante innovación al incorporar temas sobre productores de riqueza, la herencia, el alquiler o el interés del capital, la distribución, la renta, la libre competencia, el presupuesto y la deuda pública. Este programa se mantuvo prácticamente sin variaciones hasta 1926, excepto la inclusión de algunos temas relacionados al proteccionismo, sistema del libre cambio, las escuelas económicas e instituciones del ahorro.

Entre los años 1927 y 1931, el programa para la enseñanza de la materia Economía Política fue presentado por el catedrático doctor Lucas A. de Olmos, intensificando el análisis sobre el derecho de propiedad, la organización de la producción y la política comercial.

En el período comprendido entre 1932 y 1947, el contenido de todos los programas de la materia se mantuvieron sin cambios, pero a partir de ese momento, fue motivo de interés el tratamiento más profundo de ciertos temas, como: el socialismo, los fenómenos sociales del capital y del trabajo, la crisis de la riqueza, los fenómenos económicos, el Estado, la prevención y asistencia, la evolución del pensamiento económico, los sistemas monetarios (monometalismo- bimetalismo).

En 1948 el programa de la disciplina fue diseñado por la entonces catedrática Elisa Ferreyra Videla. Su programa comprendía el estudio de temas vinculados a la influencia del dinero en el funcionamiento de la economía, patrón oro, bancos comerciales, teoría del comercio nacional, etcétera.

Fue, asimismo, motivo de interés durante el período 1956 y 1999 para los programas de la materia, el tratamiento de la formación de los precios (oferta y demanda), la competencia perfecta, bolsas y mercados, formación del monopolio, la competencia monopolística, precios políticos, los ingresos, el interés, el factor capital, las relaciones económicas internacionales, el mecanismo de los pagos internacionales, el ingreso o la renta nacional, el desarrollo y la dinámica económica, el objeto de la Economía Política, la necesidad y los bienes, la economía política y sus problemas, la organización económica de la sociedad, los ingresos personales como precios de los factores productivos.

A partir de 1999, fecha en que entraron en vigencia los actuales programas, al aprobarse el nuevo plan de estudio de la carrera de abogacía por resolución del Honorable Consejo Directivo N° 207/99 del 2 de Agosto de ese año; se genera una peculiar transformación. El programa de la Cátedra "A" se divide en 17 capítulos destinados al análisis de temas dedicados al estudio de la materia Economía, tales como: Qué es la Economía, su objeto, sus métodos, la actividad productiva, los factores de producción, la microeconomía y la macroeconomía, los problemas económicos fundamentales de toda sociedad, los objetivos económicos destacables, las cuestiones interdisciplinarias introductorias, el cómo resuelven los mercados los problemas económicos fundamentales, la demanda y el comportamiento racional de los consumidores, la producción y la organización de las empresas, patrones de competencia perfecta e imperfecta, la demanda de factores de producción, los mercados y la eficiencia económica, los objetivos e instrumentos macro-económicos, el consumo y el ahorro, la determinación de la renta nacional, el Estado y la economía, el dinero, el sistema financiero de la Republica Argentina, el crecimiento económico, la inflación y el comercio internacional. Los elencos bibliográficos incluyen las obras de Samuelson Nordhaus, Mc Graw-Hill, Iturrioz, Polinsky, Cornejo, Torres López, etcétera.

En cuanto al contenido del programa de la Cátedra "B", el mismo se divide en 16 capítulos y comprende una parte introductoria, destinada al estudio de la materia, y los siguientes capítulos dedicados al análisis de temas como: la economía y la necesidad de elegir, los problemas económicos básicos, los sistemas económicos y los mercados, mercados y precios, el comportamiento racional del consumidor- marco jurídico regular-, la producción y los costos, el proceso productivo, la distribución del ingreso, el funcionamiento de la economía de mercado, la evolución del pensamiento económico, el sector publico, el producto y el ingreso nacional -componentes, el consumo y la inversión-, el modelo multiplicador, el financiamiento de la economía: sistemas monetarios y la creación del dinero, crecimiento-globalización y desarrollo, inflación-desempleo, el sector externo. La bibliografía utilizada mantiene los textos de Samuelson, Nordhaus, McGraw-Hill, Iturrioz, Torres López, sumado los de Mochon, Becker, Cooter, Ulen, Ferrer, Roll y Gattás

Con el nuevo plan de estudios 207/99, la asignatura cambia de denominación y pasa a denominarse Economía, circunstancia que trajo aparejada las modificaciones de los programas ya señalados y se estableció como contenido mínimo de la materia Economía, el siguiente: "*Concepto. Objeto. Métodos. Análisis positivo y normativo. Microeconomía y macroeconomía. Mercados. Demanda. Organización y producción*

de las empresas. Competencia. Factores de producción. Equilibrio. Eficiencia. Indicadores básicos macroeconómicos. Consumo y ahorro. Renta Nacional. El Estado y la Economía. Dinero. Sistema Financiero en la República Argentina. Crecimiento económico. Inflación. Comercio Internacional.”

4. Bibliografía utilizada con mayor frecuencia para el estudio de la materia Economía Política

- AISENSTEIN, Salvador. *El Banco Central de la República Argentina y su función reguladora de la moneda y del crédito.*
- ALEMANN, Roberto. *Breve Historia de la Política Económica Argentina.*
- ARIAS, Gino. *Manual de Economía Política*
- BAUDIN, Louis. *La moneda*
- BARRE, Raymond: *Economía Política* (2 tomos).
- *Carta Orgánica del Banco Central de la República Argentina* (Ley 24.144 y sus modificatorias) y *Ley de Entidades Financieras* (Ley 21.526 y sus modificatorias).
- BELA BELASSA, J. D., *Teoría de la Integración Económica.*
- BRANTS, Víctor. *Las grandes líneas de la Economía Política*
- BENHAM F. *Curso Superior de Economía*
- CAMPOS, José A. *Curso de Economía Política y Argentina*
- CARO CARRETERO, Raquel. *Introducción a la Economía. Cien preguntas claves y sus respuestas*
- CARRANZA PEREZ R. *El sistema Monetario Argentino en Sistemas Monetarios Latino Americanos*
- CASSEL, G.: *Economía Social Teórica.*
- Código Social de Malinas.
- CONESA, Eduardo R., *Conceptos Fundamentales de la integración económica.* En Integración Latinoamericana N° 71. los fundamentos económicos de la integración. Instituto para la Integración de América Latina (INTAL).
- COOTER, Robert – ULEN, Thomas. *Derecho y Economía.*
- COULBORN W. A. L. *Introducción al dinero*
- CORNEJO, Benjamín; ITURRIOZ, Eulogio: *Manual de Economía Política.*
- *La Competencia Imperfecta y la Teoría Tradicional.*
- *Moral y Economía y otros Ensayos* (además, textos de geografía económica argentina)
- CORRALES, Carlos Floriano. *Derecho y Economía. Una aproximación al análisis económico del derecho.*
- COSSIO DIAZ, Jose Ramón. *Derecho y Análisis Económico.*
- COURCELLE SENEUIL, J.G.: *Ttraité théorique et politique D´ economie Politique.*
- CUADERNOS DE LA CÁTEDRA.
- CHANDLER L. V. *Introducción a la Teoría Monetaria.*

- DI FENICIO, F. *Economía Política*.
- DURAN Y LALAGUNA, Paloma. *Una aproximación al Análisis Económico del Derecho*.
- EINZIG, Paul. *Control de Cambios*.
- Estadísticas del Banco Interamericano de Desarrollo u otros Organismos Internacionales.
- ESTEY, J.: *Tratado sobre los ciclos económicos*
- FALLON Valerio. *Economía Social*
- FERRER, Aldo: *La Economía Argentina*.
- FERREYRA VIDELA, Elisa. *Causas del valor*.
- FERRUCCI, Ricardo J. *Instrumental para el estudio de la economía argentina*.
- FISCHER, Stanley; DORNBUSCH, Rudiger; SHMALENSEE, Richard. *Economía*.
- GALBRAITH, John Kenneth: *Historia de la Economía*.
— *El nuevo estado industrial*.
- GATTÁS, Alfredo *Historia de la Economía*.
- GIDE, Carlos. *Curso de Economía Política*.
- GIDE Y RIST. *Historia de las Doctrinas Económicas*
- HABERLER, G. *Prosperidad y Depresión*.
- HALM, George. *Sistemas Económicos*.
- HENDERSON, H. D. *Las leyes de la oferta y la demanda*.
- HICKS, J.R. y HART, A.G.: *Estructura de la Economía*
- HOFMANNSTHAL, E. *Inflación monetaria y medios de contrarrestarlas*
- INSTITUTO INTERAMERICANO DE ESTUDIOS JURIDICOS INTERNACIONALES. *Derecho de la Integración Latinoamericana. Ensayo de sistematización*.
- ITURRIOZ, Eulogio. *Economía Política*.
— *Manual de Economía Política*.
- LACOSTE, Yves: *Los países subdesarrollados*.
- LESTARD, G. *Los cambios internacionales*
- LE ROY MILLER, Roger – PULSINELLI, Robert W. *Moneda y Banca*.
- LIPSEY, Richard G. – CHRYSTAL K, Alec. *Introducción a la Economía Positiva*
- MCGRAW-HILL. *Economía*.
- MARSHALL, A. *Principios de Economía Política*.
- MARTÍN Y HERRERA.: *Economía Política*
- MOCHON, Francisco y BECKER, Victor: *Economía- Principios y Aplicaciones*.
- Naciones Unidas, CEPAL: *Problemas Teóricos y Prácticos del Crecimiento Económico*.
- Naciones Unidas, CEPAL: *El Desarrollo Económico de la Argentina*.
- OLIVERA, Julio H. G., *Derecho Económico. Conceptos y problemas fundamentales*.
- OLLARA JIMENEZ, Rafael. *Evolución monetaria argentina*

- PARANAGUA O. *Política comercial internacional*.
- PASTOR, Santos. *Sistema Jurídico y economía. Una introducción al Análisis Económico del Derecho*.
- PERREAU, Camilo. *Cours I Economie Politique*
- PERROUX F. *Cours d' Economie Politique*.
- PESSAGNO, Atilio. *Política comercial y Legislación aduanera y Fiscal*
- POLINSKY, A. Michell, *Introducción al Análisis Económico del Derecho*,
- POSNER, Richard A., *El Análisis Económico del Derecho*.
- RECIO, José N. – VILLER, Julio A. *El Banco Central y la intermediación financiera. Límites de su competencia*
- REYNOLDS, Lloyd G., *Principios de Macroeconomía*.
— *Principios de Microeconomía*.
- RICARDO, David. *Principios de Economía Política e Imposición Fiscal*
- ROBINSON, E. A. G. *Monopolio*
- ROBINSON, Joan. *La Economía de la Competencia Imperfecta*
- ROEMER, Andrés. *Introducción al Análisis Económico del Derecho*.
- ROLL, Eric. *Historia de las Doctrinas Económicas*.
- ROUGLES, R. *Ingreso Nacional*.
- SAMUELSON, Paul A. –NORDHAUS, William D., *Economía*.
— *Curso de Economía Política*.
- SMELSER, Neil J. *Sociología de la vida económica*.
- SOULE, G.: *Introducción a la Economía Contemporánea*
- STRIGL R. V. *Curso medio de economía*.
- TAUSSIG F. W. *Principios de la Economía*.
- TORRES LÓPEZ, Juan, *Análisis Económico del Derecho, Panorama Doctrina.*,
TRATADO DE ASUNCIÓN, del 26 de marzo de 1991.
- VISINTINI, Alfredo Aldo: *Un ensayo sobre Historia de la Política Económica Argentina*.
- VON BOHM BAWERK. *Capital e intereses*
- VON KLEINWACHTER, Federico: *Economía Política*.
- WONNACOTT, Paul; WONNACOTT, Ronald. *Economía*. McGraw-Hill;
- ZAMORA, F: *Tratado de Economía Teórica*.
— *Dinámica Económica*.

5. Vida y obra de los Profesores titulares encargados de la cátedra Economía Política (1856-2007)

Se reseña a continuación una noticia biográfica de los profesores titulares y encargados de la asignatura Economía Política, cuando ésta adquiere autonomía, al modificarse el plan de estudio de la carrera

de abogacía en 1856, sintetizándose los rasgos más destacados de su obra científica y académica.

LUIS CÁCERES

Nació en Córdoba el 9 de octubre de 1822, fue bautizado como Luis José Dionisio, hijo de don Bernardino Cáceres y de doña Josefa Martínez Sársfield. Se casó el 27 de abril de 1858 con Dolores Argüello, nacida en 1841 y fallecida el 12 de febrero de 1917, hija de don Cipriano Argüello y Moynos y de doña Isabel Torres de la Quintana. El 10 de marzo de 1834 ingresó al primer curso de Filosofía. Obtuvo el título de maestro en Filosofía, Bachiller y Licenciado. Alcanzó el grado de Doctor en Teología en 1845. Durante los años 1857, 1858 y 1859 se desempeñó como titular de las cátedras de Derecho Constitucional, Economía Política y Derecho Natural de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, convirtiéndose en el primer catedrático de la citada en primer término. El Doctor Cáceres ejerció el periodismo redactando El Imperial. Asumió, asimismo, la gobernación interina de la Provincia de Córdoba, el 6 de noviembre de 1866. Fue legislador en 1847, 1851 y 1854. Falleció en Córdoba, el 26 de marzo de 1874.

No dejó producción bibliográfica sobre la materia en estudio.

JERÓNIMO DEL BARCO

Nació en la ciudad de Santa Fe en 1831. Hijo de don Feliciano del Barco y de doña Mariana Lencinas. Contrajo matrimonio con Enriqueta de Zavalía en la ciudad de Córdoba, el 26 de julio de 1860. El 6 de marzo de 1850 ingresó al primer curso de Filosofía. Obtuvo los grados de Maestro en Filosofía en la Facultad Menor de Artes, Bachiller en Derecho Civil, el 4 de agosto de 1857, y Licenciado y Doctor en Derecho Civil en la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Nacional de Córdoba, el 2 de junio de 1858. Fue profesor de Economía Política en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba.

No dejó producción bibliográfica sobre la materia.

JOSÉ DE ECHENIQUE Y LAGOS

Nacido en Salta el 9 de diciembre de 1840, contrajo matrimonio con Doña Amelia Alpont Paz, el 19 de marzo de 1873. Fue Vice Gobernador y Gobernador de Córdoba, Diputado Nacional y Decano de la Facultad de Derecho en la Universidad Mayor de San Carlos. Académico de la Universidad. Profesor Titular de Procedimientos, Economía Política y Literatura en esa Casa de Altos Estudios. Fue Senador y Diputado de la Provincia de Córdoba, de cuyo cuerpo fue presidente

durante el período 1898 a 1901. Presidente del Directorio del Banco de la Provincia. Presidente del Banco Hipotecario. Miembro del Honorable Consejo Superior de la Universidad Nacional de Córdoba. Presidente del Consejo Deliberante de la Municipalidad. Presidente del Consejo de Educación. Profesor del Colegio Nacional de Monseerrat. Convencional constituyente para la reforma de la Constitución de Córdoba 1883 y 1900. Representante de la Nación en varios asuntos durante la Presidencia del General Roca. Encargado del Gobierno de la Nación para estudiar la cuestión monetaria de la Provincia de Córdoba. Comisionado del Gobierno de la Nación para formular el reglamento de la Academia Nacional de Ciencias. Encargado de proyectar los estatutos que de conformidad a la ley del 3 de julio de 1885 debía darse a la Universidad Nacional de Córdoba. Representante y abogado de la provincia de Córdoba, en la cuestión de límites con Santa Fe.

No dejó producción bibliográfica atinente a la disciplina.

JUAN MAMERTO GARRO

*Nació en la localidad de Pantallino, Provincia de San Luis, el 11 de mayo de 1847. Fueron sus padres don Juan Francisco Garro y doña Isidora Ortiz. En 1868, ingresó a la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Obtuvo el grado de doctor en Derecho en la Universidad Nacional de Córdoba en 1872. En 1871, Garro había conocido y tratado en Córdoba al doctor Nicolás Avellaneda, Ministro de Justicia e Instrucción Pública de la Nación durante el gobierno de Roque Saénz Peña. En 1874, fue elegido Diputado Nacional por San Luis. Fue profesor de Economía Política en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Vice Decano de la Facultad de Derecho de Buenos Aires y Miembro del Honorable Consejo Directivo de esa Unidad Académica. Su obra más representativa fue sin duda, en el ámbito de la enseñanza del derecho *Bosquejo Histórico de la Universidad Nacional de Córdoba*, publicada en 1882. También dirigió las *Obras Completas de Estrada* en 1899 y las *Noticias Biográficas de Juan Manuel Estrada* y las de *Nicolás Avellaneda*; Publicó asimismo en 1916, "Páginas Dispersas". Años más tarde, dirigió y prologó la recopilación de los "Escritos y Discursos" de Nicolás Avellaneda.*

Desde 1880 alternaba el ejercicio de su profesión con una intensa labor periodística, escribiendo en el viejo "Eco de Córdoba", diario de los Vélez, y en 1886 fundó con el ilustre sacerdote Ríos "El Porvenir". Desde el año 1884 estuvo afiliado a la Unión Católica, que presidía José Manuel Estrada. Con este partido ingresó en 1889 en la Unión Cívica, y, al dividirse ésta, quedó en la fracción radical, siendo el jefe

del partido en la Provincia de Córdoba. En 1891 fue candidato a la Vicepresidencia de la República con el doctor, Bernardo de Irigoyen. En 1917, se desempeñó como interventor en la Provincia de Tucumán.

Falleció en Cosquín, Provincia de Córdoba, el 12 de diciembre de 1927.

No dejó producción bibliográfica sobre la materia.

JULIO DEHEZA

Jurisconsulto y catedrático de la Universidad Nacional de Córdoba, en la que se desempeñó como profesor titular de Economía Política, en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Fue Académico de esa unidad y más tarde, Rector de esa Casa de Altos Estudios. Presidió el Senado de la Provincia de Córdoba, del que formó parte durante dos períodos.

No dejó producción bibliográfica sobre la materia.

PONCIANO VIVANCO

Nació el 9 de Agosto de 1865 en la ciudad de Bell Ville, Provincia de Córdoba, sus primeros estudios los realizó en la ciudad de Córdoba, egresando con el título de Bachiller del Colegio Nacional de Monserrat, luego ingresó a la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba, donde se graduó con el título de abogado a los veintitún años de edad. Fue Diputado Provincial, Ministro de Hacienda y de Gobierno en cuyos cargos realizó una labor proficua, organizó las finanzas e introdujo una serie de reformas en la enseñanza de las escuelas, implantando el trabajo manual. Fue Diputado Nacional durante varios períodos a partir de 1896; ocupando durante varios años la Presidencia de la Comisión de Presupuestos. En el año 1901 fue llevado al Consejo Nacional de Educación como vocal, luego ocupó la presidencia del Cuerpo debido al fallecimiento del doctor José María Gutiérrez. Fue profesor titular de Revista de la Historia y Economía Política en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba.

Fue fundador de las primeras Escuelas Nacionales de las provincias. Entre sus obras se destacan la creación de 1586 Escuelas Nacionales en el período que comprenden los años 1904 a 1906, la fundación de numerosas bibliotecas populares, la construcción de estadios y centros de educación física, la implantación en la provincia de las escuelas Láinez, etc.

Siendo Presidente del Consejo Nacional de Educación, dispuso que fuera izada diariamente y durante todo el período escolar en el frente de los edificios donde funcionaba una escuela, la bandera de la patria

“para advertir al pueblo que allí se realizaba la trascendental tarea de la educación.”

El doctor Vivanco impuso el sistema de los concursos universitarios como un medio de estimular la labor de los profesores hacia el más elevado perfeccionamiento.

Participó activamente en la fundación de la Escuela Archivística y Biblioteca, etc.

El doctor Vivanco formó parte del círculo de los hombres más ilustres y calificados que rodearon al General Roca, distinguiéndose por su capacidad y acción de hombre público y llegó hasta ser considerado como un Ministro sin cartera en los gobiernos presidenciales del General Roca, del doctor José Evaristo Uriburu y del doctor Manuel Quintana. Fue profesor de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba en las cátedras de: Derecho Civil, Economía Política y Revista de la Historia, siendo el primer profesor universitario de Revista de la Historia en 1895⁴, presentando su renuncia el 18 de mayo de 1897.

Falleció el 11 de enero de 1929.

No dejó producción bibliográfica atinente a la disciplina en estudio.

EZEQUIEL MORCILLO

Nació en 1854, hijo de don Samuel Morcillo y doña Petrona Carranza González, contrajo matrimonio el 23 de abril de 1881 con Eleuteria Argañaráz Espinosa. En 1881 fue director de la Asociación Juventud Católica. Se desempeñó como profesor titular de Finanzas Públicas y Economía Política en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba.

Falleció el 8 de junio de 1913.

No registra publicaciones en la materia específica.

LUCAS A. DE OLMOS

Nació el 21 de abril de 1885. Obtuvo el título de abogado en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, en 1910. En 1918 fue designado Profesor de Economía Política en esa Unidad Académica. Miembro del Honorable Consejo Directivo y delegado ante el Honorable Consejo Superior de la Universidad Nacional de Córdoba. Senador Provincial por la UCR durante el

⁴ Un estudio de la enseñanza de la Historia del Derecho en la Universidad de Córdoba, se encuentra en: Ramón Pedro Yanzi Ferreira “La enseñanza de la Historia del Derecho en Córdoba (1894-1895)” *Cuadernos de Historia*. Número 3. Instituto de Historia del Derecho y de las Ideas Políticas. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Ed. El Copista. Córdoba. 1993. Págs. 125 – 140.

período 1916 y 1919 y Presidente del Banco de Córdoba entre 1929 y 1930.

Falleció en la ciudad de Córdoba el 11 de julio de 1946, sin dejar producción bibliográfica sobre la materia.

ELISA FERREYRA VIDELA

Nació el 13 de Abril de 1895, en Villa Dolores. Hija de don Vidal Ferreyra Gómez e Isabel Micaela Videla Álvarez.

Sus estudios primarios los efectuó en el Colegio Inmaculado Corazón de María (Adoratrices). Obtuvo el título de Bachiller en el Colegio Nacional Monserrat luego de aprobar el curso de nivelación respectivo. Obtuvo el título de abogada en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba en 1929. Alcanzó el grado de Doctora en Derecho y Ciencias Sociales en 1938, en esa Casa de Altos Estudios, con una tesis titulada "Hacia una organización corporativa". Se le otorgó el título en un acto académico en el Salón de Grados de la Universidad Nacional de Córdoba, presidido por el entonces rector Doctor Sofanor Novillo Corvalán. En dicho acto, hizo uso de la palabra por esa Unidad Académica, el doctor Raúl A. Orgaz, quién disertó sobre: Las fuentes filosóficas del "Facundo". La doctora Ferreyra Videla expuso sobre: Necesidad de una economía dirigida.

En 1941 se desempeñó como Profesora suplente (adjunta) en la Cátedra de Economía Política en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales en la Universidad Nacional de Córdoba. En 1947 fue nombrada Profesora titular de la Cátedra de Economía Política en esa Casa de Altos Estudios.

Fue delegada interventora en la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de Córdoba, en 1947.

Fue Miembro sustituto del Honorable Consejo Directivo de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales en la Universidad Nacional de Córdoba, en 1951.

Fue Miembro titular por estamento de Profesores titulares del Honorable Consejo Directivo de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales en la Universidad Nacional de Córdoba, en 1953.

Fue Profesora de la cátedra Historia de las Doctrinas Económicas en la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de Córdoba Profesora titular en la cátedra de Economía Política de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Católica de Córdoba, en 1957, siendo decano el doctor Lucas A. de Olmos.

Fue Profesora de Historia de la Civilización de la Escuela Normal Nacional de Profesores Alejandro Carbó.

Entre su producción bibliográfica sobresalen: De la necesidad de una economía dirigida Córdoba, 1938. Reflexiones acerca de la autarquía.

Revista de Economía Política del Instituto de investigaciones económicas, sociales y financieras de la Universidad Nacional de Tucumán, 1940. Causas del valor, Imprenta de la Universidad. Córdoba 1950. Principios que informan a la Constitución Nacional reformada en 1949, en lo económico y social, Ministerio de Educación de la Nación. Dirección General de Publicidad de la Universidad Nacional de Córdoba. 1952.

Fue Profesora del Liceo de las Hermanas Adoratrices.

Integró varias Instituciones entre las que se destacan: El Consorcio de Abogados Católicos en el año 1939; la Federación de Maestros y Profesores Católicos en 1941; la Cooperativa Salesianas Don Bosco en 1947; y fue Presidenta de las Conferencias Vicentinas.

Falleció en la Ciudad de Córdoba, el 21 de Noviembre de 1979.

JACINTO ROQUE TARANTINO

Nació en la ciudad de Buenos Aires el 21 de Octubre de 1907. Egresó con el título de Contador Público Nacional en 1931, de Notario en 1937 y posteriormente se graduó en 1951 de Abogado, en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad del Litoral. En 1959, en esta última Casa de Altos Estudios, obtuvo el grado de doctor en Derecho y Ciencias Sociales con un meduloso trabajo de investigación sobre: La Quiebra y Tributos: Concomitancia de ambos problemas jurídicos. Sus aspectos y temas específicos.

Su larga actuación académica lo llevo a ocupar diversos cargos:

Profesor Titular por concurso de Finanzas y Derecho Tributario, en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, en el período 1960 a 1965.

Profesor por concurso de la cátedra de Nociones de Economía Política y Finanzas de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba en el período comprendido entre los años 1957 y 1965.

Profesor titular de Economía Política en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, entre los años 1966 y 1967.

Profesor adjunto de Técnica Profesional del Contador en la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de Córdoba, entre los años 1956 y 1957.

Director del Instituto de Finanzas y Derecho Financiero en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, entre los años 1973 y 1975.

Miembro del Consejo Directivo de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, entre los años 1958 y 1962.

Miembro del Consejo Académico de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, entre los años 1970 y 1972.

Miembro Argentino de la I.F.A (International Fiscal Association), en el año 1967.

Miembro Fundador del Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario, en el año 1964.

Miembro Honorario del Instituto Uruguayo de Derecho Tributario, en el año 1957.

Miembro Activo del Comité Permanente de la Federación Interamericana de Abogados (Inter-American Bar Association), en el año 1970.

Miembro Correspondiente del Instituto Latinoamericano de Investigaciones Económicas, Jurídicas y Sociales, en el año 1963.

Miembro argentino en las VIII Jornadas Franco-latinoamericanas de Derecho Comparado, en el año 1971.

En su vida pública, se desempeñó como Ministro de Hacienda, Economía y Previsión Social de la Provincia de Córdoba, entre los años 1963 y 1965.

Presidente de la Asociación de Bancos Oficiales Mixtos de la República Argentina, durante los años 1965 y 1966.

Presidente del Banco de la Provincia de Córdoba, en el período 1965-1966.

Participó, así mismo, en un sin número de congresos nacionales e internacionales de su especialidad. Colaboró en numerosos trabajos en las materias Economía, Contabilidad y Derecho, entre los que sobresalen:

Impuesto a los beneficios extraordinarios y réditos, Litvack, Córdoba, 1944.

Impuesto a las ganancias eventuales, Assandri, Córdoba, 1947.

Efectos de la Quiebra en el Derecho Tributario Argentino, Imprenta Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 1958.

Finanzas Públicas y Desarrollo Económico, Ediar, Buenos Aires, 1961.

Concursos y Sindicaturas, Victor P. de Zavalía, Buenos Aires, 1973.

Reforma Tributaria, Victor P. de Zavalía, Buenos Aires, 1974.

Contabilidad, funciones e importancia económica: órgano del Centro de Estudiantes de Comercio, Revista Hermes, 1931.

La declaración jurada en el impuesto a los réditos, Revista de la Cámara Comercial e Industrial Israelita, Buenos Aires, 1941.

Los propietarios de tiendas y el impuesto a los réditos, Revista Confidencias de París, Buenos Aires, 1943.

Proposiciones relativas a la modificación del Sistema Tributario Argentino, Revista del Centro Comercial, número extraordinario, Córdoba, 1941.

La evasión legal de Impuesto, Imprenta de la Universidad de Córdoba, Córdoba, 1959.

El código tributario para la Provincia de Córdoba. Sus antecedentes y críticas al anteproyecto en Derecho Fiscal, t.X, Buenos Aires, 1960.

La actuación del síndico y el conflicto de la quiebra en el Derecho Laboral en Gaceta del Trabajo, t.98.

La demanda del crédito fiscal ante el síndico del contribuyente concursado en La información, Editorial Cangallo, Buenos Aires, 1973, t. XXVIII.

Indexación por deudas tributarias, en Derecho Fiscal, t. XXV, Buenos Aires, 1975.

La nueva ordenanza impositiva municipal de Córdoba, en Derecho Fiscal, t. XXV.

Economía internacional y reforma tributaria en Latinoamérica y en la República Argentina, Imprenta de la Universidad Nacional de Córdoba. Separata Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, año XXVI, N° 2-3, 1962.

Prescripción de las acciones fiscales en caso de herencia frente a una transmisión onerosa anterior, en Revista de la Asociación Gremial de Empleados de la Comisión Judicial, A.G.E.P.J., N° 2.

La modificación del procedimiento tributario inaudita parte y sus proyecciones ante la prueba y la defensa en el Derecho Tributario, Universidad Nacional de Córdoba. Dirección General de publicaciones. Separata del Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, año XXVIII, N° 3-5.

Las Penalidades Tributarias, Astrea, Buenos Aires, 1983.

Consideraciones sobre el proyecto de Código Tributario para la Provincia de Córdoba, en Revista de la Universidad Nacional de Córdoba, N° 2-3, 1960.

Falleció en la ciudad de Córdoba, el 12 de Setiembre de 1991, a los 85 años de edad.

BENJAMIN CORNEJO

Nació en San Miguel de Tucumán el 1 de Junio de 1906. Obtuvo el título de Abogado, en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, en 1928 y alcanzó el grado de Doctor en Derecho y Ciencias Sociales, a los 29 años de edad. Se desempeñó como Profesor titular de Economía Política desde el año 1930. En febrero de 1935 fue designado Director de la Escuela de Ciencias Económicas (ECE) de la Universidad Nacional de Córdoba, que como su similar de la UBA, expedía diplomas de Doctor en Ciencias Económicas y de Contador Público, Escuela que luego se convertiría en la actual Facultad de Ciencias Económicas. Miembro Fundador de la

Asociación Argentina de Economía Política (1957) y en el año 1963 sucedió al doctor A. Hueyo en la Academia Nacional de Ciencias Económicas. Miembro del Instituto de Economía y Finanzas y Presidente de la Asociación de Economía Política. Miembro de número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

Entre su prolífera producción en el área de su especialidad se destacan:

La Competencia Imperfecta y la Teoría Tradicional y La Competencia Monopólica Chamberlin, Moneda y Sistema Monetario, Moral y Economía, León Walras y Antoine Auguste Cournot, y una serie de publicaciones de artículos científicos en la Revista de Economía y Estadística (R.E.E.) de la Universidad Nacional de Córdoba que también fuera dirigida por el doctor Benjamín Cornejo.

EULOGIO NICOLÁS ITURRIOZ

Nació en Pozo de Molle, provincia de Córdoba, el 12 de Mayo de 1929. En 1957, obtuvo el título de Contador Público en la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de Córdoba. En 1961, alcanzó el título de Licenciado en Ciencias Económicas en la Facultad de Ciencias Económicas y en 1960 egresó con el título de Abogado en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Obtuvo, en 1962 el grado de Doctor en Derecho y Ciencias Sociales en esa Casa de Altos Estudios con una tesis calificada de sobresaliente.

Fue profesor adjunto interino de Finanzas Públicas y Derecho Tributario, durante el período 1962 y 1963 en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba.

Fue profesor adjunto de Economía Política, entre los años 1963 hasta 1965 en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba.

Fue profesor titular interino de Economía Política, en el período de 1965 a 1972, en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba

Profesor titular por concurso de la cátedra de Economía Política en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, durante el período de 1972 a 1990.

Se desempeñó como docente en el Curso de Integración Latinoamericana durante los meses de Agosto y Noviembre de 1973.

Fue Profesor Adjunto Interino de la asignatura Finanzas Públicas en la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de Córdoba, entre 1967 a 1970.

Se desempeñó como Profesor adjunto por concurso en la cátedra de Finanzas Públicas en la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de Córdoba durante 1970.

Fue nombrado Profesor titular interino de la cátedra de Finanzas Públicas en la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de Córdoba, entre 1971 y 1985.

Fue designado Profesor titular por concurso área Monetaria Fiscal, Orientación Teoría e Instituciones Fiscales, Asignación Principal Finanzas Públicas en la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de Córdoba, desde 1985.

Se desempeñó como Profesor Expositor en la Escuela de Graduados en la carrera de Especialización en Tributación, Junio 1995.

Fue Profesor titular contratado de finanzas II, entre 1963 a 1971, en la Universidad Provincial de La Rioja.

A partir del año 1970, se desempeñó como Asesor en el área de Presupuesto de la Secretaría de Asuntos Económicos Financieros de la Universidad Nacional de Córdoba.

Miembro titular del Honorable Consejo Académico de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de Córdoba.

Director del Departamento de Economía y Finanzas de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de Córdoba.

En 1977, fue Secretario de Asuntos Económicos Financieros del Rectorado de la Universidad Nacional de Córdoba.

En 1960, fue nombrado Jefe de la Sección de estudios Económicos de la Dirección General de Industria y Comercio (Decreto N° 3879 Serie B).

Entre los años 1966 a 1967, se desempeñó como Interventor de la Caja Provincial de Jubilaciones y Pensiones (Decreto N° 273 Serie B/66).

Durante los años 1969 a 1970, fue Director de Administración del Ministerio de Gobierno (Decreto N° 9381/69 y 3000/70).

Vocal del Tribunal Fiscal de Apelación (Decreto N° 5886), en 1980.

Ha dictado numerosas conferencias, cursos y seminarios de la especialidad.

Entre sus publicaciones y antecedentes científicos en el cultivo de la disciplina se destacan:

Renta gravable declarada para el impuesto a los réditos. Publicado en Revista de Economía y Estadísticas de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de Córdoba, Año X, N° 1 y 2, año 1966.

Factores que afectan la recaudación del Impuesto a los réditos. Publicado en Revista de Economía y Estadística de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de Córdoba, Vol. XII, N° 3 y 4, 1968.

El Impacto Impositivo en la Provincia de Córdoba. Publicado en Economía de Córdoba, Instituto de Economía y Finanzas, Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de Córdoba, año 1 N° 3 Sept. 1963.

- Estructura Financiero-Económica de la Universidad Nacional de Córdoba, 1966-1970. En colaboración con el Contador. Ignacio Ludueña. Publicado por la Universidad Nacional de Córdoba. 1971.*
- La planificación y los derechos individuales en los sistemas neocolectivistas publicado en Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, 1964 N° 3-5.*
- La Planificación Económica y la Constitución Nacional. Publicado en Boletín Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, 1965. En colaboración con el Doctor Benjamín Cornejo.*
- La pena más benigna en el Código Tributario de la Provincia de Córdoba. Publicado en Revista Doctrina Tributaria, año VI- Actualización N° 70 (ERREPAR, Bs.As. 1/9/87).*
- La interdependencia de hechos imposables en los impuestos de sellos argentinos. El caso específico de la Provincia de Córdoba. Publicado en Revista Doctrina Tributaria, año VIII. Actualización N° 116 (ERREPAR, Bs.As. Dic. 1989).*
- Manual de Economía Política, Cornejo / Iturrioz Victor P. Zavalía. Ed. Buenos Aires. 1980.*
- Economía para No Economistas, Iturrioz Ed. Del Autor. Córdoba 1980.*
- Manual de Economía Política, Iturrioz. Ediciones Macchi- Bs.As. 1982.*
- Economía Política T. I y II, Iturrioz. Marcos Lerner. Editora Córdoba. 1986.*
- Curso de Finanzas Públicas. Iturrioz- Seg. Edic. Ediciones Macchi- 1981.*
- Curso de Finanzas Públicas, Iturrioz- Seg. Edic. del Autor- 1997.*

ALFREDO HUGO GATTAS

- Nació en la localidad de Clodomira, Provincia de Santiago del Estero, el 5 de Mayo de 1935. Se casó con doña Denise Marie Rose Barras. Egresó con el título de Abogado de la Facultad de Derecho de Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, el 30 de Diciembre de 1957. Alcanzó el grado de Doctor en Derecho y Ciencias Sociales en esa Casa de Altos Estudios, el 6 de mayo de 1969.*
- Cursó estudios de Economía en la Universidad de Munich (Alemania) y en la Universidad Católica de Fribourg (Suiza) durante los años 1960 a 1964*
- Entre los años 1964 a 1971 se desempeñó como Profesor adjunto interino en la cátedra de Economía Política de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba.*
- En 1972 fue designado Profesor adjunto por concurso en la asignatura Economía Política en esa Unidad Académica, y luego Profesor titular, cargo que mantuvo con algunas alternancias hasta su retiro para gozar los beneficios de la jubilación, en el año 2003.*

Fue Profesor Titular de la cátedra de Economía Política en la Universidad Nacional de la Rioja.

Abogado-Procurador de la Municipalidad de La Falda, Provincia de Córdoba.

Ejerce la profesión de abogado hasta la fecha.

Ha publicado libros y trabajos en su especialidad, entre los que se destacan:

El Principio Maltusiano de la Población

Breve Historia del Pensamiento Económico

Los Pensadores de la Economía (Tres Ediciones)

(En prensa) Historia de la Economía- Tomo I-

Ha dictado cursos y conferencias sobre temas de Economía.

Ha publicado, además, varios artículos periodísticos sobre diversos temas.

Ex Miembro titular del Instituto de Historia de la Cultura Raúl A. Orgaz de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales en la Universidad Nacional de Córdoba.

Fue Subsecretario del Ministerio de Gobierno de la Provincia de Córdoba.

Fue Vocal en la Comisión Directiva del Colegio de Abogados de Córdoba.

Decano en el Departamento de Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de la Rioja entre los años 1999 a 2001.

SERGIO GUSTAVO GUESTRIN

Nació el 7 de agosto de 1945. Egresó como abogado y luego obtuvo el grado de Doctor en Derecho y Ciencias Sociales en la Universidad Nacional de Córdoba, con una tesis titulada La ley de Entidades Financieras. Enfoque crítico de las pautas de delimitación legal del campo de actuación de los sujetos de la actividad financiera en la Republica Argentina. Propuesta para su reforma, calificada de sobresaliente

Profesor Plenario por concurso de Economía Política en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba.

Director del Departamento de Estudios Básicos de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales la Universidad Nacional de Córdoba, hasta agosto del 2006

Profesor titular de Introducción a las Ciencias Económicas en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales la Universidad Católica de Córdoba

Fue asesor letrado de diversas reparticiones e Instituciones entre las que merecen destacarse la Municipalidad de Córdoba, Banco Israe-

lita de Córdoba S.A., Banco Faro Cooperativo Limitada, y Caja de Crédito Cooperativa de Farmacéuticos Limitada.

Fue Miembro titular por el estamento de Profesores titulares del Honorable Consejo Directivo de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba.

Participó en numerosos cursos, conferencias, seminarios, jornadas y congresos de la especialidad.

Entre sus publicaciones y trabajos de investigación sobresalen: Ley de Emergencia Económica; La reforma de la Carta Orgánica del Banco Central de la Republica Argentina no es suficiente.; La excesiva concentración de funciones en el Banco Central de la Republica Argentina; Propuesta de un esquema más estricto al respecto; Ciertos Aspectos de la actuación del Banco Central de la Republica Argentina; Entidad Autárquica de la Nación.; Análisis crítico de la metodología seguida por el autor del trabajo "El concepto de integración"; El rol del Banco Central de la Republica Argentina dentro de la normatividad jurídica de la Ley de Entidades Financieras.; La actividad financiera – Consideraciones acerca del papel de las entidades financieras en la actividad económica general.; Empresas Multinacionales.; América Latina, su integración, tecnología, empresas multinacionales.; Fundamentos para un nuevo análisis económico del derecho. De las fallas del mercado del sistema jurídico.

Director de la Sala de Derecho Económico del Departamento de Complementación, Actualización e Investigación del Instituto de Estudios Jurídicos del Colegio de Abogados de Córdoba.

ENRIQUE ALEJANDRO GOMEZ DEL RÍO

Nació en la Ciudad de Córdoba, el 25 de Mayo de 1959. Casado en primeras nupcias con doña Lidia Irene Funes.

Obtuvo el título de abogado en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba en 1983.

Se desempeñó como Jefe de Trabajos Prácticos por concursos en la cátedra de Economía Política de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba.

Profesor Adjunto por concurso, en la cátedra de Economía Política de esa Casa de Altos Estudios. Se desempeñó como Profesor Titular Interino en la cátedra mencionada.

Asistió a varios cursos, congresos, jornadas, simposios de su especialidad.

Se desempeñó como Director de Asuntos Legales en la Caja de Jubilaciones, Pensiones y Retiros de la Provincia de Córdoba.

Ejerció la profesión de abogado. Falleció en la ciudad de Córdoba, el 28 de Abril de 2008.

6. Conclusiones

1-Recordemos aquí, que en 1834, tal como lo señalé inicialmente, cuando se inaugura la cátedra de Derecho Público, la Economía Política formó parte de esta materia, que sucesivamente enseñaron Santiago Derqui, Agustín Pastor de la Vega, Enrique Rodríguez y Ramón Ferreira. La cátedra perduró hasta el 3 de Marzo de 1841, donde a pedido del claustro universitario fue suprimida por, el entonces gobernador delegado, Claudio Antonio Arredondo, es decir se dictó por siete años. Las consideraciones previas al decreto de creación de la cátedra, del 28 de febrero de 1834, fueron: *“Considerando este gobierno que los conocimientos en la gran ciencia de legislar con la huella donde el País debe marchar a su organización, y que son los únicos que pueden hacer a ésta producir los efectos que aseguren la felicidad del Estado, y viendo por otra parte, que tal paso se ha cuidado de instruir a la juventud en códigos e ideas que están en perfecta conformidad con las bases y formas de gobierno adoptadas en el mundo civilizado, se ha descuidado enseñar lo que puede ponernos en la aptitud de acomodar a ellas nuestra legislación, ha creído uno de sus más sagrados deberes poner a la parte que las circunstancias le permiten un remedio a este mal adoptando medidas que perfeccionará en mejor oportunidad”*⁵.

2- Al modificarse en 1856, el plan de estudio de 1815, fecha en que entra a regir el plan definitivo del Deán Funes, con las reformas introducidas por Manuel Antonio de Castro en 1818, a la sazón, visitador del Colegio de Monserrat y de la Universidad de Córdoba y las posteriores modificaciones del año 1822, efectuadas por el doctor José G. Baigorri, que había sido designado por el entonces gobernador, Juan Bautista Bustos, visitador de la Universidad, diagrama a lo que se suma los cambios curriculares efectuados en 1834 y 1841, se produce una importante innovación curricular al incorporarse, como disciplina autónoma, Economía Política en el plan de estudios de 1856⁶.

3- Los catedráticos que estuvieron a su cargo la enseñanza de la disciplina, cuando ésta adquiere autonomía, es decir desde 1856 y hasta la fecha. Fueron entre otros: Luis Cáceres, Jerónimo del Barco, José de Echenique y Lagos, Juan Mamerto Garro, Julio Deheza, Ponciano Vivan-

⁵ Archivo Histórico de la Universidad Nacional de Córdoba. (en adelante A.H.U.C.) Libro de Actas de Sesiones 1828-1836. Sesión del claustro del 3 de Marzo de 1834.

⁶ Con el plan de estudios de la carrera de abogacía que entró en vigencia en 1857, se reorganizaron los estudios de Derecho del siguiente modo: en el primer año se estudiaba el Derecho Romano, el Derecho Canónico y el Derecho Natural, mientras que el segundo año comprendía los estudios del Derecho Romano, Derecho Canónico y Derecho Internacional. El Derecho Patrio, el Derecho Canónico y Economía Política abarcaban el tercer año y los estudios de Procedimiento y de Derecho Constitucional Argentino integraban el cuarto año.

co, Ezequiel Morcillo, Lucas A. de Olmos, Elisa Ferreyra Videla, Jacinto P. Tarantino, Benjamín Cornejo, Eulogio Nicolás Iturrioz, Sergio Guestrin, Alfredo Gattás y Enrique A. Gómez del Río.

4-En 1929, la Universidad Nacional de Córdoba, confirió el título de abogado a la primera mujer graduada en sus aulas en 1929. En 1937, obtuvo el grado de doctora en Derecho y Ciencias Sociales. Fue Elisa Ferreyra Videla, quien posteriormente se incorporó en la cátedra de Economía Política, alcanzando a desempeñarse como Profesora titular y Miembro por el estamento de profesores titulares del Honorable Consejo Directivo de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, siendo decano el doctor Lucas A. de Olmos. Es decir, no sólo Ferreyra Videla, fue la primera egresada mujer de la Facultad de Derecho, sino que también fue la primera doctora en Derecho y Ciencias Sociales y la primera profesora y miembro titular mujer por el estamento de profesores titulares del Honorable Consejo Directivo de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba.

5-Desde el primer programa de la disciplina, diseñado por Luis Cáceres, primer catedrático de la materia cuando adquiere autonomía, estuvieron vigentes 29 programas de Economía Política.

6-La cátedra Economía Política se encuentra por su parte aglutinada desde el 13 de Marzo de 1985, por Ordenanza dictada por el Honorable Consejo Directivo N° 2/85 y hasta la fecha en el Departamento de Estudios Básicos.

7-A partir de la aprobación del proyecto del nuevo plan de estudios de la carrera de abogacía por resolución N° 207/99 del Honorable Consejo Directivo del 2 de Agosto de 1999, la materia Economía Política, debe ser cursada en el octavo semestre de la carrera, cambiando su denominación por Economía.

8-A partir de 1856, la disciplina se mantuvo en todos los planes de estudios de la carrera de abogacía, como materia obligatoria entre segundo y cuarto año.

9-Los textos más utilizados para el estudio de la asignatura Economía Política, durante los primeros tiempos, fueron los *Tratados de Courcell Seneuil*⁷ o el de *Garnier* en la última edición, incluso al aprobarse el nuevo plan de estudios de la carrera de abogacía, el 6 de enero de 1870, durante la Presidencia de Domingo Faustino Sarmiento, y siendo Ministro de Justicia, Culto e Instrucción Pública Nicolás Avellaneda, se dicta el decreto mediante el cual se aprueba la nueva organización

⁷ A.H.U.C. Libro 17 (1872-1873). Folio 23. Consta que el Bedel Mayor, en representación de los estudiantes de tercer año de Derecho solicitan sea adoptado el texto Courcell Seneuil como texto para el estudio de la Economía Política. Marzo 15 de 1872.

proyectada por el Consejo de catedráticos de la Universidad Nacional de Córdoba, señalando que los textos que han de emplearse en lo atinente a Economía Política, serían los mencionados precedentemente.

10- Durante el período investigado la bibliografía básica para el estudio de la materia a lo largo de 157 años, comprendió la utilización de alrededor de 102 textos clásicos en la asignatura que se ha reseñado.

11- La enseñanza de la Economía Política en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, constituye un antecedente correlativo de Finanzas y Derecho Tributario, cuyos estudios comienzan a impartirse en las aulas cordobesas a partir del año 1889. Su primer catedrático fue el doctor Félix Tomás Garzón⁸.

Finalmente, resulta significativo que un Ilustre hijo de esta Casa, como lo fue el gran juriconsulto cordobés Dalmacio Vélez Sársfield, egresado de la Universidad Nacional de Córdoba,⁹ con el grado de bachiller en ambos Derechos Civil y Canónico en 1820, y habiendo obtenido del Gobierno Provincial el título de abogado en 1822, luego de realizar la pasantía en el estudio jurídico del doctor José Dámaso Gigena, se hubiera desempeñado en 1826, como profesor de Economía Política en la Universidad de Buenos Aires, hasta 1829, donde alcanzó finalmente el grado de doctor, conforme con lo establecido en el decreto del entonces Presidente, Bernardino Rivadavia, de Junio de 1827, que reconoció tal título a los profesores de la Universidad "sin estar graduados".

También, conviene señalar que la cátedra de Economía Política en la Universidad de Córdoba se dictó por siete años (1834-1841), mientras que en Buenos Aires sólo por cuatro años, pero en esa Casa de Altos Estudios se reinicia el dictado de la misma en 1854, es decir, luego de 24 años de supresión; y en Córdoba se reestablecieron los estudios de Economía Política como disciplina autónoma en 1856, luego de 15

⁸ Aportes para el estudio de la enseñanza de las Finanzas y Derecho Tributario en Yanzi Ferreira, Ramón Pedro: *Los estudios de las Finanzas y Derecho Tributario en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba 1889-1998. Cuadernos de Historia*. N° 9. Instituto de Historia del Derecho y de las Ideas Políticas Roberto I. Peña. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Ed. Advocatus. Córdoba 2000. Págs. 63 – 105.

⁹ El tema ha sido tratado por Yanzi Ferreira, Ramón Pedro en: *Dos graduados ilustres de la Facultad de Derecho y Ciencias de la Universidad Nacional de Córdoba. Los doctores Dalmacio Vélez Sársfield y Juan Bautista Alberdi y la enseñanza del derecho en la Universidad Mayor de San Carlos. Anuario IX*. Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Ed. La Ley. 2006.

años¹⁰. Es decir, en Buenos Aires se vuelve a introducir en la carrera de abogacía la enseñanza de Economía Política. En esa época se desempeñaba como catedrático de la materia el Doctor Clemente Pínoli. El 8 de Mayo de 1860, por propuesta del rectorado de la Universidad de Buenos Aires, se designó al doctor Nicolás Avellaneda catedrático de la asignatura Economía Política. En el acto académico de asunción, Avellaneda, afirmaba: “*No llevaré a esta cátedra una ciencia profunda que, tan joven como soy, no he podido adquirir, sino mi amor a ella y al estudio que tal vez consiga transmitir a mis alumnos*”¹¹. Es decir, que dos ilustres graduados de la Universidad de Córdoba, fueron catedráticos de la asignatura Economía Política de la Universidad de Buenos Aires. Además Nicolás Avellaneda fue Rector de esa Casa de Estudios en 1881.



¹⁰ El tema de la enseñanza de la economía en la Argentina ha sido estudiado por Colomé, Rinaldo Antonio en *Bosquejo histórico desde una perspectiva centrada en la Universidad de Córdoba*. Revista Actualidad Económica. Año XV. N° 57. Julio – Diciembre 2005. Instituto de Economía y Finanzas. Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de Córdoba. Córdoba. 2005. Págs. 15 – 18.

¹¹ De Nicolás Avellaneda al Secretario de la Universidad de Buenos Aires, 11-V-1860, en ED. IX, p. 361. citado por Carlos Páez de la Torre (h). en *Nicolás Avellaneda*. Ed. Grafimor S.A. Bs. As, 2001. Pág. 53.

SECCIÓN VI
FILOSOFÍA

NI LEGISLADORES OMNISCIENTES, NI JUECES AUTÓMATAS

*Celia Abril**

Resumen: Se plantea la dificultad de compatibilizar teoría general del derecho y teoría de la adjudicación de un modo que no redunde en inconsistencias. El tema adquiere relevancia pues indaga la posibilidad de ligar el criterio legislativo de delimitación del contenido del derecho con las variaciones que se producen en ese contenido en el nivel de la adjudicación. La cuestión conduce a un giro epistemológico y la consiguiente necesidad de reexaminar los modos y fines del análisis para adecuarlos a la naturaleza dinámica del derecho. Examinó el modelo de justificación racional de las decisiones judiciales sostenido por los profesores Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin quienes fueron los defensores más conspicuos del modelo de la dogmática jurídica. Procuro demostrar cómo el intento de reconstrucción racional de los contenidos del derecho en su versión más refinada hace explícito el problema de extender el método de análisis formal de lenguajes precisos a lenguajes vagos.

Palabras Claves: Teoría dogmática - Adjudicación - Identificación - Creación - Cambio - Justificación - Decisión judicial.

1.-Introducción

¿Hay contradicción entre teoría del derecho y teoría de la adjudicación, entre identificación del marco legal como base del derecho y las variaciones que se producen en el contenido del derecho así identificado en el nivel de la adjudicación? Dar cuenta de esta característica del derecho presupone admitir que hay una cierta asimetría entre creación y aplicación del derecho.

¿Cómo se mantiene la teoría de la legislación a pesar de la admisión de esta asimetría entre legislación y adjudicación?

La cuestión constituye una dificultad para toda concepción positivista que sostiene el presupuesto de completitud y certidumbre del

* Abogada. Cargo Docente: Profesora Adjunta de Introducción al Derecho y Filosofía del Derecho, Facultad de Derecho y Cs.Ss, UNC.

conocimiento jurídico. A nivel de simple observación los juristas reconocen el rol primordial del carácter variable del entorno y de las opciones que enfrenta el órgano de adjudicación y, en consecuencia, de los límites de predictibilidad de las decisiones judiciales. La cuestión conduce a un requerimiento de reformulación del marco teórico adecuada para explicar el carácter dinámico e inestable del derecho. La teoría solo puede garantizar posibles adjudicaciones, no certidumbres. Este es el origen de múltiples controversias en el seno de la teoría que muestran que la distinción entre razonamiento y especulación se torna borrosa. Las decisiones judiciales no son deducibles mecánicamente de las normas, estas sólo actualizan sus posibilidades al momento de ser aplicadas. Este rasgo es uniformemente aceptado por los teóricos, no obstante, persiste la discusión relativa a la demarcación exacta entre aplicación y creación de derecho. Los casos marginales en los que la respuesta jurídica resulta debatible ponen de manifiesto el desequilibrio y la indeterminación de los límites entre ambos fenómenos.

El punto de partida de tal reformulación requiere una concepción de racionalidad que no identifique teoría y certidumbre, posibilidad e ignorancia. La superación de la controversia exige una concepción de racionalidad que no se limite a la descripción simplificada e idealizada del ámbito del derecho como producto de la legislación, bajo el presupuesto de un legislador omnisciente, sino en una concepción que, por el contrario, de cuenta de modo más satisfactorio de la dinámica del derecho y, también, de algún sentido de creatividad no arbitraria en la adjudicación (los jueces no son autómatas).

Es necesario reconocer cierto ámbito de libertad o creatividad en la adjudicación que haga posible distinguir entre decisiones conceptualmente innovadoras susceptibles de justificación en el derecho existente y que delimiten situaciones que hagan posibles nuevas y mejores predicciones, de aquellas decisiones que no lo hacen. En otros términos, conciliar la idea de inteligibilidad del derecho y de cierta libertad en la adjudicación o, de admitir que, en casos marginales, la apelación a decisiones ad hoc puede redundar en la preservación del sistema y no necesariamente en su alteración.

El supuesto subyacente a la concepción dogmática de que el legislador es omnisciente y los jueces autómatas es un resabio de la concepción de un mundo estático gobernado por una voluntad divina. Dicha concepción presupone la idea de que el conocimiento logra certidumbre cuando la teoría establece condiciones ideales por las cuales todo resulta determinado. Es el resultado de pensar el producto de la legislación de un modo determinista bajo el supuesto de que la realidad jurídica posee una naturaleza radicalmente pasiva y conservadora.

La dificultad de admitir que el conocimiento incluye creatividad y libertad de elección ha conducido al escepticismo sobre el carácter significativo del conocimiento jurídico. Se sostiene que realismo e indeterminación van de la mano. ¿Cómo conciliar el carácter dinámico del derecho con el marco legal? ¿Cómo lograr una reformulación de la teoría de tal naturaleza que describa al derecho otorgando su lugar al marco legal pero, también, rescate el carácter novedoso y creativo de la adjudicación?

El desafío actual de la teoría positivista del derecho es salvar la inteligibilidad del derecho por medio de un sistema que fije las condiciones generales necesarias para su identificación de un modo lógico y coherente, en función del cual los elementos de experiencia, que están en juego en la adjudicación, puedan ser interpretados de modo no contradictorio.

Las propuestas de reconstrucción racional de la estructura de los sistemas normativos, en general, y del derecho, en particular, ubican el origen del problema en la indeterminación jurídica que surge de la textura abierta de términos y expresiones que figuran en los enunciados normativos. Examinaré las tesis centrales sostenidas por los profesores Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin quienes, de modo indiscutible, fueron los defensores más conspicuos del modelo deductivo de fundamentación de las sentencias judiciales, como un intento de esclarecer la idea de que la vaguedad constituye el origen principal de la dificultad. La tesis central de estos autores es que la decisión judicial es consecuencia lógica del derecho vigente. Asimismo, afirman que la norma es el significado que se extrae de la formulación o expresión lingüística del legislador, por medio de la actividad de interpretación. Se parte del supuesto de que es posible una interpretación unívoca de los enunciados normativos generales que conforman la base del sistema pero, al mismo tiempo, se admite que extendiendo o restringiendo el significado originario de dichos enunciados – interpretación modificatoria – se operan cambios en el derecho (Alchourrón, Bulygin: 1996; 133-148). De ese modo, no es claro lo que ha de entenderse por interpretación. En principio parecen suponer que la actividad de dar una interpretación unívoca de los términos o expresiones empleados en nuestras emisiones de sentencias pretende más de lo que realmente puede ser expresado mediante el uso de lenguaje vago. El tema adquiere especial relevancia si se tiene en cuenta que de la respuesta a esas cuestiones depende la posibilidad de una delimitación satisfactoria del contenido del derecho y una fundamentación racional de la decisión judicial.

El uso ambiguo de la noción de interpretación jurídica desdibuja la distinción entre lo que ha de entenderse por creación, cambio y

aplicación del derecho y la búsqueda de esclarecimiento de estas cuestiones nos conduce a una revisión de la noción de interpretación tal como fue entendida en el dominio de la lógica.

El término "interpretación" ha sido empleado en la teoría lógica con diferente alcance. Durante la vigencia de la lógica aristotélica se empleaba una noción pre-semántica de "interpretación" por la cual se entendía que toda instancia de un esquema de argumento válido que contenga premisas verdaderas tiene una conclusión verdadera. Cada instancia se obtenía por el reemplazo de cada letra de ese esquema de argumento por una expresión de la categoría lógica apropiada (Dummett: 1993; 137-149).

Con el advenimiento de la lógica moderna, a partir de Frege, surgió una noción semántica de "interpretación" como resultado de un análisis del modo en el que una sentencia resulta determinada en su valor de verdad en virtud de su composición.

Frege pensó que el significado es transferible y público y el origen de la dificultad para comunicarlo surge del lenguaje natural que empleamos. Esta fue la razón de su invención de un lenguaje artificial cuyo empleo estuviese gobernado por reglas susceptibles de formulación sistemática y completa.

El paso preliminar para arribar a una semántica del lenguaje es proporcionar una estructura sintáctica de sentencias que sea adecuada. Es importante remarcar que Frege no proporcionó un análisis sintáctico del lenguaje natural, sino que inventó un lenguaje formalizado cuyas sentencias tuvieran, a diferencia de las sentencias de aquél, una estructura sintáctica precisa. Parece acertado suponer que consideró al lenguaje natural como resistiendo todo intento de sistematización precisa y coherente. Pese a ello, muchos lógicos y filósofos posteriores pensaron que era posible analizar el lenguaje natural de un modo satisfactorio exhibiendo sus sentencias como si tuvieran una estructura análoga a las sentencias del lenguaje formalizado. La idea de que el lenguaje formalizado era la herramienta adecuada para la construcción de teorías científicas llegó a ser indiscutible.

Las reglas que establecen las estructuras sintácticas de un lenguaje artificial registrarán expresiones bien formadas simples de varios tipos y los modos en que la combinación de esas expresiones puede resultar en expresiones complejas bien formadas. La formalización se efectúa por medio de palabras o conectivas lógicas y por el uso de cuantificadores para expresar generalidad. Para que un método de análisis lógico sea riguroso tiene que haber una correspondencia exacta entre la sintaxis y la semántica del lenguaje analizado, pues, la semántica determina el valor de verdad de las sentencias. Una regla de inferencia puede ser especificada en términos puramente sintácticos pero, para ser váli-

da, debe preservar verdad de premisas a conclusión. De otro modo, la estructura sintáctica de premisas y conclusión debe reflejar su estructura semántica. Solamente un lenguaje con una sintaxis formal precisa proporciona de modo directo acceso a una semántica. Los dos principios fundamentales de la semántica para un lenguaje formal son, en primer lugar, que la condición para que una sentencia compleja sea verdadera depende únicamente de su composición y no de la verdad de las sentencias atómicas que la componen – principio de composicionalidad del significado - y, en segundo lugar, una sentencia atómica está formada por un nombre y un predicado y, resulta verdadera si el objeto sobre el cual predica satisface el concepto que se predica. En consecuencia, el valor semántico de una sentencia atómica es su valor de verdad: verdadero o falso. El valor semántico de cualquier término o expresión que sea parte de una sentencia es la referencia que cabe adscribirle para que esa sentencia sea determinada en su valor de verdad. Un lenguaje perfecto tiene que ser transparente y solo lo es cuando toda expresión bien formada tiene un único referente, invariante de contexto a contexto, pues, cualquier variación constituye una diferencia semántica no manifestada en alguna diferencia sintáctica y puede, en consecuencia, invalidar reglas de inferencia formuladas en términos puramente sintácticos (Williamson: 1996; 36-52). Por supuesto, hay muchos lenguajes que no satisfacen ese requerimiento. Para esos lenguajes hay que estipular el dominio de cuantificación de modo tal que todo objeto del dominio posea un nombre, como una construcción abstracta empleada como medio auxiliar para dar la semántica de esos lenguajes.

La semántica de Frege no es indiscutible, pero su viabilidad sólo puede entenderse como un requerimiento de la estructura formal de la sintaxis de un lenguaje artificial. Algunos lógicos pensaron que las formas de composición de sentencias ideadas por Frege son insuficientes, que hay otras formas importantes de sentencias que no están incluidas en su lenguaje formalizado, por ejemplo, los defensores de la semántica de los mundos posibles consideraron relevante analizar el comportamiento lógico de operadores modales, tales como “necesario” “obligatorio”, etc., y, en consecuencia, indagaron el modo de extender el método de formalización hasta incluir el tratamiento lógico de sentencias que contengan esos conceptos. Otros lógicos, más extremos, rechazaron la semántica clásica, aún para lenguajes con formas de composición de sentencias como las sugeridas por Frege, porque negaron enfáticamente que las sentencias con esas formas sean verdaderas o falsas de modo determinado y, en consecuencia, exploraron métodos de formalización diferentes, tal el caso de las lógicas difusas o polivalentes (Dummett: 1993).

Lo cierto es que establecida la semántica en los términos propuestos por Frege resulta posible reemplazar la noción de interpretación aristotélica por una noción semántica de interpretación, en virtud de la cual, asignamos, de manera directa, a las letras esquemáticas de una fórmula bien formada, los valores semánticos de las expresiones de la categoría lógica apropiada, pasando por alto la consideración de esas expresiones (Dummett: 1993).

En este punto adquiere relevancia la distinción sentido - referencia sostenida por Frege. El sentido de una expresión es el modo en que la expresión presenta su referencia a quien comprende esa expresión. El sentido, de ese modo, no se identifica con la referencia, pues, el sentido *determina* la referencia. Toda sentencia atómica está formada por un nombre y un predicado, a su vez, el referente de un nombre es un objeto y, el referente de un predicado es un concepto, o bien, una función que correlaciona objetos con valores de verdad. En ese sentido, una definición de un concepto establece una regla que correlaciona cada objeto con un valor de verdad. Definir un concepto, entonces, requiere hacer una estipulación para todos los casos, pues, todo concepto tiene límites claros (Williamson: 1996; 36-52). Esta concepción del concepto puede observarse como un presupuesto metafísico sobre la existencia de una realidad objetiva independiente de nuestro conocimiento, o bien, como un presupuesto de la teoría del significado, según el cual, poseemos la habilidad o capacidad de conferir a nuestras sentencias un sentido que las hace verdaderas o falsas de un modo determinado (Dummett: 1993).

Desde tal perspectiva, lo que entendemos como interpretación unívoca es la actividad de demarcar, precisar o circunscribir el espacio conceptual de los términos o expresiones que empleamos en la emisión de nuestras sentencias. Tal delimitación del contenido conceptual de las palabras constituye una condición ineludible, desde la concepción fregeana, para que sea posible aplicar a los lenguajes naturales las técnicas de formalización y reglas de inferencia del lenguaje artificial.

2.- Forma lógica de las normas y condicionales derrotables

Corresponde ahora volver al modelo deductivo de teoría jurídica que fuera seleccionada como versión paradigmática de reconstrucción racional del lenguaje normativo. De acuerdo a lo expresado anteriormente, las normas generales no son expresiones lingüísticas, sino, el significado de las expresiones del legislador. El significado es importante para la lógica sólo en la medida de su contribución a la verdad o falsedad de las sentencias. Las normas, en la concepción de Alchourrón y Bulygin, no son ni verdaderas ni falsas, de modo que,

determinar el significado de enunciados normativos, si tenemos en cuenta el propósito de esta teoría, resulta relevante por su aporte a la aplicación o no aplicación de los enunciados normativos.

El propósito de la teoría es proporcionar un fundamento racional de las sentencias judiciales, por lo cual, debe dar cuenta del vínculo lógico que posee el contenido de esas sentencias con lo que previamente se identifica como derecho vigente. En otros términos, la decisión judicial debe ser consecuencia lógica de cierta premisa normativa – norma jurídica general, y de cierta premisa fáctica – enunciado descriptivo de ciertos eventos o estados de cosas. Alchourrón y Bulygin sostienen la denominada “concepción puente” en lo relativo a la forma lógica de las normas generales (Alchourrón y Bulygin: 1971). De acuerdo a esa concepción, la norma es representada bajo la forma de un condicional estricto que asigna determinadas consecuencias normativas –obligatoriedad, prohibición o permisión- a una clase de acción, cuando se da la presencia de ciertas circunstancias fácticas descriptas de modo genérico en el antecedente del condicional. De esta manera, el operador deóntico afecta sólo al consecuente del condicional. El condicional establece una implicación estricta, pues, las premisas descriptivas, que figuran en su antecedente, constituyen condición suficiente de verdad del consecuente. El rótulo de “concepción puente” surge de la idea de que las normas establecen un vínculo entre un caso genérico y una solución normativa. La regla de inferencia que hace posible derivar una sentencia es denominada por Alchourrón “*modus ponens deóntico*”. De este modo, el silogismo deductivo que fundamenta la decisión judicial exhibe a esta como una norma categórica- “OB” - que se infiere de una premisa normativa de la forma “ $A \rightarrow OB$ ” y de una premisa fáctica “A” (Zuleta: 2005;59-96)¹.

Si bien estos autores aceptan que el lenguaje natural, empleado por el legislador para transmitir las normas generales, concede varias interpretaciones del texto legal, ello no constituye ningún obstáculo a la tesis de que el paso de las premisas a la conclusión del silogismo judicial puede ser reformulado, en todos los casos, como una inferencia deductiva. Sin embargo, hemos visto, que *las expresiones bien formadas que carecen de un referente único e invariante no garantizan la validez de las reglas de inferencia en todos los casos*, pues, cualquier variación genera una *diferencia semántica que no se exhibe en el nivel sintáctico* en el que son formuladas esas reglas.

¹ “A” es una variable que representa un enunciado descriptivo de una clase de circunstancias fácticas o casos genéricos, “OB” es la representación esquemática de una norma jurídica general, en la que ‘O’ (léase “es obligatorio que...”) simboliza un operador modal deóntico y B una variable que representa un enunciado descriptivo de alguna clase de acción.

La vaguedad ha sido caracterizada de diferentes modos. Suele afirmarse que las expresiones vagas son portadoras de sentido, pero carecen de referencia. Ello así porque solo admiten una definición parcial y, como hemos visto, una definición, en sentido estricto, tiene que proporcionar una estipulación para todos los casos. También se afirma que la vaguedad consiste en ambigüedad de la referencia. En cualquiera de los dos casos la presencia de expresiones vagas plantea dificultad, pues, la lógica requiere expresiones que tengan la misma referencia siempre que estas ocurran en un enunciado.

En tal sentido es que, según lo interpreto, el profesor Alchourrón se refirió a lo que denominó “derrotabilidad” lingüística. Observó que algunas normas carecen de la estructura formal de los condicionales estrictos, pues, lo establecido en su consecuente puede resultar derrotado en un caso dado. Desarrolló un análisis formal del problema de la derrotabilidad lingüística de sentencias condicionales a las que denominó “condicionales derrotables” (Alchourrón: 1996). La característica de esos condicionales, según el autor, es que respecto de ellos no se cumple ni la ley de refuerzo del condicional, ni la regla del modus ponens. El tratamiento del autor de esta dificultad ubica su origen, al parecer, en la estructura sintáctica de los condicionales de esta clase, pues, considera que sus antecedentes son incompletos. En otros términos, el defecto del condicional derrotable reside en que su antecedente no constituye condición suficiente de su consecuente, sino sólo condición necesaria de una condición suficiente. En otros términos, el antecedente es sólo condición contribuyente, pero insuficiente, para el consecuente del condicional, razón por la cual, la inferencia puede resultar inválida en algún caso.

Su tratamiento de la derrotabilidad abarca el análisis de enunciados condicionales tanto descriptivos como normativos. En el nivel descriptivo cita, a modo de ejemplo, el caso en que se afirma, en relación a una cierta muestra de gas, que su volumen aumentará si la temperatura se eleva, presuponiendo el hablante que, en el contexto de emisión, la presión es constante. Al respecto, afirma que la derrotabilidad de dicho enunciado radica en que su verdad contiene una excepción –variación de la presión - que no ha sido explicitada en su antecedente. En otros términos, el hablante que emitió la sentencia condicional suponía que, al momento de la emisión, la presión permanecía constante. En lugar de explicar la dificultad en términos de excepciones implícitas, como lo hace el autor, la misma podría ser explicada apelando a la idea de incompletitud del antecedente, esto es, a la ausencia de una condición necesaria para la suficiencia del antecedente, esto es, el antecedente debería haber incluido en su formulación una conjunción de condiciones que constituye la condición suficiente de verdad del

consecuente, a saber: que se eleve lo suficiente la temperatura y que la presión permanezca constante. Si completamos el antecedente, por medio de una *función de revisión*, propuesta por el autor, que haga explícita la excepción, obtenemos un condicional estricto y, por ende, la verdad del antecedente “completo” garantizará necesariamente la verdad del consecuente.

No obstante, la propuesta de revisión sintáctica del condicional derrotable resulta insuficiente para determinar las condiciones de verdad de dicho enunciado cuando es emitido en diferentes situaciones. Resulta imposible en casos de enunciados en lenguaje natural, el cual emplea términos vagos, acceder a una interpretación unívoca. En efecto, expresiones semejantes a “presión constante”, “aumento de la temperatura”, etc., son vagas, como lo son todos los términos o expresiones definibles por ostensión, pues resultan de un número finito de experiencias particulares y, en consecuencia, no se establecen para toda experiencia posible futura. Un modo de precisar el significado de “presión constante” sería distinguir los hechos extra lingüísticos que supuestamente determinan que hay casos en los que la presión es constante, casos en que no lo es y casos en que su determinación permanece abierta. Los primeros serían los casos claros, los que siguen los casos no claros y los últimos los casos insolubles o vacilantes. Una forma de precisar la expresión sería asignarle al enunciado un significado que lo hace verdadero en los casos claros, falso en los no claros y, verdadero o falso en los casos insolubles. Tal perspectiva de análisis de la vaguedad es compatible con la ley lógica del tercero excluido, no implica un rechazo del requerimiento de bivalencia y, en consecuencia, no exige una revisión de la semántica clásica (Williamson: 1996; 186).

Si el problema de la vaguedad es que admite una pluralidad de interpretaciones la cuestión podría resolverse admitiendo cualquier interpretación para los casos límite que respete las restricciones del significado de expresiones vagas, esto es, las que vienen impuestas por los casos claros y los no claros. Denominaremos a esta noción de interpretación “*interpretación admisible*” y, conforme a ella, sostendremos que cada enunciado del lenguaje es o bien verdadero o bien falso en dicha interpretación.

Dicho de otro modo, si aceptamos esta noción de interpretación, entonces, responderemos a la cuestión relativa a la verdad o falsedad de un enunciado científico, como el caso del enunciado que afirma: “Si la temperatura se eleva entonces, aumenta el volumen del gas” señalando que es verdadero, en los casos en que la presión del gas permanece lo suficientemente constante, falso, en los casos en que la presión claramente es variable y, verdadero o falso, en los casos en que la cuestión de si la presión del gas es constante o no lo es permanece

abierta. La tesis relativizará la cuestión a la dependencia que tiene el significado tanto de la observación como del contexto de emisión del enunciado y, considerará nuestra ignorancia de los límites exactos entre verdad y falsedad como algo esencial a la naturaleza de los casos límite (Williamson: 1996; 185-212).

En el caso de las normas condicionales, de acuerdo a la concepción puente, la cuestión se complica aún más, pues, la falta de transparencia del lenguaje se hace explícita, además, en el lenguaje proveniente de ligar formas que corresponden a categorías semánticas diferentes. Si bien hay correspondencia sintáctica entre los enunciados que figuran en el antecedente y el consecuente del condicional – ambos son oraciones- , no ocurre lo mismo en el nivel semántico, pues, el enunciado que figura en el antecedente es una descripción y, el que figura en el consecuente es una norma. El problema surge porque en el modelo analizado las normas no poseen valores de verdad o falsedad. A ello se agrega la ambigüedad característica de los enunciados normativos que conceden ser interpretados, además, como enunciados descriptivos de una norma, en cuyo caso sí poseen valor de verdad. El resultado es que al sustituir uno de los elementos por otro de la misma categoría sintáctica se obtienen resultados diversos a nivel semántico (Zuleta: 2005; 59-96).

3.- ¿Dos sentidos de omnisciencia ?

En el caso de las normas derrotables, la función de revisión permite acceder a la identificación de la norma por la reconstrucción de la intención del legislador, haciendo explícitos todos sus presupuestos implícitos al momento de su emisión. Tal función de revisión es propuesta como un medio de acceder a una interpretación unívoca. Esta concepción, según la cual el derecho es producto de las intenciones legislativas, reivindica la idea de legislador omnisciente al que se atribuye el conocimiento de todas las circunstancias fácticas, tal vez infinitas, incluidas dentro de las normas que promulga. De allí que toda interpretación que incluya una circunstancia no prevista o, excluya una circunstancia prevista, dentro del espacio conceptual correspondiente a la formulación de la norma, implica un cambio de norma y no su aplicación.

Si tanto la emisión de una expresión legislativa como su contenido conceptual supervienen al mismo hecho lingüístico- promulgación, entonces, no hay modo de distinguir entre lo que dice esa emisión y lo que el legislador quiso decir con ella. El legislador sabe lo que dice su expresión y, sabe cuáles son las condiciones de verdad de lo que dice. En realidad cuando usamos las expresiones presuponemos, según lo establecido en la semántica clásica, que hay una línea demarcatoria de su contenido conceptual, sin ser capaces de ubicar esa línea.

Poseemos un entendimiento del contenido conceptual que, si bien es parcial, está respaldado por el de otros hablantes, lo cual no implica tener “un conocimiento incompleto de un significado completo”, pues, *la medida de comprensión total no viene dada por el conocimiento de la línea demarcatoria de un dominio conceptual, sino por lo que una comunidad de habla admite dentro de su práctica*. De ese modo, si entendemos todo lo que hay que entender de un término, vagamente como lo hacemos, no significa que nuestro entendimiento es parcial (Williamson:1996; 185-212). El conocimiento del significado de una palabra depende de una práctica que en los hechos lo determina, *no puede obtenerse por apelación a un diccionario* (Susan Haack: 2007; 1-31).

La consecuencia que se obtiene en relación a la caracterización de la función judicial parece insatisfactoria. Tendríamos que negar la existencia de casos límite en la aplicación del derecho y sostener que las decisiones resultantes de *interpretaciones modificatorias* deberían ser consideradas *decisiones arbitrarias*. Sin embargo, se considera que muchas decisiones de ese tipo no son arbitrarias, por lo menos, en el sentido de decisiones violatorias del derecho existente, sino, todo lo contrario. Muestran el derecho desde una perspectiva mejor, actualizando sus posibilidades. Dentro de la teoría del derecho es un lugar común, a fin de eludir los resultados insatisfactorios del análisis, hacer referencia a un poder excepcional de los jueces para aplicar su discreción en los casos de falta de certeza respecto al derecho aplicable. Desde esta perspectiva, se admite la existencia de *casos límite* pero, se afirma que en estos casos el juez *crea nuevo derecho*. En este punto cabe preguntar, respecto de la decisión judicial discrecional, si ésta crea una nueva norma de modo estable, por medio de la sustitución del significado de la norma originaria. Si la norma legislada ha sido formulada en lenguaje vago es indiscutible que seguirá siendo vaga después de haber sido modificada por la interpretación. *Si la decisión discrecional no logra precisar un nuevo significado de modo estable que reemplace al anterior habrá que dudar, en consecuencia, de su carácter de acto creador de una nueva norma*.

Esta concepción, que tomó en consideración la dificultad generada por la vaguedad del lenguaje en el ámbito de la jurisdicción y, que cuestionó la noción de omnisciencia del legislador tal como ha sido delineada anteriormente, sustituyó dicha noción por una diferente, a saber: *legislador omnisciente es aquél que posee certeza respecto de los casos límite, esto es, sabe que son casos límite por su propia naturaleza*, que no ignoran ningún rasgo oculto de esos casos y, que lo correcto respecto de ellos es conferir a los jueces un poder de creación excepcional, porque esos *casos son indecibles de manera indubitabile*. Dicho de otro modo, el legislador posee la certeza de que la norma, en tales casos, no

resulta aplicable ni inaplicable. Para esta posición, la naturaleza de *los casos límite es totalmente independiente de nuestra ignorancia o de los límites de nuestras capacidades cognitivas*. El problema de vaguedad es un problema semántico que pone en duda la admisibilidad de los principios de bivalencia y tercero excluido sostenidos por la semántica clásica. La indeterminación es un problema inherente a la naturaleza propia del lenguaje natural, tal como lo concibió Frege. En términos de Williamson: *“Se supone que si p no es definitivamente F ni definitivamente no F, entonces, el hablante omnisciente conoce que no es ni definitivamente F ni definitivamente no F”* (Williamson: 1996; 185-212).

4.- Contexto de uso y vaguedad

Si sostenemos, como lo hace la concepción expuesta en el párrafo precedente, que la vaguedad es un fenómeno semántico, tenemos que demostrar que los términos vagos son vagos en un sentido definido. No obstante, en general, se hace referencia a la vaguedad citando ejemplos y aludiendo a ciertas características distintivas de esos ejemplos.

Los que identifican el significado con el uso de las palabras, concepción del significado vigente, suelen oponer a los argumentos de la posición epistémica de la vaguedad, que los significados tienen límites claros y que es nuestro uso de los términos el que carece de esos límites. Este argumento obviamente contradice la tesis de correspondencia entre significado y uso. De modo análogo, se objeta a la posición epistémica que, si identificamos las condiciones de verdad de enunciados declarativos con el significado y, nuestra disposición de aseverarlos o no, con nuestro uso de esos enunciados en situaciones diferentes, entonces, afirmar que la vaguedad es un fenómeno epistémico implica sostener que las condiciones de verdad no penden de nuestras disposiciones. Pero, si bien el significado puede supervenir al uso, no hay ningún criterio para determinar aquel a partir de este, pues, las condiciones de verdad no pueden ser reducidas a un mero recuento de disposiciones. En especial, la línea entre verdad y falsedad establecida por la semántica clásica no puede ser asimilada al punto de separación entre convergencia y falta de convergencia en las disposiciones (Williamson: 1996; 205-209).

La participación en una práctica no implica que se adquieran disposiciones equivalentes a la de los otros participantes. Los miembros de una práctica lingüística confieren rangos de grados diferentes de amplitud a las palabras que emplean. Sólo es factible establecer una similitud aproximada en esas disposiciones, esto es, una determinación aproximada de tal uso convergente de las palabras (Williamson: 1996; 209-212).

El teórico epistémico, según Williamson, consiente que un caso puede ser límite sólo en apariencia. Solo si un participante entiende el significado asignado a un término por la comunidad lingüística puede estar de acuerdo o no con el rango asignado al mismo en un caso dado (Williamson: 1996; 212-215).

Una caracterización habitual de la vaguedad se da en relación a la naturaleza peculiar de los casos a decidir. La estrategia propuesta para decidirlos es la estipulación, la cual es concebida como un cambio del significado, en el sentido de un cambio en la extensión. Cabe aclarar que esa apreciación es errónea, pues, no todo cambio en el significado implica un cambio en la extensión del término. Se considera que la determinación de un nuevo límite implica un cambio en el significado, cuando para los propósitos del uso lo importante no es ese tipo de conocimiento, sino el conocimiento aproximado de su ubicación. Por medio de la estipulación no se pretende cuestionar las condiciones de verdad de enunciados emitidos mediante el uso en su anterior sentido. Las estipulaciones no se efectúan para responder a cuestiones preexistentes, sino, para capacitarnos para plantear nuevas cuestiones, con frecuencia mejores (Williamson: 1996).

Por último, con frecuencia se sugiere que la determinación del contexto permite descubrir si la palabra se aplica o no y, de ese modo, podemos resolver los problemas que genera la vaguedad. No obstante, esto implica pretender demasiado del contexto. Según Williamson, vaguedad y dependencia contextual del significado son fenómenos independientes. La vaguedad puede persistir en algunos casos aún cuando el contexto de uso haya sido determinado. Sin embargo, no puede negarse que, por lo general, hay correspondencia empírica entre significado y contexto (Williamson: 1996; 215).

5.- Conclusión

Conforme a la distinción entre formulación de normas y normas, Alchourrón y Bulygin parecen concluir que la identificación de las normas se produce cuando las mismas pueden ser representadas bajo la forma de un condicional estricto, es decir, un condicional cuyo antecedente contiene todas las condiciones suficientes para derivar la solución normativa prevista en el consecuente. Tal tesis permite inferir que la identificación solo se logra en el nivel de la adjudicación porque los cambios en la interpretación deben ser clasificados como cambios en la base del sistema y, de ese modo, el criterio de base empírica que determina el derecho legislado deja de ser un criterio aproximado de determinación del derecho. Ello así, porque los actos lingüísticos de promulgación y derogación de normas emplean para su formulación un lenguaje “derrotable”, tal como denominan estos autores al lenguaje natural carente de

una semántica que proporcione reglas de uso precisas. El objetivo fue demostrar que el intento de reconstrucción racional de los contenidos del derecho en su versión más refinada hace explícito el problema que surge de extender a lenguajes vagos el método de análisis formal de lenguajes precisos. Dicho de otro modo, la insuficiencia de los intentos de reconstrucción formal que reducen las consecuencias de la legislación a meras consecuencias lógicas de una base primitiva de enunciados normativos nos conduce a la necesidad de aceptar que las normas generales no son precisas, que no hay una línea clara y precisa de separación entre creación y aplicación de normas en el nivel de la adjudicación.

Según lo expuesto, los contenidos conceptuales de enunciados normativos no tienen un significado fijo y estable a ser descubierto. Los sistemas jurídicos cambian y los contenidos conceptuales de enunciados jurídicos están sujetos a debate y a refinamiento en función de las diversas circunstancias y de los diferentes intereses en conflicto.

El sostenimiento de la tesis de que el cambio operado en los contenidos del derecho durante el proceso de adjudicación es equiparable al cambio legislativo conlleva considerar que la indeterminación es un problema relativo a la identificación del derecho existente, esto es, que las normas jurídicas son incompletas. (Bayón:2003)

Si, en contraposición se sostiene que la indeterminación o carácter derrotable de las normas jurídicas es un problema que corresponde exclusivamente al ámbito de la aplicación, puede considerarse que el problema tiene su origen en el conocimiento inexacto del derecho aplicable a un caso o evento particular (Rodríguez:2003).

Bibliografía:

ALCHOURRÓN, CARLOS E. y BULYGIN, EUGENIO (1974) *Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales*, Astrea, Buenos Aires. (1996) "Norma Jurídica" en *El derecho y la justicia*, Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía, Madrid.

ALCHOURRÓN, CARLOS E. (1996), "Detachment and defeasibility in deontic logic", *Studia Logic* 57, 5-18.

BAYÓN, JUAN CARLOS (2003) *Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

DUMMETT, MICHAEL (1993), "Frege's Distinction between Sense and Reference" en *Meaning and Reference*, Oxford University Press, New York.

HAACK, SUSAN (2007), "On Logic in the law: 'Something, but not All'", *Ratio Juris*, Vol.20, Nº1, pp 1-31.

RODRÍGUEZ, JORGE L. (2003) *Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

WILLIAMSON, TIMOTHY (1996), *Vagueness*, Routledge, New Cork.

ZULETA, HUGO (2005), "La fundamentación de las sentencias judiciales. Una crítica a la teoría deductivista", *Isonomía*, nº23, pp 59-96.

SOBRE EL SENTIDO DE LOS LÍMITES JURÍDICOS

*Prof. Dr. Ernesto Abril**

“Ya no estamos en condiciones de discutir, excelencia, el régimen no estaba sostenido por la esperanza ni por el conformismo, ni siquiera por el terror sino por la pura inercia de una desilusión antigua e irreparable, salga a la calle y mírele la cara a la verdad, excelencia, estamos en la recta final, o vienen los infantes o nos llevamos el mar, no hay otra, excelencia...”

Gabriel García Márquez
El otoño del patriarca

Resumen: En el presente expongo dos formas de caracterizar a la autoridad normativa suprema de un ordenamiento jurídico. Dentro de las teorías que analizaré, es decir, concretamente, las propuestas por John fundamentos para rechazar (Austin) o bien, concluir que es posible sostener que una autoridad de este tipo, puede encontrarse sometida a límites jurídicos (Kelsen). Finalmente, formulo algunas consideraciones críticas acerca de ambas caracterizaciones y a modo de conclusión, sugiero que el desarrollo del análisis sobre el tema puede ser de utilidad para incentivar una nueva discusión teórica sobre el sentido de las proposiciones que aluden a la validez de normas que establecen tales límites jurídicos. Fundamentalmente, cuando ellos son establecidos por la propia autoridad normativa suprema mediante cláusulas constitucionales que le prohíben, de un modo irrevocable, la promulgación de normas jurídicas con determinados contenidos.

*Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad Nacional de Córdoba, Profesor Titular de la Asignatura Introducción al Derecho; Profesor Adjunto de la Asignatura Filosofía del Derecho; Codirector de la Maestría en Derecho y Argumentación, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba. El autor agradece las sugerencias del miembro del comité de referato en tanto el artículo presenta ahora una redacción más precisa que el original, aunque el mantenimiento de ciertas imprecisiones son únicamente atribuibles al autor.

Palabras Claves: Autoridad normativa suprema - Límites jurídicos - Poder - Competencia - Auto obligación - Límites formales - Límites sustanciales - Normas jurídicas irrevocables - Cláusulas constitucionales estáticas.

1. A modo de introducción

Puede parecer extraño que para abordar un análisis conceptual sobre el tema de los límites jurídicos elija un párrafo de una novela que la crítica literaria califica como perteneciente al género del realismo mágico. Sin embargo, como suele decirse habitualmente, existen casos específicos en que la realidad suele superar la propia ficción. El presente aborda, a mi entender, el estudio de uno de esos casos.

En diversas ocasiones trate de volver sobre el tema de mi tesis doctoral que, posteriormente y con algunas modificaciones, fuera publicada por el Instituto Tecnológico Autónomo de México y Editorial Fontamara¹. En verdad, regresar al tema en cuestión desde otra perspectiva indica que el mismo sigue preocupándome. Lo fundamental de tal preocupación radica en la innegable circunstancia de que una correcta identificación de tal autoridad resulta de vital importancia para el teórico del derecho siempre, claro está, que su pretensión se dirija a individualizar cuál resulta ser, en definitiva, el criterio que los juristas utilizan para determinar el fundamento último de todo ordenamiento jurídico. En esta ocasión sólo podré ofrecer una breve síntesis de las características que los teóricos que analicé en aquella oportunidad, brindaron acerca de los criterios para individualizar a esa autoridad normativa suprema. Ulteriormente, abordaré el tema desde la perspectiva de la noción de límite jurídico y siempre en su relación con la determinación o identificación de esa autoridad dentro de un orden de este tipo. ¿Son esos criterios idénticos a los que usan de consuno los juristas para identificar cualquier autoridad normativa o bien, ellos se establecen a partir de características diversas? En uno u otro caso, será necesario precisar de qué criterios ellos se valen y en qué medida, los juristas los usan efectivamente para identificar las normas válidas de un orden jurídico. Para ello, propongo examinar dos versiones acerca de esos límites que, en definitiva, permitirían caracterizar o identificar a esa autoridad. No supondré por ello, que sean las únicas posibles, pero resulta claro que las más diversas versiones de las dos que caracterizaré, no logran soslayar algunos de los problemas que cada una de ellas presenta. En breve síntesis, me propongo exponer los fundamentos expuestos en el libro que señalé al comienzo respecto de dos versiones relevantes relativas a la caracterización de la autoridad suprema de un sistema jurídico. En segundo lugar, brindaré una explica-

¹ ABRIL, ERNESTO, *Las limitaciones del soberano*, 54, Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, ITAM/ Fontamara, México, 1998.

ción detallada de dos nociones relevantes acerca del concepto de límites jurídicos para la identificación de esa autoridad suprema y fundamentalmente, del modo de promulgación de normas que, por tener ese origen, se estiman supremas. En tercer lugar, expondré algunas dificultades de esas propuestas y así arribar, finalmente, a algunas evaluaciones útiles para una discusión ulterior de este problema.

2. Sobre el concepto de autoridad normativa suprema

Es fundamental advertir la importancia que tiene el concepto de autoridad suprema o soberana que se emplea a la hora en que los juristas tienen que determinar o justificar la estructura del discurso jurídico descriptivo de normas. En especial, tal cuestión asume extrema relevancia por su específica vinculación con la propia caracterización de todo acto de creación e identificación de estas últimas².

El término '*autoridad*' se usa habitualmente en el lenguaje ordinario para hacer referencia a la existencia de determinadas relaciones jerárquicas entre individuos o de otro modo, para destacar el carácter definitorio que posee la asimetría existente en esa relación, para su correcto empleo dentro de los estudios jurídicos. Tal uso resulta más evidente cuando se trata de proposiciones, es decir, aquellos enunciados cuyo sentido es proporcionar información acerca de la forma en que se establece un orden jurídico dentro de cualquier sociedad política e independiente. A ello se suma que tanto la expresión '*supremo*' como el término '*soberano*' tienen carácter relacional y por tanto, no es posible adjudicarles un sentido correcto o ser comprendidos, si, a su vez, no se indica respecto de qué o quienes, se usa esa forma de predicación³. En definitiva, el problema radica en la determinación del criterio o criterios relevantes de referencia para la identificación, determinación o explicación de una tal autoridad.

² En su indagación sobre los límites del lenguaje normativo, Genaro R. Carrio cita a Burdeau (*Traité de Science Politique*, Tomo III) para describir su caracterización respecto de un poder constituyente originario como forma habitual que los juristas usan para identificar a la autoridad soberana y justificar su existencia. Se lo estima como un poder independiente de todo ordenamiento estatal y además, como inicial, autónomo e incondicionado (K. Schmitt, *Teoría de la constitución*, página 88). Se le adjudica la característica de ser un poder unitario, indivisible y absolutamente libre, de energía inagotable y poseedor de una facultad omnímoda e incontrolable (Imaz, "El poder constituyente", LL, Tomo 82, página 971). Frente a este poder -origen de todo ordenamiento jurídico, según la tradicional dogmática constitucional- se presenta la idea de un poder constituyente que deriva de aquel y al que, por tanto, se asigna características absolutamente dependientes de las que se adjudica al primero (Vid: GENARO R. CARRIO, "Sobre los límites del lenguaje normativo", incluido en *Notas sobre Derecho y Lenguaje*, Tercera Edición Aumentada, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1985, páginas 237 y siguientes).

³ Vide esta tipificación en: RICARDO A. CARACCILO, "El concepto de autoridad normativa. El modelo de las Razones para la acción", incluido en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 10, Alicante, España, 1991, página 67. Ver también respecto de estos términos

2.1. El modelo simple: La autoridad normativa suprema identificada por su capacidad de mando

En algunas ocasiones, se afirma que un individuo o grupo de individuos poseen autoridad normativa suprema dentro de una sociedad política e independiente cuando por razón de su fuerza física, su habilidad intelectual, su conocimiento de la situación u otra causa de superioridad fáctica, se encuentra en condiciones de establecer la conducta a seguir por la mayoría de los individuos que la integran. En este sentido, dentro de la teoría general del derecho, una propuesta de este tipo, calificada de teoría simple, fue presentada por John Austin⁴.

El autor estimaba que para tener un adecuado concepto de lo que significa “derecho” era necesario, como cuestión previa, determinar el contexto en el que, el fenómeno al que refiere el término, se presenta a la impresión sensible. Tal contexto se produce cuando se verifica la existencia de una sociedad política e independiente. A su vez, para verificar la existencia de este tipo de sociedad resulta suficiente, desde lo estrictamente jurídico, cierta conformación de hábitos de obediencia por parte de la mayoría de los individuos que las integran⁵. Correlativamente, esos hábitos de obediencia se adquieren, siempre dentro de esta teoría, mediante el conocimiento que tienen, quienes integran ese tipo de sociedad, de los deseos (mandatos) de otra clase de individuos que también la integran y que asumen, por definición, la característica de ser su autoridad normativa suprema. Para poder identificar esta autoridad, el autor estima que son dos los criterios que el jurista debe usar, a saber: i) supremacía (en el sentido, de que ellos logran que la mayoría del grupo adquiera el hábito de obedecer sus mandatos) y ii) independencia (en el sentido, de que ella no posee el hábito de obedecer a ningún otro individuo o grupo de individuos con características similares a las suyas). Como es fácil observar, se destaca que esta forma

cuando son usados fuera de contexto en JOHN HOSPERS, *Introducción al Análisis Filosófico*, Trad. de Julio César Armero San José, Revisión de Néstor Miguez, Alianza Editorial, Madrid, 1980, tomo I, página 115. También al respecto, ÁNGELES RÓDENAS CALATAYUD, *Sobre la Justificación de la Autoridad*, CEPC, Madrid, 1996.

⁴ AUSTIN, JOHN, *El objeto de la Jurisprudencia*, Traducción y estudio preliminar de JUAN RAMÓN DE PÁRAMO ARGÜELLES, CEPC, Madrid, 2002. El autor divide su libro en varias lecciones. La Lección primera esta dedicada a la determinación del ámbito propio de la teoría general del derecho y específicamente, caracterizar una norma jurídica como un mandato que, a su vez y según su propia exposición, tiene como conceptos correlativos al “deber”, “hábitos de obediencia” y “sanciones” (Vide: páginas 33 a 53). También es relevante la Lección Sexta donde se caracteriza, especialmente, la noción de soberano en términos de hábitos de obediencia.

⁵ JOHN AUSTIN define una sociedad política e independiente como “una sociedad en la que la mayoría tiene un hábito de obediencia a un determinado superior común que no tiene tal hábito de obediencia respecto de otro” (Cf.: obra citada, pagina 8). No soslayo que algunos de estas capacidades no son especificadas por este autor y algunos exposito-

de caracterizar la autoridad normativa suprema se apoya en concretas acciones que son propias del ejercicio del mando sobre los hombres. Consecuencia de ello es que, finalmente, tal ejercicio se torna habitual cuando ella expresa sus deseos mediante órdenes, mandatos o imperativos o sea, normas jurídicas que, además de la conducta deseada por esta autoridad, contemplan la amenaza de causar algún daño (sancionar) para quien no los acata.

Sin embargo, aunque en forma escueta, esta forma de proporcionar los criterios para identificar a esa autoridad mereció objeciones por parte de H. L. A. Hart⁶. Digo en forma escueta, porque éste autor no dedica una larga extensión a la explicación diversa del criterio para identificar esta autoridad y además, no deja de reconocer que poseer mando, es en definitiva “...ejercer autoridad sobre los hombres”. Pero, inmediatamente, agrega que ejercer autoridad dentro de una sociedad política e independiente, no puede aludir sólo al “...poder de causar daño,... aunque puede ir combinado con amenazas de daños...”. Y ello así, porque, según Hart, “...un mandato no es primariamente una apelación al miedo sino al respeto a la autoridad.”⁷. Que por ello, en el desarrollo de su exposición y crítica respecto del concepto de derecho, Hart adoptará esta caracterización con el objeto de mostrar su fracaso a la hora de brindar un genérico y correcto criterio para una descripción adecuada tanto de la autoridad normativa cuanto del Derecho en su conjunto.

2.2. El modelo normativo: La autoridad suprema identificada por el ordenamiento jurídico

Un modo diverso de proporcionar el concepto de autoridad se presenta cuando se afirma que el jurista usa ese término para aludir a una persona o grupo de personas que poseen ese status en virtud de que se encuentran habilitados, facultados o autorizados por una norma fundamental del orden jurídico. Esta teoría asume su versión más perfecta en la obra de Hans Kelsen⁸. Para este autor no es posible propor-

res las distinguen del concepto de influencia (Vide: ZIMMERLING, RUTH, *El concepto de influencia y otros ensayos*, Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, N° 33, ITAM / Fontamara, México, 1993, en especial, paginas 11/58).

⁶ HART, H. L. A., *El concepto de derecho*, trad. GENARO R. CARRIO, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1977, página 26. Dentro de esta obra, también se alude a este problema en páginas 72, 80, 88, 122, 248 y 250 respectivamente.

⁷ Se destaca que Hart no presta atención a la ambigüedad con que se usa el término ‘respeto’ que puede, en algunos casos, hacer que su uso regrese al sentido al que alude Austin. Ello así, porque se trata de un término que puede referir a la atención que se dispensa a determinadas personas o a la consideración, miramiento o deferencia que se les tiene. Pero, simultáneamente, puede hacerse referencia al miedo, al recelo o a cierta aprehensión ante algo o alguien. (Vide: *Diccionario de la Lengua Española*, Real Academia Española, Tomo h/z, página 1783)

⁸ KELSEN, HANS, *Teoría Pura del Derecho*, trad. ROBERTO J. VERNENGO, ITAM, México, 1979.

cionar ningún concepto de esta autoridad si adoptamos, como criterio suficiente, la existencia de elementos fácticos (o factores empíricos que aluden o indican que existe en los hechos una efectiva regularidad en el comportamientos en la mayoría del grupo y que ella, es el resultado de la adquisición del hábito de obedecer a otros). Mucho menos, que ese mismo criterio sea el que debe usar el jurista para identificar a ciertas personas que, por esa sola circunstancia fáctica, se consideren superiores respecto de quienes constituyen la mayoría de los que integran ese tipo de sociedad. Según Kelsen, tal relación –siempre desde una descripción que debe ser propia del jurista– sólo puede explicarse si ella se entiende como un orden que establece las relaciones entre las personas y el propio orden jurídico que regula la conducta de todas ellas. Para Kelsen es el ordenamiento jurídico el único que permite al jurista establecer, de forma imputativa, la idea de comunidad constituida de esa forma y consecuentemente, determinar que tipo de relaciones, siempre dentro de ese específico ámbito, deben establecerse entre quienes la integran. Entre ellas, se alude a la posibilidad de que alguno de sus integrantes pueda ser considerado como un órgano, es decir, en otros términos, como una autoridad establecida por delegación de las propias normas del ordenamiento jurídico.

Consecuencia de ello, es que para Kelsen, autoridad suprema o soberana dentro de la esfera social “...sólo puede significar una relación normativa concreta, a saber: Una relación constituida por la validez de un orden normativo, de un sistema de normas del que derivan obligaciones y autorizaciones”⁹. De este modo, se torna evidente que para este autor, la expresión de deseos del individuo o grupo de individuos que pueden detentar el poder fáctico dentro de la sociedad, solo podrá ser descrito por el jurista como un acto de autoridad, si es que existe o se piensa una norma del ordenamiento jurídico que se dirija a esas acciones, incluida la de mando, reconociéndole validez dentro del ámbito jurídico.

La utilización de un criterio normativo, le permite a Kelsen –a diferencia de lo que sucede con Austin– proporcionar un fundamento normativo tanto respecto de la autoridad soberana cuanto a las demás personas que conforman una sociedad y lo hace, como se expresó, mediante una idéntica referencia, es decir, que frente al ordenamiento jurídico, todos ellos son personas o sea, construcciones llevadas a cabo por el jurista mediante la organización del material jurídico por medio del método imputativo¹⁰. En este sentido, tanto las acciones de las perso-

⁹ KELSEN, HANS, *El derecho internacional y el Estado*, Trad. de Florencio Acosta Prólogo de Luis Recaséns Siches, FCE, México, página 57.

¹⁰ Al respecto, dice Kelsen que “La persona – tanto la física como la jurídica – vive en la representación de los juristas como una esencia autónoma existente, diversa del orden

nas que reúnen los requisitos para tener status de autoridad, como las de aquellas que no pertenecen a esa clase, poseen relevancia normativa porque, es el propio orden jurídico el que proporciona los criterios para identificarlas. O de otro modo, sólo a partir de establecer una vinculación entre las acciones de las diversas personas que constituyen la comunidad y el propio orden jurídico que caracteriza a esta última, logran que el jurista pueda determinar el criterio clasificatorio que permite distinguir quiénes son los que asumen el carácter de autoridad (cualquiera sea la jerarquía de las mismas) y cuáles, por su parte, carecen de esa condición. Como, concretamente lo caracteriza el propio autor:

“Por ello se introduce en la ficción de la persona, construida con la finalidad de simplificarla y hacerla intuitiva, una duplicación del objeto de conocimiento: el orden jurídico como objeto, i. e., como sistema de normas objetivamente válidas de la conducta humana, se opone el Derecho como sujeto, la persona del Estado. Esta duplicación permanece como una útil ayuda del pensamiento, mientras se pueda ser consciente de su carácter. Ella se convierte en una peligrosa fuente de errores...cuando se toma a la persona por real, se le hipostatiza y se opera con la persona del Estado como con una esencia autónoma distinta del orden jurídico, que es el substrato de la personificación; el Estado “crea” el Derecho, es su “portador”, como si el Estado fuera algo distinto que un orden obligatorio para los hombres y de pronto se está frente a la cuestión de cómo sea posible que el Estado, que es creador del Derecho, pueda estar obligado por este mismo Derecho...”¹¹.

3. Sobre el origen del sentido que se adjudica a los límites jurídicos

Mucho se ha dicho acerca de la existencia de un orden social y que él resulta una consecuencia, verificable empíricamente, de la exis-

jurídico, que se acostumbra designar como “portadora” de derechos y obligaciones y que se corresponde, más o menos, con una existencia real...Es suficiente la comprobación de una expresa tendencia a hipostatizar a la persona...Y si la persona, que originalmente había sido creada como un simple recurso mental específico para aprehender el orden jurídico, como una estructura frente a éste, es afirmada como un ser real, es decir, como una especie de objeto natural, entonces significa esta acrecentada ficción de la persona una contradicción con la realidad natural, lo que sólo es posible si se rebasa por la mala las fronteras de una teoría del Derecho que se imagina tener como objeto hechos reales de la naturaleza” (Cf.: HANS Kelsen, “Zur Theorie der Juristischen Fiktionen, mit besonderer Berücksichtigung von Vaihingers Philosophie des Als-ob” (“Sobre la Teoría de las Ficciones Jurídicas, con especial consideración a la Filosofía del “Como si” de Vaihinger”), publicado en *Annalen der Philosophie*, I. Band, 1919. Aparece publicado en WRS, página 1219. Debo la traducción al castellano a la gentil colaboración de Ernesto Garzón Valdés.

¹¹ Cf.: Kelsen, Hans, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre* (El problema de la Soberanía y la Teoría del Derecho Internacional. Aportación a una teoría pura del Derecho). Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1920, página 18. Debo también la traducción de esta obra a Ernesto Garzón Valdés.

tencia de cierta estabilidad en las relaciones sociales de aquellos que se encuentran involucrados en la mutua convivencia. Tal idea, en el ámbito de la teoría del derecho, posee una larga tradición y se vincula, entre otras cuestiones, por ejemplo, con la forma de dar cuenta de la existencia o inexistencia de límites jurídicos respecto de la máxima (o si se quiere, última, suprema o soberana) autoridad del ordenamiento jurídico. A su vez, la idea de la existencia de estos límites es, en primer término, la consecuencia de cierta abstracción que realizan los seres humanos entre la comunidad en que viven y una determinada realidad que la caracteriza y que, simultáneamente, constituye el objeto de su inquietud. El objeto de esta inquietud se relaciona con el hecho de que en toda comunidad, es dable observar una cierta y prolongada regularidad en los comportamientos de quienes la integran. Que, además, ellos –aunque de diversos modos– concluyen por organizarse conforme a ciertos criterios que sirven para clasificar aquellas acciones que estiman correctas y distinguirlas de las que, por no ser compartidas por la mayoría, se califican como desviadas, incorrectas, tabúes, etc¹². De allí, en tercer lugar, que el conocimiento de esos criterios por parte de quienes las integran, tiendan a ser objetivados y en principio, por su trascendencia, permanencia y determinación respecto de sus reciprocas conductas, que se atribuya a ese orden, en especial, en el ámbito de lo jurídico, el ser producto de la concreta y determinada voluntad de una autoridad identificada como superior. Finalmente, es al portador de esta última a quien se le atribuyen poderes ilimitados, omnipotencia y en cierto modo, no estar sujeto a límites dado que, cada uno de los miembros de la comunidad, puede también verificar que su propia capacidad o poder, resulta limitado para lograr ese mismo efecto. Por ello, tal forma de pensar concluye, en muchas ocasiones, por atribuir una tal capacidad de imposición a esa voluntad, en tanto trasciende a cada uno de ellos y conduce, de hecho, a forjar sentimientos o creencias que pueden transitar desde la fuerza de la propia tradición impuesta por el hábito; pasar por la admiración; y hasta lograr cierta devoción de tipo religioso o llegar al extremo de producir temor¹³. Esta misma forma de pensar, con el paso del tiempo, concluirá por adjudicar idénticas características a la voluntad de quienes integran la máxima autoridad dentro

¹² Para una explicación sociológica de esta situación, remito a THEODOR GEIGER, *Estudios de Sociología del Derecho*, Trad. de Arturo Camacho, Guillermo Hirata y Ricardo Orozco, Fondo de Cultura Económica, México, 1983, página 83 y siguientes.

¹³ Vid: KELSEN, HANS, *Naturaleza y Sociedad*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1945, la edición no indica su traductor, página 383 y siguientes. Obsérvese que esta descripción, de modo similar, alude a la génesis de cierto prolongado acatamiento a determinados individuos en la cita de García Marquez que introduce a este trabajo.

de la organización estatal¹⁴. Veamos esta cuestión en la versión de cada uno de los autores elegidos para el análisis.

3.1. Límites jurídicos como resultado de un estado de sujeción

Partiendo de la forma en que John Austin caracteriza a la autoridad suprema o soberana se desprende que, por definición, quienes aceptan un criterio empírico causal para definirla –por aquello de no estar en estado de sujeción–, sostendrán la imposibilidad, según se estipula, de que ella se encuentre limitada jurídicamente en sus acciones por aquello que dispone cualquiera de los mandatos que profieren. Y ello es así, porque una norma jurídica, repito, constituye para esta teoría un imperativo y en tanto resulta ser esa misma autoridad, quien los establece y logra que la mayoría de la sociedad las acepte o acate, se incurriría en un sentido afirmar la posibilidad de límites de este tipo a su respecto.

De modo que si todo se mantiene dentro de esta forma de explicación, tiene que resultar incomprensible y absurdo afirmar que un individuo o grupo de individuos que reúnen las características que Austin les adjudica, puedan establecer mandatos que sólo a ellos tenga como sus destinatarios. Esto es así, porque es notorio que quien puede libremente desobligarse, por estar libre de cualquier estado de sujeción a otra autoridad, no puede encontrarse sometido a límites jurídicos. Se ve con claridad que, en los términos de esta teoría, la autoridad soberana y el efectivo manejo que posee de los medios coactivos, al ser los únicos que determinan o configuran el orden jurídico, se constituyen en elementos a priori (o bien, externos) para el fenómeno jurídico o de otra forma, sus acciones no pueden ser motivo de sanciones que sólo pueden dirigirse hacia la clase de aquellos individuos caracterizados o calificados de súbditos.

Por tanto, sostener lo contrario significa soslayar el criterio que la teoría elige para definir a esa autoridad y producir, consecuentemente, el temido regreso al infinito. Por ende, siempre para Austin y su teoría jurídica, tener límites de este tipo sólo puede significar encontrarse en estado de sujeción con relación a los mandatos de otro individuo o grupo

¹⁴ Como lo expresa Widar Cesarini Sforza: "*Licitud significa propiamente, conformidad con un tipo de conducta, perteneciente a una clase de acción; por consiguiente, en su origen, conformidad con el querer divino. El problema que surge en este punto es el de saber cómo la licitud se transforma en obligatoriedad; para intentar dilucidarlo se puede volver... a la noción del fas en su relación con el ius ya que es con respecto a tales relaciones que comúnmente se habla de la diferencia entre normas (imperativos) religiosas y normas jurídicas...*" (Cf.: CESARINI SFORZA, WIDAR, *Filosofía de la Relación Jurídica*, trad. Ernesto Garzón Valdés, Universidad Nacional de Córdoba, Dirección General de Publicaciones, Córdoba, 1973, página 19. Destacado en negrita, en cursiva dentro del texto).

de individuos fácticamente superiores en habilidad, fuerza física, psíquica, etc. y por ende, verse expuesto a un alto grado de probabilidad de que se le apliquen sanciones en caso de desobediencia. Correlativamente, para quienes eligen este tipo de criterio, puede tener sentido hablar de límites fácticos (o sea, los que se imponen por imperio de relaciones causales no dependientes de ninguna voluntad humana) y éticos (aquellos impuestos por normas ideales que, tanto el emisor como los destinatarios de las normas jurídicas, utilizan como patrón crítico de sus propias conductas). Obviamente, ninguno de tales límites resulta impuesto o es una consecuencia de los deseos de quien monopoliza el poder coactivo de la sociedad; ni constituye una condición necesaria ni suficiente para que el destinatario pueda verse expuesto a consecuencias gravosas en su persona o bienes. Es más, cualquiera de estas normas, en la exposición de Austin, no pueden ser consideradas jurídicas en la medida en que, precisamente, no son mandatos genuinos¹⁵.

3.2. Límites jurídicos como delimitación del ámbito de competencia normativa

Si, por el contrario, adoptamos un criterio normativo para la caracterización de autoridad suprema o soberana, se produce una simultánea modificación del propio concepto de límite jurídico. Ello así, porque el mismo se usará para aludir a la acción o acciones de una tal autoridad y su relación de adecuación con aquello que establece una norma preexistente o pensada por el jurista. Para este último, que para Kelsen no constituye ninguna autoridad normativa¹⁶, resulta imposible identificar ninguna autoridad sin recurrir a normas válidas del ordenamiento dado que son ellas, las únicas que pueden, en ese mismo ámbito, instituir las como tal. En suma, que la identificación de esta autoridad será llevada a cabo sólo a partir de normas positivas o bien, pensadas como hipótesis de trabajo. Tal tarea consiste en producir enunciados cuyo sentido es proporcionar información acerca del contenido de las normas válidas (existentes u obligatorias) que constituyen el ordenamiento jurídico.

¹⁵ Vide: JOHN AUSTIN, obra citada, página 35 y siguientes. El autor distingue las leyes propiamente dichas (es decir, aquellas que se originan en mandatos de la autoridad soberana) de aquellas que provienen de la divinidad o bien, de "...las opiniones o sentimientos sustentados por un conjunto indeterminado de hombres en relación a la conducta humana" (mores o moral positiva), que califica como leyes impropias.

¹⁶ Vide: HANS KELSEN, *Teoría Pura del Derecho*, obra citada, páginas 84 y siguientes. Ello así, porque la función del jurista es describir, en forma austera y neutral, mediante proposiciones, aquellas normas consideradas válidas por ser promulgadas por la autoridad normativa, conforme al procedimiento establecido en el mismo orden jurídico y en ocasiones, también conforme al contenido admitido por el mismo.

Por cierto, el contenido de la norma suprema del ordenamiento podría aludir sólo a hechos empíricos para identificar a la autoridad soberana sin indicar, simultáneamente, ningún tipo de procedimiento ni establecer cuáles pueden ser aquellos contenidos admisibles para las normas que se encuentre facultada a promulgar y que, por tanto, los destinatarios deberán obedecer. Sin embargo, nada impide que se puedan estipular otros criterios adicionales tales como establecer, para identificar a los individuos que poseen ese status normativo, que deban observar un determinado procedimiento para que sus normas sean susceptibles de que el jurista las califique como válidas. Por último, bien puede ser el caso de que se verifiquen determinados límites normativos acerca de cuáles pueden ser los contenidos que –quienes poseen ese status– tengan capacidad normativa para incorporar a las normas que pretendan promulgar¹⁷. Ello así, porque al ser el Derecho quien determina de qué forma y dentro de qué límites los órganos encargados del manejo de la coactividad deben llevar a cabo actos de ese tipo, resulta que en todos los casos, esos criterios para su identificación resultarán internos al mismo.

Se puede concluir que el criterio que usa el jurista a fin de identificar a la autoridad suprema o soberana se vinculará siempre a una determinada norma que establecerá respuesta a la pregunta sobre los límites jurídicos impuestos a su ámbito de actuación dentro del orden jurídico. Así, si las normas del ordenamiento determinan su status a partir de su capacidad fáctica, la conclusión respecto de la existencia de tales límites es que ellos sólo se vincularan con la estipulación normativa de un único requisito para instituirse como tal.

Pero los criterios con los cuales se delimita el ámbito de validez personal de las acciones de esa autoridad, y que son los usados por el jurista para identificarla, pueden tornarse más complejos. Ello

¹⁷ Es curioso observar en la obra de H. L. A. Hart que, luego de advertir que John Austin omite tomar en consideración aquellas reglas que confieren potestades – reglas secundarias, en la terminología del autor – manifieste que las autoridades normativas supremas “...*pueden ser limitadas o ilimitadas, a personas que reúnen ciertos requisitos, para legislar mediante la observancia de cierto procedimiento.*” (Cf.: H. L. A. HART, obra citada, página 96). En varias ocasiones, pero en especial con anterioridad a esta cita – concretamente en página 80 a 88 –, el expositor no parece entender que las reglas secundarias de cambio, es decir, en especial aquellas que otorgan potestades públicas para la promulgación de normas primarias, también significan un límite jurídico para el soberano descrito conforme al criterio de John Austin. En lo personal, estimo que los límites jurídicos no sólo puede ser establecidos en virtud de reglas que prohíban a esa autoridad dictar normas primarias con un cierto y determinado contenido. Una regla secundaria de cambio, puede otorgar potestades para establecer limitaciones procedimentales tales, como por ejemplo, exigir unanimidad para la promulgación de normas jurídicas con determinados contenidos. No veo la justificación para negar a este eventual tipo de criba, el carácter de límite jurídico.

sucede en la mayoría de las sociedades contemporáneas cuando el derecho adquiere institucionalidad y para ello, además de establecer ciertas formalidades, requiere el cumplimiento de deberes respecto de cuestiones –de carácter material o sustancial– que, aun bajo el cumplimiento de aquellas formalidades y aunque sus deseos sean contrarios a lo que esas normas disponen– deberán ser obedecidas por estas altas autoridades, si es que pretenden que el jurista les reconozca validez.

Como lo expresa Kelsen:

*“...es erróneo representarse “tras” o “junto” a este “Derecho” al “Estado” (esto es, las normas primarias que estatuyen de modo inmediato el acto de coacción) como un aparato coactivo en sentido estricto y genuino, como una especie de factor de garantía o protección. Seguramente, la antitesis que se plantea entre Derecho y Estado alimentase de esta representación”*¹⁸.

Por tanto, la descripción, dentro de la teoría de Hans Kelsen, no se vincula tanto con una cuestión ontológica respecto de la descripción de cómo se instituye jurídicamente esa autoridad suprema. Más bien, se encuentra justificado sostener que tal diferencia, se relaciona con un determinado método para organizar el propio material jurídico¹⁹. Por eso, es posible sostener que para Kelsen constituye una hipótesis central adjudicar, como objeto de la ciencia jurídica, una determinada organización u orden normativo respecto de la forma de ejercitar la coactividad por parte de cualquier órgano –que asuma la calidad de autoridad en cualquier grado de jerarquía normativa– y su relación con determinadas acciones humanas que constituyen la condición para que surja la relación imputativa, entre ésta última y el acto coactivo debido. De otro modo, la relación se expresa, en forma definitoria, mediante enunciados que asumen un carácter hipotético condicional dentro de los cuales, específicamente en su consecuencia, se encuentra el acto debido (coactividad); y, a su vez, en el antecedente la descripción genérica y abstracta de una acción u omisión cuya eventual ocurrencia es calificada por el ordenamiento como condición normativa fundamental para poner en marcha, dinámicamente, el aparato coactivo legalmente organizado. Como nuevamente lo afirma el propio Kelsen:

¹⁸ Cf.: HANS KELSEN, *Teoría General del Estado*, Editorial Labor S.A., Barcelona, 1934, trad. Luis Legaz y Lacambra de Allgemeine Staatslehre, Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaften, 23. Band, Berlin, Julius Springer, 1925, pág. 69.

¹⁹ Sobre el carácter epistemológico de esta controversia nos hemos extendido en un trabajo realizado conjuntamente con la Profesora Celia Beatriz Abril. Remito a ella expresamente: ABRIL, CELIA BEATRIZ Y ABRIL, ERNESTO, “La teoría del derecho según observadores y participantes”, en *Revista de la Facultad*, Universidad Nacional de Córdoba, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Vol. 3, Año 1995, Nueva Serie., Córdoba, 1995, página 11 y siguientes.

“Por lo que se refiere al poder en tanto que fenómeno social podemos decir que el poder, el poder social, sólo viene en cuestión dentro del marco de algún orden que regule la conducta humana. No se trata de una relación de prepotencia material tal como constituiría el caso de un hombre que por ser más fuerte que otro pudiese forzarlo de hecho a seguir cierta conducta, de modo similar a como un hombre pudiese dominar un animal o talar un árbol. Para que se puede considerar como superior al individuo que ejerce la autoridad, es necesario presuponer la existencia de un ordenamiento que regula la conducta recíproca de los sujetos sobre los que se da la relación de poder. El poder social está siempre organizado, de una manera u otra, incluso en los casos en que se presente más crudamente. En todo caso, el llamado poder político, es decir, el poder del Estado, es un poder organizado”²⁰.

4. El origen de la actual discusión sobre el problema de los límites jurídicos

Dije anteriormente que el problema de la posibilidad de establecer límites jurídicos a la autoridad suprema de un orden jurídico, es relevante y constituye un problema de difícil solución para la Teoría y la Filosofía del Derecho. Establecí también, por qué se considera relevante para el jurista la determinación del criterio que sirve para la identificación de la autoridad suprema del ordenamiento normativo. Sin embargo, también manifesté mis apreciaciones críticas al considerar que las ideas sobre la posibilidad de establecer tales límites, en el caso de llegar a justificarse en el plano de la Teoría o Filosofía del Derecho, sólo aludan a ciertas prohibiciones que las propias normas jurídicas establecieron –de modo irrevocable– para incluir en ellas determinados contenidos y por tanto, se soslaya la posibilidad de que estos límites puedan ser también de un carácter estrictamente procedimental. Es conocido que para la organización de un Estado, como sucedió en la Alemania en tiempos del nazismo –cuya característica autocrática es hoy indiscutible– se utilizó, para justificar la legalidad de su instauración, las propias normas que contenía la Constitución vigente en ese tiempo. Aludo aquí expresamente, a la asunción, en su momento, de una mayoría parlamentaria que favorecía los designios de Hitler y que, posteriormente, lo elevó al carácter de máxima autoridad de ese mismo orden normativo. Por esa razón, luego del derrocamiento del citado régimen, esta vieja discusión teórica se actualizó frente a la promulgación de una nueva Ley Fundamental durante el año 1949²¹. A su vez, ella se vio incrementada al establecerse una nueva modificación de esa Ley Funda-

²⁰ Cf.: HANS KELSEN, *Derecho y Paz en las relaciones internacionales*, obra citada, página 93 y 94.

²¹ Concretamente se promulgó el Artículo 79 que estableció que cualquier reforma constitucional se llevaría a cabo por un procedimiento que debía ser establecido por una

mental, el 24 de junio de 1968. Mediante ella se agregó un cuarto párrafo a su artículo 20²². Esta incorporación obedeció a la necesidad de impedir mediante la instauración de esos límites sustantivos para cualquier autoridad, en especial, para que la propia autoridad constituyente no pudiese modificar esos contenidos de la Ley Fundamental, es decir, aquellos que prohibían el cambio de la división del Estado Alemán en Landers y aquellas que establecían que todo poder deviene del pueblo y que son inviolables las cláusulas que establecen las garantías fundamentales para el resguardo de la dignidad de las personas. El problema interpretativo se generó porque la última modificación introducida en esa Ley Fundamental estableció que, ante cualquier alteración de esos contenidos, todo ciudadano alemán recobraba el derecho de resistir o, de otro modo, intentar por cualquier medio que tales normas fuesen obedecidas por las autoridades instituidas en esa ley fundamental tal y como se promulgaron. Este tipo de cláusulas constitucionales fueron ulteriormente incorporadas a las Constituciones de diversos países, entre los cuales se encuentra el nuestro²³.

5. Argumentos sobre la posibilidad de establecer límites jurídicos a la autoridad suprema

Frente a ello, muchas fueron las críticas ante la promulgación de normas constitucionales con este tipo de contenido y fundamentalmente, sobre el sentido que cabe adjudicarles frente a la propia autoridad soberana. Ernesto Garzón Valdés señaló que son cuatro los argumentos que se usan para defender la tesis de que la instauración de este tipo de límites jurídicos carece de sentido²⁴. El primero de ellos se podría denominar "*argumento de la contradicción*". El mismo se concreta mediante la tesis de que si una norma jurídica no es otra cosa que un mandato dado a conocer por quien no se encuentra en estado de sujeción a ningún otro, resulta una contradicción en los términos sostener que ella pueda considerarse válida o, de otro modo, sería como soste-

Ley aprobada por dos tercios de los miembros del Parlamento Federal y por los dos tercios de los miembros del Consejo Federal. En su tercera parte, este artículo dispone: "*Es inadmisibles toda modificación de esta Ley Fundamental que afecte a la división de la Federación en Landers o el principio de la cooperación de los Landers en la legislación o los principios establecidos en los Artículos 1 y 20.*"

²² El nuevo párrafo cuarto del Artículo 20 dispone que: "*Contra cualquiera que intente derribar este orden, les asiste a todos los alemanes el derecho de resistencia, cuando no fuere posible otro recurso.*"

²³ Adviértase lo dispuesto por el artículo 36 de nuestra Constitución Nacional y lo que establece el artículo 17 de la Constitución de la Provincia de Córdoba, al incorporar el mismo derecho bajo similares supuestos.

²⁴ Vide: ERNESTO GARZÓN VALDÉS, "Las limitaciones jurídicas del soberano", incluido en *Derecho, Ética y Política*, CCEC, Madrid, 1993, página 181.

ner que esa autoridad normativa es soberana y no soberana al mismo tiempo. El segundo argumento podría calificarse como “*del regreso al infinito*” y se sostiene en la idea de que si, en forma simultánea, presuponemos que una característica definitoria de la autoridad soberana es su independencia respecto a otros individuos de igual rango, resultaría que al reconocer que existe una limitación jurídica de este tipo, entonces se sostendría que ella se encontraría a su vez, en estado de sujeción a otro soberano y, de esa forma, la cadena de sujeciones concluiría siendo infinita. El tercer argumento podría denominarse “*la imposible auto imposición*” dado que, si una norma jurídica constituye la expresión del deseo de la autoridad soberana, promulgar una norma jurídica –que tiene como exclusivo destinatarios a esos mismos individuos que la instituyen (norma autónoma)–, no podría determinar ningún tipo de estado de sujeción. Ello así, porque si el individuo o grupo de individuos en cuestión resultan efectivamente soberanos, tienen que estar en condiciones de derogarla cuando lo deseen y ello, demostraría que tal norma no puede significar el establecimiento de limitación jurídica alguna respecto de sus futuros mandatos. El último argumento puede designarse como “*la inevitabilidad del despotismo*” y sostiene que, aún presuponiendo que fuese posible la promulgación y el ulterior reconocimiento de la validez de ese tipo de normas, ello no constituye ningún obstáculo ni proporciona garantía alguna de que, por esa vía, los ciudadanos puedan impedir la eventual instauración de un despotismo cuando así lo desee y exprese esa misma autoridad que profirió ese mandato irrevocable²⁵.

La respuesta de Kelsen a los fundamentos del primer y segundo argumento es que, mediante su uso, no es posible distinguir entre el individuo o grupo de individuos que logran dominio sobre el resto del grupo, respecto de las normas jurídicas que se promulgan para definir, o bien, fijar las condiciones que se deben satisfacer para detentar ese status normativo de autoridad suprema. Ello así, porque toda la fuerza de ambos argumentos radica en la estipulación que contiene la propia definición de esa autoridad, es decir, su caracterización mediante el criterio de que se encuentre efectivamente libre de toda sujeción a otro u otros individuos. Tampoco puede ser descriptiva de toda convención

²⁵ Es necesario recordar la debilidad de este argumento porque, como lo expresa Ricardo A. Caracciolo, no hay forma de eliminar esta cuestión si es que por “*poder*” se entiende estar en condiciones de actuar conforme a nuestros propios criterios o bien, conforme a los criterios establecidos en la norma jurídica porque, en este sentido, “*...la propia norma implica la posibilidad de su incumplimiento.*” (Cf.: RICARDO A. CARACCILO, “Discreción, respuesta correcta y función judicial”, incluido en *Estado de Derecho y Democracia – Un debate acerca de la rule of law*, SELA 2000, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2001, página 214.

que se use para definir a esa autoridad dentro de cualquier sociedad política e independiente ni guarda relación suficiente con la regla de uso común que le otorga ese significado dentro del lenguaje jurídico. Por su parte, el tercer y último argumento, no contribuyen a quitar fortaleza a la tesis que sostiene que aquellos que usan este criterio, confunden al individuo como ser psicofísico con el concepto normativo de persona. De este modo, estos argumentos muestran que por '*límite jurídico*' sólo se entiende aquella situación en que un individuo, aún cuando quiera o desee realizar cierta acción (o bien, su omisión), se encuentra impedido a llevarla a cabo (u omitirla), sea porque existe un estado psicológico de sujeción o bien, porque no se encuentra en efectiva posesión de aquellos medios que generen una nula probabilidad de que le sean impuesta gravosas consecuencias si sus acciones no se adecuan al mandato en cuestión. Si se mantiene toda esta caracterización de lo que el jurista asigna al término '*límites jurídicos*', no existirá posibilidad de explicar las relaciones que se establecen entre autoridades y personas individuales en virtud de las más diversas normas que componen el orden jurídico. Lo que se describe, en suma, es la situación en que se encuentra el destinatario de esas ordenes o imperativos, cuando el emisor esta en posesión de medios fácticos de imposición y que, a su vez, es lo único que asegura o garantiza la realización de la acción u omisión contenida en el mandato de esa autoridad. Tal descripción de la situación no es suficiente para proporcionar una explicación en términos de capacidad normativa. De otro modo, ninguno de los argumentos logra proporcionar una adecuada explicación de la forma en que, dentro del lenguaje jurídico, es posible pasar del uso del término '*poder*', en tanto capacidad de dominio o mando sobre aquellos que integran la comunidad; a la idea normativa de poder, es decir, de competencia u otorgación de potestades para promulgar normas jurídicas que se reconocen como válidas.

En tal sentido, parece obvio que mientras pretendamos hablar de "soberano" en tanto institución suprema de un ordenamiento jurídico se tornará necesario contar con ciertas reglas de tipo definitorias, determinativas o constitutivas que son, en definitiva, las que cuentan como límite externo del lenguaje mediante el cual, el jurista alude a ellas. Tal cuestión no parece que sea necesaria en el caso de que nos propongamos referirnos a un individuo o grupo de individuos y, en especial, a su habilidad para imponer fácticamente ciertas conductas dentro del grupo social al que pertenece. Ello así, porque en este último caso, los enunciados se dirigen a explicar con qué recursos materiales, por qué y cómo es que se producen los hechos que determinan esos hábitos de obediencia. Por el contrario, en la descripción que proporciona la teoría de Kelsen tal cuestión no es empírica en modo alguno

dado que su carácter normativo resulta definitorio respecto de la cuestión de determinar los límites jurídicos como criterio para identificar quien posee ese status de autoridad soberana.

6. Consideraciones finales

Por todo ello, si aceptamos que una teoría constituye un conjunto de conceptos, definiciones y proposiciones relacionadas entre sí. Si además, sostenemos que ella debe presentar un punto de vista sistemático respecto de un fenómeno como, en nuestro caso, el de la autoridad jurídica suprema y sus relaciones con determinadas variables que, en cuanto aquí interesa, refieren al tipo de límites que permiten caracterizarla y por tanto, identificarla, se impone efectuar una reflexión sobre la utilidad que cada una de las teorías expuestas posee para esos fines. Ello así, porque una teoría resultará útil si puede contribuir a una descripción y explicación correcta del fenómeno al que alude; si es que permite una mejor organización de su conocimiento, y por último, si puede orientar con eficiencia las futuras investigaciones al respecto.

Por ello, para concluir y con el fin de ponderar críticamente las teorías expuestas, recurriré a ciertas características que se emplean para evaluar su rango científico. Consideraré cuatro de las que se estiman indispensables y finalmente, destacaré una cualidad que sólo se considera deseable para ello.

6.1. Capacidad de descripción y explicación

Se afirma que una teoría debe poseer suficiente capacidad descriptiva y explicativa del fenómeno al que pretende circunscribirse. A su vez, que pueda contribuir a su descripción implica varias cuestiones que deben ser ponderadas. Algunas de ellas son: que proporcione una definición adecuada del fenómeno; que determine con precisión cuáles son sus características distintivas; y al mismo tiempo, que establezca las condiciones bajo las cuales se presenta o bien, las diversas maneras en que el fenómeno se manifiesta frente al investigador. A su vez, que proporcione una adecuada explicación significa que permita incrementar el entendimiento de las causas del fenómeno.

Desde esta perspectiva, considero que una descripción puramente fáctica de lo que acontece respecto de la forma en que se establece un orden jurídico en cualquier sociedad, no es una cuestión que deba soslayarse siempre que ello se lleve a cabo dentro de una investigación sociológica. Aún así, la descripción que proporciona John Austin resulta insuficiente desde esa perspectiva. En efecto, desde la sociología jurídica se sostiene que en la lucha de carácter político por el poder, su objetivo siempre será alcanzar el dominio. Sin embargo, conforme a Theodor Geiger:

“El establecimiento primario de un dominio, esto es, el monopolio del poder integral, se hace posible gracias a una constelación de relaciones internamente concurrentes de poder, momentáneas y quizás transitorias. Pero inmediatamente se crea una institución...lo que es la conducta real de los dominados no se sigue sólo de la voluntad del detentador del poder, sino también de otros factores que escapan a su control y que hasta una orden expresa de acción por parte de quien detenta el poder es con frecuencia un compromiso anticipado con las resistencias latentes de la voluntad de otros, por ejemplo, de los destinatarios de la orden”²⁶.

Desde la perspectiva en que el jurista se ubica para describir el fenómeno jurídico, esta característica distintiva y específica de una teoría se presenta con mayor precisión y claridad en la obra de Hans Kelsen. Ello así, porque Kelsen percibe que la perspectiva descriptiva que debe asumir el jurista respecto del fenómeno jurídico no puede ubicarse en un plano de enunciados que sólo refieren a cuestiones empíricas que, habitualmente, suelen ser sustituidas por definiciones ostensivas acerca de quién o quiénes son aquellos individuos que concretamente detentan el poder de mando dentro de una determinada sociedad. Por el contrario, el conocimiento del orden jurídico positivo resulta mucho más complejo que aquel que circunscribe la teoría de John Austin. En principio, resulta necesaria la existencia de una norma que establezca una relación imputativa entre las más diversas acciones humanas. Ello así, porque es relevante a este nivel la necesidad de recurrir a convenciones que son propias del lenguaje del jurista cuando éste alude a relaciones normativas. Que una norma tenga sentido para el jurista es algo que se vincula a la especificidad del propio lenguaje que éste utiliza para describir el orden jurídico y dentro del mismo, entre otras cuestiones de no menor importancia, a las personas que son calificadas como autoridades, cualquiera sea su rango o status normativo. Como bien lo señala Roberto A. Vernengo *“Ni las palabras lógicas, ni los términos universales (por ejemplo: “derecho”) pueden ser definidos mediante una demostración o exhibición deíctica de su sentido”²⁷*. Los enunciados jurídicos adquieren el sentido de proposiciones no sólo cuando se orienten por alguna clase de acciones, en este caso, por ejemplo, a determinados hábitos de obediencia. Operar con el lenguaje jurídico de esta forma implica un exceso de restricción de aquellas reglas de formación del lenguaje que el jurista está dispuesto a considerar como jurídico. Dentro de la Teoría de Kelsen, los requisitos de formación de enunciados que indican o determinar los ámbitos de validez normativos, tie-

²⁶ Cf.: THEODOR GEIGER, obra citada, página 330.

²⁷ Cf.: ROBERTO J. VERNENGO, *La interpretación literal de la ley*, Segunda Edición Ampliada, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994, página 25.

nen que considerarse como reglas internamente constitutivas de aquellos que el jurista identifica como propios del ámbito jurídico.

6.2. Consistencia lógica

Cuando aludimos a la consistencia lógica de una teoría queremos destacar que sus proposiciones deben estar interrelacionadas; que ellas sean mutuamente excluyentes (que no exista repetición o duplicación entre ellas); y finalmente, que no contenga contradicciones internas o incoherencias. En este sentido, se advierte que las proposiciones de las teorías expuestas, pese a lo dicho precedentemente, mantienen estricta coherencia con sus axiomas básicos y respetan las reglas de inferencia establecidas. El problema, insisto, radica en que la versión de Austin tiene por objetivo la clarificación de un problema que se presenta más próximo a la ontología jurídica y además, desde esa misma perspectiva, resulta insuficiente para proporcionar una descripción de lo que significa tener autoridad dentro del orden jurídico. En el caso de la teoría de Kelsen, ella refiere específicamente a un problema epistemológico o en otros términos, a la forma en que el jurista organiza el material normativo que puede, pero no necesariamente, relacionarse con hechos empíricamente observables. Por tanto, su explicación se dirige a la forma en que se encuentra regulada la conducta humana dentro de una comunidad, es decir, de un modo imputativo. De allí que sea desaconsejable que el jurista cometa que lo se designa como sincretismo metodológico, es decir, el que se produce cuando se involucra, indiscriminadamente, aquella explicación que organiza el acontecer desde la perspectiva de su mera regularidad y de los factores que causalmente la pueden provocar, con aquella que lo hace aludiendo a la forma en que se encuentran regulada las acciones humanas mediante normas positivas.

6.3. Perspectiva

Que una teoría tenga perspectiva significa que posee nivel de generalidad y en nuestro caso, esta característica se presenta cuando mayor es su alcance explicativo y el número de aplicaciones que admite respecto del fenómeno jurídico. Considero innegable que el poder explicativo de la teoría de Kelsen respecto de lo que significa detentar status de autoridad suprema o soberana, resulta superior en este sentido, a la que proporciona John Austin. Ello así, sin pretender agotar todas las distinciones que logra proporcionar, porque hace posible advertir la diversidad existente entre la idea de individuo (fisiológicamente considerado) y la persona, como una construcción típica que los juristas emplean para indicar el ámbito personal de aplicación de las normas que componen el orden jurídico. Asimismo, destaca con mayor exactitud que el lenguaje que usan los juristas posee límites externos.

Límites que no son establecidos sólo en razón del mero hábito en la conformación del comportamiento colectivo, dado que ello sólo puede constituir una prueba indirecta de la existencia del orden jurídico. Por el contrario, se alude específicamente al establecimiento de convenciones que únicamente los seres humanos establecen y usan para calificar las más diversas relaciones en las que se involucran por vivir en sociedad. A su vez, también hace posible distinguir con relativa claridad cuando es el caso que determinadas personas detenten y puedan hacer uso del status de autoridad y cuando, ellas mismas lo hacen como simples personas individuales. Finalmente, se permite observar con mayor precisión la distinción entre hechos brutos (tal como proferir ordenes o mandatos) respecto de hechos institucionales (es decir, cuando esas mismas acciones son descriptas como el resultado de su adecuación a la norma positiva que regula la forma y contenido para darlas a conocer o expresarlas).

6.4. Fructificación (heurística)

Se trata en este caso del potencial de una teoría para generar nuevos interrogantes y descubrimientos o de otro modo, de aquellas que en mayor medida originan la adquisición nuevos conocimientos respecto del derecho. En este sentido, nuevamente la teoría de Kelsen presenta esa característica en forma más acentuada que la expuesta por John Austin. Es obvio que tal afirmación no soslaya las dificultades y oscuridades que, en varios aspectos, presenta la teoría de Kelsen²⁸. Es posible que muchos de esos problemas tengan fundamento dentro del contexto en que sus investigaciones fueron llevadas a cabo y en especial, a los desarrollos ulteriores de la semiótica y de la propia lógica deóntica. Sin embargo, la organización sistemática de sus ideas respecto del fenómeno jurídico constituye el intento más destacado por otorgar a la teoría general una más estricta vinculación con la racionalidad. No por casualidad, por ejemplo, la teoría de los conceptos jurídicos fundamentales comenzó a constituirse, a partir de sus ideas, en una nueva y especial preocupación de los teóricos del derecho y se desplegó, posteriormente, con desarrollos que permitieron nuevas y relevantes investigaciones al respecto²⁹.

6.5. Parsimonia

Por último, se alude a una cualidad deseable de cualquier teoría, es decir, que ella se presente como simple o sencilla. Se trata de que

²⁸ Se señalan algunas de estas oscuridades e imprecisiones en ABRIL, CELIA B. y ABRIL, ERNESTO, obra citada, página 29.

²⁹ Vide: HOHFELD, W. N., *Conceptos Jurídicos fundamentales*, C.E.A.L., Buenos Aires, 1968.

logre explicar una variedad de fenómenos internos al derecho mediante unas cuantas proposiciones sin que por ello, se omitan aspectos que sean relevantes a su respecto. Es obvio decir que una teoría sencilla no implica que ella pueda calificarse de superficial. En ambas teorías expuestas se verifica esta cualidad. Ambas ponen el acento en el elemento coactivo que se vincula con el fenómeno jurídico. Sin embargo, nuevamente en el caso de Kelsen, resulta notorio que predomina en su teoría una extrema preocupación por destacar que la característica del fenómeno jurídico no radica en el mero estudio de la propia coactividad. Su teoría se esfuerza en mostrar al derecho como un orden acerca de la forma en que debe funcionar el aparato coactivo estatal. No es este el caso en la teoría de Austin, dentro de la cual se constituye como núcleo de la explicación la presencia de proposiciones que hacen referencia exclusiva y excluyente al grado de probabilidad empírica de que, el destinatario de los mandatos de la autoridad soberana, pueda verse expuesto a sufrir daños en el supuesto de que esos mandatos u ordenes imperativas no sean acatados.

Bibliografía:

ABRIL, CELIA BEATRIZ Y ABRIL, ERNESTO, “*La teoría del derecho según observadores y participantes*”, en *Revista de la Facultad*, U.N.C., Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Vol. 3, Año 1995, Nueva Serie., Córdoba, 1995.

ABRIL, ERNESTO, *Las limitaciones del soberano*, 54, Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, ITAM / Fontamara, México, 1998.

AUSTIN, JOHN, *El objeto de la Jurisprudencia*, Traducción y estudio preliminar de JUAN RAMÓN DE PÁRAMO ARGÜELLES, CEPC, Madrid, 2002.

CARACCILO, RICARDO A., “*El concepto de autoridad normativa. El modelo de las Razones para la acción*”, incluido en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 10, Alicante, España, 1991; “*Discreción, respuesta correcta y función judicial*”, incluido en *Estado de Derecho y Democracia – Un debate acerca de la rule of law*, SELA 2000, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2001.

CARRIO, GENARO R., “*Sobre los límites del lenguaje normativo*”, incluido en *Notas sobre Derecho y Lenguaje*, Tercera Edición Aumentada, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1985.

GARZÓN VALDÉS, ERNESTO “*Las limitaciones jurídicas del soberano*”, incluido en *Derecho, Ética y Política*, CCEC, Madrid, 1993.

GEIGER, THEODOR, *Estudios de Sociología del Derecho*, Trad. de Arturo Camacho, Guillermo Hirata y Ricardo Orozco, Fondo de Cultura Económica, México, 1983.

HART, H. L. A., *El concepto de derecho*, trad. GENARO R. CARRIO, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1977.

HOHFELD, W. N., *Conceptos Jurídicos fundamentales*, C.E.A.L., Buenos Aires, 1968.

HOSPERS, JOHN, *Introducción al Análisis Filosófico*, Trad. de Julio César Armero San José, Revisión de Néstor Mígues, Alianza Editorial, Madrid, 1980.

KELSEN, HANS, *Teoría Pura del Derecho*, trad. ROBERTO J. VERNENGO, ITAM, México, 1979. *El derecho internacional y el Estado*, Trad. de Florencio Acosta -Prólogo de Luis Recaséns Siches, FCE, México, 1986; "Zur Theorie der Juristischen Fiktionen, mit besonderer Berücksichtigung von Vaihingers Philosophie des Als-ob" ("Sobre la Teoría de las Ficciones Jurídicas, con especial consideración a la Filosofía del "Como si" de Vaihinger"), publicado en *Annalen der Philosophie*, I. Band, 1919. Aparece publicado en WRS; *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre* (El problema de la Soberanía y la Teoría del Derecho Internacional. Aportación a una teoría pura del Derecho). Tubingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1920; *Naturaleza y Sociedad.*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1945, la edición no indica su traductor; *Teoría General del Estado*, Editorial Labor S.A., Barcelona, 1934, trad: Luis Legaz y Lacambra de Allgemeine Staatslehre, Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaften, 23. Band, Berlin, Julius Springer, 1925.

RÓDENAS CALATAYUD, ÁNGELES, *Sobre la Justificación de la Autoridad*, CEPC, Madrid, 1996.

TURÉGANO MANSILLA, ISABEL, *Derecho y Moral en John Austin*, CEPC, Colección El Derecho y la Justicia, Madrid, 2001.

VERNENGO, ROBERTO J., *La interpretación literal de la ley*, Segunda Edición Ampliada, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994.

ZIMMERLING, RUTH, *El concepto de influencia y otros ensayos*, Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, N° 33, ITAM / Fontamara, México, 1993.



DISCURSO JURÍDICO, VALIDEZ E INTERPRETACIÓN

Ma. C. C. Avendaño^{1*}

Resumen: Así como puede hablarse de diferentes aproximaciones a la noción de “interpretación” en el campo jurídico –desde el temprano requerimiento de Hart a favor de la incorporación de la misma en la jurisprudencia– otro tanto ocurre con el uso del término “hermenéutica”, uso que suele dejar de lado las complejidades de dicha tradición. En este trabajo y en el marco referido, se examinan los discursos en los que el hombre dice su acción y las nociones de conjetura y validación en relación con el discurso jurídico.

Palabras Claves: Hermenéutica – Discurso jurídico – Conjetura – Validez – Aplicación – Apropiación.

1. Introducción

La antigua polémica entre explicar y comprender –en las ciencias sociohistóricas– puede retomarse bajo una nueva perspectiva menos dicotómica posibilitando que su campo de aplicación se amplíe incluyendo tanto al texto cuanto a la *praxis*. Es más, en lo atinente a dicha cuestión se considera que una perspectiva crítica del positivismo², desde la hermenéutica³, debiera apuntar a dilucidar –en dichas ciencias– aquellos elementos que hacen fructíferas sus explicaciones,

^{1*} Prof. Titular, Investig., Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, UNC.

² El positivismo jurídico, ha sido caracterizado de modo preciso por Hart como una particular forma de estudio del derecho que supone una definición restringida del mismo, notas a las que suma: una teoría del proceso judicial, la discusión permanente de las relaciones entre derecho y moral y el carácter vinculante del derecho. Hart, H. L. A. “Legal Positivism” in *The Encyclopedia of philosophy*; P. Edwards (ed.), 1967, Vol. 16, 4, 1985, cit. in Broekman, J. M., *Derecho, Filosofía del Derecho y Teoría del Derecho*; Bogotá, Temis, 1997, p. 54.

³ La hermenéutica jurídica se constituye en el trasfondo de variados enfoques que apuntan a la función social del Derecho tales como: la jurisprudencia tópica, el *Critical*

dimensión ésta que puede variar conforme a la disciplina que se considere. En tal sentido y en relación con los estudios antropológicos, ya Geertz había señalado que la analogía del texto y su aplicación a la acción social, importa para las ciencias sociales una “profunda sacudida conceptual, un aspecto particularmente extravagante del “como si”. Geertz, destaca, a la vez, la potencia interpretativa y las ventajas de la noción ricoeuriana de “inscripción” en tanto “fijación del significado”: “Concebir las instituciones, costumbres y cambios sociales como fenómenos de algún modo “legibles” supone alterar completamente nuestra percepción de lo que es tal interpretación, así como dirigir dicha percepción hacia modos de pensar bastante más familiares al traductor, al exégeta, o al iconógrafo que al analista de test, al analista de factores o al encuestador”⁴.

En este marco, este artículo, se propone considerar los discursos en los que el hombre dice su acción lo que, en el enfoque de Ricoeur, “son ellos mismos acciones; por eso el vínculo mimético [...] entre el acto de decir [...] y el actuar real nunca se rompe del todo”⁵. Dichos discursos pueden ser aprehendidos en tres niveles:

Nivel de los conceptos que juegan en la descripción de la acción; análisis de las nociones puestas en práctica por la acción tales como intención, motivo, razón de actuar, elección, agente, etc. Plano cuyo punto de partida, lo constituye el análisis del lenguaje ordinario.

Nivel de las proposiciones en las que se enuncia la acción. Nivel que refiere a la estructura proposicional, o forma lógica, de los enunciados sobre la acción. El análisis se centra en la teoría del *speech act*, acto de habla o discurso.

Nivel de los argumentos en que se articula una estrategia de la acción, carácter propiamente discursivo. Es la lógica de la acción la que intenta dicha articulación trazando la analogía texto-acción⁶.

Aquí interesa examinar este tercer nivel apuntando a considerar las formas que adquiere el discurso de la acción en las prácticas epistemológica y jurídica. De discursos se trata, efectivamente, tanto en las leyes cuanto en las resoluciones de los tribunales y en diferentes

Legal Studies Movement y el movimiento *Law and Literature*. La hermenéutica jurídica piensa el derecho como texto. “La especificidad de la hermenéutica concierne a las concepciones sobre la aplicación del derecho [...] aplicar es interpretar, y no simplemente ajustar la ley a una situación dada.” Broekman, J. M., *op. cit.*, p. 57.

⁴ GEERTZ, C., *Conocimiento local. Ensayos sobre la interpretación de las culturas*; Barcelona, Paidós, 1994.

⁵ Ricoeur, P., *Del texto a la acción*; México, FCE, 2001, pp. 12ss.

⁶ Cfr. Ricoeur, P., *Del discurso de la acción*; Madrid, Cátedra, 1981, pp. 11ss.

actos administrativos. Interesa, pues, considerar en qué sentido puede afirmarse que la interpretación de las normas jurídicas es válida, cuál es el alcance de la noción de “validez”. Asimismo, cabe preguntarse si con dicho término se apunta a meras conjeturas, a la asignación de un valor de probabilidad o bien a la propiedad de “verdad”⁷. La hermenéutica – con sus diferentes enfoques acerca de la *narratividad*– libera a “la positividad del derecho de su esquema ontológico fundamental. El carácter positivo del derecho resulta de la estructura narrativa más amplia a la que pertenece”⁸. En lo atinente a la cuestión planteada, Taylor y Ricoeur constituyen un punto de partida ineludible pues, como ha entrevisto aquél y formulado éste, pueden trazarse correspondencias y similitudes entre la teoría del texto y la teoría de la acción. El texto y la acción hacen posible, por sus correlaciones, evidenciar la dialéctica entre comprensión y explicación. Es en este sentido que a Ricoeur le interesa hacer extensivas las nociones de *conjetura* –como sinónimo de comprensión (*verstehen*)– y *validación* –como equivalente a explicación (*erklären*)– tanto al texto cuanto a la acción.

Taylor intenta coordinar la comprensión con la explicación teleológica de la acción. Respecto de esta última no apela a entidades inobservables sino que la entiende bajo la forma de una ley que puede ser asignada empíricamente, esto es, un cierto curso de acontecimientos es requerido para un final determinado. Si consideramos la ley en un sentido causal –como en las ciencias naturales– podemos llegar –en las ciencias sociohistóricas– a reificar la “regla” y ello supone, piensa Taylor, las siguientes distorsiones: excluir rasgos fundamentales para la acción, descuidar la diferencia entre una regla y su aplicación y no examinar las relaciones entre regla y acción. De una parte, la acción es asimétrica, proyecta un futuro con un grado mayor o menor de incertidumbre y afecta a la situación. Por otra parte, la “regla”, en su “aplicación”, puede ir acompañada de juicios complejos y difíciles. De ahí que una persona con sabiduría práctica (*phronesis*) se caracteriza porque conoce cómo aplicar la regla en cada situación particular⁹.

Por lo tanto, para Taylor, hablar de propósito (*purpose*) es hablar en términos de una ley que gobierna a la acción y que refiere a un agente del cual ésta procede. Ello importa, como nota Ricoeur, redescr-

⁷ Cfr. AARNIO, A., *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica*; Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 13.

⁸ BROEKMAN, J. M., *op. cit.*, p. 64.

⁹ TAYLOR, Ch., *Argumentos filosóficos. Ensayos sobre el conocimiento, el lenguaje y la modernidad*; Barcelona, Paidós, 1997, pp. 234-36.

bir la acción en términos teleológicos¹⁰ y en tal sentido, esta redescrición es ya explicación. Para Taylor, en coincidencia con Ricoeur, el objeto de indagación es un texto o un análogo de un texto, tal como la acción humana, que en cierto modo es confusa y aparentemente contradictoria y respecto de la cual la interpretación pretende sacar a luz una coherencia o sentido subyacente. Taylor argumenta que el objetivo de las ciencias del hombre reside más en proporcionar una interpretación de los significados sociales, conectados con las prácticas e instituciones, que en suministrar explicaciones y predicciones causales. La interpretación de los significados sociales involucra clarificar el campo de conceptos –las interconexiones de un sistema de nociones– constituido por prácticas sociales (significados intersubjetivos), valores compartidos y un sentido de comunidad. Los significados a ser clarificados son aquellos de los actores sociales, quienes están comprometidos en una práctica o son miembros de una institución.

Ricoeur, como Taylor, piensa que la explicación supone la interpolación de una ley en el relato. Es el texto el que media entre la acción y el relato, texto que pasa a ser relato por la presencia de la intriga, de la *puesta en intriga* que –como nota Ricoeur glosando a Aristóteles– consiste en “la selección y combinación de acontecimientos y acciones relatados, que convierten a la fábula en una historia “completa y entera”. Por lo tanto, la intriga hace inteligible a los acontecimientos, he ahí la función referencial de la trama y su fertilidad. La narración impone un orden a los eventos, es por ello que puede decirse que un acontecimiento tiene una dimensión narrativa¹¹.

Ahora bien, importa subrayar que de acuerdo a Taylor, la validación de una interpretación es un procedimiento circular (círculo hermenéutico) y los desacuerdos acerca de las interpretaciones descansan últimamente en intuiciones en conflicto. En particular, la validación objetiva que apela a datos brutos –es decir, datos que uno no puede cuestionar por interpretaciones adicionales– no está disponible en las ciencias sociales e incluso, los significados sociales no parecen tener su base en consideraciones causales¹². Si bien Ricoeur coincide con Taylor en cuanto a que la plurivocidad común a los textos y a las acciones se exhibe en la forma de un conflicto de interpretaciones no obstante, a diferencia de éste, apela a una nueva significación de la noción gad-

¹⁰ RICOEUR, considera necesario establecer una correlación entre el plano del lenguaje ordinario y el plano de la explicación teleológica, con el fin de articular ambos discursos. *Del discurso de la acción*; Madrid, Cátedra, 1981, p. 24.

¹¹ Ricoeur, P., *Del texto a la acción*; Bs. As., México, FCE, 2001, pp. 17-18.

¹² Cfr. TAYLOR, Ch., *La libertad de los modernos*; Bs. As., Amorrortu, 2005: p. 152

americana de círculo hermenéutico a través del equilibrio entre conjetura y validación. El término “validación” tiene aquí un sentido jurídico, propio de la interpretación legal y cercano a una lógica de la incertidumbre y de la probabilidad cualitativa¹³ y ello es así, en tanto sostener que una interpretación “es más probable que otra es algo diferente de demostrar que una conclusión es verdadera”¹⁴.

2. La conjetura de sentido

La conjetura de sentido, por parte del intérprete, está precedida de una “precomprensión” (*Vorwissen*), *conditio sine quantum* de una adecuada comprensión que articula aquello a lo que el texto refiere y al lenguaje en el que lo expresa. En efecto, el jurista que interpreta una norma o considera los fundamentos de una sentencia debe apelar a sus conocimientos y prácticas específicos. Ello es señalado por Gadamer cuando subraya que el acceso al texto está dado por el lenguaje y por la pertenencia de éste y del intérprete a una determinada tradición. Al poner el acento en el lenguaje y la tradición, Gadamer apunta a una crítica de la concepción diltheyana de “comprensión” en tanto Dilthey sostiene que para superar nuestro punto de vista debemos “colocarnos dentro” del otro¹⁵.

Como nota Taylor, puede entenderse “comprensión” como una forma de “precomprensión”, pues gran parte de nuestra comprensión de los asuntos humanos es en gran medida “inarticulada”: “Da forma a nuestros juicios sin que seamos conscientes de ello [...] establece las formas y patrones de inteligibilidad.” Con esta afirmación, Taylor quiere poner de relieve que la comprensión, al ampliar sus límites, posibilita la articulación de lo que estaba implícito: “articulo lo que previamente eran límites a la inteligibilidad para verlos en un nuevo contexto, ya no como estructuras ineludibles de la motivación humana sino como una más de una serie de posibilidades”¹⁶. Es por ello que la comprensión –la comprensión sin distorsión– es posible. Esta nueva comprensión, articulada desde sus límites, define el “trasfondo común” por el cual la comparación, los contrastes y el entendimiento común pueden ser alcanzados, en palabras de Taylor: el “trasfondo” heredado –como lo denominó Wittgenstein–, “es lo que soy capaz de sacar a relucir de la condición de implícito, es lo que facilita el contexto no dicho”¹⁷.

¹³ En ese punto Ricoeur se apoya en Hirsch, E. D. Jr., *Validity in Interpretation*; New Haven y Londres, Yale University Press, 1967-1969.

¹⁴ RICOEUR, P., *op. cit.*, p. 186.

¹⁵ GADAMER, H. G., *Verdad y método*; T. I, Edic. Sígueme, Barcelona, 1988, p. 261ss.

¹⁶ TAYLOR, Ch., *Argumentos filosóficos. Ensayos sobre el conocimiento, el lenguaje y la modernidad*; Barcelona, Paidós, 1997, p. 202ss.

¹⁷ TAYLOR, Ch., *op. cit.*, p. 101.

Si, por otra parte, acordamos con Taylor en aceptar la dimensión comparativa del conocimiento en las ciencias del hombre, entonces, las diferentes interpretaciones no son inconmensurables. Inspirado en la noción de “fusión de horizontes”¹⁸ de Gadamer, Taylor considera que la diversidad de interpretaciones y de “esquemas conceptuales” son propios de la comprensión de estas ciencias, en ellas la explicación procede por un “lenguaje de contrastes transparentes (*a language of perspicuous contrast*)”,¹⁹ expresiones, a su vez, de ciertas constantes de la condición humana, presentes en uno y otro. Ese lenguaje de contrastes se debiera mostrar apto para identificar en qué aspectos el lenguaje es distorsionado e inadecuado.

Ya en relación con el juicio reflexivo, el todo aparece como una jerarquía de temas primarios y secundarios. Es por ello que su reconstrucción posee un carácter circular, ya Gadamer había señalado que la tarea es “ampliar la unidad del sentido comprendido en círculos concéntricos” destacando que la comprensión “no es una comunión misteriosa de las almas sino participación en un sentido comunitario”²⁰. Ricoeur, por su parte, considera que: “la presuposición de un cierto tipo de todo está implícita en el reconocimiento de las partes. Y recíprocamente, si interpretamos los detalles podemos interpretar el todo. No hay ninguna necesidad y no hay pruebas de lo que es o no importante, de lo que es esencial o no esencial. El juicio de importancia es una conjetura”²¹. Tal conjetura de sentido emerge en la interpretación de textos, en la *ratio legis* y en el momento de “aplicación” de la norma a los hechos del caso²². En suma, el texto puede ser visto desde diferentes puntos de vista y desde distintas dimensiones, ello confirma que la interpretación tiene el carácter de una conjetura, conjetura resultante de la plurivocidad misma del texto o de la acción. Hart había advertido –siguiendo a Waismann– la “textura abierta” (*open texture*) de los textos jurídicos: “Cualquiera sea la técnica, precedente o legislación, que se

¹⁸ GADAMER describe a las perspectivas históricamente situadas del intérprete y el texto como sus “horizontes” y a la interpretación como la fusión de ambos horizontes. Gadamer, H. G., *Verdad y método*; T. I, Edic. Sígueme, Barcelona, 1988, p. 269.

¹⁹ TAYLOR, Ch., *La libertad de los modernos*; Bs. As., Amorrortu, 2005: p. 211.

²⁰ GADAMER, H. G., *op. cit.* pp. 361-62.

²¹ RICOEUR, P., *op. cit.*, p. 185.

²² Como apunta certeramente Aarnio: “El modelo de subsunción puede describir sólo el estadio final, la llamada racionalización *ex post* de la decisión [...] el núcleo de la decisión judicial es la interconexión de las cuestiones de hecho con las cuestiones normativas. Es imposible establecer los hechos del caso sin tomar en cuenta la información de la norma. Esta información crea el marco de todo aquello que consideramos como el hecho jurídico del caso. La información normativa, en tanto “preconocimiento” del juez, es como una lente a través de la cual quien toma la decisión tiene necesariamente que deliberar acerca de la prueba de la evidencia.” Aarnio, A., *op. cit.*, p. 44.

escoja para comunicar pautas o criterios de conducta, y por mucho que éstos operen sin dificultades respecto de la gran masa de casos ordinarios, en algún punto en que su aplicación se cuestione las pautas resultarán ser indeterminadas”²³.

A diferencia de otros autores para quienes la comprensión refiere a la interpretación de “expresiones lingüísticas”, a los “diferentes significados posibles de un término” o de una “serie de palabras”, respecto de los cuales reclama por su significado “exacto”²⁴, para Ricoeur la tarea interpretativa va más allá, dado que un texto es “algo más que una secuencia lineal de oraciones; es un proceso acumulativo y holístico [...] Por eso la plurivocidad que se atribuye a los textos como tales es algo diferente de la polisemia de las palabras individuales y de la ambigüedad de las oraciones individuales en el lenguaje ordinario. Esta plurivocidad es típica del texto considerado como totalidad: abre una plurivocidad de lectura y de interpretación”²⁵. Lo dicho para el texto vale también para la acción: de ahí que Ricoeur afirme que existe una *plurivocidad específica* en el significado de la acción humana²⁶.

Por lo tanto, en el pensamiento de Ricoeur, si consideramos un texto –un texto jurídico, entre otros– como totalidad tanto éste, como las acciones a las que refiere, se caracterizan por su plurivocidad de la cual resultan lecturas conflictivas, es por ello que los procedimientos de validación se caracterizan por ser polémicos. De allí que en el campo jurídico: “Ante el tribunal, la plurivocidad común a los textos y a las acciones se exhibe en la forma de un conflicto de interpretaciones, y la interpretación final aparece como un veredicto ante el cual es posible apelar”²⁷. Por ello, la justificación de las decisiones, fundamentalmente de las decisiones discrecionales, tiene especial importancia en el campo jurídico en cuanto posibilita la apelación²⁸. Así como en el plano jurídico la sentencia es apelable, ello es común a toda interpretación en las disciplinas sociohistóricas. No obstante, mientras en relación con aquél los procedimientos de apelación se agotan en cierto punto, no ocurre lo mismo con éstas²⁹.

3. Del concepto de “aplicación” al de “apropiación”

Ricoeur considera que en *Verdad y método* subyace, desde su título mismo, una alternativa que resume en enunciados condicionales

²³ HART, H. L. A. JR., *El concepto de Derecho*; Bs. As., Abeledo-Perrot, 2004, p. 159

²⁴ Cfr: LARENZ, K., *Metodología de la Ciencia del Derecho*; Barcelona, Ariel, 1994, p. 192ss.

²⁵ RICOEUR, P., *op. cit.*, p. 185.

²⁶ Cfr: RICOEUR, P., *op. cit.*, pp. 185-87.

²⁷ RICOEUR, P., *op. cit.*, p.189

²⁸ Cfr: AARNIO, A., *op. cit.*, p. 29.

²⁹ Cfr: RICOEUR, P., *op. cit.*, p. 189.

excluyentes: “o bien practicamos la actitud metodológica, y así perdemos la densidad ontológica de la realidad estudiada, o bien practicamos la actitud de verdad, pero entonces debemos renunciar a la objetividad de las ciencias humanas”. Alternativa que se propone superar partiendo del texto, al que piensa como paradigma del distanciamiento³⁰. La cuestión planteada por Ricoeur, permite conectar con el tema de la aplicación en Gadamer dado que el mundo desplegado por el texto media entre la explicación estructural y el ser-sí mismo del lector y abre a la problemática de la aplicación en la medida que conecta a una ontología general de la cual una ontología regional, cualesquiera sea ésta, es un caso particular y único.

Para Gadamer, 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”³¹. Por lo tanto, la interpretación radica en la concreción de la ley, es decir, en su aplicación. Es factible, en principio, “concebir el ordenamiento jurídico vigente como tal, lo cual significa poder elaborar dogmáticamente cualquier complementación jurídica realizada. Entre la hermenéutica jurídica y la dogmática jurídica existe así una relación esencial en la que la hermenéutica detenta una posición predominante. Pues no es sostenible la idea de una dogmática jurídica total bajo la que pudiera fallarse cualquier sentencia por mera subsunción”³². En relación con la “aplicación”, es necesario tener presente en el campo jurídico que “no toda variación de la constelación del caso debe siempre llevar consigo ya también una nueva y diversa interpretación” de la “regla” a ser aplicada de ahí la importancia de los “precedentes”³³.

A diferencia del concepto gadameriano de “aplicación”, el concepto de “apropiación” propuesto por Ricoeur además de acercar lo que era extraño, se caracteriza por poner de relieve la propiedad de actualización que posee la interpretación la cual es análoga a la ejecución de

³⁰ RICOEUR, P. *op. cit.*, p. 95.

³¹ GADAMER, H., *El problema de la conciencia histórica*; Tecnos, Madrid, 1993, p. 89.

³² GADAMER, H., *Verdad y método*; T. I, Edic. Sígueme, Barcelona, 1988, p. 402.

³³ LARENZ, K., *op. cit.*, p. 202.

una partitura musical. Llegado a esta altura de su argumentación, Ricoeur, reconoce encontrarse aún en el marco del concepto diltheyano y subjetivo de comprensión³⁴ y busca un segundo sentido de interpretación: “más acá de la operación subjetiva de la interpretación como acto *sobre* el texto, una operación objetiva de la interpretación que sería el acto *del* texto”. De modo que, en Ricoeur, la acción analítica aparece entonces como “un simple segmento sobre un arco interpretativo que va de la comprensión ingenua a la comprensión experta a través de la explicación”³⁵. En este aspecto, Ricoeur va más allá de la propuesta gadameriana, en tanto posibilita perfilar el concepto de “explicación” entendido como validación en su relación con las decisiones y juicios jurídicos.

En tal sentido, Hart,³⁶ entiende Ricoeur, en su intento de dilucidar la imputación de la acción a determinados actores, por procedimientos jurídicos mediante los cuales los órganos competentes validan una decisión, habría señalado la vía para una teoría general de la validación en el campo del conocimiento sociohistórico. Efectivamente, según señala Hart, si se distingue el uso de reglas de reconocimiento –aceptadas al expresar *enunciados internos*– de los *enunciados externos* que tienen un carácter fáctico, en tanto afirman que dicha regla es aceptada, es posible aclarar muchas de las oscuridades relativas a la noción de “validez” jurídica: “Decir que una determinada regla es válida es reconocer que ella satisface todos los criterios establecidos por la regla de reconocimiento”³⁷. Para Hart, el discurso jurídico no consiste en aplicar leyes generales a casos particulares, sino en elaborar, en cada caso, decisiones con una única referencia. Dichas decisiones incluyen aquellos elementos capaces de recusar la demanda o la acusación³⁸.

Por otra parte, en la línea de Hirsch, Ricoeur propone una lógica de la probabilidad subjetiva. Hirsch caracteriza una interpretación “válida” como la identificación del significado de un texto que, como un

³⁴ Para DILTHEY comprender una decisión legal supone identificar las razones que la justifican. La comprensión de un argumento normativo implica una perspectiva interna que acepta la relevancia de algún sistema de normas en orden a la validación del argumento. Por lo tanto, Dilthey presenta la comprensión hermenéutica como primariamente psicologista, vuelta a la reexperimentación simpatética de la subjetividad del autor. Es por ello que, la capacidad de comprensión, es entendida como una característica de las “situaciones de vida” (*life situations*) más que una cuestión de competencia lingüística como tal. Binder, G. y Weisberg, R., *Literary Criticisms or Law*; Princeton NJ, Princeton University Press, 2000, p., 121.

³⁵ RICOEUR, P., *op. cit.*, p. 154.

³⁶ HART, H. L. A. Jr. “The Ascription of Responsibility and Rights” in *Proceedings of the Aristotelian Society*; 1948, 49, pp. 171-194 cit. por Ricoeur, P., *op. cit.*, p. 189.

³⁷ HART, H. L. A. Jr., *El concepto de Derecho*; Bs. As., Abeledo-Perrot, 2004, pp.128-29.

³⁸ RICOEUR, P., *op. cit.*, pp. 188-89.

resultado experimental, puede ser reproducido por un investigador. De ahí que Ricoeur afirme que: “Un texto es un cuasiindividuo y se puede decir, de manera perfectamente legítima, que la validación de una interpretación que se le aplica constituye un conocimiento científico del texto”³⁹. A estas decisiones, relativas a la aplicación de las leyes, pueden añadirse también las resoluciones judiciales puesto que, en la medida en que éstas deben interpretarse en función del trasfondo de las conexiones entre resolución y hecho, suponen asimismo una única referencia.

En un sentido similar al referido por Ricoeur, Aarnio al rechazar una distinción tajante entre el modelo hipotético deductivo y la interpretación, concebida al modo de la hermenéutica, intenta un avance en este tema. En el modelo hipotético deductivo “existe un intercambio dialéctico entre hipótesis y prueba” mientras que en la interpretación “el intérprete construye la situación sobre la base de una conexión interpretativa entre la parte y el todo. La conexión interpretativa que se toma como punto de partida es la hipótesis que, durante el proceso de interpretación, en parte cambia y en parte es confirmada o rechazada”⁴⁰.

Es esta dialéctica entre conjetura y validación, la que posibilita a Ricoeur reformular la noción de círculo hermenéutico trascendiendo su conceptualización original: “Conjetura y validación están en una relación circular, como enfoque subjetivo y objetivo del texto [...] El papel de la falsación lo desempeña aquí el conflicto entre interpretaciones rivales. Una interpretación debe ser no sólo probable, sino también más probable que otra”⁴¹. Es decir que, en esta lógica de validación, juegan también criterios de falsación entendidos en un sentido fuerte.

4. A modo de conclusión

El discurso de Ricoeur, en la medida en que recupera las cuestiones epistemológicas y de método, se orienta al logro de una concepción dialéctica de la interrelación entre comprensión y explicación en la cual ellas se reclaman como momentos de la interpretación: un primer momento corresponde a la comprensión, un segundo a la explicación la que a su vez se consume en la comprensión, es este último el que coincidiría con la *applicatio* que recupera Gadamer. Ricoeur, a la vez que sitúa el sentido en un lugar prioritario, piensa que la explicación es una fase que se halla en el centro mismo de la comprensión: se trata de explicar más para comprender mejor.

³⁹ RICOEUR, *op. cit.*, p. 186. Cfr. asimismo, Hirsch, E. D. Jr., *Validity in Interpretation*; New Haven y Londres, Yale University Press, 1967-1969 y Binder, G. y Weisberg, R., *op. cit.*

⁴⁰ AARNIO, A., *op. cit.* p. 116.

⁴¹ RICOEUR, P., *op. cit.*, p. 186.

Es por ello que si bien Ricoeur y Taylor coinciden en considerar que textos y acciones se caracterizan por su plurivocidad, plurivocidad que suele patentizarse en interpretaciones conflictivas sin embargo, Ricoeur redefine la noción de círculo hermenéutico buscando un equilibrio entre conjetura y validación. De ahí la importancia del concepto ricoeuriano de “apropiación” pues, si bien no hay una única interpretación, las interpretaciones de un texto son finitas. “Validación” posee aquí un sentido jurídico que se aproxima a lógica de la probabilidad subjetiva –que Ricoeur rescata del *revival* intencionalista de Hirsch–, con este enfoque Hirsch apunta a un modelo justificatorio de la comprensión y a desarrollar un criterio para validar una interpretación. En ausencia de tal criterio, la hermenéutica se transforma en una tarea sospechosa en tanto carece de un criterio que posibilite decidir si sus interpretaciones son verdaderas o falsas, evidenciando así el carácter ilusorio del círculo hermenéutico⁴².

Para Ricoeur, como para Taylor, podemos argumentar a favor o en contra de una interpretación, cotejar interpretaciones diferentes, confrontarlas o buscar acuerdos. Aquí es importante rescatar la noción tayloriana de evaluación fuerte o intrínseca (*strong evaluation*) como supuesto de las ciencias sociohistóricas. Dicha evaluación debe entenderse en un sentido gramatical wittgensteiniano en tanto no puede ignorarse la atribución de valores intrínsecos por parte de los actores sociales. En consecuencia, Ricoeur se aleja del planteo dworkiano de una “respuesta correcta” y su propuesta puede contribuir a precisar el enfoque de la interpretación jurídica de Kaarle Makkonen en tanto éste sostiene que, en su estructura lógica, la interpretación no se corresponde con un tipo de lógica bivalente⁴³.

El rechazo de Hirsch de la noción gadameriana de círculo hermenéutico es generado por el temor a caer en concepciones relativistas, relativismo que, como señala Grondin,⁴⁴ queda sin resolver en la obra de Gadamer. En relación con la interpretación jurídica y con el nivel evaluativo de la prueba algunos autores, Burns entre ellos, proponen –en su intento de precisar dicho círculo– tres movimientos circulares. Es preciso recordar aquí que el círculo hermenéutico tiene un carácter ontológico. Uno de los círculos es el ya familiar entre un “hecho” específico y las normas generales; un segundo movimiento se da entre la evaluación moral y la narrativa relativa a los hechos que se encuentra

⁴² Cf: HIRSCH, E. D., *op. cit.*

⁴³ Cf: AARNIO, A., *op. cit.*, p. 215.

⁴⁴ GRONDIN, J., “El legado de Gadamer”; Conférence prononcée, le 10 décembre 2003, à l’ouverture d’un colloque sur l’héritage de Gadamer tenu à Grenade, paraîtra en 2004-2005 dans les *Actes du colloque*.

en enunciados con textura abierta. Finalmente, el tercero apunta a valores políticos refiriendo a la identidad pública y a la narrativa mencionada. Dicha narrativa deriva de la codeterminación de la totalidad de la historia y de su soporte de evidencia, inevitablemente circunstancial. De allí que Burns afirme que no nos encontramos con un círculo hermenéutico sino con círculos dentro de círculos.

Lo problemático del planteo de Burns reside en pensar que el polo evaluativo, de cada círculo, consiste en normas que son inconmensurables con las normas que dominan los otros círculos. De ahí que, para resolver un caso justamente, sea necesario yuxtaponer más que integrar los elementos resultantes de cada círculo. Con lo cual plantea un problema que no se presenta con la noción gadameriana de círculo hermenéutico, ella permite integrar las distintas esferas. Esta cuestión requeriría ahondar en el pensamiento de Gadamer sobre filosofía práctica. Para este filósofo, el conocimiento es un conocimiento situado, no sólo porque “se comprende desde una perspectiva particular sino también en el sentido que siempre comprendemos una situación particular”⁴⁵. La perspectiva, u “horizonte”, desde el cual el intérprete comprende el texto está constituida por una situación determinada, sociohistórica y cultural. Para Burns, desde una perspectiva dworkina el juez no puede hacer “derecho verdadero” en tanto el juicio no es la mejor integración de moral, política y valores legales. Mientras que un positivista podría inclinarse a pensar que se trata de derecho, pero malo. Estas cuestiones exceden el marco de este trabajo, pues suponen entrar en problemas filosóficos acerca de prácticas, instituciones, elementos normativos y sus relaciones con las explicaciones sociales⁴⁶.

Bibliografía:

AARNIO, AULIS, *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica*; Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

BINDER, GUYORA y WEISBERG, ROBERT, *Literary Criticisms or Law*; Princeton NJ, Princeton University Press, 2000.

BROEKMAN, JAN M., *Derecho, Filosofía del Derecho y Teoría del Derecho*; Bogotá, Temis, 1997.

BURNS, ROBERT, P., “The Lawfulness of the Trial” in *American Criminal Law Review*; Vol 38, 2. Georgetown University Law Center, Gale G., 2002.

GADAMER, H., *Verdad y método*; T. I, Edic. Sígueme, Barcelona, 1988.

GADAMER, H., *El problema de la conciencia histórica*; Tecnos, Madrid, 1993.

⁴⁵ WARNKE, GEORGIA, “Literature, Law and Morality” in Krajewski (ed.) *Gadamer’s Repercussions: Reconsidering Philosophical Hermeneutics*; Berkeley, University of California Press, 2004.

⁴⁶ BURNS, ROBERT, P., “The Lawfulness of the Trial” in *American Criminal Law Review*; Vol 38, 2. Georgetown University Law Center, Gale G., 2002.

- GEERTZ, C., *Conocimiento local. Ensayos sobre la interpretación de las culturas*; Barcelona, Paidós, 1994.
- GRONDIN, JEAN, “El legado de Gadamer”; Conférence prononcée, le 10 décembre 2003, à l’ouverture d’un colloque sur l’héritage de Gadamer tenu à Grenade, paraîtra en 2004-2005 dans les *Actes du colloque*.
- HART, H. L. A. Jr., *El concepto de Derecho*; Bs. As., Abeledo-Perrot, 2004.
- HART, H. L. A. Jr., “The Ascription of Responsibility and Rights” in *Proceedings of the Aristotelian Society*; 1948, 49, pp. 171-194 cit. por Ricoeur, P. en *Del texto a la acción*; México, FCE, 2001.
- HART, H. L. A. Jr., “Legal Positivism” in *The Encyclopedia of philosophy*; P. Edwards (ed.), 1967, Vol. 16, 4, 1985, cit. in Broekman, Jan M., *Derecho, Filosofía del Derecho y Teoría del Derecho*; Bogotá, Temis, 1997
- HIRSCH, E. D. Jr., *Validity in Interpretation*; New Haven y Londres, Yale University Press, 1967-1969.
- HUTCHINSON, ALLAN, C., *It’s All in the Game: A Nonfoundationalist Account of Law and Adjudication*; Durham, NC, Duke University Press, 2000.
- LARENZ, K., *Metodología de la Ciencia del Derecho*; Barcelona, Ariel, 1994.
- NINO, CARLOS S., *Derecho, moral y política*; Ed. G. Maurino, Bs. As., Gedisa, 2007.
- RICOEUR, PAUL, *Del texto a la acción*; México, FCE, 2001.
- RICOEUR, PAUL, *Del discurso de la acción*; Madrid, Cátedra, 1981.
- TAYLOR, CHARLES, *La libertad de los modernos*; Bs. As., Amorrortu, 2005.
- TAYLOR, CHARLES, *Argumentos filosóficos. Ensayos sobre el conocimiento, el lenguaje y la modernidad*; Barcelona, Paidós, 1997, p. 202ss.
- WAIMANN, F., *Los principios de la Filosofía Lingüística*; México, Instituto de Investigaciones Filosóficas, Universidad Nacional Autónoma de México, 1970.
- WARKE, GEORGIA, “Literature, Law and Morality” in Krajewski (ed.) *Gadamer’s Repercussions: Reconsidering Philosophical Hermeneutics*; Berkeley, University of California Press, 2004.
- WEBERMAN, DAVID, “A New Defense of Gadamer’s Hermeneutics” in *Philosophy and Phenomenological Research*, Vol. 60, 1 (Jan., 2000), pp. 45-65.



UN CAMBIO EPISTEMOLÓGICO: RECONOCIMIENTO DE LA PLURALIDAD DE ASPECTOS VALIOSOS DE LAS CREENCIAS

Liliana Iannaccone*

Resumen: William Alston, conspicuo fundacionalista, propone un cambio epistemológico: abandonar la noción de justificación y concentrarse en los múltiples aspectos valiosos de las creencias. El nuevo enfoque se ocupa de elucidar los *desiderata* epistémicos "...su *viabilidad*; su *importancia*; sus *interrelaciones*". El "*punto de vista*" desde el que se articulan los *desiderata* es el objetivo de maximizar la verdad y minimizar el error. Me propongo analizar las razones para la modificación de la labor epistemológica, delinear la nueva tarea propuesta y efectuar una evaluación de la misma.

Palabras Claves: Desiderata cognitivos – Verdad – Evaluación epistémico – Giro epistemológico.

Las teorías justificacionales aparecen como un cúmulo de intrincados debates con aire escolástico (Pryor:2001). Ante esta situación Alston, propone un "giro" epistemológico. Este autor fue un emblemático defensor del fundacionalismo y su perspectiva estuvo en el centro de las polémicas sobre la naturaleza del conocimiento. En el año 1989 en su libro *Epistemic Justification* reúne parte de su vasta producción y en su introducción comienza a esbozar algunas líneas de desencanto hacia lo logrado. En 1993 aparece su artículo "Epistemic Desiderata", en el que plantea la carencia de sentido de la discusión sobre la justificación y anuncia un nuevo enfoque que caracteriza como revolucionario por separarse de las sendas recorridas. Su propuesta se ha plasmado recientemente en su libro *Beyond "Justification"* (2005).

Me propongo analizar las razones para la modificación de la labor epistemológica, delinear la nueva tarea propuesta y efectuar una evaluación de la misma.

* Licenciada en Filosofía. Profesora Titular de Problemas del Conocimiento y Formas de Razonamiento Jurídico. Facultad de Derecho y Cs. Sociales. U.N.C. Directora de Proyectos de Investigación avalados por organismos de acreditación.

1.- Abandono de un tema obsesionante: la justificación epistémica

Alston (1993), expone por qué hay que dejar de lado la noción de justificación. Su tesis es que las controversias tienen su origen en que no hay algo propiamente denominado “justificación epistémica”. Más aún, no hay ninguna *propiedad objetiva* que pueda identificarse como tal (Cfr. Iannaccone, 1995).

Efectivamente la persistencia de las disputas, afirma Alston, conduce a la *sospecha* de que no hay un único ítem común respecto del cual los filósofos están en desacuerdo. Aunque la mera persistencia de los debates, concede este autor, no es una razón suficiente para confirmar tal sospecha, ya que puede haber y las hay, disputas interminables donde es obvio que hay una cuestión común sobre la que se sostienen perspectivas incompatibles.

“Sin embargo hay caracteres de las disputas referidas a la justificación que son mejor explicadas suponiendo que no hay un único ítem llamado “justificación epistémica” respecto del cual las partes están en desacuerdo”. (1993: 532).

No hay algo suficientemente común en la “comprensión pre-teórica-ordinaria” de la justificación que nos garantice que hay un cierto ítem respecto del cual se sostienen diferentes perspectivas o puntos de vista. Ya en la introducción de su *Epistemic Justification* (1989) advertía que falta una comprensión suficientemente compartida que nos permita localizar sin ambigüedad de qué hablamos.

En “Epistemic Desiderata” (1993) el autor explica esta situación haciendo referencia a la importación del término “justificación” desde el ámbito práctico, en donde tal concepto se refiere especialmente a la acción voluntaria, al ámbito de la epistemología. Usualmente se considera que alguien está justificado en hacer algo si esa acción está permitida por ciertas normas relevantes, sean éstas de carácter legal o moral. Al ingresar este término al campo epistemológico se generan las concepciones deontológicas de la justificación de las creencias, en las que se establecen o formulan los principios epistémicos o de justificación como enunciados sobre las condiciones en que está “permitido” o “prohibido” creer *p* (“*p*” por proposición). En las concepciones deontológicas de la justificación cognitiva se supone que las actitudes doxásticas como creer están bajo control voluntario. Alston critica esta interpretación de las actitudes doxásticas especialmente en su artículo “Concepts of Epistemic Justification” (1985).

“Pero si abandonamos esa concepción, los términos de la familia de la justificación quedan sin una interpretación natural, o al menos sin su

interpretación más natural. Tal vez el curso más honesto sería abandonar totalmente el término en la epistemología". (1993: 533).

En los debates sobre la justificación epistémica falta o falla, según Alston, la identificación no teórica acerca de lo que se está discutiendo. Importa esa identificación teóricamente neutral del planteo de la justificación cognitiva, puesto que se requiere para comprender qué explican las diversas teorías de la justificación y, agregamos nosotros, permitiría una evaluación de las teorías alternativas.

En el nivel teórico tampoco se encuentra una identificación neutral de la cuestión. Se localiza la justificación diciendo que es aquello que convierte a una creencia verdadera en conocimiento. Se trata de resolver esta expresión: "Creencia verdadera + X+ lo que se requiere para tratar con los problemas de Gettier = conocimiento". Enunciado de esta manera, la justificación aparece como una cuestión inteligible y significativa, esto es, se pretende con el esquema mencionado identificar un objeto común respecto del cuál diferentes teóricos sostienen diferentes perspectivas. Pero la fórmula, según el Alston, no proporciona un modo teóricamente neutral de identificar la justificación epistémica, puesto que no provee un esquema general para decir qué es la justificación sin entrar inevitablemente en cuestiones teóricamente controvertibles.

Cabría transitar otro camino para subsanar las dificultades señaladas. Hay otros modos de tratar un problema, agrega Alston, cuando no puede darse una descripción definida de lo que se señala como único objeto. Por ejemplo, se pueden usar casos paradigmáticos como base a partir de la cual realizar generalizaciones. Se parte de prototipos relativamente no controvertibles de creencias justificadas o injustificadas. Esto sería suficiente para reconocer el concepto de justificación compartido por todas las partes en disputa, aún si nadie puede dar del concepto una definición pre-teórica informativa. En este tema como en otros, uno adquiere el concepto a partir de agrupar casos que son suficientemente similares a un ejemplar considerado paradigmático. Esto es así, por ejemplo, en los conceptos comunes de clases naturales como perro, árbol, etc. Se aprende cómo aplicar el término en determinadas situaciones al advertir o reconocer la similitud de las mismas con los casos paradigmáticos. Entonces, ¿Por qué no se podría seguir este camino para tratar la cuestión de la justificación epistémica?.

Esto sería posible, pero Alston es escepticismo respecto a esta vía:

"...las oposiciones entre diferentes escéptico de la justificación infectan profundamente el señalamiento de casos paradigmáticos y los patrones de extrapolación a partir de tales paradigmas".

“Yo no estoy sugiriendo que no hay un cuerpo sustancial de casos cuyo status justificatorio (casi) todas las partes acordarían. Pero... hay diferentes modos de extrapolar a partir de esos casos hacia otros. Y así, sobre este modo de construir conceptos, esos diferentes patrones de extrapolación a partir de los paradigmas determinarían diferentes conceptos” (1993:537).

2.- Hacia un nuevo marco epistemológico: la dirección del giro.

Alston esboza una nueva tarea a realizar dentro del ámbito de la teoría del conocimiento ante los desacuerdos endémicos sobre la justificación. Sugiere que aquello que se ha considerado como condiciones necesarias y suficientes de la justificación en las diferentes teorías sean pensadas como diferentes desiderata epistémicos, abandonando la empresa de determinar tales condiciones.

“A la luz de todo esto el juicio más razonable parece ser que las partes al menos de ciertas disputas persistentes respecto de la justificación están trabajando con diferentes conceptos, selecciones diferentes de desiderata epistémicos, no con diferentes opiniones sobre lo que se requiere para la aplicación de un concepto común. Esto no significa que en ninguna de las disputas se encuentre algo en común sobre el tópico. Los pensadores que comparten una concepción deontológica o confiabilista o de soporte evidencial respecto de la justificación pueden argüir entre ellos respecto de muchos temas menos fundamentales. Pero las disputas más radicales y persistentes, esas que implican los desacuerdos más agudos como qué es lo que se requiere para la justificación de una creencia, implican fundamentalmente diferentes concepciones de justificación. Si este es el caso es errado tratar de determinar cuál de ellas es la correcta respecto de la naturaleza de la justificación” (1993:538).

Respecto a la nueva tarea su objetivo es explorar y explicar los modos de evaluación de las creencias. Destacar los aspectos valiosos de las creencias o aquello que les da status positivo desde “un punto de vista epistémico”. Aquí es menester resaltar dos cuestiones. Por una parte, los aspectos valiosos son múltiples, varios son entresacados de las distintas teorías de la justificación. Por otra, tales aspectos resultan ser combinaciones de rasgos imposibles de reunir o compatibilizar desde esas teorías. Dentro del marco de discusión de las condiciones necesarias y suficientes para la justificación de las creencias, las condiciones establecidas en una teoría, por ejemplo la coherentista, excluía las formuladas por otra, por ejemplo la confiabilista. Sin embargo, si consideramos a esas condiciones como diversos desiderata epistémicos, esta situación no se daría.

Lo que hay que efectuar, según el autor, es una lista de desiderata y elucidar su carácter. Además, establecer "...su *viabilidad*; su *importancia*; sus *interrelaciones*" (1993:542).

3.- ¿Desde dónde realizar la nueva tarea?: la cognición humana

En vez de enfocar la reflexión en un aspecto evaluativo único es menester reconocer en las creencias una pluralidad de características o propiedades como valiosas. Ningún epistemólogo diría que no es algo valioso que las creencias estén formadas de modo confiable, o que se vinculen coherentemente unas con otras, o que sean cognitivamente accesibles a los sujetos.

La cuestión es cómo seleccionar y organizar los aspectos deseables de las creencias o desiderata. Dicho de otro modo, la pregunta es respecto a qué son valiosas las creencias, cuál es el parámetro para evaluarlas. La perspectiva está dada por lo que constituye el objetivo de la cognición humana. Alston considera que el propósito básico es maximizar la verdad y minimizar la falsedad de nuestras creencias en cuestiones que son de nuestro interés (Cfr. 2005:32). Cualquier otro objetivo adquiere sentido por su vinculación con éste. ¿Qué sería de nuestra vida sin tener creencias verdaderas o si la mayor parte fueran falsas? Para Alston, no hay nada más obvio que este es el objetivo básico, si bien no es el único.

Cabe señalar que la cognición no equivale a conocimiento, que es una forma de cognición bastante sofisticada. La forma primordial de la cognición son las creencias. Pero, el lado cognitivo de la vida humana, según la expresión de Alston "the cognitive side of human life", abarca las operaciones y condiciones de nuestras facultades epistémicas, sus productos (creencias, argumentos, teorías, explicaciones, conocimiento) y las evaluaciones de todos estos aspectos. Desde esta perspectiva la epistemología sería "la reflexión filosófica sobre los aspectos cognitivos de la vida humana" (2005: 3).

Centrarse en los desiderata epistémicos de las creencias es un aspecto central de la reflexión epistemológica aunque no agota toda su extensión. La epistemología de los desiderata es un capítulo de la epistemología entendida en sentido amplio, pero es el capítulo principal.

"Las otras cuestiones de la epistemología resultan importantes en la medida en que se relacionan con los aspectos positivos de las creencias. Las virtudes intelectuales de los Sujetos cuentan como tales porque su ejercicio tiende a proporcionar creencias correctas. Los aspectos sociales de la cognición, los métodos de investigación son tenidos en cuenta en la medida en que se valoran como medios satisfactorios para alcanzar creencias adecuadas (2005: 6).

El giro lleva entonces a una concepción diferente de la epistemología que estaba centrada en el conocimiento y en una condición considerada principal como la justificación. En ese marco, las creencias se evaluaban desde el objetivo de lograr conocimiento.

4.- La lista de desiderata

Teniendo en cuenta el objetivo de maximizar la verdad y minimizar el error se pueden estructurar distintos tipos de desiderata.

Alston presenta grupos de desiderata en los que se da cabida a la mayor parte de lo que antes eran consideradas condiciones de justificación epistémica. Aquí su propuesta, a nuestro juicio comienza a ser menos clara, porque se vuelve borrosa su noción de desiderata. Hemos visto que los desiderata son los aspectos valiosos de las creencias, los rasgos que le dan status epistémico positivo y que su valía depende del objetivo cognitivo básico. Sin embargo, en su clasificación de desiderata incluye aspectos que tienen que ver con ciertas capacidades del sujeto y con objetivos cognitivos intrínsecamente valiosos diferentes de la verdad.

Veamos esto. El grupo más importante lo constituyen los “*desiderata conducentes a la verdad*”, entre ellos se incluyen: a las creencias que están basadas en adecuadas evidencias; a las resultantes de un proceso o método confiable de formación; a las que resultan del apropiado ejercicio de las virtudes intelectuales del sujeto. La elucidación de este grupo de desiderata ocupa la mayor parte de su libro. Son consideraciones sobre los diversos procesos confiables y su relación con los distintos tipos de probabilidad epistémica. Reitera la mayor parte de los argumentos de los confiabilistas (Cfr. 2005:114ss).

Hay otros desiderata que si bien no se vinculan directamente con la verdad o probabilidad de las creencias, como los citados, contribuyen de modo indirecto con el objetivo de la cognición. En tal sentido, se mencionan estados o capacidades de S (sujeto) de un nivel superior, así, por ejemplo:

Que S pueda realizar una defensa exitosa de la probabilidad de verdad de C (Creencia);

Que S conozca o tenga creencias bien fundadas respecto del status positivo de C;

Que S tenga acceso al carácter suficiente de la evidencia que respalda C.

Estos desiderata se refieren a los modos en que reconocemos y evaluamos el status de nuestras creencias, es fácil advertir que provienen de posiciones internalistas de la justificación. ¿Qué relación hay entre esas evaluaciones de nivel superior y las creencias de primer ni-

vel?. Tener conciencia del status positivos de nuestras creencias no las convierte en probablemente verdaderas, pero permite monitorear el status de las creencias, esto es, que estén basadas adecuadamente y formadas de tal modo que se asegure su vinculación con la verdad. Por ejemplo, si yo creo que mi amigo tomó el avión porque me llamó por el celular antes de abordar tengo una evidencia de mi creencia que la hace verdadera. Mi evaluación sobre la suficiencia de tal evidencia no le agrega nada a su verdad.

Sin embargo, el S que puede evaluar discierne mejor los rasgos de las creencias que contribuyen a lograr el objetivo cognitivo y detectar aquellos modos que nos llevan a cometer errores y en tal sentido aporta algo relevante. Desde la perspectiva de la justificación, mucho se discutió sobre si el acceso y evaluación de los apoyos tenía que ser inmediato o no. Por ejemplo, para el fundacionalismo internalista de Chisholm (1977), cuando se dan ciertas creencias sobre nuestros estados de conciencia, el S identifica tales estados en el mismo momento de producirse y evalúa inmediatamente la fuerza del fundamento. Desde la visión de los desiderata no hace falta esta discusión, el reconocimiento de la adecuación de los fundamentos puede darse en distintos grados y modalidades, puede ser inmediato o requerir investigación por parte del sujeto.

Nada más sobre este grupo, menos de dos carillas, destina Alston, para estos desiderata (Cfr. 2005: 43-45; 162).

Otro grupo de desiderata son mencionados bajo el siguiente título: “Características de los sistemas de creencias que están entre los objetivos de la cognición” (2005:45), tales como: Explicación; comprensión, coherencia y sistematicidad.

Un rasgo de nuestra vida intelectual es que buscamos explicaciones de los asuntos que se nos presenta. Un leit motiv constante aparece en preguntas como: ¿Por qué paso esto?, ¿por qué cambiaron las propiedades de X?, ¿por qué se puede afirmar que estas creencias son probables?. Lo que perseguimos no es cualquier respuesta sino una explicación correcta, esto es, verdadera o probablemente verdadera. La explicación es un objetivo cognitivo valioso solo por su vinculación con la verdad.

“Las explicaciones que no proporcionan la razón verdadera de por qué algo sucede no tienen valor cognitivo en cuanto explicación” (2005: 46)

La coherencia y sistematización son condiciones que consideramos valiosas, las apreciamos positivamente en la medida en que conforman la estructura de creencias verdaderas. Los sistemas coherentes de creencias ilusorias o falsas no son valorados positivamente, esto es, no son condiciones valiosas en sí mismas.

Al final, ¿la explicación, la coherencia, etc. son objetivos cognitivos desde los cuales evaluamos los sistemas de creencias o son características valiosas o desiderata de los sistemas de creencias?. Alston no es claro al respecto y son contados los párrafos dedicados a estos desiderata, que la tradición epistemológica ha considerado extensamente (Cfr. 2005: 163-164)

5.- Una evaluación preliminar y vacilante de este giro

Lo que quisiera decir de esta propuesta es que ejerce cierto atractivo y también cierta desilusión en el modo en que la desarrolla Alston. Al respecto quisiera señalar lo siguiente:

1) Creo que efectivamente es importante luego de más de 30 años de debates sobre el tema de las condiciones de conocimiento y justificación epistémica, intentar dar una explicación de los desacuerdos.

Considero que ninguna de las razones expuestas por Alston son suficientes para adoptar el cambio, aunque puede haber otras que sí lo avalen. Lo que Alston objeta al desarrollo teórico de la justificación, sucede con casi todos los temas filosóficos. Dicho de otro modo, las supuestas referencias a la comprensión preteórica común de algunos temas, la presentación de una cuestión teórica como neutral (aunque ya está el planteo cargado de una perspectiva) y el modo de presentar “casos paradigmáticos” en cuya descripción ya se pone en juego toda la teoría es el modo de argumentar filosófico predominante. Y, por tanto, si se sacan las consecuencias correspondientes, se puede terminar propulsando un abandono no sólo del concepto de justificación, sino de la filosofía y, con ello, un giro escéptico con tono pirrónico.

2) Cualquier consideración pluralista es más rica que la unidimensionalidad y evita disputas irresolubles. Por ello, la idea de recolectar los aspectos valiosos de las creencias e indagar sobre sus interrelaciones y *viabilidad* son tareas de suma importancia. Por ejemplo, determinar la viabilidad de ciertos desiderata hace que se eluda proponer condiciones doxásticas alcanzables sólo por sujetos idealizados (Iannaccone, 2006). Lo que se pone de manifiesto en numerosas teorías justificacionales, por ejemplo, en el coherentismo de Bonjour (1985)

3) Me parece algo deseable reconocer la pluralidad de condiciones positivas de las creencias sin caer en un mero sincretismo. La selección de los desiderata tiene que realizarse desde algún o algunos puntos de vista. La pregunta que surge aquí es si el objetivo de maximizar la verdad y minimizar el error permitirá realizar la selección e interrelación de los desiderata. La noción de verdad ha producido debates tan intrincados como la justificación y si hay que resolver algo al res-

pecto antes de elegir los desiderata, creo que habrá que esperar mucho aún para dar un giro de envergadura. Si se decidiera avanzar con una concepción realista mínima supuestamente intuitiva y de sentido común, como hace Alston, hay que probar la vinculación de los desiderata con la verdad y no sólo enunciarla, para no caer en lo que Haack (Cfr.1997:59) llama una trivialización del problema de la verdad. Si los desiderata se definen de entrada por ser conducentes a la verdad la trivialización está asegurada. Y algo de esto se ve en Alston, por ejemplo cuando sostiene que “es analíticamente verdadero que las si la creencia está formada de un modo que depende de mecanismos que producen generalmente creencias verdaderas, su estar así formada la vuelve probablemente verdadera y esto implica su probable verdad” o cuando sostiene “La función de la percepción sensorial es proporcionarnos creencias verdaderas acerca de nuestro entorno inmediato, en el mismo sentido que la función del corazón bombea la sangre en el cuerpo” (2005: 33).

4) Por último, en la epistemología queda un hueco demasiado grande al dejar de lado la noción de conocimiento. Esta falta nos puede causar el mismo desencanto que los acérrimos debates sobre la justificación.

Bibliografía:

- ALSTON, WILLIAM (1986), “The Deontological Conception of Epistemic Justification”, *Philosophical Perspectives*, v.2 : Epistemology, ed. TomberlinJ.:257- 299.
- (1989), *Epistemic Justification*, Cornell University Press, Ithaca.
- (1993), “Epistemic Desiderata”, *Philosophy and Phenomenological Research*, VLIII, 3, pp.527-551.
- (2005), *Beyond “justification”. Dimensions of Epistemic Evaluation*, Cornell Uni.Press, London.
- BOUNJOUR, LAURENCE (1985), *The Structure of Empirical Knowledge*, Cambridge: Harvard University Press.
- CHISHOLM, RODERICK (1977), *Theory of Knowledge*, Englewood Cliffs,NJ:Prentice Hall 2nd ed.; versión castellana, *Teoría del Conocimiento*, Madrid: Tecnos 1982.
- HAACK, S (1997), *Evidencia e Investigación*, Tecnos, Madrid.
- IANNACONE, LILIANA (1995), “Desesperanza frente a las Teorías Epistémicas Justificacionales”. Moreno, Alberto (ed.), *Epistemología e Historia de la Ciencia*. Fac. de Filosofía y Humanidades. Univ. Nac. Cba. 1995.
- (2006) “Coherentismo, objetividad y escepticismo” en *Interpretación, Objetividad e Historia :Perspectivas Filosóficas*. Fac. de Fil. y Humanidades. U.N.C.
- PRYOR, J.(2001), “Highlights of Recent Epistemology”, *British Journal of Philosophy*, 52, pp.95-124.



SECCIÓN VII
SOCIOLOGÍA Y POLÍTICA

LLEGARA SOCIA?

La movilidad ocupacional en las grandes empresas jurídicas: Análisis de género

*María Inés Bergoglio***

Resumen: Con el interés de comprender las desigualdades de género en un sector innovador de la profesión, la investigación analizó los mecanismos de movilidad ocupacional en los grandes estudios argentinos. Empleando datos sobre 1222 abogados, se estudió la incidencia de atributos como la antigüedad, los antecedentes académicos, el género y la formación en el extranjero, en el ascenso dentro de la jerarquía organizacional. Igualmente se compararon los logros ocupacionales de abogados y abogadas en el mismo grupo de edad. Ambos análisis revelan significativas diferencias de género, que se discuten desde las perspectivas de asimilación de género, elección de género y restricciones de género.

Palabras Claves: Movilidad ocupacional – Grandes firmas jurídicas – Desigualdades de género

1. Introducción

En América Latina, la profesión jurídica está atravesando marcadas transformaciones. El aumento del número de graduados ha estado acompañado de la progresiva incorporación de las mujeres, y la profesión se ha vuelto más plural y heterogénea, tanto en términos de origen social como de género. Al mismo tiempo, surgen nuevas formas de organizar el trabajo jurídico, en las que la orientación empresarial resulta marcada. Los abogados ejercen en grupos cada vez más grandes, dentro de los cuales se acentúa la división del trabajo (Bergoglio 2007a).

** 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

La aparición de las grandes empresas jurídicas –despachos que reúnen en su seno a más de cincuenta profesionales– hace visibles estas transformaciones. Los abogados se especializan en áreas más pequeñas del conocimiento jurídico, y el clásico ejercicio independiente de la profesión se vuelve menos frecuente. Especialización y salarización crecientes subrayan el distanciamiento de los nuevos abogados respecto al tradicional perfil de la profesión (Bergoglio 2007b).

La tendencia expansiva de las grandes empresas jurídicas se comprende en las transformaciones del escenario económico asociadas a la globalización. La internacionalización de la economía implica que los actores más significativos desempeñan sus actividades productivas en relación a más de un orden jurídico. La demanda de asistencia jurídica especializada así creada abrió interesantes oportunidades profesionales para las empresas jurídicas con buenos vínculos con el extranjero, capaces de prestar asesoramiento en este espacio ampliado.

La concentración de ingresos en las grandes empresas jurídicas, y la creciente desigualdad económica entre diversos sectores de la profesión son también un componente de estas transformaciones que se repiten en el escenario latinoamericano. La segmentación de los dos hemisferios de la profesión observada en Estados Unidos (Heinz et al., 2005) se acentúa también entre nosotros. Por una parte, se encuentran los abogados que ejercen la profesión independientemente, al estilo tradicional, con escasa especialización, atendiendo las necesidades jurídicas de personas comunes, y recibiendo por ello bajos ingresos. Por otra parte, en los grandes despachos los profesionales altamente especializados asesoran a empresas que desarrollan negocios internacionales, y reciben altas recompensas económicas (Bergoglio y Carballo, 2005).

Las grandes empresas jurídicas se convierten así en un sector innovador dentro de la profesión, atractivo como espacio laboral para los jóvenes. Su estilo organizacional es percibido como un modelo, y medianos y pequeños despachos imitan su forma de trabajo. Su tendencia expansiva resulta clara, tanto si se observa la cantidad de firmas como el número de profesionales que prestan servicios en ellas¹.

¹ De acuerdo al Directorio Martindale Hubbell, había en 1999 nueve firmas de más de 50 abogados cuya oficina principal estaba ubicada en Buenos Aires. Los datos recogidos para esta investigación a partir de las páginas web de los estudios jurídicos, mostraron que seis años más tarde, esa cifra llegaba a doce. El número de abogados trabajando en las once mayores empresas jurídicas argentinas se incrementó en un 15% en un año. Pasó de 1032 en junio 2005, a 1191 en igual fecha de 2006.

Una mirada detenida al interior de estas modernas organizaciones revela sin embargo una tendencia preocupante: las desigualdades de género son significativas en ellas. La presencia de mujeres es muy escasa en los niveles jerárquicos de los grandes estudios jurídicos argentinos. Ellas ocupan apenas el 9,5% de los cargos de socios, un dato que llama la atención en un país donde los contingentes femeninos en la profesión superan el 42% (Censo 2001). Comparativamente, esta proporción resulta singularmente baja, tal como lo muestra la tabla adjunta. Puede verse allí por ejemplo que la proporción de socias en las empresas con sede en Buenos Aires, es la mitad de la que se registra en Australia o Estados Unidos. En el contexto regional, es importante observar la disparidad en el acceso a las jerarquías con respecto a Brasil, país en el que la incorporación femenina a la profesión registra valores similares a los argentinos, y donde las mujeres ocupan el 23% de los cargos jerárquicos en los grandes bufetes.

Tabla 1 – Participación femenina en la profesión jurídica

País	Participación femenina	
	Graduados en Derecho	Socios en las grandes firmas
Argentina	42% (2001)	9,5% (2006)
Australia	56% (2001)	17,8% (2001)
Brasil	44% (2006)	23% (2006)
Estados Unidos	24% (1997)	14% (1997)
Fuentes: Argentina, Censo 2001 y datos propios; Australia, Thornton y Bagust, 2007; Brasil, Martins Barballo, 2007; Estados Unidos, American Bar Association, 1998		

Aunque el modelo organizacional de las grandes firmas jurídicas puede describirse como un territorio en el que la colegialidad florece junto con las desigualdades de género (Flood, 2006), no resulta sencillo entender cómo en los sectores más innovadores de la actividad jurídica, los que están renovando los estilos de ejercicio profesional y generando altos ingresos, las desigualdades de género se continúan reproduciendo. Para avanzar en la comprensión de este problema, se revisaron los mecanismos de movilidad ocupacional de los abogados que trabajan en los grandes despachos jurídicos argentinos.

2. Los abogados estudiados

El desarrollo del proyecto implicó reunir datos sobre los 1222 abogados que trabajan en las doce mayores firmas jurídicas argentinas. Se trabajó con la información publicada en las páginas web de los respectivos despachos, que fue codificada para su inclusión en base de datos.

Todos los bufetes incluidos en el estudio tienen su oficina principal en Buenos Aires; tres de ellos tienen también sedes en el extranjero. Se trata de organizaciones que concentran sus servicios en la capital (apenas tres tienen sucursales en el interior del país). Muchas de ellas tienen una larga trayectoria; la mitad fue fundada antes de 1950.

Las firmas están organizadas en diferentes niveles jerárquicos, que se muestran en las páginas web. Se distinguen entre socios y asociados; fundadores y consultores suelen ser mencionados aparte. Generalmente se mantiene la relación de un socio por cuatro asociados.

La presencia femenina en las grandes empresas es algo menor que en el conjunto de la profesión (37 %), y especialmente rara en los niveles superiores. Sólo el 7,5% de los socios de las grandes empresas jurídicas son mujeres. En este ámbito, donde la proporción entre socios y asociados es de 1 a 4, apenas una de cada veinte mujeres llega al nivel superior. En cambio, casi un tercio de los hombres logra esa jerarquía.

En cambio, la proporción de jóvenes es notable. Según datos de la EPH 2003², el 48% de los abogados que trabaja en el campo privado tiene menos de 40 años. En los grandes despachos, esa proporción llega al 75%, mostrando un intenso reclutamiento de jóvenes.

En este conjunto se destaca la presencia de graduados provenientes de universidades privadas: 39% de los abogados incluidos en el estudio pagaron por su educación. Esta proporción es bastante más baja en la profesión en general: del 29% en el estudio llevado adelante por la Federación Argentina de Colegios de Abogados en 2004.

Trabajar en las grandes empresas jurídicas requiere amplias competencias lingüísticas. Prácticamente todos estos profesionales manejan al menos dos idiomas (92%); una cuarta parte de ellos puede comunicarse en tres o más lenguas.

La formación de cuarto nivel es igualmente muy frecuente; algo menos de la mitad de los abogados de estos grandes despachos ha

² Estos datos fueron procesados en una fase anterior de este mismo proyecto. Ver Bergoglio y Carballo (2005) para mayores detalles.

completado su formación de posgrado, en el país o en el extranjero (43%). Esta proporción resulta considerablemente más alta de la que se registra en la profesión en general: 23% de profesionales habían terminado este nivel educativo, según la encuesta ya citada de la Federación Argentina de Colegios de Abogados.

En síntesis, puede señalarse que los abogados de las empresas privadas son mayoritariamente jóvenes, reclutados principalmente en los estratos medios y altos, como lo indica la alta presencia de graduados en las universidades privadas, así como la abundancia de formaciones complementarias poco frecuentes en la educación pública, como los idiomas. Su nivel de capacitación resulta más alto que el corriente entre los profesionales argentinos.

3. Los criterios de movilidad

Comprender las desigualdades de género en las grandes empresas requiere describir los mecanismos de movilidad dentro de la jerarquía organizacional. Tales mecanismos no resultan obvios; los debates en torno al papel de la antigüedad y los antecedentes académicos en los concursos de ingreso a la Administración de Justicia son una buena ilustración de ello³.

Para avanzar en esta dirección, se estudió la incidencia de algunos atributos individuales en el ascenso dentro de la jerarquía organizacional. El análisis de correlaciones se efectuó sobre 929 casos, ya que la información disponible sobre los restantes 293 resulta muy limitada. Los atributos analizados incluyen indicadores de formación académica, especialización, y vinculación con el extranjero: todos ellos, informados en las páginas web de las grandes firmas de abogados. Lamentablemente, la información disponible no permite incluir en el análisis otros aspectos de enorme importancia, como los recursos del capital social, significativos para entender las desigualdades en la carrera profesional de abogados y abogadas (Kay y Hagan 2003, Boigeol 2003).

(Ver cuadro en página sigte)

³ Ver por ejemplo la discusión de Cardinaux y Clérico (2001) a propósito del uso del argumento de idoneidad en los discursos del Consejo de la Magistratura.

Tabla 2 –Correlaciones

		Posición
Posición	Pearson Correlation Sig. (2-tailed) N	1 . 1222
Años de experiencia	Pearson Correlation Sig. (2-tailed) N	-,766 ** ,000 928
Publicaciones	Pearson Correlation Sig. (2-tailed) N	,454 ** ,000 708
Docente universitario	Pearson Correlation Sig. (2-tailed) N	,412 ** ,000 717
Género	Pearson Correlation Sig. (2-tailed) N	-,316 ** ,000 1222
Posgrado en el extranjero	Pearson Correlation Sig. (2-tailed) N	,293 ** ,000 854
Práctica extranjero	Pearson Correlation Sig. (2-tailed) N	-,246 ** ,000 791
Experiencia Poder Judicial	Pearson Correlation Sig. (2-tailed) N	,180 ** ,000 707
Experiencia Poder Ejecutivo	Pearson Correlation Sig. (2-tailed) N	,166 ** ,000 705
Experiencia Poder Legislativo	Pearson Correlation Sig. (2-tailed) N	,074 * ,049 707

** . Correlación significativa al nivel 0.01 (bilateral).

* . Correlación significativa al nivel 0.05 level (bilateral).

Tal como lo muestra la tabla adjunta, la antigüedad es el criterio más fuertemente relacionado con las posiciones jerárquicas: para ascender en estas empresas se necesita tiempo. En promedio, los socios tienen 46 años de edad y 22 de experiencia profesional. Por su parte, los asociados, generalmente apenas por encima de los treinta, tienen siete años de actividad laboral⁴.

La importancia de la antigüedad como criterio de movilidad podría llevarnos a suponer que estamos en presencia de organizaciones tradicionales, poco atentas al mérito, en las que el mero transcurrir del tiempo garantiza finalmente posiciones destacadas. Debe observarse sin embargo que muchos de los recursos profesionales valiosos de un buen abogado – su capacidad para evaluar la regulación más pertinente, su habilidad para construir una relación de confianza con su cliente, su destreza para predecir el comportamiento de jueces, contrapartes y clientes y así diseñar una mejor estrategia, lo mismo que su reputación, llevan habitualmente un largo período de elaboración.

También la obtención de otros de los atributos enunciados en la tabla –como los logros académicos– requiere tiempo. La mitad de los socios ha realizado publicaciones y tiene experiencia docente en la Universidad. Ambos atributos son fruto de la experiencia, ya que no se llega a ellos en los primeros estadios de la carrera profesional.

Esta correlación significativa entre la producción intelectual, la experiencia docente y el ascenso en la jerarquía organizacional, resulta lógica en organizaciones que brindan servicios de alta complejidad, y que requieren, por ello, personal muy especializado. Por otra parte, la fuerte presencia de los académicos dentro de la élite profesional ha sido característica de la cultura jurídica de raíz romano- canónica.

No resulta sorprendente que en estas empresas orientadas a prestar servicios a clientes que actúan en relación a diversos órdenes jurídicos, la vinculación con el extranjero sea igualmente un criterio de promoción significativo. Casi la mitad de los socios ha realizado un posgrado en el extranjero; la proporción es aún más alta en los fundadores y consultores.

La realización de un período de prácticas en un bufete extranjero es asimismo un atributo altamente valorado, que ostenta uno de cada cinco socios. Muchas veces –especialmente en las empresas más antiguas– el propio despacho organiza intercambios de asociados con otros despachos extranjeros con los que se mantienen vínculos estables. Varias empresas anuncian esta posibilidad en las secciones de sus páginas web dedicadas a analizar las perspectivas ocupacionales de sus miem-

⁴ Galanter y Palay (1997) señalan que clásicamente, la promoción a socio llevaba entre cuatro y diez años; este período ha tendido a alargarse en los últimos años.

bros⁵. La pasantía en el extranjero, elemento de una estrategia orientada a reclutar jóvenes talentos, se convierte en una garantía de ascenso: el 75% de quienes la han cumplido figuran en la categoría superior.

Es interesante observar la importancia relativamente baja que la experiencia de trabajo en los poderes del Estado tiene como mecanismo de promoción. A diferencia de lo que ocurre por ejemplo en México –donde el contacto con los poderes del Estado es un antecedente altamente valorado– son pocos los directivos de las grandes firmas argentinas con experiencia de trabajo en el sector público. Apenas uno de cada seis ha sido empleado de la Administración de Justicia, generalmente en una fase inicial de su carrera.

Por su parte, los antecedentes de trabajo en dependencias del ejecutivo no se vinculan tanto a actuaciones en las áreas de decisión política, sino que suelen ser parte de un proyecto de especialización, en temas como derecho fiscal y tributario, o derecho provincial. Son poco frecuentes (14% de los directivos), y se los encuentra generalmente en los encargados de esos departamentos. Los antecedentes de trabajo con relación al poder legislativo son realmente raros, y generalmente están asociados a la alta especialización y competencia técnica. Apenas 3% de los directivos de las grandes empresas señala en su currículum haber participado en procesos de formación de la ley.

La tabla de correlaciones confirma la observación adelantada en la introducción, en el sentido de que las jerarquías empresariales están menos abiertas a las mujeres: el género es igualmente una de las variables asociadas con la movilidad ocupacional en las grandes empresas, donde la enorme mayoría de los socios son varones. Entender cómo ocurre esto en organizaciones innovadoras, comprometidas con el conocimiento especializado, requiere comparar la situación de hombres y mujeres respecto a cada uno de los criterios de movilidad significativos detectados en el análisis anterior.

4. Según pasan los años...

La importancia central de la experiencia como criterio de promoción proporciona una primera razón para entender la pos-

⁵ Así lo enuncia una de ellas "(el estudio) fomenta la realización de estudios de especialización y postgrado en la Argentina y en el exterior, especialmente en los Estados Unidos. También brinda apoyo a sus abogados para que profundicen sus conocimientos mediante su incorporación a estudios de abogados en los Estados Unidos, para luego regresar al país y continuar su carrera en el Estudio." (AB, Buenos Aires)

tergación de las mujeres que ejercen su profesión en las grandes empresas jurídicas. En efecto, su llegada a este campo del ejercicio profesional es relativamente reciente, como lo atestigua su menor edad promedio (31,64), seis años menor que la de sus colegas varones (38,10).

El proceso de feminización de la profesión jurídica, bastante avanzado en el país, ha sido mucho más lento en estos grandes despachos. Como puede verse en la tabla siguiente las grandes empresas muestran una proporción de abogadas similar a la existente en el resto de la profesión sólo en el grupo menores de 30 años. En los grupos de edad mediana, en cambio, la presencia femenina es una tercera parte de la que se registra entre los graduados en Derecho. Establecer si estas desigualdades son el fruto de políticas discriminatorias de reclutamiento llevadas a cabo años atrás, o provienen de las elecciones de carrera realizadas por las propias interesadas exige datos no disponibles actualmente.

Tabla 3 - Presencia de mujeres según cohortes de abogados

Intervalos de edad	Grandes Empresas Jurídicas (*)	Abogadas en el país (**)
Hasta 30	45,8%	43,0%
31 – 40	35,8%	57,5%
41 – 50	14,1%	44,4%
51 – 60	10,0%	28,7%
Más de 60	4,2%	31,9%
Total	33,8%	43,8%
(*) Datos de las empresas elaborados para este estudio.		
(**) Datos de la EPH, procesados para una fase anterior de este mismo proyecto (Bergoglio y Carballo, 2005)		

Sin embargo, la relativa novedad de las mujeres en este campo no constituye la única razón de su escasa presencia en los niveles directivos, tal como lo muestra la tabla adjunta. Aún si se filtra la influencia de la antigüedad, comparando a hombres y mujeres del mismo grupo de edad, se observa que la proporción de mujeres promocionadas a los niveles superiores aparece sistemáticamente inferior a las sus colegas varones.

**Tabla 4 -
Movilidad de los abogados según género y edad**

	Edad									
	Hasta 30		31 - 40		41 - 50		51 - 60		Más de 60	
	Género		Género		Género		Género		Género	
	Mujeres	Varones	Mujeres	Varones	Mujeres	Varones	Mujeres	Varones	Mujeres	Varones
Fundador						2,7%				21,7%
Consultor										34,8%
Socio			2,7%	10,7%	41,7%	61,6%		85,2%	100,0%	34,8%
Socio jr	1,0%		6,8%	12,2%	8,3%	8,2%				
Asociado	99,0%	100,0%	90,4%	77,1%	50,0%	27,4%	100,0%	14,8%		8,7%
Total	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%

N = 949 abogados

Así por ejemplo, sólo el 2,7% de las mujeres por debajo de los cuarenta años revista como socia, una proporción cuatro veces inferior a la de los abogados de la misma edad. En la década siguiente muchas letradas recuperan este atraso, pero no igualan el desempeño masculino: más del 60% de los varones de ese grupo se encuentran en el nivel superior, mientras que sólo el 42% de las mujeres lo logra. Esta desigualdad en las perspectivas de ascenso de las mujeres es bastante más alta que la existente en otros países⁶.

5. Los logros académicos de hombres y mujeres

La revisión de los antecedentes académicos de los letrados, segmentada por cohorte y género, permite encontrar nuevas pistas para entender el retraso de las mujeres en el torneo por convertirse en socio, para usar la gráfica expresión de Galanter y Palay (1997).

**Tabla 5 -
Antecedentes académicos según género y edad**

		Formación de posgrado		Docente universitario		Publicaciones	
		Sí	No	Sí	No	Sí	No
Hasta 30	Mujeres	20,3%	79,7%	1,4%	98,6%	2,7%	97,3%
	Varones	17,6%	82,4%	2,4%	97,6%	3,5%	96,5%
31 - 40	Mujeres	43,1%	56,9%	13,8%	86,2%	7,7%	92,3%
	Varones	57,3%	42,7%	21,4%	78,6%	14,1%	85,9%
41 - 50	Mujeres	25,0%	75,0%	25,0%	75,0%	25,0%	75,0%
	Varones	52,1%	47,9%	42,3%	57,7%	31,3%	68,7%
51 - 60	Mujeres		100,0%		100,0%		100,0%
	Varones	42,3%	57,7%	38,5%	61,5%	23,1%	76,9%

N = 949 abogados

⁶ Datos sobre las perspectivas de movilidad de hombres y mujeres en las grandes firmas de abogados en diversos países pueden consultarse en la excelente investigación comparativa dirigida por Schultz y Shaw (2003).

Los datos de la tabla adjunta muestran que, salvo en la generación más joven, las abogadas han realizado menos esfuerzos para profundizar su educación. Las diferencias en cuanto a formación de posgrado favorecen sistemáticamente a los hombres. Por ejemplo, en la generación que tiene hoy entre 40 y 50 años, sólo una de cada cuatro mujeres ha estudiado en el cuarto nivel, mientras que la mitad de los hombres lo ha hecho. Del mismo modo son visibles los retrasos de las mujeres en materia de experiencia en la docencia universitaria.

Esta menor inversión de las mujeres en su propia capacitación y especialización se traduce rápidamente en menor productividad intelectual, y no es extraño entonces observar que, en cada grupo de edad, los varones tienen mayores antecedentes de trabajos publicados.

El retraso femenino en lo que se refiere a formación de cuarto nivel y especialización puede ser entendido como el resultado de una elección que privilegia las responsabilidades familiares frente al propio avance en la carrera profesional. También puede ser comprendido como el fruto de concepciones culturales que hacen pesar las cargas del trabajo doméstico sobre las mujeres, dejándoles poco margen para su crecimiento personal y profesional. Cualquiera sea la interpretación correcta de estas diferencias, está claro que los menores antecedentes académicos de las mujeres permiten legitimar su escasa presencia en los niveles directivos de las firmas.

6. Los vínculos con el extranjero

Las competencias requeridas para asesorar a actores económicos que se mueven en un espacio globalizado son variadas; la habilidad lingüística, la formación y la práctica jurídicas en otras naciones – especialmente del Common Law – son atributos valorados a la hora de decidir una promoción. Así, casi la mitad de los directivos de las firmas ha realizado estudios de posgrado en el extranjero; un 21% de los socios ha completado un período de prácticas en un despacho en otro país.

**Tabla 6 -
Vínculos con el extranjero según género y edad**

				No. de idiomas	Posgrado en el extranjero		Práctica en el extranjero	
				Promedio	Sí	No	Sí	No
Edad	Hasta 30	Género	Mujeres	2,24	4,1%	95,9%		100,0%
			Varones	2,22	3,5%	96,5%	1,2%	98,8%
	31 - 40	Género	Mujeres	2,34	13,8%	86,2%	1,6%	98,4%
			Varones	2,20	31,1%	68,9%	6,0%	94,0%
	41 - 50	Género	Mujeres	2,50	16,7%	83,3%		100,0%
			Varones	2,01	35,2%	64,8%	10,3%	89,7%
	51 - 60	Género	Mujeres	1,67		100,0%		100,0%
			Varones	1,89	26,9%	73,1%	8,7%	91,3%

N = 949 abogados

Como se ve en la tabla adjunta, salvo en la generación mayor, las mujeres aventajan sistemáticamente a los varones en el manejo de lenguas extranjeras, una competencia que puede desarrollarse en edades tempranas, antes que el peso de las responsabilidades hogareñas reduzca el espacio de crecimiento personal para las mujeres. La dirección de la brecha de género se invierte, en cambio, en los otros dos atributos, que se logran en la etapa del ciclo vital que coincide con la máxima fecundidad de las mujeres y exigen amplia movilidad espacial.

Así, con la excepción de la cohorte más joven, la proporción de varones con un posgrado en el extranjero es más del doble de las mujeres que han logrado iguales diplomas. Del mismo modo, la realización de una pasantía en un despacho extranjero –una experiencia altamente valorada en estas firmas, que asumen un modelo organizacional gestado en otros espacios– es prácticamente un atributo masculino. El retraso de las mujeres en estos dos aspectos contribuye a explicar su menor presencia en los estratos directivos de las firmas.

7. Contactos con los poderes del Estado

Tal como se vio más arriba, el contacto con los poderes del Estado aparece como una influencia débil en la promoción a los niveles directivos dentro de las grandes firmas jurídicas.

Releyendo los antecedentes profesionales de socios y consultores, se encuentra que algunos de ellos iniciaron su experiencia laboral trabajando como meritorios en el Poder Judicial. Estas pasantías – muchas veces no rentadas – resultaban útiles en la iniciación del abogado en el pasado, dada la escasa atención que la universidad presta a la formación práctica. Cumplida esta etapa, generalmente las actividades de estos profesionales se concentraban en el sector privado.

Actualmente, el desarrollo de regímenes de pasantías en las firmas de abogados implica que muchos graduados inician directamente su carrera en esta área de la profesión. Como se ve en la tabla adjunta, la experiencia en la administración de justicia disminuye en los grupos más jóvenes. En cambio, el trabajo en el poder ejecutivo aparece como una actividad más tardía en el curso de la vida, y es más frecuente en las generaciones mayores.

**Tabla 7 -
Experiencia en los poderes públicos según género y edad**

		Edad intercalar							
		Hasta 30		31 - 40		41 - 50		51 - 60	
		Género		Género		Género		Género	
		Mujeres	Varones	Mujeres	Varones	Mujeres	Varones	Mujeres	Varones
Experiencia Poder Judicial	Si	1,4%	2,4%	3,1%	9,1%	16,7%	13,4%		15,4%
	No	98,6%	97,6%	96,9%	90,9%	83,3%	86,6%	100,0%	84,6%
Total		100,0%	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%
Experiencia Poder Ejecutivo	Si	1,4%		3,2%	3,0%	8,3%	9,0%		15,4%
	No	98,6%	100,0%	96,8%	97,0%	91,7%	91,0%	100,0%	84,6%
Total		100,0%	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%

N = 949 abogados

Es interesante notar que las desigualdades entre hombres y mujeres respecto a estas variables carecen de significación estadística.

Comentarios finales

Entender las desigualdades de género en colectivos que comparten un mismo nivel educativo –y que, por lo tanto, pueden suponerse relativamente homogéneos frente a las múltiples influencias que modelan el acceso a la educación– no resulta simple. En el campo de la profesión jurídica, Hull y Nelson (2000) han señalado la existencia de tres tipos de interpretaciones.

El modelo de *asimilación de género* entiende la baja presencia femenina en los niveles jerárquicos como una consecuencia natural de su reciente ingreso al campo profesional, que se irá superando con el tiempo, a medida que las cohortes más jóvenes, con mayor proporción de mujeres, ingresen al mercado laboral. Desde esta perspectiva, las diferencias de género en la profesión son la consecuencia de las desigualdades en el acceso de las mujeres en la educación universitaria, y se irán superando sin mayores esfuerzos una vez que las mujeres nivelen su participación en la educación universitaria con los hombres. La menor edad promedio de las mujeres que trabajan en las grandes firmas argentinas indica que esta interpretación se ajusta parcialmente a los datos.

Sin embargo, la perspectiva asimilacionista provee una explicación parcial de las diferencias observadas. Si se adopta este punto de vista, no resulta claro por qué las mujeres han ingresado a las grandes firmas jurídicas bastante más tarde que a otros sectores de la profesión, tal como se observa en la tabla 3. Por otra parte, el análisis de los logros alcanzados por hombres y mujeres del mismo grupo de edad revela la persistencia de disparidades de género en el interior de cada cohorte, y señala la necesidad de revisar otras explicaciones.

Para el modelo de las *elecciones de género*, las diferencias en las secuencias de carrera tienen origen en las opciones de las propias mujeres. Las mujeres toman las decisiones claves –la elección de la especialidad, del área de trabajo, el esfuerzo a invertir en la propia capacitación– buscando equilibrar los requerimientos profesionales y familiares. Necesitadas de compaginar demandas temporales muy contradictorias, sus decisiones terminan colocándolas en áreas poco rentables, o dejándolas sin los atributos necesarios para ascender. Este modelo implica que la plena equidad de género en el mercado de trabajo requiere una reestructuración profunda de la división del trabajo doméstico.

En algunas versiones de esta interpretación, se subraya especialmente que estas decisiones tienen consecuencias visibles en los

niveles de capacitación femeninos, y las diferencias de inversión en capital humano ayudan a explicar las diferencias de género. Este modelo resulta compatible con el retraso observado de las abogadas en las empresas argentinas en cuanto a antecedentes académicos y formación de posgrado.

Desde otras perspectivas se coloca la responsabilidad de las inequidades de género del lado de la oferta laboral. El modelo de las *restricciones de género* considera que las disparidades entre hombres y mujeres surgen de las elecciones que realizan los empleadores, a veces de manera abierta, y otras, de manera más sutil, como las presiones implícitas en regímenes de largas horas de trabajo. La subrepresentación de las mujeres en el momento de entrada a un campo laboral es uno de los indicadores utilizados corrientemente en este tipo de investigaciones.

El tardío ingreso de las mujeres a las empresas jurídicas argentinas –en comparación respecto a otros sectores de la profesión– sugiere que las restricciones de género han estado allí presentes en el pasado. No obstante, el equilibrio en la proporción de géneros en las generaciones más jóvenes sugiere que esta barrera ha comenzado a superarse.

El análisis hasta aquí realizado sugiere que ninguno de estos tres modelos permite explicar, considerado aisladamente, las desigualdades de género observadas. Profundizar la comprensión de estas situaciones requerirá avanzar desde los datos agregados, hacia otros que impliquen contacto directo con los actores, y permitan incorporar la dimensión significativa dentro del análisis.

La necesidad de este tipo de información resulta clara para ponderar mejor el papel de algunos mecanismos de movilidad significativos en las grandes empresas jurídicas, como las relaciones con el extranjero. Como se vio más arriba, la formación de posgrado y la práctica profesional en otros países son atributos que las mujeres poseen en menor grado que sus colegas, que inciden en sus perspectivas de llegar a la cima de estas organizaciones. El retraso femenino en este terreno puede surgir de las opciones de las propias mujeres, que eligen perspectivas de carrera de movilidad espacial reducida para compatibilizar las demandas familiares y profesionales. Puede surgir igualmente de las elecciones de los empleadores, en tanto el apoyo de la firma resulta clave para lograr becas o pasantías en el extranjero.

Llegados a este punto, podemos decir que la respuesta a nuestra pregunta inicial no resulta obvia. La reproducción de las desigualdades de género en esta área innovadora de la profesión parece tener raíces en restricciones al ingreso de las mujeres vigentes en el pasado, cuando las hoy escasas socias de las firmas comenzaron su carrera pro-

fesional. Si bien esta barrera no está presente en las generaciones más jóvenes, llevará tiempo superar sus efectos.

Resulta consolidada igualmente por las decisiones de las propias mujeres, quienes eligen planes de carrera que les permitan equilibrar demandas familiares y profesionales. Los estilos organizacionales de las grandes firmas jurídicas –largas jornadas y baja previsibilidad del horario de trabajo– proporcionan un contexto que restringe el margen de opción disponible para las mujeres. En este terreno, la creciente democratización de la familia y la reformulación de los modelos de división del trabajo doméstico en marcha en América Latina (Arraigada 2002) permiten suponer nuevas perspectivas, especialmente para las jóvenes generaciones.

Puede decirse entonces que las desigualdades de género en las áreas innovadoras de la profesión aparecen como el fruto de un proceso complejo, frente al cual es posible, sin embargo, abrigar algunas esperanzas de una mayor igualdad futura.

Referencias:

AMERICAN BAR ASSOCIATION (1998), Report *Facts About Women and the Law*, accessible en <http://www.abanet.org/>

ARRAIGADA IRMA (2002) “Cambios y desigualdad en las familias latinoamericanas”, *Revista de la CEPAL*, No. 77, pp-143 – 161.

BERGOGLIO, MARÍA INÉS (2007a) “Transformaciones en la profesión jurídica en América Latina - Empresas jurídicas y nuevos discursos profesionales”, capítulo en *Memorias del Congreso Internacional de Sociología del Derecho, Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, editadas por José Antonio Caballero y Francisco Ibarra, Universidad Autónoma de México, en prensa.

BERGOGLIO, MARÍA INÉS (2007b) “El papel del abogado litigante”, capítulo en *La justicia latinoamericana. El papel de los actores*, Luis Pásara (editor), Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca, pp. 57-85.

BERGOGLIO, MARÍA INÉS Y JERÓNIMO CARBALLO (2005), “Segmentación en la profesión jurídica: Cambios ocupacionales de los abogados argentinos, 1995 – 2003”, *Academia*. Vol. 3, No. 5, Otoño de 2005, Buenos Aires, 201-222

BOIGEOL, ANNE (2003) “Male strategies in the face of the feministaion of a profession: the case of the French Judiciary”, en *Women in The Word's professions*. Shultz and Shaw, G. editores, The Oñati International Institute for the Sociology of Law, Hart Publishing, Oxford-Portland-Oregon , pp.401-418

CARDINAUX, NANCY Y CLERICO, MARÍA LAURA (2001) “Las razones del Consejo: los discursos del Consejo de la Magistratura”, *Actas del Segundo Congreso Nacional de Sociología Jurídica*, Córdoba, pp. 559 – 567.

FLOOD John (2007) “Law firms”, entry in *Encyclopedia of Law and Society: American and Global Perspectives* (ed) David Clark, Sage, London.

GALANTER MARC Y PALAY T. (1997) “Why the Big get Bigger: The promotion-to-Partner Tournament and the Growth of Large Law Firms”, in *Lawyers: a critical reading*. R. Abel (editor), The New Press, New York.

- HEINZ JOHN, ROBERT L. NELSON, REBECCA L. SANDEFUR, Y EDWARD O. LAUMANN (2005), *Urban Lawyers: The New Social Structure of the Bar*. Chicago, The University of Chicago Press.
- HULL, KATHLEEN E., NELSON, ROBERT L. (2000) "Assimilation, Choice, or Constraint? Testing Theories of Gender Differences in the Careers of Lawyers", *Social Forces*, 2000, 79, 1, pp. 229-264.
- KAY, FIONA AND HAGAN, JOHN (2003) "Building Trust: Social Capital, Distributive Justice and Loyalty to the Firm", *Law & Social Inquiry*, 28, 2, pp. 483-519
- KOHEN, BEATRIZ (2006) "The Family Law Judges of the City of Buenos Aires, A View from Within". *Contribución al Law and Society Association Annual Meeting*, Baltimore, Julio 2006.
- MARTINS BARBALHO, RENNÉ (2007) "Permanências e transformações nas carreiras jurídicas: advogadas e juízas nos tribunais brasileiros", *Contribución al II Congreso Socio-Jurídico de Oñati*, 18 al 20 de julio de 2007, Oñati.
- SANCHEZ, MARIANA (2005) Género y Profesión Jurídica. *Anuario VIII del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales*, Facultad de Derecho de la UNC. Córdoba, pp. 451-465.
- SCHULTZ ULRIKE Y SHAW, GISELA (2003) *Women in The World's professions*, The Oñati International Institute for the Sociology of Law, Hart Publishing, Oxford-Portland-Oregon.
- THORNTON, MARGARET Y BAGUST, JOANNE (2007) "The Gender Refrains of Corporate Legal Practice", *Contribución al Law and Society-RCSL Conference, 'Law and Society in the 21st Century'*, Humboldt University, Berlin, 25-28 July 2007.



REPENSANDO LA DEMOCRACIA EN LATINOAMÉRICA

*María Susana Bonetto*¹

Resumen: En Este trabajo nos proponemos analizar críticamente los límites de la democracia liberal y plantear otras alternativas para su construcción. Abordamos el enfoque de la democracia radical de Chantal Mouffe y tomamos otros aportes teóricos regionales para proponer aproximaciones más plausibles para comprender la democracia en la región.

Palabras claves: Democracia liberal – Democracia radical – Democracias latinoamericanas

A los fines de dar respuesta a algunos de los actuales interrogantes regionales sobre la democracia, tomaremos inicialmente una disyuntiva fundamental en el marco de la teorización contemporánea sobre ella. ¿Es posible hablar de democracia fuera de la tradición liberal? Luego de una respuesta a esta, se pueden formular un nuevo elenco de interrogantes que orientarán este trabajo ¿Qué aportes se destacan a partir del conjunto de teorías que critican las limitaciones de la democracia liberal y plantean otras alternativas? ¿Es aceptable articular algunos de los supuestos del conjunto alternativo mencionado, con propuestas de la teoría social latinoamericana, a fin de proponer marcos analíticos que resulten más plausibles para comprender las experiencias democráticas regionales?

Como partimos del análisis crítico de la democracia liberal, debe recordarse que la construcción de la democracia moderna surge a

¹ Doctora en Derecho y Ciencias Sociales. Directora del Doctorado en Ciencia Política. Profesora Titular de Teoría Política ETS. Fac. de D y Cs Ss. Docente Investigadora Categoría 1. Posee publicaciones y trabajos de investigación en el ámbito nacional e internacional.

partir de los presupuestos teóricos del liberalismo, en el marco del gobierno representativo y legalmente limitado por el Estado de Derecho Liberal. Así ciertas interpretaciones teóricas consideran que la democracia moderna es una continuación del liberalismo político, por ello lo democrático es inescindible de lo liberal, siendo la democracia liberal la única forma posible de construcción democrática. Sin embargo, desde otros enfoques, se sostiene que la democracia es algo diferente y lógicamente independiente de lo liberal, y sólo atendiendo a la dificultosa extensión del sufragio en el Estado Liberal, podemos hablar de liberalismo democrático, planteándose permanentemente la tensión entre lo liberal y lo democrático (García Guitián 2003).

Según sostiene Boaventura de Souza Santos (2006) hasta la década de los sesenta, varios modelos alternativos le disputaban el significado de lo democrático a la democracia liberal. Pero ahora según este autor, se ha perdido la «demodiversidad» y las propuestas diferentes cuya competencia daba fuerza a la teoría democrática y a la praxis de la misma. Así en principio, se constataría que la tradición liberal (desde nuestra perspectiva, constitutivamente signada por la tensión contradictoria entre Estado de Derecho y soberanía popular y por la lógica liberal y democrática) ha logrado construir un discurso de un fuerte y estrecho vínculo entre los valores liberales y la democracia (Mouffe 2003) y de reconciliación de la idea de soberanía democrática con la defensa de las instituciones liberales.

Esta conciliación es compartida, aunque con distinto énfasis interpretativo, por una parte por el sector más conservador del liberalismo, que sostiene una democracia legalista con límites al poder político y sobre todo a la expresión de la voluntad de las mayorías, entendiendo que en la institucionalización de la democracia liberal el sentido de lo democrático queda sujeto a las restricciones del Estado de Derecho, que constriñe lo que puede decidirse democráticamente. Así se sostiene “nuestras libertades están aseguradas por una noción de legalidad que constituye un límite y una restricción de los genuinos principios democráticos” (Sartori 1998. 97)

Se construye un entramado institucional, por medio del cual el poder limitado se delega a determinados agentes que lo ejercen de forma controlada, siendo ajena a esta tradición alguna forma de participación ciudadana, ya que la “soberanía popular” tiene un carácter simbólico, y no se ejerce de manera activa.

En este marco, en el discurso de la democracia liberal afín a lo que Macpherson denomina el “individualismo posesivo” se postula la erradicación del conjunto de cuestiones económicas del ámbito de la deliberación política. Held (1992,1997) entiende que esta tradición está representada en la actualidad por el neoliberalismo y lo que él denomina la “democracia legal” de la nueva derecha.

En esta línea, autores como Nozick (1994) entienden que el núcleo ineludible de toda construcción política se asienta en la libre iniciativa individual y la única organización legítima es la negociada por las libres actividades de los individuos en competencia. Las únicas instituciones legítimas son las del "Estado Mínimo" (Nozick 1994). En este contexto el derecho de perseguir los propios fines, fuera de la tutela del Estado, está articulado con el derecho de propiedad. En definitiva el programa político de este enfoque, puede resumirse en más mercado y menos Estado.

Por su parte también Hayek arriba a similares conclusiones a partir de una democracia legal que refuerza los límites estrictos del poder del Estado y de las decisiones de la mayoría en tanto que el cumplimiento de ellas, aun que realizadas por procedimientos democráticamente correctos, no las exime de arbitrariedad. Por ello resulta relevante la existencia de reglas que limiten este tipo de acciones (Hayek 1985).

Las únicas intervenciones legítimas del Estado las constituyen la aplicación de normas generales que protejan la vida, la libertad y la propiedad.

Por otra parte, también desde otra fundamentación aparece propuesta la legalidad como límite infranqueable a la soberanía popular, por autores liberal-socialistas como Luigi Ferrajoli o liberal-deontológicos como Ronald Dworkin, quienes sostienen la indisponibilidad de los derechos (tal cual están prescriptos en las constituciones liberales o socialdemócratas) frente a las decisiones de las mayorías. Entienden que la apuesta por una democracia constitucional blindada frente a la errática voluntad de las mayorías, no lesiona ni debilita, sino que refuerza la democracia (Greppi 2006).

La intencionalidad es diferente, ya que luego de la segunda posguerra la ampliación de los derechos fundamentales y el reforzamiento de sus técnicas de garantía, que diferencian al nuevo constitucionalismo del liberal, darían satisfacción plena a los principios y valores de una sociedad democrática, y cuanto mayor sea la garantía de los derechos, mejor será la calidad de los procedimientos democráticos.

Pero, aunque Ferrajoli representa la combinación de la tradición socialdemócrata de los valores de libertad e igualdad y su defensa constitucional de los derechos fundamentales (incluidos los políticos y sociales) aparece como defensa frente al desmantelamiento del Estado social, no puede fundamentar consistentemente porqué la democracia debe reservar un espacio de su núcleo fundamental, en el que las mayorías no tienen ya nada que decir.

Más allá de los problemas e interrogantes jurídico-políticos que la posible diversa interpretación e incluso contradicción entre elencos de derechos pueden suscitar, cabe preguntarse como y porqué se

pueden fijar universal y atemporalmente determinados logros y contenidos políticos democráticos a fin de dar por resuelta definitivamente la tensión constitutiva de la democracia liberal entre decisiones mayoritarias y derechos. Además resulta difícil explicar porqué la voluntad del pueblo carece de límites en el instante fundacional-constitucional y se restringe luego, y también porqué los contenidos constitucionales emergentes de un determinado contexto histórico, son intocables.

Tampoco Dworkin que rescata el sentido moral de los principios de un cierto tipo de derecho y desplaza el foco de atención desde la participación a “una comprensión mas profunda de la libertad política y la igualdad de derechos” (Greppi 2006), puede resolver porqué la interpretación de los contenidos morales de ese tipo de derecho puede transformarse en punto de referencia permanente de una democracia.

En ambos casos, tanto en la versión conservadora planteada inicialmente como en la constitucionalista de Ferrajoli y Dworkin, la tensión constitutiva entre Estado de Derecho y Soberanía popular se ha resuelto a favor de la primera, opción constantemente reiterada en la tradición liberal.

En esta línea se comprende el acento otorgado a la inevitabilidad del carácter representativo de la democracia. Un texto fundacional en la versión más extrema de esta afirmación lo constituye la propuesta iniciada en 1943 por J. Schumpeter (1996) denominada por Macpherson (1991) “modelo elitista pluralista de equilibrio” que reduce la democracia a un modelo de elección ciudadana entre varias alternativas. Así el rol de los votantes no es el de decidir cuestiones políticas, fijando la agenda del debate público, y luego elegir representantes que pongan en práctica esas decisiones, sino solamente el de elegir a las personas que fijarán la agenda y adoptarán las decisiones.

En ese marco la democracia se instituye más como un mecanismo para autorizar gobiernos que para plantearse algunos objetivos político-morales. Por ello esta propuesta excluye toda dimensión normativa de la democracia, constituyendo una concepción “empírica de agregación” que fue dominante en la segunda mitad del siglo XX.

El actual giro deliberativo de la democracia entiende que el futuro de la misma depende de la recuperación de su dimensión moral. Siguiendo a Mouffe (2003), el modelo de democracia deliberativa, es el que mayor atención y expansión tiene en la actualidad, fundamentalmente porque no sólo ofrece una alternativa a los modelos neoconservadores e institucionalistas, sino también, y principalmente sustituyó como interpretación hegemónica de la democracia liberal al “elitista de agregación”, de Schumpeter, luego continuado por las teorías económicas de la democracia.

Este nuevo modelo hegemónico pretende proporcionar una forma de racionalidad normativa, que reconcilie la idea de soberanía democrática con la defensa de las instituciones liberales. Es decir, sin abandonar el liberalismo se busca recuperar su dimensión moral. (Mouffe 2003). Así resulta posible siguiendo procedimientos adecuados de deliberación, lograr acuerdos que satisfagan la racionalidad (E. de Derecho y preservación de los derechos liberales) con la legitimidad democrática (soberanía popular).

Los enfoques deliberativos, centrales en la actual discusión democrática contemporánea, responden a principios de legitimidad a partir de presupuestos normativos que apelan a consensos basados en una razón común, en cuyo marco, las condiciones de la asociación se logran desde procesos argumentativos y de razonamiento público, entre ciudadanos libres e iguales. En esta propuesta, según Rawls (2002) el debate se organiza en torno a diferentes concepciones con el objetivo de determinar una base común de acuerdo entre ellas.

En el marco de este enfoque, la teoría de Habermas (1998) se presenta como instancia superadora de las tradiciones liberal y republicana. Según el autor, la concepción liberal, postula programar el Estado en interés de la sociedad, proponiendo una ciudadanía determinada por derechos subjetivos, cuyo ejercicio se ciñe a los límites trazados por las leyes y obligatoriamente respetados por las acciones estatales. La tradición republicana impulsa una autodeterminación ciudadana independiente tanto de la administración pública, como del tráfico económico privado.

Habermas (1999) entiende que la teoría discursiva de la democracia toma elementos de ambas tradiciones y los integra en un procedimiento ideal de deliberación y decisión. Para el autor soberanía popular y derechos fundamentales son co-originarios, estos últimos posibilitan la praxis de la autodeterminación ciudadana y esta permite que los destinatarios de los derechos puedan comprenderse como sus autores. Autonomía pública y privada se regulan mutuamente.

Según los procedimientos democráticos establecidos en este modelo, la formación informal de la opinión pública desemboca en decisiones electorales institucionalizadas y en resoluciones legislativas por las que el poder producido comunicativamente se transforma en poder utilizable administrativamente.

En la democracia deliberativa la “soberanía popular” surge de las interacciones entre la formación de la voluntad común, institucionalizada con técnicas propias del Estado de Derecho y los espacios públicos movilizados, que por su parte hallan una base en las asociaciones de una sociedad civil alejada por igual del Estado como de la economía (Habermas 1991).

Así una soberanía popular exenta de sujeto, queda disuelta en términos intersubjetivos, y, procedimentales.

En definitiva, con el propósito de reconciliar democracia con liberalismo, “la soberanía popular es reinterpretada en términos de intersubjetividad y redefinida como poder generado por medios comunicacionales” (Mouffe 2003.98).

Puede decirse que la concepción discursiva de la democracia de Habermas, oculta el hecho de que en un contexto de competencia argumentativa, ésta constituye la expresión de conjuntos de preferencias e intereses, que se articulan con identidades socioeconómicas y culturales, étnicas y de género, que tornan muy difícil la conciliación consensual de argumentaciones divergentes.

El logro del consenso es, posiblemente, normativamente preferible, pero cuesta aceptar que sea la estructura cognitiva que subyace a toda interacción política, “al condicionar la posible legitimación de las preferencias en conflicto a su conversión en argumentaciones (Habermas) ha optado por una exclusión apriorística de los elementos estratégicos de la política” (Colom González 1992.215). El consenso es un bien escaso en sociedades altamente fragmentadas y “las dinámicas que alimentan sus líneas de conflicto difícilmente se dejan transparentar por la fuerza racionalizadora del lenguaje” (Colom González 1992.216).

El rechazo al universalismo del modelo liberal como el único posible en la construcción de la democracia, surge de distintas corrientes del pensamiento, tales como el comunitarismo, el republicanismo, cierto feminismo y la democracia radical. Estas plantean como alternativas, propuestas participativas, con prácticas de autodeterminación colectiva. También proponen un contextualismo que permita construir la democracia a partir de los valores, las identidades de cada comunidad política, con sus tradiciones históricas, culturales y étnicas. Por ello critican el racionalismo universalista del modelo liberal, incluido en todas sus versiones desde las más conservadoras a los modelos deliberativos considerados sus versiones más progresistas.

En ese marco focalizamos nuestro análisis en las teorizaciones de la democracia radical de Chantal Mouffe (2003) que recupera elementos analíticos de esas corrientes, articulándolas con su propia propuesta.

En primer lugar, una importante crítica al modelo deliberativo objeta su énfasis en su pretendido carácter procedimental y su separación de la ética del campo de la política deliberativa. Si el pluralismo propio del ámbito de la ética queda relegado al espacio no público, se pretendería aislar a la política de sus consecuencias (Mouffe 2003). El espacio político no es un terreno neutral que pueda aislarse del plura-

lismo de valores, ni un terreno en el que puedan formularse soluciones racionales universales. Por el contrario, desde una mirada crítica es posible sostener que el modelo deliberativo procura “aislar los efectos del pluralismo de los valores de la política, al tratar de fijar de una vez por todas el significado y la jerarquía de los valores liberal-democráticos básicos” (Mouffe 2003.106).

Por otra parte el requerimiento mutuo entre autonomía pública y privada, la reconciliación de la libertad de los antiguos con la libertad de los modernos, tal como lo propone Habermas, negaría según Mouffe (2000) la naturaleza paradójica de la relación entre la lógica de la democracia y la lógica del liberalismo. Aunque el autogobierno democrático y los derechos individuales son constitutivos de la democracia liberal, existe una tensión entre sus respectivas gramáticas que nunca podrá ser eliminada. Esto no significa descalificación de la democracia liberal, pero lo erróneo es la búsqueda de una solución racional definitiva, en la medida que esto restringe el debate político. (Mouffe 2003).

La legitimidad democrática no depende de una justificación racional, sino de disponibilidad de subjetividades de lealtad a la democracia. Y esto se inserta en un conjunto de prácticas que hacen posible la emergencia de ciudadanos que están inmersos en las relaciones sociales y de poder, en la cultura y demás condiciones de existencia de una comunidad democrática en un determinado contexto.

En definitiva Mouffe (2003) cuestiona que los enfoques racionalistas renuncien a la indagación sobre las condiciones de existencia del sujeto democrático. Por el contrario, para superar las tendencias al universalismo abstracto del discurso liberal, es necesario partir desde una lógica democrática que de cuenta de la construcción del pueblo y de cómo se inscriben los derechos y la igualdad en sus prácticas.

Estas consideraciones críticas forman parte del actual debate entre universalismo y contextualismo. Desde una perspectiva contextualista, el acuerdo político es un acuerdo sobre las formas de vida. En ese sentido, los procedimientos deben considerarse como un conjunto de prácticas, que se pueden aceptar y seguir porque están inscritas en formas de vida compartidas y porque hay acuerdo de criterios. No pueden ser entendidas como reglas que se crean sobre la base de unos principios universales para aplicarse luego a los casos específicos. Además, esta perspectiva como señala Mouffe (2003) implica reconocer los límites del consenso, aceptar los conflictos y disputas políticas renunciando a la idea de un consenso racional que implique la fantasía de que es posible erradicar el antagonismo de la política.

Así, el contextualismo señala la existencia de una pluralidad de lenguajes y juegos de reflexión crítica, ninguno de los cuales podría pretender jugar el papel de único fundamento de la política democrática.

tica. Los sostenedores de la democracia deliberativa consideran que a partir de una deliberación racional es posible llegar a un punto de vista imparcial, desde el cual podrían tomarse decisiones que atendieran al interés público, sosteniendo una utópica propuesta de desvanecimiento de las relaciones de dominación, articuladas con una promesa futura de construcciones sociales transparentes y equitativas. En este contexto, entienden por ello, que la forma liberal de democracia es la superior y que sus instituciones poseen una validez que trasciende todo contexto, debido a su más elevado grado de racionalidad. Pero esa forma política de coexistencia, debe ser considerada también, como el producto de una historia particular, en condiciones específicas de existencia histórica cultural y geográfica. Si esto es así pueden existir otras formas políticas justas de sociedades democráticas, resultantes de otros contextos.

En este marco, según Mouffe (2003) debe reconocerse y valorarse la diversidad de formas en que puede realizarse el “juego democrático” y reconocer las distintas posibilidades de creación de instituciones democráticas y de ciudadanía y no sólo la democracia liberal como única forma superior y racional.

La democracia y la ciudadanía pueden adquirir diferentes formas, y esto no constituye un peligro para su existencia, sino su propia condición de existencia, así las diferencias pueden enmarcarse en un pluralismo agonístico donde se enfrentan propuestas y prácticas que se reconocen como diferentes pero a la vez como legítimas, lo cual resulta impensable en el modelo racionalista-universalista.

En ese contexto, la cuestión no es encontrar argumentos para justificar la razonabilidad o universalidad de la democracia liberal, aceptable para toda persona razonable, sino pensar que sólo puede defenderse como constitutiva de una forma de vida y de historia, y que la cuestión del orden político justo puede tener diversas respuestas.

Luego de esta introducción, proponemos que para analizar experiencias democráticas que están reformulando la realidad latinoamericana, éstas no deben descalificarse por apartarse del modelo liberal, sino por el contrario, deben ser comprendidas desde su contexto y en sus tradiciones regionales. Este requerimiento surge en tanto la interpretación y construcción de las transiciones democráticas a partir de perspectivas liberales limitó la explicación y la solución de los problemas regionales (O'Donnell 2003). Luego, tras las profundas crisis políticas y económicas producidas por las políticas neoliberales surgen nuevas alternativas democráticas en la región que impulsan reformas políticas y económicas, incluso institucionales orientadas a «refundar» la democracia su sentido y contenido. Así, partiendo de los marcos ins-

titucionales de la democracia liberal, intentan transformarla, desbordando sus limitados parámetros, con reformas sociales profundas y búsqueda de protagonismo popular. Se intenta superar la crisis de representación que emerge luego de las frustrantes experiencias de los 80 y 90, con discursos que enfatizan la soberanía popular, la participación política protagónica del pueblo y la justicia y equidad social como supuestos irrenunciables del orden democrático. Algunos sectores intelectuales de la región, así como actores protagónicos de estos cambios, entienden que se está produciendo una profundización de la democracia, que permitirá la recuperación de su legitimidad y la superación de la extendida crisis de representación. Otros, en cambio, entienden que tales procesos son reflejo de la inestabilidad política y expresión de la falta de consolidación de las democracias liberales representativas de la región. La discusión que se puede plantear entre ambas interpretaciones, entendemos que es un tema central en los estudios democráticos regionales.

En este marco pretendemos plantear nuestro punto de vista que no coincide con los análisis que buscan propuestas que se restringen a las formulaciones teóricas de la democracia liberal, porque como hemos expresado en el análisis realizado sobre los límites de este modelo, tanto en su orientación normativa como empírica no resulta comprensiva de las realidades regionales emergentes, en tanto no puede dar cuenta de construcciones democráticas relacionadas a componentes simbólicos y contextuales con otros sentidos de lo democrático diferentes a los asociados a la democracia liberal, como por ejemplo los procesos generados en Venezuela, Bolivia y Ecuador.

Así consideramos que las categorías teóricas del liberalismo son insuficientes para dar cuenta de las nuevas democracias latinoamericanas que recuperan experiencias pasadas de la región, resignificándolas en el nuevo contexto de la globalización.

Por ello, planteamos la necesidad de incorporar marcos teóricos que permitan la contextualización de los procesos políticos para su mejor comprensión. Así articularemos para su estudio los aportes de la democracia radical con otras construcciones teóricas que han surgido en el discurso de las Ciencias Sociales latinoamericanas.

En este sentido pretendemos incorporar las propuestas críticas de los enfoques del Colonialismo y la Teoría de la Dependencia que interpelan la pretendida universalización de las leyes del progreso y el desarrollo, tal como han sido generadas en el centro y deconstruyen críticamente la prescripción del modelo de sociedad moderna, emergente en el Occidente europeo, como el paradigma a seguir por toda construcción social y también las bases justificatorias de su pretendida superioridad. En definitiva interpelan las lógicas esencialistas y deter-

ministas del colonialismo y la dependencia, con todo su bagaje eurocéntrico y los efectos que produjeron en la región.

Por otra parte resulta relevante la Teoría del Discurso, en especial en el marco de su formulación en "La Razón Populista" (Lacau 2001), a partir de la lógica de la hegemonía, en tanto permite captar los procesos de articulación equivalencial de un conjunto de demandas excluidas y la construcción de proyectos políticos, tal como se esta dando en la región, en un campo social cruzado por antagonismos. Esto constituye un aporte de particular importancia para comprender algunas de las actuales construcciones democráticas en la región.

En primer lugar se requiere hacer una lectura desde una mirada que habilite lo diferente, así se puede incluir el giro descolonial y la propuesta de interculturalidad planteada por un sector de la teoría social latinoamericana con autores como Mignolo(2001), Lander(1999), Quijano (1999) y otros. Esos enfoques son vastos y diversos, no podemos desarrollarlos en su totalidad, por ello sólo tomaremos los que más se articulan con el problema planteado.

Así, se propone una nueva configuración conceptual, un giro epistémico que tiene como base la construcción de conocimientos que den cuenta de las huellas del pasado y el presente de las realidades de dominación vividas en la región, a partir de las cuales se construye una respuesta social, política, ética y epistémica, al pensamiento central dominante, desde su propio y diferente lugar. Es un pensamiento que se encuentra en la interrelación entre el conocimiento universalizado central y reflexiones desde la diferencia que lo ponen en cuestión, contaminándolo con otras historias y otros modos de pensar, desviándose de los marcos dominantes y pensando desde categorías negadas por el centro.

Según Mignolo (2003.15) "el giro descolonial consiste en desprenderse del chaleco de fuerza de las categorías de pensamiento que naturalizan la colonialidad del saber y del ser y lo justifican en la retórica de la Modernidad, el progreso y la gestión democrática imperial" Así, entiende que estamos inmersos no sólo en una dominación económico-política sino sobre todo del conocimiento. El control sobre éste opera en la economía y en la teoría política dando prioridad al mercado y a los conceptos de democracia y libertad ligados al mismo, constituidos en universales. Por el contrario la genealogía del pensamiento descolonial es "pluriversal" e introduce lenguas, memorias, economías y políticas consideradas "inferiores", sosteniendo la apertura y libertad de pensamientos y de formas de vida, propias de la región. Se proponen pensar que otros mundos son posibles, fuera de las formas del pensamiento hegemónico central. En definitiva, poder pensar nuestras realidades

regionales, fuera de los marcos teóricos generados por las ciencias sociales desde el centro.

Desde este enfoque, se relata otra historia que permite comprender las huellas de los procesos pasados y sus efectos en las construcciones político-económicas latinoamericanas. Siguiendo a Dussel (2001) podemos decir que la modernidad es un fenómeno europeo pero constituido en una relación dialéctica con una alteridad no europea (América) que permitió que Europa se afirme como el centro del Sistema Mundo.

Mignolo (1999) a partir de la idea de Sistema Mundo de Wallerstein (1974-1989), introduce el concepto de colonialidad como el otro lado de la modernidad. América Latina se constituye como el primer espacio-tiempo de un nuevo patrón de poder de vocación mundial, es la otra cara, la alteridad esencial de la modernidad. En esta perspectiva, la relación entre la conquista de América y la formación de la Europa Moderna permite una nueva interpretación de la modernidad que muestra, no sólo su faz emancipadora, sino también su costado destructivo y genocida.

Dos procesos históricos se constituyen en los ejes fundamentales del nuevo patrón de poder. Por una parte la codificación de las diferencias entre conquistadores y conquistados en la idea de raza, que constituía a los segundos en una natural situación de inferioridad respecto a los primeros, y por otra parte la expansión de la perspectiva eurocéntrica del conocimiento, constituyó esta concepción racial en la base legitimante de las relaciones de dominación propias de la conquista. Por otra parte, las nuevas identidades históricas producidas articuladas a la raza se asociaron a los roles y lugares en la nueva estructura global de control del trabajo, elemento fundamental del nuevo patrón de poder. (Quijano 1999) Como sostiene el autor citado, como centro del capitalismo mundial, Europa pudo imponer su dominio colonial sobre las otras regiones del planeta. Esto constituye un proceso de reidentificación histórica ya que desde Europa le fueron atribuidas nuevas identidades culturales, en cuya producción, la colonialidad del poder fue una de las más activas determinaciones.

Constituida Europa Occidental en el centro hegemónico del proceso histórico, el centro de elaboración intelectual del mismo se localiza allí y su versión logra hegemonía. Se produce una operación clasificatoria que impuso una epistemología con una cara visible y otra invisible. La primera, la cara de la modernidad desde donde se comenzó a clasificar, describir y conocer el mundo y la otra, la invisible: la colonialidad en donde se ejerció el poder y se impuso la concepción de matriz hegeliana que Europa era el centro del mundo y la encarnación de la racionalidad.

Este análisis permite a Latinoamérica redescubrir su lugar en la historia de la modernidad: la primera periferia de la Europa moderna que sufrió un proceso constitutivo de colonización-modernización. Esto puede decirse que continúa hasta el presente, ya que existe una fuerte conexión entre el eurocentrismo y lo que Dussel (2001) denomina la falacia del “desarrollismo” que consiste en pensar que el patrón del modelo del moderno desarrollo europeo debe ser seguido unilateralmente por toda otra cultura, tomando el desarrollo como una categoría ontológica, como el movimiento “necesario” del ser según Hegel.

En ese marco según Mignolo (2001) la conciencia criolla en el período independentista, se forjó en el imaginario del colonialismo interno (reproducción de la diferencia colonial en el período nacional). La conciencia criolla produjo la independencia política, pero no la cultural ni económica.

Así la oposición civilización y barbarie, como sostiene Rojas Mix (1997) es la antinomia de dos identidades: la europea y la americana. Para las elites blancas criollas la razón, el orden la libertad y la riqueza provienen de Europa: el colonialismo interno reproduce la «misión civilizatoria» del blanco por sobre el negro, el indio y el mestizo representativos de la «barbarie americana», que constituyen “lo otro de la razón”, lo que justifica el ejercicio de un poder disciplinario. Esto se repite en otros momentos y en otros discursos de como los de la modernización en los cincuenta y del neoliberalismo en los 90.

Frente a esa concepción que ha dejado profundas huellas de exclusión y subalternización de esos grupos humanos, y que hoy afloran en diferentes movimientos de resistencia en los Estados regionales, construir un pensamiento alternativo desde Latinoamérica no significa negar la herencia europea, sino reconocerla en su provincialismo y particularismo, como una herencia más entre las ricas y variadas que se redescubren desde la perspectiva de la diferencia colonial.

Así el pensamiento que surge de la filosofía de la liberación de Dussel (2001) o del colonialismo y la colonialidad del poder de Mignolo (2001) o Quijano (1999), desde el exterior colonial del universalismo europeo, postula la diversidad epistémica como proyecto universal y no el establecimiento de universales abstractos. No se trata de fundamentar un relativismo cultural, sino de reconocer y actuar sobre las diferencias.

Según Mignolo (2001) a diferencia de Hegel en la filosofía de la liberación de Dussel (2001) la razón no tiene un punto de llegada en singular, sino más bien puntos de partida en plural. Estos constituyen un descentramiento geopolítico de la epistemología y de la ética política. En ese marco, Dussel (2001) propone articular la ética del discurso con la ética de la liberación. La diferencia consiste en que la primera

sólo propone una ética de la inclusión, Dussel (2001) entiende que si bien esto es deseable y necesario, mantiene las relaciones de poder entre quienes están en la posición de incluir y los que están en posición de ser incluidos. La ética de la liberación propone una reflexión crítica desde la perspectiva de los que no quieren ser incluidos desde arriba, sino que se proponen participar en el acto mismo de inclusión.

Estas nuevas lecturas emergen de la exterioridad de una totalidad que pretende ocuparlo todo y que oculta lo que niega. La exterioridad, es entonces la voz que hace visible lo que la totalidad ocultó. Así se puede pensar la diversidad como proyecto universal. Por lo tanto, la descolonización como proyecto intelectual, reconoce la variedad de historias coloniales y la diversidad epistémica. La diversidad como proyecto universal, postula variados puntos de creación y transformación epistémica ética y política.

Otro aporte de la teoría social regional que permite comprender el contexto en el cual se desarrollan los procesos latinoamericanos se vincula a los aportes de la Teoría de la Dependencia. Esta incluye distintas vertientes que no podemos abordar en su complejidad, por ello nos interesa destacar sólo algunas ideas centrales que tratan de develar la situación económica de la región, con sus efectos sociopolíticos. Así se sostiene que el desarrollo y el subdesarrollo son aspectos diferentes de una misma estructura. El desarrollo dependiente y la marginalidad, son consecuencias del proceso de expansión capitalista (Dos Santos 2003).

Las distintas vertientes de la Teoría de la Dependencia se orientan a criticar cierto sentido otorgado al concepto de desarrollo que según Dos Santos (2003. 14) se caracteriza como "la adopción de normas de comportamiento, actitudes y valores identificados con la racionalidad económica moderna, caracterizada como la búsqueda de la máxima productividad, la generación de ahorro y la creación de inversiones que llevasen a la acumulación permanente de los individuos y, en consecuencia de cada sociedad nacional".

Los fundadores de las Ciencias Sociales tenían en claro esos comportamientos, ya sea para describirlos o criticarlos (Weber, Durheim y Marx, Smith, Ricardo Y Stuart Mill entre otros) Ya en el siglo XX sociólogos como Parsons y Merton y politólogos como Lipset, Almond y Apter proponen las bases para el establecimiento de esas formas de comportamiento, los únicos compatibles con la sociedad moderna, a su vez considerada como el modelo a alcanzar, y que se correspondía con el pleno desarrollo de la democracia liberal, en cuyo marco se generaron técnicas de verificación empíricas para detectar el grado de modernización alcanzado por cada sociedad. Esta forma de pensar el desarrollo alcanza su punto culminante con la obra de W.W Rostov (1961)

que, en plena guerra fría, frente a la expansión del modelo de desarrollo de la Unión Soviética trata de demostrar que el desarrollo no necesita del socialismo, ya que, parte de un modelo de acciones económicas, sociales y políticas interrelacionadas tomada por cualquier Estado que adopte una idea desarrollista y establezca las condiciones de su despegue. Según sostiene Dos Santos (2003), a pesar de su simplismo esta idea prevalece en gran parte de los científicos latinoamericanos, constituyendo una de las intervenciones más fuertes de la ideología en el campo científico.

En nuestra región se asumió desde sus inicios independientes en el Siglo XIX que el logro del progreso, provenía de la importación del conocimiento del centro y que era posible y deseable copiar su camino. Esta visión se revisa por la CEPAL, fundamentalmente por el aporte de Prebisch en la década del 50, quien se aparta de la dicotomía «civilización y barbarie» y la diferencia entre moderno y arcaico o tradicional, para producir un debate más consistente en términos de desarrollo y subdesarrollo y sus estudios se centran en políticas capaces de viabilizar el proceso de industrialización para superar los obstáculos del desarrollo. Sin embargo la teoría de la dependencia le cuestiona que sus propuestas políticas, preservaban las estructuras de poder existentes.

La Teoría de la Dependencia en sus distintas vertientes representó un gran esfuerzo crítico para comprender las limitaciones de un desarrollo iniciado en un período histórico en que la economía mundial estaba ya constituida bajo la hegemonía de grandes grupos económicos y poderosas fuerzas imperialistas (Dos Santos 2003).

En ese marco Blomstrom y Hettne (1990) resumen en cuatro puntos centrales los ejes que todos los enfoques de la dependencia sostenían: 1) el subdesarrollo está conectado estrechamente con la expansión de los países industrializados 2) el desarrollo y subdesarrollo son dos aspectos diferentes de un mismo proceso estructural 3) el subdesarrollo no puede ser considerado como una primera condición de un proceso de despegue evolucionista 4) la dependencia no es sólo un fenómeno externo sino que se manifiesta de distinta manera en la estructura interna de los países dependientes.

Mientras haya división internacional del trabajo, se mantendrá la estructura centro-periferia y la economía de algunos países (dependientes) está condicionada al desarrollo y la expansión de otros (dominantes) Así, “la importancia del sistema político interno y el control que los grupos de poder realizan a través de éste, resultan claves para entender el nexo entre modelo de inserción y sistema político” (Bernal Meza 2005.95).

En general las oligarquías locales y la burguesía mercantil financiera, se benefician como socios menores de los poderes económicos centrales en esta situación. Por ello la función de las burguesías

nacionales “integradas” es siempre la misma: las reproducción de los mecanismos de control social, y político para facilitar la adaptación estructural de la formación nacional dependiente a los centros hegemónicos (Amin. S.1996) Pero esta vinculación subordinada al sistema mundial, genera un desarrollo dependiente concentrador y excluyente (Dos Santos 2003). A partir de este análisis es posible comprender el nivel de antagonismo político y conflicto socio-económico existente en la región, con importantes sectores populares excluidos que demandan satisfacción a sus necesidades.

La Teoría de la dependencia influyó en otros aportes teóricos regionales, así a modo de ejemplo, la Teoría de la Liberación de Gutiérrez en el Perú la tomó como referente fundamental, influyendo también en la Filosofía de la Liberación de Dussel, generando en definitiva una de las mas extensas polémicas en la región. El programa de la Unidad Popular de Salvador Allende y algunas tendencias del gobierno revolucionario peruano del 68 tomaron elementos de la Teoría de la Dependencia.

Desde el presente al realizar Dos Santos (2003) un balance de la Teoría de la Dependencia realiza una dura crítica al desarrollo de las democracias regionales en la transición y hasta fines del Siglo XX. Por una parte advierte como luego de producida la derrota de los movimientos de transformación populares y con la emblemática caída por golpe de Estado del gobierno de Salvador Allende, la situación estaba «bajo control» y se podía iniciar un período constructivo de Democracias liberales viables. Así también influye que la dictaduras militares resultaban impresentables por sus sesgos nacionalistas de derecha en el nueva contexto de expansión de la globalización capitalista. En este marco, la política de derechos humanos iniciada por Carter tuvo un doble implicancia: descalificó a los gobiernos militares latinoamericanos y sirvió de cuestionamiento también a la Unión Soviética.

En este contexto, se inician posteriormente las transiciones democráticas con un claro sentido de restauración del Estado de Derecho Liberal, frente al Estado Terrorista viabilizado por las Dictaduras. Y se prioriza de tal forma esta necesaria defensa de la restitución de la legalidad, que se abandonan gran parte de los cuestionamientos económicos. Es paradigmática la posición de Fernando Enrique Cardozo quien reformula su pensamiento y defiende la viabilidad de un proceso de democratización al interior de un capitalismo dependiente, y abandona cualquier perspectiva de crítica o enfrentamiento con éste, sus expresiones monopólicas y sus intereses articulados con el capital internacional. Así, “Limitaba sus objetivos reformistas a los objetivos liberales, al proceso de destrucción y de desestabilización de las dictaduras, para construir regímenes democráticos” (Dos Santos 2003.90).

La solución propuesta para los efectos desestructuradores de la economía desde esta perspectiva de la transición, debía darse por la cobertura de esos efectos a través de políticas sociales paliativas y el aumento de la mano de obra en las fases de crecimiento. Por el contrario, (Dos Santos 2003.90) sostiene que, en la medida en que no se avanzase hacia la solución de la dependencia, de la sobre explotación, del atraso y de la exclusión iba a ser muy difícil la legitimación de las democracias en Latinoamérica.

El avance del neoliberalismo y la Nueva Derecha tuvo efectos devastadores en las democracias de la región a las que hizo sentir todo su peso en los campos ideológicos, sociales, político-institucionales y económicos. La profunda crisis de la deuda, los ajustes sucesivos de los 80 y los 90, han producido un fuerte malestar con los gobiernos democráticos que no solucionaron la pobreza y la exclusión y una profunda crisis de representación.

Es en esta instancia que se puede advertir que el modelo de democracia deliberativa, orientada hacia el consenso, tiene una reducida posibilidad de aplicación en este escenario de sociedades fuertemente desiguales y excluyentes, con conflictos difícilmente procesados por acuerdos procedimentales y deliberativos.

En ese marco, consideramos relevante tomar otro aporte de la teoría social latinoamericana, que nos permitiría partir desde otra mirada, que permite comprender realidades diferentes y no inferiores con respecto a una racionalidad considerada superior. Así, reiteramos que de la Teoría del Discurso de Laclau tomamos, de su extensa complejidad, que implicaría todo un desarrollo sólo de ella, únicamente algunos aportes que consideramos pertinentes para el tratamiento del tema. Así, se puede tomar, para el análisis de las construcciones democráticas regionales, el concepto de populismo formulado por Ernesto Laclau en "La Razón Populista" (2005), ya que permite explicar la constitución de la política y de las identidades, en sociedades fragmentadas y conflictivas, a fin de comprender el desarrollo de la democracia en la región a partir de su articulación con la "democracia radical" de Mouffe.

Cabe destacar, como se sostuvo anteriormente que liberalismo y democracia no están inexorablemente unidos, sino que su articulación en Europa fue el resultado de un largo y complejo proceso histórico que culmina recién en el siglo XIX. Según Laclau (2006) en América Latina esta articulación nunca se logró plenamente, ya que las oligarquías liberales fueron incapaces de absorber institucionalmente las demandas populares, por ello los símbolos democrático-populares debieron presentarse como antiliberales y los regímenes que encarnaron la emergencia democrático-popular se disociaron de la articulación liberal. Sólo luego de las últimas dictaduras militares, con sus se-

cuelas de represión y desmantelamiento de los sistemas institucionales, se dieron las condiciones históricas para su confluencia. Así desde el campo popular ya nadie pone en cuestión las llamadas libertades formales y estas ya no aparecen sólo representadas por un liberalismo antipopular. Por otra parte América Latina es también heredera de la experiencia traumática del neoliberalismo, que ha producido una enorme expansión horizontal de la protesta social, la cual encuentra fuertes dificultades para transmitir sus reclamos al sistema político. Laclau (2006) entiende que el destino de la democracia en la región depende de que esas dos dimensiones logren conjugarse, siendo Venezuela, el país en el que esa conjunción ha sido más exitosa.

En ese contexto, resulta relevante considerar como las propuestas del autor sobre el populismo permiten comprender algunas de las nuevas construcciones democráticas regionales.

El autor presenta una teoría del populismo, entendida como una forma de articulación política y no como un tipo de movimiento político o una ideología.

Por ello para Laclau (2005), un movimiento sería populista no porque sus políticas o ideologías presenten contenidos reales, identificables como populistas, sino porque exhibe una particular lógica de articulación política cualquiera que sean sus contenidos sociales, políticos e ideológicos. En definitiva es una lógica específica de construcción de lo político y no un movimiento identificado con una base social, ni con un tipo de ideología.

En este marco, se puede desactivar la separación entre fenómenos racionales y aprehensibles y fenómenos irracionales e indefinibles, y reformular la comparación entre el populismo constituido por elementos vagos e indefinidos, y una lógica madura institucional.

En realidad, estos elementos atribuidos al populismo, existen porque se corresponden a una realidad social heterogénea, y precisamente tienden a reducir esa heterogeneidad intentando dotarla de cierta unidad. No se trata de una tosca operación política (a diferencia de una operación política dotada de institucionalidad) sino de un acto performativo dotado de una racionalidad propia. Su vaguedad es la condición para construir significados políticos en determinadas circunstancias de sociedades heterogéneas, con demandas insatisfechas.

La teoría de Laclau (2005) toma como unidad de análisis la demanda y no el individuo o el grupo. Toda fuerza político-social es una demanda que surge como consecuencia de su insatisfacción. Cuando las demandas son formuladas como reclamos o reivindicaciones, al no ser respondidas por la autoridad de decisión, permite establecer solidaridades con demandas en la misma situación, que son en principio, equivalenciales por su negación. La lógica populista opera como

una lógica de articulación de demandas que por su situación de insatisfacción se van agrupando, pasando de una lógica de diferencias a una de equivalencia, esta es la primera condición en el proceso de constitución de un pueblo (Laclau 2005).

Las demandas populares, a partir de una parcialidad que funciona como totalidad mediante su articulación equivalencial, constituyen una subjetividad social más amplia y divide a la sociedad en dos campos antagónicos, así la constitución del pueblo requiere como condición estructural un espacio fracturado e intenta representar la plenitud ausente (Laclau 2005).

El pueblo no designa a un grupo dado sino es un acto de institución que crea un nuevo actor político a partir de un conjunto de elementos heterogéneos y la lógica de su construcción es lo que Laclau denomina "la razón populista". Así también el pueblo no es un efecto superestructural sino el terreno primordial en la construcción de la subjetividad política.

Para que se produzca la unificación simbólica del pueblo, la construcción de una subjetividad popular, es preciso una práctica articuladora, que a través de significantes vacíos logre dar unidad a la identidad popular. "El carácter vacío de los significantes que dan unidad o coherencia al campo popular no es el resultado de ningún subdesarrollo ideológico o político, simplemente expresa el hecho de que toda unificación populista tiene lugar en un terreno social radicalmente heterogéneo" (Laclau 2005.127)

Cuanto más amplio sea el lazo equivalencial, más vacío será el significante que logre articular la cadena, perdiendo especificidad y ganando amplitud. La radicalización de ese proceso lleva a la identificación de la cadena de equivalencias con la singularidad, concentrándose en la figura del líder la unidad de dicha cadena, lo cual justifica la importancia del liderazgo en las articulaciones propuestas, al contrario de las explicaciones de la teoría política clásica que ven el accionar del líder como pura manipulación, sugestión o una combinación de ambas (Laclau 2005).

Para comprender esto es necesario repensar los conceptos de representación y democracia que finalmente le permitirán al autor establecer nexos entre populismo y democracia.

La representación en el sentido planteado por Laclau (2005) es un terreno de constitución de las identidades políticas y no simplemente de trasmisión de una voluntad constituida a priori. Debe considerarse el doble movimiento de ésta: 1) de los representados al representante y 2) de éste a los representados. Por una parte la representación de la cadena equivalencial por el significante vacío, no es una representación puramente pasiva, es algo más que la imagen de una

totalidad pre-existente: es lo que constituye esa totalidad, añadiendo una nueva dimensión cualitativa. Esto corresponde al segundo movimiento en el proceso de representación: desde el representante a los representados.

Por otro lado, si el significante vacío va a operar como un punto de identificación para todos los eslabones de la cadena de equivalencias, debe efectivamente representarlos, no puede volverse autónomo de ellos. Y esto se vincularía con el primer movimiento mencionado de la representación: desde los representados al representante (Laclau 2005).

Así, la función homogenizante del significante vacío constituye la cadena, y al mismo tiempo la representa, y esta doble función implica las dos caras del proceso de representación, con lo cual el populismo lo cumpliría acabadamente. La unificación de las demandas alcanza su articulación más alta cuando se logra un sistema estable de significación.

Debe destacarse que “entre la centralidad política del líder –y del poder burocrático que lo rodea– por un lado , y por el otro , la autonomía de los movimientos de base, existirá siempre el peligro de una tensión que sólo puede ser resuelta a través de una negociación política incesante” (Laclau 2006.120).

Además el mecanismo de representación no implica oposición a la institucionalización, ya que todo tipo de política complementa la creación de identidades con una política institucionalista. La política implica siempre la tensión entre el momento institucional y el momento popular, que se limitan mutuamente. (Laclau 2007.21).

Por otra parte, si se pretende vincular populismo con democracia, es preciso abandonar la inescindible vinculación entre democracia y liberalismo tal como lo plantea Lefort (1988) y postularlo como una cuestión contingente tal como lo sostiene Mouffe (2003). A partir de esto se desprenden en la concepción del autor dos conclusiones: a- otras articulaciones contingentes también son posibles , lo que permite la existencia de formas de democracia fuera del marco simbólico liberal, convirtiéndose la democracia en una pluralidad de marcos que permite la emergencia del pueblo, y b- como esta emergencia del pueblo ya no es más el efecto directo de algún marco determinado, la cuestión de la constitución de una subjetividad popular se convierte en una parte integral de la cuestión de la democracia. Además la noción de identidad democrática sería indiferenciable de la identidad popular y la construcción de un pueblo sería el presupuesto fundamental del funcionamiento democrático (Laclau 2005)

Esto se vincula con lo tratado anteriormente sobre los límites de los enfoques racionalistas-universalistas para dar cuenta de las

condiciones contextuales de existencia de un sujeto democrático, es decir los plurales modos de vida donde la subjetividad política es constituida y en los cuales, la emergencia de un conjunto de prácticas y adhesiones afectivas constituyen un escenario en el cual la racionalidad, ya sea individual o dialógica ya no es un componente dominante (Laclau 2005).

“Sin la producción de vacuidad no hay pueblo, no hay populismo, pero tampoco hay democracia” (Laclau 2005.213) En los marcos de una democracia distinta a la liberal, la posibilidad misma de ella depende de la construcción de un pueblo y esto vincula enfáticamente a la democracia y el populismo.

Conclusión

Hemos tratado de ir respondiendo a los interrogantes iniciales. En cuanto a la posibilidad de hablar de democracia fuera del marco liberal, siempre queda abierto el debate, pero se han presentado desarrollos teóricos que permiten sostener con sólidos fundamentos la existencia de opciones plurales en la construcción de la democracia.

Esto es así, porque la democracia liberal, tanto en sus aportes como en sus limitaciones, es plenamente aceptable en el contexto de determinadas tradiciones y prácticas y no posee la misma plausibilidad de aplicación y de respuesta en otros.

En cuanto a los dos últimos interrogantes y partiendo del giro epistémico intercultural y descolonizado propuesto, que permite construir marcos de análisis desde la diferencia, se entiende que en Latinoamérica con sociedades que mantienen las huellas de la colonización con sus efectos conflictivos que se mantienen hasta el presente y economías periféricas dependientes, y por ello con sociedades altamente antagónicas, la democracia se articula muy dificultosamente con un modelo liberal.

Así, los procedimientos y reglas de juego democrático-liberales tienen una escasa posibilidad de habilitar transformaciones, sino que están orientados al mantenimiento del orden liberal, con su prevalencia de los derechos individuales sobre todo el de propiedad. Esto puede ser altamente valorado en sociedades con mayor equidad distributiva, pero no en sociedades fuertemente polarizadas, que esperan que la política tenga la fuerza y el potencial para imponer correctivos a un capitalismo de concentración y exclusión.

Por otra parte esta desafección con las reglas y procedimientos liberales en la región, se vincula al hecho de que la vigencia de democracias procedimentales, ha transcurrido paralelamente con su incapacidad de resolución de problemas, e incluso se asocia al agravamiento

de los mismos: pobreza marginalidad, exclusión y distribución cada vez más inequitativa.

Y en cuanto a la representación, se advierte que, si bien en los países centrales, puede haber cierta mirada crítica sobre ella, esta resulta aceptable por ciudadanos con acuerdos básicos comunes y un pluralismo de opciones. En Latinoamérica, es más que evidente que el sistema representativo está en crisis, ya que tal como ha funcionado no ha logrado procesar las demandas de las mayorías en políticas que resolvieran los problemas centrales.

Se plantea por parte de los sectores populares, una fuerte desconfianza en la representación. Esta aparece más como un control para el exceso de demandas que una conquista política habilitante de influencia en las decisiones. No parece ser una casualidad que así lo planteó la Comisión trilateral en los 70, así se entendió en el discurso de la gobernabilidad de los 80.

Por otra parte, desde el modelo liberal, las propuestas de participación como ampliación de la representación, se vinculan más a un traslado de las responsabilidades del Estado a las organizaciones de la sociedad civil, y no a un verdadero protagonismo popular.

Las formulaciones de democracia “participativa y protagónica” o de “autorepresentación” como las de Venezuela o Bolivia ofrecen, por el contrario el empoderamiento de las comunidades y los movimientos populares y pueden articularse con políticas estatales orientadas a la satisfacción de las demandas populares.

Así en este escenario, la construcción de democracias legítimas, requiere de nuevas alternativas, con mayor apertura participativa y protagónica de los pueblos y una decidida intervención política estatal para orientar la economía. Todo ello enmarcado en un escenario regional con capacidad de promoción y efectiva realización de políticas orientadas a la protección de los intereses regionales.

Bibliografía:

- AMIR SAMIR (1986) *El desarrollo desigual*. Planeta de Agostini. Barcelona.
- BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS (2006) *Renovar la teoría crítica y reinventar la emancipación social*. CLACSO. Bs.As.
- ANDERSON, PERRY (1988) *Dictadura y democracia en América latina* Tierra del Fuego. Bs.As.
- BERNAL MEZA (2005) *América Latina en el mundo. El pensamiento latinoamericano y la teoría de la relaciones internacionales*. Nuevo Hacer. Bs.As.
- COLOM GONZALEZ FRANCISCO (2003) *Las caras del Leviatán. Una lectura política de la Teoría crítica* Anthropos . Barcelona.
- DOS SANTOS THEOTONIO (2003) *La Teoría de la dependencia. Balances y perspectivas*. Plaza Janés. Bs.As.

- DUSSEL E. (2003) Eurocentrismo y Modernidad. (Introducción a las Lecturas de Frankfurt) en *Capitalismo y geopolítica del conocimiento*. Edit Signos Bs.As.
- ELLNER ESTEVE (2006) *Las estrategias desde arriba y desde abajo del movimiento de Hugo Chavez*. Cuadernos del Cendes Año 23 N 62 Mayo-Agosto del 2006.
- GARCIA GUITIAN, ELENA (2003) "El discurso liberal: democracia y representación" en, DEL AGUILA, Rafael, VALLESPIN, Fernando y otros. *La Democracia en sus textos*. Alianza Ed. Madrid.
- GARCIA LINERA ALVARO (2006) «Democracia Liberal vs Democracia Comunitaria» en *Interculturalidad, descolonización del Estado y del conocimiento* Walsh, García Linera y Mignolo. Edit. Del Signo Bs.As.
- GARCIA LINERA A. (2006) *El evismo; lo nacional popular en acción* OSAL Año VII N 19.
- GONZALEZ JOSÉ M. y QUESADA, FERNANDO (1992) (Coords.) *Teoría de la democracia*. An-trophos. Barcelona.
- GREPPI ANDREA (2006) *Concepciones de la democracia en el pensamiento político contemporáneo* Edit Trotta. Madrid.
- HABERMAS, JÜRGEN (1998) *Facticidad y validez*. Edit. Trota. Madrid.
- (1999) *La inclusión del otro*. Paidós. Barcelona.
- HABERMAS, JÜRGEN y RAWLS, JOHN (1998) *Debate sobre el liberalismo político*. Paidós. Barcelona.
- HAYEK, F. (1982) *Los fundamentos de la libertad*. Edit. Unión.
- (1985) *Caminos de servidumbre*. Alianza. Madrid.
- HELD, DAVID (1997) *La Democracia y el orden global. Del Estado moderno al gobierno cosmopolita*. Paidós. Barcelona.
- (1992) *Modelos de democracia*. Alianza Edit. México.
- HOWARD DAVID «Aplicando la Teoría del Discurso: el método de la articulación» en *Studia politicae . n 5 Otoño del 2005* Publicación de la U.C.C. Argentina.
- JIMENEZ REDONDO (1997) "Introducción" en Habermas, J. *Mas allá del Estado Nacional*. Ed. Trota. Madrid.
- LACLAU ERNESTO (2005) *la razón populista*. F:C:E Bs.As.
- LACLAU ERNESTO (2006) Consideraciones sobre el populismo latinoamericano» en *Cuadernos del CENDES. Caracas. Mayo-Agosto 2006*.
- LACLAU ERNESTO-CHERESKY-DE RITZ- PALERMO "Reinterrogando la democracia en América Latina" *Argumentos n°8*. Octubre del 2007.
- LACLAU, ERNESTO y MOUFFE, CHANTAL (2004) *Hegemonía y estrategia socialista. Hacia una radicalización de la democracia*. FCE. Buenos Aires.
- MACPHERSON, CH. (1991) *La democracia liberal y su época*. Alianza Edit. Buenos Aires.
- MIGNOLO WALTER Y OTROS (2003) *Interculturalidad, descolonización del estado y del conocimiento*. Ediciones Signo Bs.As.
- MIGNOLO WALTER (2003) "Introducción" en *Capitalismo y geopolítica del conocimiento*. Mignolo W. Comp. Edit Signo Buenos Aires.
- MOUFFE, Chantal (2003) *La paradoja de la democracia*. Gedisa. Barcelona.
- (1999) *El retorno de lo político*. Paidós. Buenos Aires.
- NICANOFF S., STRATTO F, MAZZEO M y otros (2006) *Venezuela ¿La revolución por otros medios?* Libro colectivo. Dialektik. Bs.As.

- NOZICK, ROBERT (1994). *Anarquía, Estado y Utopía*. FCE. Buenos Aires.
- O'DONNELL G. y otros *Democracia .Desarrollo humano y ciudadanía*. Homo Sapiens. Rosario
- RAWLS J. (1996) *Liberalismo político*. Crítica. Barcelona.
- (2002) *La justicia como equidad: una reformulación*. Paidós . Barcelona
- RESQUEJO COLL, FERRÁN (1994) *Las Democracias. Democracia antigua, Democracia liberal y Estado de Bienestar*. Ariel. Barcelona.
- QUIJANO ANIBAL (1999) «Colonialidad del Poder. Eurocentrismo y América Latina» en *La Colonialidad del saber: eurocentrismo y Ciencias Sociales*. Edgardo Lander comp. CLACSO. Bs.As.
- ROSTOV W. (1961) *Eapas del crecimiento economico*. F.C.E Mexico.
- SARTORI, GIOVANNI (1990) “Los problemas clásicos” en *Teoría de la democracia* (Tomo II) Edit. Rei Argentina.
- STEFANONI PABLO - DEL ALTO HERVE (2006) *La revolución de Evo Morales. De la coca al palacio*. Clave para todos. Bs.As.
- SCHUMPETER J.(1996) *Capitalismo, socialismo y democracia*. Folio Barcelona
- WALLERSTEIN INMANUEL (1974-1989) *The Modern World-System* 3 Vol. Academia Press Inc. Nueva York .



IGUALDAD Y AUTOGOBIERNO: ¿CUÁNTO HAY DE REPUBLICANO EN LA COMPRENSIÓN POLÍTICA DE LOS MOVIMIENTOS PIQUETEROS Y SUS LUCHAS?

*María Alejandra Ciuffolini**

Resumen: El escenario Latinoamericano se ha caracterizado por una escasa cultura cívica y por profundas desigualdades sociales que se expresan, también, en asimetrías intensas en lo que hace a la participación en la esfera pública de una gran proporción de su ciudadanía. Sin embargo, nuevos actores colectivos, la multiplicación de demandas en favor de reconocimiento, así como las luchas que se erigen desde la pobreza y exclusión, ofrecen un marco renovado en el que cabe ponderar y repensar el alcance de las luchas y sus sujetos en relación a los ideales del modelo republicano. Conforme a ello, interesa en este artículo analizar la capacidad o no que tienen los movimientos sociales para promover y edificar –o no–, desde una concepción y una dinámica alternativas a la configuración institucional de la política en nuestros países, un orden congruente con los postulados de la república.

Palabras Claves: Cultura – Autogobierno – Derechos – Democracia – Antagonista

Introducción

La república ha significado, desde siempre, un orden en el que se promueve un conjunto de instituciones destinadas a proteger la independencia de los ciudadanos, al tiempo que se postula una organización institucional que propicie la discusión pública en relación al bien común. Es por ello que, en la república el concepto de autonomía privada de los ciudadanos es central en tanto base para un desempeño autónomo de los individuos en la vida pública. Esta condición inicial que la diferencia sustantivamente del orden liberal, se completa en la repúbli-

* Doctoranda en Ciencias Sociales (UBA), Profesora Facultad de Derecho y Ciencias Sociales- UNC- y Facultad de Ciencia Política y Relaciones Internacionales (UCC). Mail de contacto: maciuffolini@yahoo.com.ar.

ca como forma de organización social y gobierno con un conjunto de requerimientos que van desde el compromiso activo por parte de la ciudadanía en los asuntos comunes, hasta ciertas condiciones de igualdad extendidas en la población.

Esta sucinta enunciación de los aspectos que destacan al régimen republicano muestra, a toda vista, la distancia que con él guardan las formas de organización social y gobierno en América Latina. Pues, en general, el escenario Latinoamericano se ha caracterizado por una escasa cultura cívica y por profundas desigualdades sociales que se expresan, también, en asimetrías intensas en lo que hace a la participación en la esfera pública de una gran proporción de su ciudadanía.

Sin embargo, desde hace ya más de una década, algo ha comenzado a modificarse en el espacio público de nuestros países. La creciente y sostenida emergencia de voces olvidadas o negadas, nuevos actores colectivos, la multiplicación de demandas en favor de reconocimiento, así como las luchas que se erigen desde la pobreza y exclusión, ofrecen un marco renovado en el que cabe ponderar y repensar el alcance de estas nuevas luchas y sus sujetos en relación a los ideales del modelo republicano.

Conforme a ello, interesa en este artículo analizar la capacidad que tienen los movimientos sociales para promover y edificar –o no–, desde una concepción y una dinámica alternativas a la configuración institucional de la política en nuestros países, un orden congruente con los postulados de la república.

Fijado el objetivo del presente trabajo, es pertinente señalar brevemente algunos aspectos metodológicos. El corpus que analizamos lo constituyen 25 entrevistas en profundidad a miembros de distintos movimientos piqueteros¹ de la ciudad de Córdoba –Argentina–. Para el tratamiento y análisis de los datos se utilizó el soporte informático que brinda el programa Atlas-ti, el cual permite en un corpus amplio, sistematizar familias de códigos –esto es conceptos relacionados–. Sobre este primer nivel de análisis, luego se aplicó la técnica de análisis de discursos a fin de dar cuenta de los contenidos semánticos que estas redes conceptuales involucran.

Hechas estas necesarias aclaraciones, hemos dispuesto la siguiente organización del texto: un primer apartado trata los objetivos y comprensión de las luchas encaradas por los movimientos, así como los valores y/o principios que sostienen; en un segundo momento nos detenemos en el análisis de sus relaciones con las instituciones, formas alternativas de organización y acción. Para finalizar, unas breves re-

¹ Los movimientos trabajados en este artículo son: Polo Obrero, Movimiento Teresa Rodríguez, Coordinadora de Trabajadores Desocupados-Anibal Verón y Barrios de Pie.

flexiones sobre la potencialidad de los movimientos sociales tienen para alentar transformaciones acordes con el ideario republicano, y los problemas y riesgos que se pueden presentar.

Relaciones de igualdad y compromiso con la vida pública

En Argentina, los mecanismos utilizados antiguamente para producir la virtud pública y la competencia ciudadana consistieron, por un lado, en un sistema educativo laico, gratuito y universal, que propiciaba la formación en valores básicos de un ser nacional; y, por otro, en una estructura institucional que promovía la inscripción de los ciudadanos en corporaciones –sindicatos, cámaras empresarias, asociaciones, etc.– que hacían del trabajo, en un escenario de casi plena ocupación, el espacio central para la conquista y/o reivindicación de derechos.

Estas dos lógicas encuentran su fin con el golpe de Estado del año '76 que implementa una política neoconservadora en lo económico y lo social, al tiempo que desarticula al sistema educativo nacional a través de un proceso de descentralización y transferencia a los ámbitos provinciales de gobierno. Se asiste, entonces, a la emergencia de un Estado flexible –shadow state o hollow state– que hallará su consolidación en las tres décadas subsiguientes.

En este contexto dado por la privatización y reducción de la acción estatal; profundas modificaciones en la estructura social consecuencia de un intenso proceso de movilidad descendente; desarticulación de los antiguos anclajes sociales y una grave crisis institucional, se da la emergencia de un conjunto de acciones colectivas que expresan los cambios más recientes en el espacio político y la vida cívica.

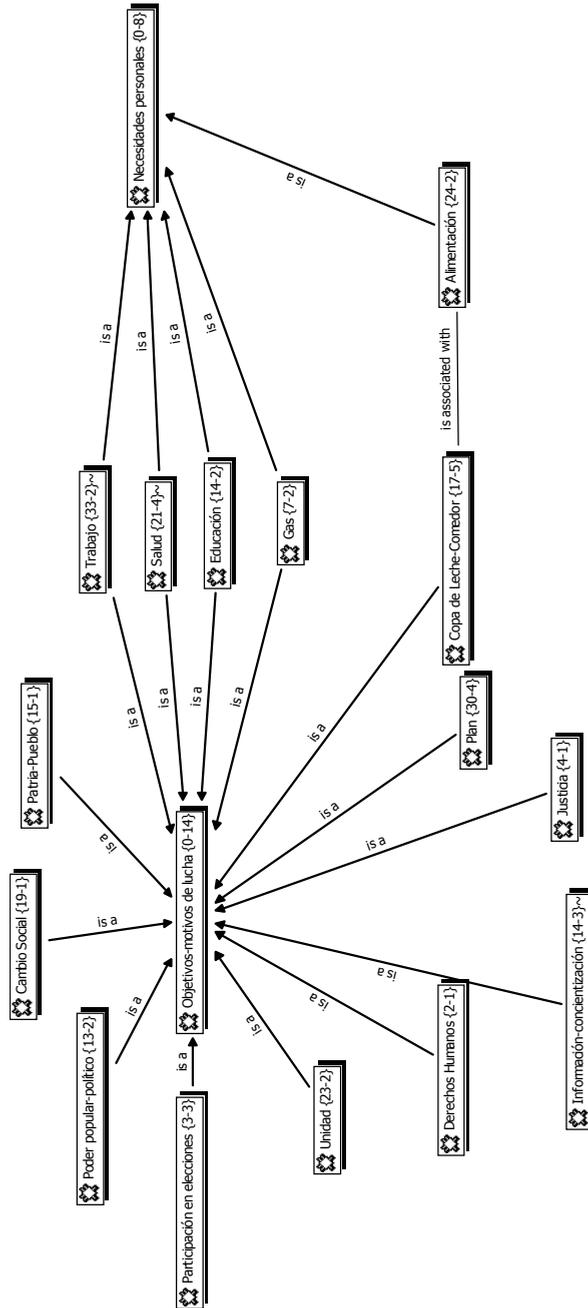
Si bien, la experiencia de movilización, de participación y de solidaridad que hacen aquellos que se comprometen en la defensa de una causa social y política no sigue siempre el mismo modelo, ni persigue objetivos semejantes –razones de extensión nos obligan a presentar los datos de los movimientos de manera agregada–, nos permite fijar la atención y analizar su potencial para la democratización de todo el conjunto del juego político.

Conforme se presenta en el gráfico 1, las luchas desarrolladas conciernen a: 1) la posibilidad de inscribir en el espacio público preocupaciones relativas a derechos sociales básicos como son: alimentación, salud, educación, trabajo. Estas demandas otrora banderas casi exclusivas del movimiento obrero, se trasladan ahora a la ciudadanía –más o menos auto-organizada–; pierden así su carácter de reclamos sectoriales para entenderse como pre-condiciones económicas universales que aseguran un piso de relaciones igualitarias como medio para una sociedad más homogénea y unida. Esta insistencia por parte de los

movimientos en condiciones materiales de vida, se explica en el contexto de descolectivización y exclusión creciente de nuestro país; y en cierta idea “robusta” de libertad que al igual que en el ideario republicano² sostiene la idea de autogobierno, lo cual exige que las instituciones básicas de la sociedad –el sistema de gobierno y la regulación de la economía– quedan bajo el total control de los ciudadanos; 2) un activo compromiso con la salud política del Estado y la implicación de la ciudadanía en las decisiones que hacen al destino del conjunto social, lleva a que los movimientos defiendan una comprensión del Bien –más allá del énfasis en una u otra dimensión en cada uno de ellos–, se estructura a partir de estos lineamientos comunes: derechos humanos, poder popular, conciencia, unidad, justicia y patria. Estos principios orientadores del sentido con que se concibe –desde los movimientos– el cambio social, se sostienen sobre un denominador común que es la abolición de toda relación de dominación. En este aspecto los argumentos de nuestros entrevistados podrían resumirse con la siguiente afirmación de Sandel “soy libre en la medida en que soy miembro de una comunidad que controla su propio destino, y participante en las decisiones que gobiernan sus asuntos” (1996, 32). El ideal de autogobierno –central en la política republicana– parece ser también el fin último perseguido por los movimientos en lucha en la Argentina actual.

(Ver gráfico en página sigte.)

² La insistencia de Jefferson, Harrington, Lee, sobre la necesidad de organizar la vida económica funcional al surgimiento de determinadas virtudes cívicas, ya sea a través del establecimiento de una república agraria o de una república de artesanos, así como las críticas de Adams respecto de la corrupción, la avaricia y la ambición son extensamente conocidas. Un tratamiento de estos autores se encuentra en Pitkim (1981), Sandel (1996), Gargarella (1999).



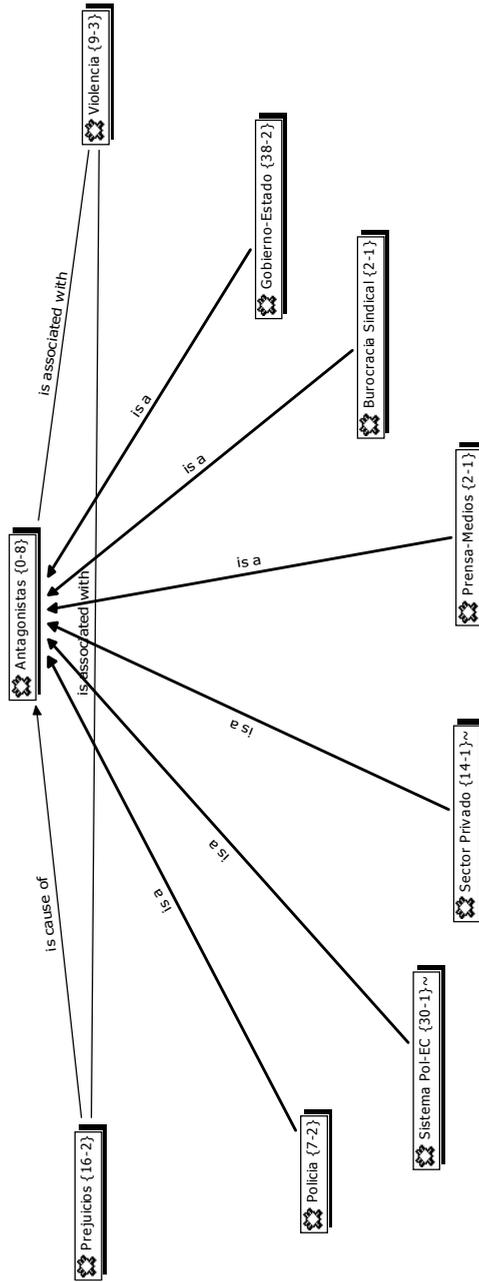
Nuevas formas de acción pública y rechazo de lo instituido

Desde este compromiso con el auto-gobierno y la vida política activa, los movimientos sociales realizan una crítica radical a las instituciones políticas, sociales y económicas del orden vigente; al tiempo que se comprometen en la elaboración de estrategias, formas de organización y acción novedosas en la esfera pública.

La crítica a la política institucional, se orienta particularmente hacia las formas de la democracia indirecta, en ninguno de los movimientos se aprueban sistemas de mediación en las decisiones de asuntos colectivos, así como tampoco respecto de toda forma de organización jerárquica.

A partir de esto, se definen como antagonistas (gráfico 2) las instituciones del Estado, dentro del cual aparecen expresamente mencionados los aparatos represivos; el capital en la figura del sector privado; las burocracias sindicales y los medios de comunicación masivos. La identificación de los adversarios parece ceñirse a un común patrón que está dado por la definición en un campo entre dominantes y dominados. En esta comprensión del antagonismo un aspecto esencial para la definición de oponente viene dado por la capacidad de esos otros para ejercer la violencia –entendida en un sentido amplio esto tanto simbólica como material– sobre los propios colectivos o sobre la sociedad toda. Es a partir de estas oposiciones a agentes, proyectos y objetivos comunes como los movimientos incentivan de forma permanente el debate en la escena pública y proponen una radicalización de lo político y de la democracia.

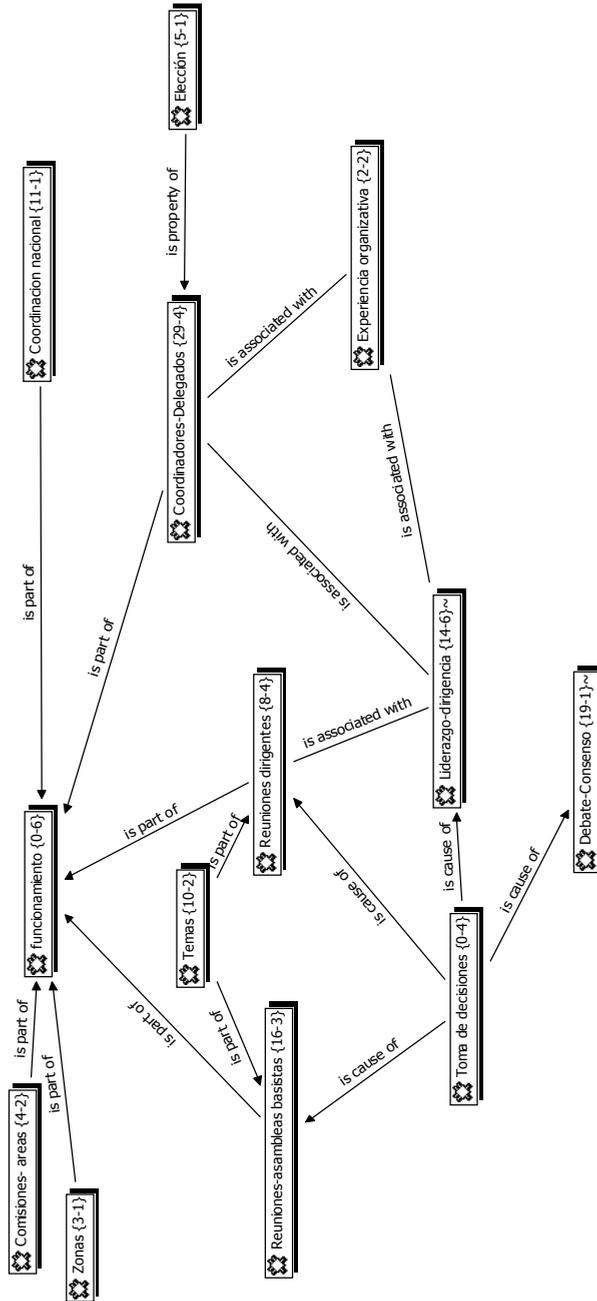
(Ver gráfico en página sigte.)



Las experiencias de movilización, de participación y de solidaridad que hacen aquellas y aquellos que se comprometen en la defensa de una causa social y política no continúa siempre el mismo modelo, ni formas de organización semejantes. En el caso de los movimientos piqueteros estas diferencias parecen sutilezas en una mirada general, pues en una primera impresión todos ellos muestran una base bastante homogénea en lo cultural y lo material. Pero cuando se profundiza la mirada se observan prácticas organizacionales, lógicas e intereses que dan cuenta de sus singularidades, al tiempo que explican las competencias y enfrentamientos que se dan al interior del mismo campo piquetero.

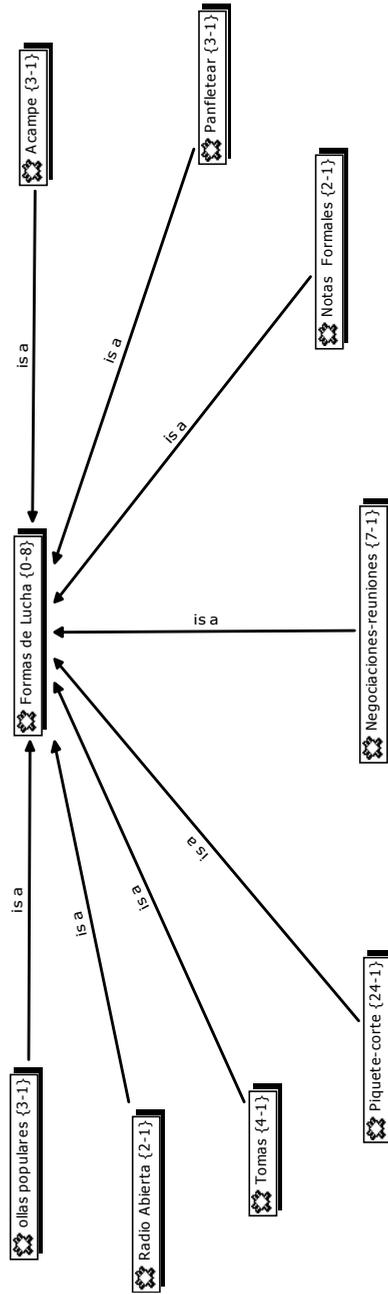
Un primer análisis de los rasgos comunes a todos ellos permite identificar las siguientes características: en el plano organizacional rechazan adoptar estructuras formales, centralizadas y jerárquicas (gráfico 3). En consecuencia mantienen y propician relaciones claramente horizontales con fuerte énfasis en el debate, en las que los militantes más activos y comprometidos funcionan como referentes hacia el interior y voceros en las relaciones con el afuera. En cuanto a las pautas normativas que regulan las relaciones hacia el interior de los movimientos son en general muy escasas y consisten básicamente en un conjunto de reglas que especifican básicamente la forma de participación y las prácticas.

(Ver gráfico en página sigte.)



Como se observa en el gráfico anterior, las decisiones casi nunca se realizan mediante votación, se procede por consenso sin que un límite de tiempo formal detenga las discusiones. Los consensos se construyen a través de y para la acción (gráfico 4). Pero es, también, en esta dinámica de permanente intercambio y debate como afianzan los lazos internos y construyen una cultura política común. Es la lentitud de este proceso de construcción de su identidad política lo que hace que no adopten de forma automática e inmediata la entidad de un sujeto político unificado, capaz de elaborar un nuevo modelo de sociedad.

(Ver gráfico en página sigte.)



La innovación organizacional y el cambio social están interrelacionados. La capacidad de los actores y sus movimientos de inscribir sus proyectos y convicciones en el espacio público y de transformar las relaciones sociales deviene el objeto de su compromiso social y político, y es el elemento que dota de sentido a la acción colectiva. Mantener la base militante, incluso evitar deserciones, importa necesariamente un alto nivel de movilización y reconocimiento en el espacio público. Mantener la cohesión y el compromiso del mayor número de miembros importa privilegiar estrategias de confrontación que reporten resultados más o menos preciados al interior del colectivo. Los fracasos de las acciones colectivas o las expectativas de ausencia de resultados conllevan necesariamente al desmembramiento y a la desactivación.

Breves reflexiones para concluir

Los movimientos sociales en Argentina han expuesto como nadie las dificultades y la violencia de un orden que se muestra ciego e inoperante tanto en lo que respecta a condiciones de vida que se hacen cada vez más desiguales, cuanto a la creciente diferenciación socio-cultural. La antigua representación colectiva de una sociedad más o menos igualitaria, sin demasiadas diferencias raciales, que ofrecía oportunidades de ascenso social, etc., se ha quebrado y ya no funciona como productora de identidad ni de unión nacional. Pero esta fragmentación y desarticulación producto de la crisis ha impulsado como nunca antes una activación de la ciudadanía en lo que refiere a la participación y el debate en la esfera pública. El escenario político y social se ha poblado de nuevos actores que proponen desde perspectivas diferentes un debate serio respecto de los modos en que es posible y queremos vivir. Si bien en un inicio fue la urgencia y la necesidad las que llevaron a la explosión de agentes colectivos y sus reclamos, pasado un tiempo los movimientos han decantado y definido sus intereses, objetivos y luchas.

Para iniciar esta breve recapitulación es importante advertir que no existe en el discurso de los entrevistados referencias directas al ideario republicano, pero sin embargo, profundas coincidencias hallamos en el análisis entre esta comprensión de lo político y las cosmovisiones de los movimientos estudiados.

En los casos estudiados, existe plena coincidencia en la crítica al orden liberal y neoliberal que ha guiado la construcción de la sociedad. En este sentido se insiste recurrentemente en el carácter profundamente despolitizador que la doctrina de la primacía de la autonomía privada y el carácter pre-político de los derechos y libertades han tenido en la formación de la ciudadanía. Frente a esta erigen una comprensión de la política –como bien lo señalaron Arendt (2000, 1998) y Aristó-

teles (2000)– que resulta de la posibilidad de una vida activa, compartida y deliberativa por parte de los ciudadanos.

Un segundo aspecto en el que se muestra su oposición al liberalismo es en lo que atañe a la miopía que este orden tiene para contemplar las profundas desigualdades en las condiciones materiales de vida, así como también en lo que respecta a la creciente diferenciación socio-cultural. En este sentido los movimientos defienden una necesaria relación de igualdad material como condición para un acabado ejercicio de los derechos por partes de los individuos. Es decir se promueven condiciones materiales de vida básicas y universales como elemento necesario para el ejercicio de la autonomía política y la plena participación en la esfera pública por parte de los ciudadanos.

En los aspectos organizativos y de gobierno, sin excepción, los movimientos se inclinan por formas de auto-gobierno y/o democracia directa. Su clara ofensiva contra cualquier forma de dominación y su extremo recelo de la discrecionalidad con que una minoría en el poder puede actuar, hace que ponderen formas horizontales de gestión y dirección, como estrategia de transformación del orden imperante. En todos los movimientos que hemos analizado, la lucha tiene como destino la transformación social, tanto en lo económico como en lo político, en favor de una democracia más plural y radical.

Los movimientos sociales envían de manera directa con estas posiciones la discusión hacia las cuestiones del poder y la soberanía. Este debate abierto ya en muchas sociedades Latinoamericanas, espera aún en Argentina, un tiempo propicio para ser sostenido.

Apéndice Metodológico

El presente texto se estructuró en dos apartados, cada uno de los cuales analizó un tema recurrente en el discurso de nuestros entrevistados, estos son: igualdad y compromiso con la vida pública y nuevas formas de acción pública y rechazo de lo instituido, ambos relacionados con los marcos teóricos que se ponen en discusión. En la conclusión retomamos los hallazgos más significativos del análisis a fin de reconocer que hay de nuevo y original en estas construcciones colectivas.

Para la realización de este trabajo hemos seleccionado a cuatro movimientos piqueteros de importante gravitación en la ciudad, no homogéneos entre sí, por lo que nos puede brindar resultados amplios y significativo sobre el panorama de las luchas en Córdoba. Luego de intercambiar numerosas instancias de diálogo, hemos realizado entrevistas en profundidad a diferentes integrantes de cada uno de los movimientos, tratando de construir datos de gran significación. Por este motivo hemos entrevistado no sólo a los líderes de esos movimientos, sino a los miembros de base que conforman a los mismos, tanto a hom-

bres como a mujeres. Se trabajó con un guión temático no estructurado, elaborado previamente, que fija las dimensiones centrales a ser indagadas, además de las que puedan surgir en las instancias de diálogo.

Se realizaron desde el año 2005 hasta el momento de redacción de este texto, 25 entrevistas a los movimientos seleccionados³, un total de 50 horas de grabación aproximadamente, transcritas posteriormente con técnicas que tratan de reflejar lo más fielmente posible todas las expresiones del diálogo, sumando un total de casi 400 hojas de registro.

El volumen de material recogido en las entrevistas realizadas a los miembros de los distintos movimientos, exige el uso de sistemas de computación de análisis cualitativos de datos. Se utilizó un explorador para crear archivos de texto a partir de los documentos originales, y un programa no numérico y no estructurado de indexación, búsqueda y teorización de datos –Atlas.ti– para codificar y analizar el contenido de las entrevistas.

Este software permite aproximarnos de manera sistemática a los datos “sensibles” e identificar en el texto nodos semánticos, segmentos y elaborar redes semánticas que dan cuenta de la complejidad textual de las unidades hermenéuticas analizadas. Las mismas permiten poner en evidencia los lexemas significativos de estos discursos, identificar sus conexiones y relaciones, generar familias de códigos teóricos y emergentes que referencian el contenido de las citas textuales, así como códigos libres que establecen las relaciones entre los códigos.

Posteriormente, este primer análisis se completó con la utilización de técnicas de análisis de discurso, las cuales nos permitieron dar cuenta de una serie de elementos que refieren al “enmarcado” del texto al momento de enunciarse, donde el sujeto expresa puntos de vistas, opiniones, experiencias y acontecimientos que refieren a si mismo, o bien presenta todo ello como algo objetivo ajeno a quien lo enuncia. Estas relaciones manifiestan la producción de regularidades por parte de los sujetos, e intentan iluminar el sentido general presente en los discursos, que luego complementamos con citas textuales extraídas de las entrevistas analizadas. Finalmente las técnicas que provienen de la teoría de la enunciación (análisis de tiempos verbales, desplazamientos semánticos, uso de deícticos y figuras argumentativas) nos habilitan a otorgar el contenido semántico y comprender el significado propio de estas categorías y relaciones.

³ El corpus con el que trabajamos es más amplio, pero por razones de extensión, tiempo y profundidad en el análisis, privilegiamos la selección de una parte del mismo para así poder efectuar trabajo más intensivo sobre los datos.

Bibliografía:

- ARENDR, H. (1998) *La condición humana*. Barcelona: FCE.
- (2000) *Política y Acontecimiento*. Buenos Aires: Nueva Visión.
- ARISTÓTELES (2001) *Ética a Nicómaco*. Madrid: Dossat 2000.
- CIUFFOLINI, M. A. (2006) "Las luchas urbanas por la tierra". En *Anuario Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, CIJS*. Córdoba: CIJS-UNC.
- (2005) "...el sagrado instinto de no tener teorías... Pensando juntos las ciencias y las luchas sociales". En *Primer encuentro de movimientos sociales e intelectuales de América Latina*. Cochabamba, Bolivia.
- (2005) "Conflicto en los discursos de las ciencias: herejía o alienación. Reflexiones a propósito de las luchas sociales". En *VII Congreso Nacional de Ciencia Política de la Sociedad Argentina de Análisis Político*. Fac. de Ciencia Política y Relaciones Internacionales. Universidad Católica de Córdoba. Córdoba.
- (2005) "La vida en el páramo: lógicas del consenso y destierro de la política". En *IV Congreso Nacional de Sociología Jurídica*. Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Buenos Aires.
- DE CERTEAU, M. (1995) *La toma de la palabra y otros escritos*. México: UIA-ITESO.
- EDER, K. (1993) *The New Politics of Class. Social Movements and Cultural Dynamics in Advanced Societies*. London: Sage.
- GARGARELLA, R. (1999) *Las teorías de la justicia después de Rawls*. Un breve manual de filosofía política. Barcelona: Paidós.
- GIARRACA, N. (comp) (2002) *La protesta social en Argentina. Transformaciones económicas y crisis social en el interior del país*. Buenos Aires: Alianza.
- MAFFESOLI, M. (1997) *Elogio de la razón sensible. Una visión intuitiva del mundo contemporáneo*. Barcelona: Paidós.
- MATUCCELLI, D. y SVAMPA, M. (1997) *La plaza vacía. Las transformaciones del peronismo*. Buenos Aires: Losada.
- MELUCCI, A. (1995) "Individualisation et globalisation". En *Cahiers de recherche sociologique*. nro. 24. París. Pp. 185-207.
- OFFE, C. (1987) "Challenging the boundaries of institutional politics: social movements since the 1960s", en MAIER (dir) *Changing boundaries of the political, Essays on the evolving balance between the state and society, public and private in Europe*. Cambridge: Cambridge University Press.
- PITKIN, A. (1981) "Justice: On relating private and public". En *Political Theory* 327. London. Pp. 344-345.
- SANDEL (1996) *Democracy's Discontent*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press.
- SCRIBANO, A. (1999) "Argentina cortada: cortes de ruta y visibilidad social en el contexto del ajuste". En *Lucha popular, democracia, neoliberalismo: protesta popular en América Latina en los años del ajuste*. Caracas: Nueva Visión.
- SCRIBANO, A. (2005) *Itinerarios de la protesta y del conflicto social*. Córdoba: CEA/UNC-UNVM.
- SCRIBANO, A. y SCHUSTER, F. (2001) "Protesta social en la Argentina de 2001: entre la normalidad y la ruptura". En *OSAL*, N° 5. Buenos Aires: CLACSO.
- SVAMPA, M. y PEREYRA, S. (2003) *Entre la ruta y el barrio*. Buenos Aires: Biblos.

TADDEI, E. (2003) "Las protestas sociales en el espacio urbano: trabajadores asalariados y convergencias sectoriales". En *OSAL* N° 11. Buenos Aires: CLACSO.

TURAINÉ, A. (1997) *Pourrons-nous vivre ensemble? Égaux et différents*. París: Fayard.



**NORMATIVIZACIÓN DE LA REGIONALIZACIÓN
EN LA PROVINCIA DE CÓRDOBA COMO ESTRATEGIA
DE REESTRUCTURACIÓN DEL ESTADO.
OBSERVACIÓN DEL PROCESO DESDE EL CASO CALAMUCHITA***

*Martha Diaz de Landa**
Ana Carolina Massuh****

Resumen: La hipótesis vertebradora del análisis sobre el proceso de regionalización en Córdoba afirma la alta dependencia que el mismo tiene de la voluntad política del Gobierno Provincial (GP). Los objetivos, diseño, incentivos y estructura de implementación prevista en los instrumentos legales, ordenados a fin de impulsar y estructurar estatalmente dicho proceso, exigen de parte del GP una continuidad de su acción en el proceso y una articulación efectiva de nuevas estructuras de gestión en las políticas provinciales. El análisis del caso Calamuchita, permite mostrar el efecto interruptor de la acción del GP sobre un proceso de regionalización endógeno muy dinámico – impulsado por las localidades del Valle de Calamuchita-, con una estructura de gobernanza participativa y abierta y con una alta capacidad de construcción de una identidad regional. La reconstrucción de la experiencia analizada se realizó a partir de entrevistas en profundidad a los funcionarios locales de las localidades de Calamuchita más involucradas en el proceso, contextualizando sus dichos mediante el análisis de la normativa ordenadora del proceso de regionalización en la provincia, noticias

*Agradecimiento a las agencias financiadoras de los proyectos de investigación, algunos de cuyos resultados informan este artículo. Subsidio Agencia Córdoba Ciencia (2000–2005) “*Los municipios entre la fragmentación y la regionalización frente a la modernización del Estado y el desarrollo sustentable*”; Subsidio SECYT–UNC (2001–2003) “*Incentivos y conflictos para la regionalización de políticas locales*”. SECYT–UNC (2005–2007) “*La nueva política de regionalización en la provincia de Córdoba: Consensos y Disensos en torno a la validez jurídica y viabilidad política de la Ley 9206/04*”.

Abogada, Especialista en Sociología, Doctora. en Derecho y Ciencias Sociales, UNC; Posdoctorado en el Departamento de Sociología, The University of Chicago, Profesora Titular de Sociología Jurídica y actual Directora de la Maestría en Sociología, Centro de Estudios Avanzados (CEA) y Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba.

Licenciada en Comunicación Social y alumna de la Maestría en Sociología (CEA y Facultad de Derecho y Ciencias Sociales–UNC); Becaria Secyt–UNC 2005 y 2006.

periodísticas y revisión de trabajos realizados sobre diversos casos seleccionados a los fines de investigaciones previas sobre dicho proceso que cubre el período 2000-2007.

Palabras Claves: Comunidades regionales – Regionalización provincial – Estrategias de regionalización – Gobiernos locales

Introducción

El proceso de regionalización intraprovincial en Córdoba (Argentina), impulsado por las leyes provinciales 8864/00 y 9206/04, visto éste desde su inicio y durante los siete años que lleva su intento de implementación, ha seguido hasta el presente un curso errático.

La resolución del mismo es una cuestión abierta y, por los problemas que enfrenta, parece dificultosa su materialización, a pesar de la generalizada aceptación por parte de los gobiernos –provincial y locales– respecto a la necesidad para la gestión pública de un ordenamiento regional del territorio provincial. También son convergentes sus opiniones en señalar como principal fuerza de resistencia al avance del proceso, la reticencia de los mismos gobiernos locales a emprender y/o mantener acciones tendientes a concretar su coordinación en formaciones político-territoriales regionales¹.

Paradigmáticas expresiones en ese sentido, son las pronunciadas por intendentes influyentes en la provincia, pertenecientes a diferentes partidos políticos: “...*Si naturalmente, como la sociedad lo venía exigiendo, los distintos mandatos desde hace mucho en las distintas ciudades y pueblos hubieran aprendido a asociarse y trabajar conjuntamente, seguramente que la regionalización de la provincia hoy sería un hecho y no habría necesidad de ninguna ley o en todo caso el proceso hubiera sido mucho más natural.* (...)”².

No obstante las justificaciones razonables dadas por los funcionarios locales, en el sentido de que el proyecto de regionalización debió ser pospuesto frente a la atención que les demandaron sus prioridades locales en el marco de la crisis generalizada acontecida entre 2001 y 2003, el análisis de las entrevistas a funcionarios municipales y

¹Según informaciones periodísticas y dichos de muchos de los entrevistados –actores gubernamentales locales y provinciales– en el marco de las investigaciones realizadas entre el 2000 y el 2007 (Subsidios Agencia Córdoba Ciencia, 2000–2005; SECYT–UNC, 2001–2003; SECYT–UNC, 2005–2007).

²Expresiones vertidas en oportunidad de apoyar la sanción de la Ley 9206/04 frente a la Comisión de Asuntos Institucionales, Municipales y Comunales de la Legislatura Provincial, y reproducidas en Parmigiani de Barbará (2006:159), en su trabajo sobre la descripción y comparación de los diseños representados por las leyes de regionalización provincial N° 8864/00 y N° 9206/04.

comunales realizadas entre el 2001 y el 2004 sugieren otras condiciones retardatorias de los procesos de cooperación interlocal³.

El Cuadro 1 reseña las dificultades, según niveles jurisdiccionales de origen, que se observaron en el proceso de regionalización intentado, y que afectan la capacidad de los gobiernos locales para lograr establecer esquemas de coordinación horizontal y transaccional, también llamada “auto-coordinación”, es decir basada en negociaciones y acuerdos. Dada la infraestructura jurídico-constitucional nacional y provincial de Córdoba, necesariamente estas formaciones territoriales deben ser regiones concertadas, supuesto por tanto ineludible de las disposiciones de las leyes provinciales ya citadas.

(Ver cuadro en página sigte.)

³ La cooperación interlocal es sin duda la base sustantiva para el avance de la política provincial de regionalización, tanto la impulsada a través de la ley 8864, sancionada el 5 de febrero de 2000 (DÍAZ DE LANDA Y GIGENA, 2002; PARMIGIANI DE BARBARÁ, 2003; DÍAZ DE LANDA Y PARMIGIANI DE BARBARÁ, 2004), como la ordenada mediante la ley 9206, sancionada el 29 de Diciembre de 2004 (PARMIGIANI DE BARBARÁ, 2006; MANZO Y GONZALEZ SALVÁ, 2006; MASSUH A., 2006; GRAGLIA Y RIORDA, 2006)

Cuadro 1. Los obstáculos que enfrenta la regionalización en Córdoba (*)

Relaciones entre provincia y municipios/comunas.	Relaciones al interior del gobierno local	Relaciones interlocales
1. El rol central del Gobierno Provincial (GP) en el proceso.	1. Limitada información y participación del conjunto del gobierno local. Gestión centralizada en intendentes y jefes comunales.	1. Diversidad de las realidades locales, intereses y prioridades divergentes y la distancia entre las localidades.
2. Fuerte centralización de funciones y recursos fiscales; carencia de una descentralización programada y dotada con suficientes y previsibles fondos de financiamiento.	2. Carencia de capacidades técnicas en los municipios/comunas.	2. Énfasis en beneficios locales inmediatos más que en acciones de desarrollo regional.
3. Discontinuidad en la acción del GP y relación ambigua entre los diferentes organismos provinciales y los requerimientos de materialización de las acciones a definir regionalmente.	3. Baja prioridad otorgada al tema de la regionalización frente a la atención que demanda diariamente la gestión local.	3. Desconfianza de las localidades pequeñas en relación a la mayor influencia y beneficios por el tamaño e infraestructura de las más grandes.
4. Limitaciones financieras del GP que dificulta encarar políticas públicas multinivel.	4. Sesgos en la definición de la oposición o adhesión a la regionalización según afinidades partidarias con el Gob. Provincial.	4. Conflictos de intereses entre los actores políticos locales que obstaculiza la conformación de una voluntad política para la coordinación regional.
5. Indefinición de la continuidad de la política, no obstante su normativización legislativa.	5. Volatilidad de las acciones locales en el tiempo por los cambios políticos en el gobierno.	5. Discontinuidad de las acciones conjuntas para el funcionamiento de espacios u órganos de coordinación.
6. Sesgos partidarios e intereses electorales prevalentes.	6. Encapsulamiento de las decisiones a nivel gubernamental para evitar costos políticos o por atribuir desinterés a la ciudadanía. Derivado de ello, ausencia de participación de actores extragubernamentales.	6. Ausencia de programas de emprendimientos comunes por problemas de comunicación entre las localidades miembros de la región.
7. Carencia de programas continuos de incentivos	7. Intereses electoralistas prevalentes.	7. Desconocimiento de las realidades locales de las localidades asociadas y de otras experiencias en el territorio provincial.

(*)Fuente: Diaz de Landa (2007)

La implementación exitosa de formaciones regionales concertadas requiere de la conformación de estructuras “bisagras” que articulen la acción conjunta a nivel regional y de la predisposición de las administraciones locales para sostenerlas. Bajo estos supuestos, el proyecto gana en complejidad y no es ciertamente fácil llevarlo a cabo. Hay razones para esto.

Las administraciones locales no son cuerpos de toma de decisión homogéneos, poseen diversos estilos y múltiples niveles de formulación e implementación de políticas, expresan una variada gama de juegos partidarios y tradiciones políticas, estructuran divergentes texturas de articulación entre ellas y sus respectivas sociedades locales, presentan particularidades en sus relaciones intergubernamentales pre-existentes tanto horizontales como verticales y, lo que no es de menor importancia, los individuos involucrados y representantes de organizaciones actúan según sus propios y respectivos intereses y motivos. Es decir, que los conflictos de interés surgirán entre las autoridades locales, debido a sus diferencias en los objetivos de desarrollo estatales y en las aspiraciones de desarrollo municipales específicas.

En detalle Parmigiani de Barbará (2006) compara las normativas que sucesivamente han sido sancionadas por el Gobierno Provincial (GP), regulatorias de la estrategia de regionalización inducida que éste impulsa en todo el territorio provincial, destacando que la débil institucionalidad del proceso de regionalización se hace manifiesta en la necesidad del gobierno de producir dos normas muy diferentes en siete años⁴.

Las diferencias entre las leyes provinciales de regionalización (8864/00 y 9206/04) son sustanciales. Difieren no solo en cuanto al diseño del ordenamiento de las relaciones intergubernamentales (locales-provincial e interlocales) sino, marcadamente, en cuanto al objetivo central al cual el ordenamiento debe atender y que, supuestamente, es el sentido legitimador de la necesidad de la sanción legislativa.

El objetivo central de la ley 8864 –y así explícitamente lo establece– es el saneamiento de las finanzas locales⁵ y la regionalización –extendible a todo el territorio provincial– está ordenada por el problema de escala –pequeña y de escasa sustentabilidad para el desarrollo– de las jurisdicciones municipales/comunales⁶.

Del intento de regionalización bajo la ley 8864/00, el único resultado fue la reprogramación del pago de la abultada deuda que los

⁴ Explicita bien la autora que la regionalización como estrategia generalizada de reordenamiento de las relaciones de todos los gobiernos locales de la provincia, tal como se norma en las leyes citadas, es una singularidad de Córdoba en el territorio nacional (PARMIGIANI DE BARBARÁ, 2006:157).

⁵ Extensamente se ha referido a esta cuestión en DÍAZ DE LANDA Y GIGENA, 2002; PARMIGIANI DE BARBARÁ, 2003; DÍAZ DE LANDA Y PARMIGIANI DE BARBARÁ, 2004.

⁶ Prevé la obligación para Municipalidades y Comunas de menos de 30.000 habitantes de constituir *entes regionales de recaudación y gestión* para el “fortalecimiento *sustentable* del régimen municipal y comunal” y la adopción de “*políticas uniformes que armonicen* el régimen Municipal y Comunal,... mediante *un reordenamiento territorial*, que permita a los numerosos y atomizados municipios y comunas organizarse administrativa y espacialmente en *grupos funcionales equilibrados*.”

gobiernos locales tienen con la Provincia y también con el sector privado, lográndose, no necesariamente como consecuencia de la ley, el saneamiento de las finanzas locales. Mientras, la regionalización debía esperar.

Es así que entre los distintos actores provinciales y locales, en virtud del importante papel que juega la denominada Mesa de Trabajo Provincia-Municipios (MTPM)⁷ como espacio de debate y concertación interlocal y entre municipios/comunas y GP, se generalizó entre los representantes de los gobiernos locales el interés y la necesidad de constituir *regiones asociativas* y se manifiesta la apertura del GP a las propuestas e intereses de éstos.

El 29 de diciembre de 2004 la legislatura provincial sanciona la "Ley Orgánica de Regionalización de la Provincia de Córdoba", n° 9206. Esta normativa impulsa un nuevo diseño de la regionalización intra-provincial, creando las *Comunidades Regionales (CR)* basadas en tres principios centrales: el progreso del asociativismo municipal, el incremento de la descentralización de las competencias provinciales y el fortalecimiento de la autonomía municipal, con el objetivo político de inducir el desarrollo regional sustentable en el territorio provincial (Parmigiani de Barbará, 2005).

El para qué de la regionalización, según esta última ley es procurar resolver el tema de la gobernabilidad en aquellas zonas que se encuentran fuera de los radios municipales y comunales, las denominadas "zonas grises", es decir las zonas que quedan fuera del alcance de los servicios efectivos que presten municipios y comunas. A pesar del alto número de municipios y comunas que tienen jurisdicción en el territorio provincial⁸, el 88% del territorio provincial (165.000 km² aproximadamente) se encuentra fuera de los radios municipales y comunales (Cáceres, 2007).

Este segundo intento de regionalización inducida parte de definir el interés de los gobiernos locales en la descentralización del poder de policía del GP sobre las denominadas "zonas grises", subsanando las dificultades de éste para la gestión territorial efectiva y sus consecuencias para la economía, la seguridad y el bienestar social de las localidades adyacentes o indirectamente afectadas⁹.

⁷ Creada por la Ley Provincial N° 8.864/2001.

⁸ El total de gobiernos locales en Córdoba es de 427, de los cuales 248 son municipalidades y 179 comunas; lo que equivale al 20,3% sobre 2.157 gobiernos locales distribuidos en el territorio nacional. Córdoba es la provincia con el mayor número de gobiernos locales.

⁹ El GP "delega en las Comunidades Regionales el ejercicio del Poder de Policía en las materias de su competencia, dentro de todo el territorio en el que estas Comunidades Regionales tienen jurisdicción y competencia territorial. Las facultades y obligaciones

En virtud de esta nueva ley se diseñan organismos regionales cuyos límites jurisdiccionales coinciden con las divisiones departamentales de la provincia y se conducen mediante las Comisiones Regionales, integradas por todos los municipios y comunas pertenecientes al territorio departamental. Las Comisiones Regionales son espacios de construcción de consensos interlocales para la determinación de un plan de acción común sobre la base de criterios de complementariedad y formas de cooperación intermunicipal/comunal.

Su diseño prevé la incorporación al espacio de consenso regional de actores de la sociedad civil a partir de la comprensión de la región como una formación dinámica, compleja y de coordinación fundamentalmente horizontal de los procesos multinivel de formulación, decisión e implementación de políticas públicas. Al decir de un legislador interviniente en la presentación de la ley, en su instancia de proyecto legislativo, *“aparece...aquí el concepto de sinapsis o articulación entre organizaciones, para referenciar la importancia del asociativismo”*

Este artículo describe el proceso de regionalización en un caso en particular, el Departamento de Calamuchita, desde el inicio del proceso inducido desde el GP. El interés de este caso son las rupturas y continuidades que se hacen visibles en el proceso seguido por estas localidades, analizando las acciones y estrategias de relacionamiento e interacción de los actores vinculados.

Se describe los momentos en que se diferencian dicho proceso y nos detenemos en la centralidad del papel del GP, bajo la hipótesis de que más allá de la materialización alcanzada por la política de regionalización, estamos frente a un proceso de ensayo hacia nuevas formas de estructuración del Estado.

Desde ese marco adquiere relevancia la dimensión relacional e intersubjetiva asociada a la conceptualización de la región como “constructo relacional” (Parmigiani de Barbará, 2001) y estratégico. Partimos de comprender que su construcción y consistencia suponen actores interrelacionados, colectivamente articulados para la decisión y desarrollo de acciones estratégicas. Si bien la base legitimante es la selección y priorización consensuada de problemáticas compartidas y/o que

derivadas de la delegación, serán asumidas por la CR a partir de la fecha en que tal delegación sea expresamente aceptada por ella, previo acuerdo con el Poder Ejecutivo de la Provincia respecto de los recursos para el ejercicio de la delegación” (Ley 9206, art. 8). Las CR, en el ámbito de su jurisdicción tienen “...la competencia material que la legislación vigente atribuya a los Municipios y Comunas, ...” (art.10, ap. a). Descripción del contenido normativo y discusión acerca de los principales debates generados alrededor de la normativa, se expone en extenso en PARMIGIANI DE BARBARÁ, 2006; MANZO Y GONZALEZ SALVÁ, 2006; GRAGLIA Y RIORDA, 2006.

trasciendan el ámbito de lo local, la viabilidad y persistencia de la regionalización demanda de una acción continua de los actores en ejercicio de sus interdependencias.

La hipótesis es que se advierte que la estrategia inducida de regionalización, desde su inicio, es altamente dependiente de la intervención central del Gobierno Provincial, y que la falta de continuidad de su acción en el proceso y el alto grado de dependencia de los recursos locales de la voluntad política del Gobierno Provincial, no posibilita la conformación de un sistema relativamente estable de acciones interlocales.

1. El proceso de regionalización de las localidades del Valle de Calamuchita. Etapas

Las localidades del Valle de Calamuchita han experimentando un proceso de cooperación regional que se desarrolló en tres momentos, con características singulares acordes a su contexto sociopolítico e histórico. Estos momentos son a) la etapa del *Pacto de Saneamiento Fiscal*, resultado de la aplicación de la ley provincial 8864; b) la conformación del *Ente Regional Calamuchitano (ERC)*, iniciativa de las localidades del valle en cooperación con equipos de asistencia técnica de la Universidad Católica de Córdoba, y c) la organización de la *CR*, creadas a partir de la voluntad del gobierno provincial, y ordenada por la ley 9206.

El gráfico 1 (*Diagramas representativos de los diseños de regionalización aplicados en el Departamento de Calamuchita*), presenta, en primer lugar, las formas básicas de relacionamiento multinivel privilegiado en la institucionalidad constitucional de Córdoba. Entendiendo por ésta no solo la normativa formalizada en el texto constitucional (CPC, en particular, los arts. 180 y 190), sino también la legitimidad de las prácticas predominantemente aceptadas entre los gobiernos locales y con mayor frecuencia utilizadas por el GP.

Dichas formas básicas representan para los actores la mayor coherencia con el principio de autonomía local, no solo medular en el andamiaje jurídico del Estado (CN y CPC) sino también núcleo ideológico central de las convicciones políticas generalizadas entre políticos y ciudadanía. Sin embargo, la forma de las prácticas de las relaciones intergubernamentales locales-provincial de carácter radial, direccionadas a y centralizadas en el GP, y por ende verticales –en lo fiscal y legislativo–, se sostienen preponderantes y naturalizadas, por décadas de práctica e inercia institucional¹⁰.

¹⁰ Desde tiempo inmemorable y aún persistente en muchos gobiernos locales, la debilidad del tercer nivel de gobierno –aunque ha preocupado a muchos– se mantiene

La complejidad creciente de las gestiones locales¹¹ hizo evidente la precariedad del sistema de relacionamiento a la vez fragmentado entre las instancias locales, y radial entre éstas y el nivel provincial, para atender las nuevas exigencias. La reforma constitucional de Córdoba de 1987 prevé la respuesta estatal, ante este cambio, incorporando nuevas formas de relaciones intergubernamentales basadas en la cooperación horizontal. La innovación normativa de la CPC, en su art. 190¹², introduce la “gobernanza” como alternativa de coordinación de la acción estatal, superando el límite constitucional del “gobierno” como estrategia excluyente de coordinación política y socio-territorial.

Destaca Parmigiani de Barbará (2005), que “dichas acciones están en el campo de la cooperación intergubernamental y revisten carácter consensuado (su formalización se realiza a través de convenios), pudiendo llegar incluso a constituir una organización diferenciada (“organismos intermunicipales”)”. No obstante su fuerza constitucional, la experiencia ha mostrado el limitado alcance que han logrado estas formaciones intergubernamentales, su transitoriedad y el carácter puntual de los objetivos de su accionar (Cingolani, 2006).

Distintas modalidades innovativas de relaciones gubernamentales interlocales son ensayadas en Argentina¹³. Córdoba, ilustra una de las estrategias de innovación que, por el papel central que se le otorga al GP, se la reconoce como regionalización inducida (Díaz de Landa, Parmigiani de Barbará, 2004).

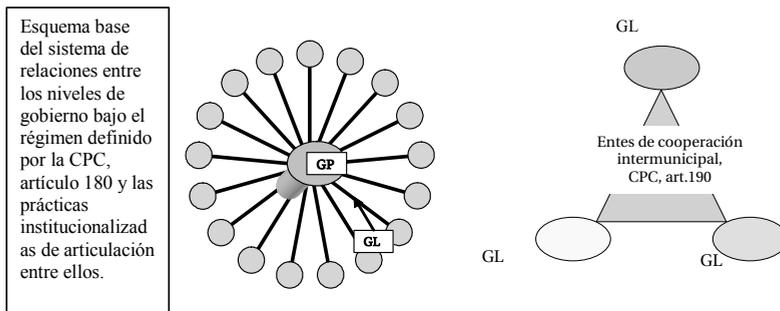
Ver esquemas en página sigte.

como uno de las razones más importantes de la distorsión del principio de autonomía, y por ende explicativa de la conformación radial de las relaciones intergubernamentales locales-provincial.

¹¹ Complejidad proveniente del incremento y diversidad de las demandas sociales de su intervención. Éstas, tanto paralelas como vinculadas al avance de la descentralización del estado, y al reconocimiento de nuevas problemáticas de carácter translocales (como lo ambiental, el desarrollo económico y la formación de mercados regionales).

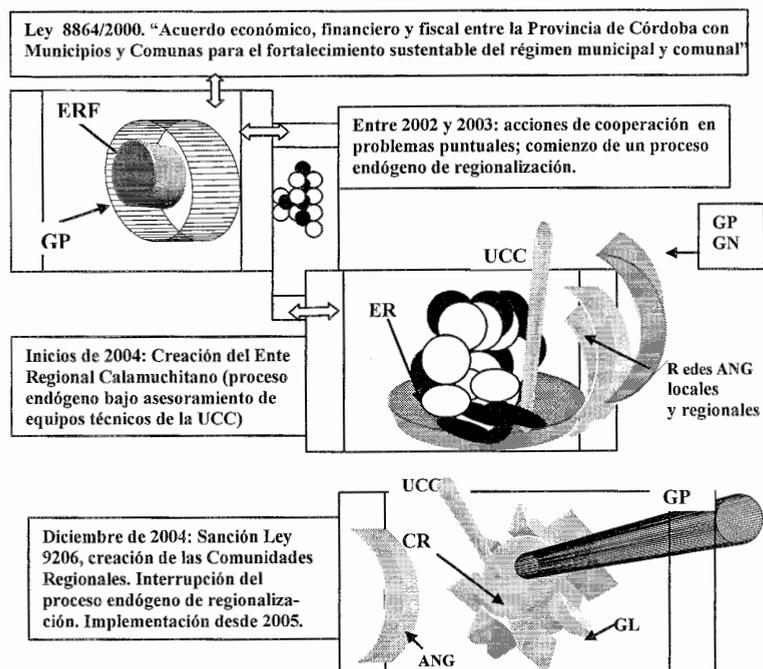
¹² “Las Municipalidades pueden celebrar convenios entre sí, y constituir organismos intermunicipales para la prestación de servicios, realización de obras públicas, cooperación técnica y financiera o actividades de interés común de su competencia. Pueden celebrar acuerdos con la Provincia, el Gobierno Federal u organismos descentralizados, para el ejercicio coordinado de facultades concurrentes e intereses comunes”. Se asimila también a la posibilidad de gestión estatal local, la participación de organizaciones de la sociedad civil y la cooperación entre entes públicos y actores privados.

Gráfico 1: Diagrama representativos de los diseños de regionalización, según el proceso seguido por las localidades del Departamento de Calamuchita



Departamento Calamuchita: Secuencia de los diseños de regionalización entre 2000 y 2007.

Referencias: GP= Gob. Provincial; GN= Gob. Nacional; GL= Gob. Locales (municipios y comunas); ERRF= Ente Regional de Recaudación Fiscal; CR= Comunidad Regional; UCC= Univ. Católica de Córdoba; ANG= Actores no gubernamentales (económicos, sociedad civil)



¹³ En 2002 existían en el país 52 microrregiones, de las cuales 40 eran provinciales y 12 interprovinciales. Participaban 406 gobiernos locales de veinte provincias, que con-

En particular, los municipios y comunas del departamento de Calamuchita han seguido en su proceso de regionalización distintas alternativas, combinando experiencias inducidas y experiencias endógenas de coordinación regional. Precisamente la descripción de dichas experiencias permitirá inferir los elementos argumentativos para demostrar el impacto limitante de la actuación del GP, más precisamente cuando se trata de regionalizaciones inducidas.

2. La etapa del Pacto de Saneamiento Fiscal (Ley 8864/2000)

La crisis económica nacional que caracterizó el final de la década de los 90 y la consecuente recesión, desempleo y creciente deuda pública, impactaron significativamente en las administraciones locales, al reducirse la capacidad contributiva de sus poblaciones y la transferencia de recursos provenientes de la coparticipación provincial y federal. Los municipios y comunas de la Provincia de Córdoba pusieron de manifiesto su decreciente capacidad de pago no solo de una abultada deuda con el fisco de la provincia sino también con el sector privado proveedor del estado municipal (Díaz de Landa, A. Gigena, 2002; Parmigiani de Barbará, 2005).

Para lograr una mayor eficiencia económica, se impulsó la creación de entes intermunicipales, como instancias de coordinación intergubernamental, pretendiendo estimular la cooperación en torno a fines específicos (recaudación, gestión de servicios viales, seguridad, salud, educación, tratamiento de residuos, etc.). En ese sentido, el “Acuerdo económico, financiero y fiscal entre la Provincia de Córdoba con Municipios y Comunas para el fortalecimiento sustentable del régimen municipal y comunal” (o “Pacto de Saneamiento Fiscal”), convertido en la ley provincial N° 8864/2000, fue la estrategia generalizable de desarrollo local y regional en el territorio provincial impulsado desde el GP para el saneamiento fiscal de los municipios/comunas menores de 30.000 habitantes¹⁴. En el caso de gobiernos locales de menor escala, su eficacia estaba ligada, a la posibilidad de generar una asociación entre ellos con base territorial (regionalización).

centraban 7.266.355 habitantes (D. CRAVACUORE, 2005). Pero también es destacable la débil estabilidad de esta tendencia en cuanto a la posibilidad de orientar dichas relaciones a la consecución de objetivos de desarrollo. Cooperaciones acotadas o puntuales, a término y mediadas por acciones que no requieran mayor complejidad de coordinación, sostenibilidad en el tiempo ni definición de estrategias a mediano y largo plazo, parecen tener más viabilidad, por la persistencia que han tenido y algunos logros de interés vinculados a la gestión del gasto, obras públicas y sobre todo el aprendizaje en curso de comportamientos interorganizacionales cooperativos (DÍAZ DE LANDA, 2007).

¹⁴ Una mayor reflexión en torno a esta cuestión está contenida en PARMIGIANI DE BARBARÁ, M.C, 2005, y en DÍAZ DE LANDA Y M.C. PARMIGIANI DE BARBARÁ, 2004.

El esquema de relacionamiento surgido de un diseño fuertemente centralizado en su formulación desde el GP, fue impuesto a la mayoría de los gobiernos locales según dos criterios, que de manera conjunta tornaban obligatoria la integración de los entes regionales: la escala (tamaño) de la población y el estado fiscal locales. La cobertura territorial de aplicación de esta ley, en el caso de las localidades de Calamuchita, fue generalizada a todo el departamento¹⁵.

Si bien, en el marco de la ley 8864, la regionalización inicialmente adopta la modalidad de la coordinación bajo la sombra de la jerarquía, un amplio margen de acciones comunes a que ella daba lugar no alcanzaron a materializarse por los problemas radicados tanto a nivel local, como interlocal y provincial (ver Cuadro 1).

Según algunos representantes comunales entrevistados en el departamento de Calamuchita, esta experiencia resultó bastante satisfactoria en un primer momento, en tanto permitió a las localidades pequeñas sanear las finanzas y normalizar su deuda con la Provincia.

“En nuestra localidad, nosotros nos beneficiamos con el Pacto de saneamiento Fiscal, fue una alternativa que nos permitió poner en orden las cuentas de la comuna y a partir de allí se viabilizó el desarrollo de nuevas políticas locales”, expresa un Jefe Comunal.

La evolución de esta experiencia promovida desde el GP, ha puesto de manifiesto el escaso grado de cohesión de la red de actores involucrados y los problemas de coordinación intermunicipal e intercomunal que, progresivamente, han debilitado y finalmente abortado la política provincial de desarrollo regional¹⁶.

Tanto desde el ámbito provincial como desde las jurisdicciones locales, convergen en señalar los efectos negativos –por distintas razones y vinculadas a sus respectivas funciones– que ha tenido sobre el proyecto de regionalización la crisis fiscal desatada en el año 2001, y que en algunos casos se ha extendido hasta avanzado el año 2003. Dicha crisis sobre todo debilitó la capacidad de financiamiento del GP para avanzar en el proyecto de regionalización, dejando insatisfechas las expectativas de los gobiernos locales y sus intereses en el proceso.

Tal como se refleja en las entrevistas realizadas a personal de los municipios de Santa Rosa de Calamuchita y Villa General Belgrano, quienes participaron en experiencias de cooperación interlocal pos proyecto de la ley n° 8864, se impulsó desde los gobiernos locales una serie de acciones de cooperación, dirigidas a superar las limitaciones que

¹⁵ El departamento de Calamuchita cuenta con 24 localidades en total; 18 localidades de menos de 2.000 habitantes y 6 que se ubican en el rango de poblaciones entre 2.000 y 10.000 (Fuente: GRAGLIA Y RIORDA, 2006 (TABLA):31).

¹⁶ DIAZ DE LANDA Y PARMIGIANI DE BARBARÁ, 2004.

planteó la primera iniciativa de regionalización impulsada desde y por el GP. Instancia de cooperaciones que puede entenderse en el proceso, como una transición hacia el segundo momento que consistió en la conformación del ERC. De este modo informa uno de los entrevistados:

“Podríamos decir que en un primer momento, entre 2002 y 2003, algunos municipios empezamos a reunirnos y tratar ciertas problemáticas que eran comunes a nuestra región, como la necesidad de contar con una planta común de transferencia de residuos y la construcción de caminos que agilizaran la circulación de transportes en general y de los turistas en particular”, dichos del Secretario de Gobierno de una de las localidades visitadas por los investigadores.

El objetivo directo de la ley nº 8864, saneamiento fiscal de los gobiernos locales no se cumplió mediante la conformación de los entes regionales previstos normativamente, sino a través de estrategias de relacionamiento que se enmarca en la forma radial más tradicional de relaciones intergubernamentales verticales.

No obstante puede aseverarse el fracaso de esta primera estrategia de regionalización, la emergencia de experiencias de cooperación -como las señaladas por los funcionarios entrevistados-, pueden entenderse como parte del aprendizaje que los gobiernos locales incorporaron a partir de tener que enfrentar, al menos, la discusión acerca de sus interdependencias y la importancia de la complementariedad como acción estratégica de desarrollo colectivo.

Aunque se habla de experiencias limitadas en cuanto a objetivos comunes en cuestiones puntuales, entendemos estas cooperaciones interlocales como un momento de transición hacia la consolidación de cooperaciones de mayor alcance.

3. La constitución del ERC

A partir de 2004 se conformó el Ente Regional de Calamuchita -ERC- que reunió los municipios y comunas del Valle sumando Almafuerte y Potrero de Garay¹⁷. Con la asistencia técnica de la Universidad Católica de Córdoba y un fuerte rol promotor desde los municipios mayores del Departamento¹⁸, se llevó a cabo un programa de trabajo para incentivar la definición y tratamiento de problemáticas comunes en un proceso de aprendizaje y análisis de prioridades regionales “desde abajo”. Es decir, llevado a cabo por los propios actores políticos (intendentes y jefes comunales junto a sus equipos técnicos), en tres fases interrelacionadas.

¹⁷ Al respecto ver informes del equipo de asistencia técnica del Programa de Fortalecimiento Institucional de Municipios y Comunas (PROFIM) del Instituto de Ciencias de la Administración (ICDA) de la Universidad Católica de Córdoba (UCC).

¹⁸ En particular, Villa General Belgrano, Santa Rosa de Calamuchita y Embalse de Río Tercero.

3.1. La primera fase se denominó “*Mesa de Intendentes*”, que permitió crear y fortalecer una red política a nivel regional, espacio de interacción entre intendentes y jefes comunales para consensuar la agenda común de trabajo, a partir de definir, analizar y decidir las problemáticas individuales a atender luego en el ámbito colectivo. El fortalecimiento de vínculos entre los sujetos se desarrolló desde dos dimensiones, por un lado la instrumental vinculada al modo en que ellos podían articularse en torno a un objetivo concreto, y por otro lado, se buscó fortalecer la confianza en la cooperación, interactuando, dialogando y consensuando problemáticas comunes. Fue preciso, por tanto, generar espacios que facilitaran la formulación de agendas políticas regionales y la toma de decisiones políticas en torno a las temáticas acordadas.

“En los talleres nosotros buscábamos que ellos pudieran conocerse y reconocerse como pares, ya que ello permitiría desarrollar un programa de cooperación regional más efectivo, apuntábamos a alimentar la confianza entre los actores y que todos tuvieran la posibilidad de participar y exponer sus inquietudes”, (Coordinadora-Programa de Asistencia Técnica del ICDA.

3.2. La segunda fase, denominada “*Tecnopolítica*”, consistió en la creación de una nueva red formada por equipos técnicos regionales. A partir de la agenda política priorizada en la Mesa de Intendentes, estos equipos se abocaron al análisis de los problemas de la región desde una visión técnica e integradora, incluyendo las dimensiones ambientales, sociales, económicas y de movilidad espacial. Se elaboró un primer diagnóstico en torno a esos problemas sobre los que se buscaba intervenir. A través de un proceso de aprendizaje y acción participativa, ellos no sólo abordaron los problemas sino que además pudieron identificar actores regionales implicados en cada problemática. Esta etapa permitió iniciar una nueva instancia de construcción, la del diálogo con los actores sociales, identificados éstos como individuos u organizaciones regionales o extra regionales, los cuales tienen o se les reconoce interés en algún tipo de participación.

En ese marco, se realizaron sucesivos talleres con la concurrencia de representantes de la mayoría de las localidades (entre 20 y 22 sobre un total de 24 localidades)¹⁹.

“Era una muy buena oportunidad no sólo para conocernos entre nosotros, sino también para llegar a cada uno de los lugares del Valle y lo más importante fue que la gente nos veía llegar y quizás por primera vez

¹⁹ De acuerdo a la información proporcionada por el equipo técnico y las entrevistas realizadas a actores provenientes de diferentes localidades: Río de los Sauces, Amboy, Villa General Belgrano, Santa Rosa de Calamuchita, Los Cóndores, Los Reartes, San Ignacio, entre otras.

tenían la oportunidad de encontrarse con sus dirigentes políticos, trabajando juntos, en un proyecto que era común a toda la región”, (Secretaría del Ente).

La dinámica seguida en cada taller era similar: se identificaban y priorizaban problemas importantes y urgentes (inmediatos) que fueran estratégicos para la región. Generaban espacios de discusión y análisis, conformando pequeñas comisiones para el abordaje específico de cada una de las temáticas, y finalmente desarrollaban una instancia de reflexión y puesta en común sobre las conclusiones obtenidas por cada grupo²⁰.

Tema central en algunos encuentros²¹, fue el análisis de las ventajas que les aportaba el tratamiento en conjunto de las necesidades individuales de cada localidad y compartidas regionalmente. Resultado de esas reflexiones fue el convencimiento compartido por los distintos actores sobre el carácter estratégico de identificar, definir y abordar colectivamente los problemas, luego decididos de interés común. Por un lado, les permitía reconocer las cuestiones comunes que les preocupaba y debían atender; en segundo lugar, fortalecían su capacidad de acción colectiva dotando al conjunto de un mayor peso político; en tercer lugar, la complementariedad y la acción conjunta requieren de cada parte un menor esfuerzo económico.

Se construye por tanto una visión común y se atiende mejor a la problemática regional, mediante el establecimiento de pautas comunes de trabajo a partir del conocimiento mutuo y el reconocimiento externo. También en conjunto, los miembros del Ente advirtieron las posibles dificultades para la atención de los problemas, entre las que se destacan: la no aceptación del cambio ni de los costos que la acción colectiva reclama de cada miembro participante, los conflictos derivados de la contradicción de intereses, o de la falta de coincidencia en las estrategias planteadas, los obstáculos locales para la coordinación de normativas y controles, como así también las segmentaciones posibles derivadas de las asimetrías entre las localidades, por diferencias en la dotación de infraestructura y actividades económicas predominantes (turismo, agroganadería, minería) y la falta de compromiso para sostener la participación local en el tiempo.

²⁰ Algunas de las demandas regionales que se plantearon en los encuentros fueron: el deterioro y desequilibrio ambiental, inadecuada y escasa infraestructura vial, el desequilibrado desarrollo económico en la región, desempleo, inseguridad, ausencia de gestión conjunta, ausencia de identidad regional, desigual acceso a la salud, el crecimiento demográfico, necesidad de mejorar la oferta educativa en la región, jurisdicción municipal difusa, etc.

²¹ Por caso, la reunión realizada en la localidad de Rumipal.

Surgió asimismo la necesidad de definir y mejorar los medios de comunicación intra e inter comisiones, favoreciendo la recolección, sistematización y disponibilidad de la información. Se reconoció la importancia de la comunicación para fortalecer compromisos y responsabilidades, generar vínculos de confianza y consolidar la cohesión e integración interlocal. La metodología de construcción regional avanzó en la definición de una agenda regional²², incluyendo acciones para superar obstáculos y aprovechar oportunidades previamente reconocidos.

Se destaca, por tanto, la continuidad y sistematicidad que fue alcanzando el trabajo regional. En cada encuentro se procuraba lograr la identificación de actores externos vinculados a los temas planteados. Surgió así el reconocimiento del carácter estratégico de la participación del GP a través de la Agencia Córdoba Turismo, del Ministerio de Obras y Servicios Públicos y de la Agencia Córdoba Ambiente.

“Lo interesante de la experiencia del Ente, entre otras cosas, fue que tuvimos la oportunidad de reunirnos directamente con el Ministro Santarelli (de Obras Públicas), él vino a una de nuestras reuniones y tuvimos la oportunidad de exponer nuestras demandas de una manera muy directa...” señala el Jefe de la Comuna de Amboy.

Hacia finales del año 2004, concluyendo con los talleres realizados por los intendentes, jefes de comunas y sus respectivos equipos técnicos, se plateó un desafío aún mayor: una tercera fase en la pudieran tener participación los representantes de la sociedad civil.

3.3. La tercera fase, *“Apertura a la Sociedad”*. En la localidad de Embalse se organizó el Primer Foro Regional, con la participación de los actores sociales regionales, invitados e integrados a las comisiones temáticas: movilidad espacial, desarrollo económico, desarrollo social y ambiente. El foro representó una instancia de interacción y consenso entre la Mesa de Intendentes, y los equipos político-técnicos con los actores sociales mediante un proceso de construcción colectiva.

“En ese foro estuvieron representados todos los sectores, fue una experiencia muy valiosa para todos, sin precedente. Pudimos llegar a la sociedad civil y lo más importante es que ellos tuvieron la oportunidad de ver a sus representantes políticos juntos, trabajando, reflexionando y analizando con ellos las problemáticas comunes a la región”, (Presidente del ERC).

Concluidas las fases de coordinación, se proyectó la etapa de definición de estrategias para la acción, mediante la activación de la red política, la red tecnopolítica y las redes sociales diferencias en redes temáticas, según las áreas previamente determinadas, seleccionando

²² Taller realizado en Las Caleras.

las cuestiones puntuales a atender y las alianzas para el tratamiento de las mismas.

Bajo esta noción de gobernanza se alude a la idea de que los actores sociales (las ONGs, Cámaras de Comercio, Centros Educativos, etc.) son múltiples redes con las cuales se articulan, como parte de la experiencia, la red política y la red tecnopolítica mediante espacios de discusión y acciones públicas. La red política, bajo esta concepción, debía asumir la función de coordinar las redes entre sí, promoviendo la conciencia de pertenencia, el reconocimiento de otras redes y de sus intereses particulares, para generar estrategias conjuntas, interactuantes y complementarias.

El ERC, configura una experiencia endógena propulsada por la interacción entre actores internos promotores (municipios mayores), el resto de los gobiernos locales advertidos de las ventajas de asociación entre ellos, aprendizaje en parte devenido de la experiencia acumulada bajo la ley 8864, y la participación –solicitada por los anteriores– de un agente externo (en este caso, el equipo técnico de la UCC).

Jurídicamente, en virtud de las normas constitucionales, el ente está dotado de personería jurídica de derecho público pero no constituye una instancia jurídico-política nueva y distinta de los municipios, sino creaciones de éstos y de su autonomía” (Parmigiani de Barbará, 2006).

4. La regionalización de Calamuchita por la Ley nº 9206

La sanción de esta ley a finales de 2004, colocó a los dirigentes involucrados en la experiencia del ERC –la gran mayoría de los jefes locales del departamento– frente a un nuevo marco de referencia y de interacción con el GP, y con un escenario interlocal también diferente al construido en el contexto del ERC. De acuerdo a lo establecido en la normativa, se conformó la CR de Calamuchita, integrada por los mismos municipios y comunas del Ente, exceptuando a Almafuerte y Potrero de Garay por tratarse de localidades pertenecientes a otros departamentos y, no obstante, la solicitud de los varios integrantes del ERC presentada ante el GP.

En este nuevo contexto, surgieron entre los gobiernos locales y entre ellos y actores externos, otras estrategias de relacionamiento. Si bien, inicialmente estuvieron involucrados en acciones de cooperación, gradualmente fueron avanzando hacia una estructuración jerárquica de relaciones entre ellos, e introdujeron asimetrías al interior de la comunidad. De acuerdo a las referencias de los propios actores miembros de la CR, en la época del ERC prevalecían interacciones más horizontales, estimulando la creación de espacios de deliberación y la participación de todos sus integrantes, sumando el equipo técnico de la UCC y

algunas dependencias del GP, tales como la Agencia Córdoba Ambiente y Córdoba Turismo, entre otras.

Esta información se reitera en las varias entrevistas a diferentes representantes políticos de la CR, cuando se les interroga respecto a las principales diferencias entre ambas experiencias –ERC y CR–.

“Todos éramos iguales en el Ente, trabajábamos con más libertad, y las acciones que llevamos a cabo fueron el resultado de un proceso consensuado voluntariamente..” (recuerda un Intendente).

Por un lado, se han introducido sesgos de carácter político y partidario en las vinculaciones entre el GP y algunas localidades con las que comparten ciertas “afinidades políticas” o respecto de las cuales existen intereses electorales²³.

Sumado a lo anterior, prevalece la idea de que la normativa ha instaurado un proceso más burocrático, generando incertidumbre y desconfianza acerca de la efectividad del nuevo proyecto político. Por otro lado, se observa una gran similitud entre la metodología seguida por el ERC y la recogida en la ley para el trabajo conjunto en las CR, con la consiguiente repetición de experiencias ya realizadas y pérdida de sentido de la inversión en tiempo y ocupación en detrimento de los problemas locales.

No obstante, algunos de los entrevistados manifiestan cierta expectativa por un mayor nivel de desarrollo en la implementación del nuevo proyecto provincial. Dichas expectativas están asociadas a la posibilidad de obtener recursos con cierta economía de esfuerzos de negociación, comparada con la que se hubiese necesitado en el caso del ERC, si se considera que la regionalización por CR es una iniciativa del GP.

La normativa provincial contempla la transferencia de recursos hacia las CR's para ser administrados por ellas y destinados a concretar obras previamente priorizadas a nivel regional. La presencia de este tipo de incentivos ha incidido notablemente en la rápida aceptación, y finalmente sanción que tuvo la ley por los representantes de los distintos partidos y legisladores departamentales. Si bien, la utilización de incentivos financieros por parte del gobierno central es una estrategia corriente para reforzar apoyos a las iniciativas legislativas, también en el caso de la ley 9206 hubo acuerdos de base entre los actores directamente involucrados por sus disposiciones, a partir de la actividad que en ese sentido ha desenvuelto la MTPM.

La considerable legitimación inicial que se hizo manifiesta en el alto porcentaje de gobiernos locales participantes en la etapa de de-

²³ Recordar la sucesión de eventos electorales locales en la segunda mitad de 2006 y durante 2007.

finición de prioridades de la CR²⁴, con el objetivo de integrar el destino de los fondos presupuestado por el GP para el trienio 2006-2008, le siguió un progresivo deterioro de la capacidad de movilización regional, expectante ahora más de las acciones que pueda impulsar el GP, que del trabajo mancomunado que interna y autónomamente pueda realizar la CR por iniciativa propia.

5. El Gobierno Provincial (GP) como actor en el Proceso de Regionalización

Las opiniones de los entrevistados coinciden en señalar que la principal dificultad que se presentó durante los últimos meses de trabajo (fines del año 2006 y principios de 2007) provino de los cambios producidos al interior del proceso de regionalización planteado originalmente y que se vincula directamente con la intervención del GP en el espacio regional.

A través de la Ley 9206, el GP pretende impulsar una política de regionalización innovando en relación a patrones espaciales de distribución de las competencias del poder hacia interior del territorio provincial e incorporando cambios significativos respecto de lo planteado en el Pacto de Saneamiento Fiscal. El objetivo, art. 9º, es avanzar en el asociativismo municipal, incrementando la descentralización de competencias provinciales²⁵.

Las opiniones de los representantes municipales, como hemos expuesto, hacen alusión a la inclusión de una instancia, la provincial, que instaura un proceso burocrático que obstaculiza la consecución de las metas que habían sido previstas por los actores locales, previo a la sanción de la norma. La dinámica que mostraba el proceso de regionalización a través del ERC, se ve ahora interrumpida por una gestión regional altamente dependiente del GP que, en la representación que se hacen de su intervención los actores, aquel posee buenas intenciones pero traba las iniciativas que históricamente se impulsaban desde los municipios y comunas.

²⁴ Se informa en el marco del Programa de Asistencia Técnica (PROFIM/UCC), que el promedio de asistencia de los gobiernos locales a seminarios y talleres realizados a los largo del territorio provincial, a mediados del año 2005, para la definición de prioridades regionales por las 23 CR constituidas (sobre 26 que debían hacerlo), fue del 84% (con un rango entre 55 y 100%). El Departamento de Calamuchita presentó uno de los porcentajes más bajos de asistencia, el 71%; mientras que durante el funcionamiento del ERC, la participación de las localidades estuvo entre 83 y 91% (P. CÁCERES Y OTROS, 2006).

²⁵ "Las Comunidades Regionales tienen como objetivo contribuir a hacer más efectiva gestión de la Provincia y de los Municipios y Comunas en las regiones, generar polos de desarrollo, facilitar la descentralización de funciones y la transferencia de competencias y lograr las demás finalidades establecidas en el Artículo 175 de la Constitución Provincial."

“Yo creo mucho en los gobiernos regionales, nos hace falta aprender a trabajar en conjunto, priorizar el pensamiento colectivo, nos falta la cultura de lo colectivo. Felicito la idea de trabajar en comunidad, de compartir experiencias y modos de resolver los problemas que tiene cada uno. Va a haber ventajas para todos no sólo para la localidad que yo represento. Tendremos la posibilidad de gestionar algunas demandas que tenemos como grupo”, expresa un Jefe Comunal.

En la misma dirección van las declaraciones de una intendenta de la región:

“Si se trabaja en conjunto con buena programación, va a haber ventajas. Porque la idea original es buena. Pero hay que estar informado de todo lo que hay en Calamuchita, porque también hay sectores con desarrollo industrial”.

Sin embargo los mismos entrevistados coinciden en señalar que las demandas surgidas en el trabajo comunitario no encuentran respuesta en el GP, no obstante su función de agente principal de acuerdo a la normativa de la Ley 9206.

“Los Reartes es una localidad que vive del desarrollo turístico y de la agricultura, –remarca su Representante Comunal– y en estos últimos años viene desarrollando un impulso turístico grande pero nos hace falta infraestructura básica como ser agua y luz. Nosotros lo fijamos como prioridad en el trabajo que hicimos con el ERC y también para la aprobación del presupuesto trienal que nos pedía el GP, pero todavía no tenemos respuesta sobre eso. Lo mismo sucede con el tema de los residuos y la seguridad”.

Las prioridades que fueron fijadas por los actores en la etapa del ERC fueron: el agua corriente para varios pueblos, la necesidad de incrementar la complejidad y capacidad del Hospital Regional de Santa Rosa, la finalización de la pista de aterrizaje de Rumipal, el tratamiento de la basura.

“La idea regional de los bloques giraba en torno a tres cuestiones: AGUA, EDUCACIÓN, SALUD. Cada intendente y Jefe de Comuna expuso sus prioridades pero el gobierno no las tuvo en cuenta”, recalca un intendente.

La irrupción del GP a través de una norma específica, implicó una modificación en la trama de relaciones entre los actores. Por un lado, importa señalar que su pretensión de institucionalizar las prácticas previas de los sujetos se vincula a una instancia que se desprende de su propia lógica, es decir “la organización del poder y al ejercicio de la dominación política” (Oszlack, 1997:16). La puesta en escena de la norma, implica una forma de externalizar el poder, imponiendo una suerte de reconocimiento incondicional a su condición de soberano a la hora de reglar las relaciones intergubernamentales en su ámbito de

competencia territorial. Pero también, la capacidad de institucionalizar su poder, como forma, como herramienta capaz de ser ejercida –incluso- monopólicamente, a través de la creación de instancias materiales por donde viabilizar sus estrategias.

El primer aspecto se vincula a las formas de cooptación que ensaya un gobierno a la hora de externalizar su poder. En otras palabras, la norma por sí sola, no es capaz de generar adhesiones en los viejos actores, por el contrario, el gobierno necesita –y necesitará para el caso que nos toca– captar apoyo de los sectores dominantes locales a partir de instrumentalizar alianzas formales e informales tendientes a concretar sus objetivos, que ello no es más que viabilizar una forma particular de integración regional, y que es funcional a sus intereses como gobierno.

El juego político que se abre, pone de relieve la creación de las bases para su acción, la que se construye a través de alianzas y compromisos sustentables de las intenciones que subyacen a la norma (Oszlack, 1997:120).

El segundo aspecto hace alusión a las formas institucionalizadas que cobran las estrategias. La creación de la CR implica la instancia formal para poder viabilizar el control del Estado, y ejercer así su poder de policía, el que se traduce –o mejor dicho se traducirá– a la hora de diseñar la composición y reglas de juego al interior de la misma. Por eso no podemos dejar de ver que, en la trama de las nuevas relaciones que se gestan, a partir de la aparición del GP en el proceso, éste se erige por sobre los demás actores, desencadenando una serie de relaciones que deben ser concebidas como producidas por actores que se encuentran asimétricamente vinculados.

En el caso de Calamuchita, si bien el GP cordobés propició la formación de entes regionales desde los inicios de la década del 2000, en realidad fueron las intendencias y comunas las que diseñaron instituciones y estrategias para darle forma a una suerte de voluntad política regional. El ERC –como expresamos precedentemente– surgió en el marco de esta idea, como un espacio de construcción comunitaria, cuyo accionar fue pensado y ejecutado desde las mismas municipalidades/ comunas, y con la ausencia de un control o supervisión estatal superior.

En esa experiencia, la ausencia de un diseño normativo estaba suplida por la planificación local, por las decisiones tomadas a partir de la emergencia de problemas comunitarios y por el sentido atribuido que tiene esta forma de organización por parte de sus miembros, en tanto órgano de acción y de referencia desde el cual los individuos piensan sus prácticas (March y Olsen, 1997).

La conformación de la CR, por su parte, implica un diseño que se imbrica en las políticas del GP, a través de su voluntad descentraliza-

dora²⁶, estandarizante, impuesta su relevancia desde arriba y vehiculizada desde órganos de control político superior. La voluntad de la CR queda limitada al “acuerdo prestado”, y no concebida como producto de las singularidades regionales, en sus prioridades y oportunidad de su atención, con reglas de juego planteadas desde abajo y definidas por los agentes involucrados, gubernamentales y no gubernamentales.

En aproximadamente dos años desde que se incluyeron las prioridades regionales en el presupuesto provincial trianual (octubre de 2005), la derivación de fondos desde la provincia hacia las comunidades regionales para la refacción de edificios escolar es la única acción efectiva –entre el GP y las CR– en el marco de la nueva ley, y también la única acción concretada regionalmente por las CR.

Para la CR de Calamuchita la cuestión de la educación se encontraba sexta entre las nueve prioridades reconocidas regionalmente y elevadas al GP, luego del trabajo con los equipos técnicos, de acuerdo a lo programado en la ley. Pero además, en el conjunto de las 23 CR's la relevancia de la misma como acción regional estuvo entre las tres primeras prioridades solo para 7 de ellas. De las 16 restantes, 11 CR comparten con Calamuchita la baja prioridad relativa atribuida a la “prioridad” provincial definida como de interés regional, que inaugura la actividad efectiva de gestión de las CR's²⁷.

Las prioridades fijadas por la CR de Calamuchita son las siguientes, en este orden: infraestructura vial, ambiente, vivienda, salud, agua potable, educación, desarrollo. Comparten entre sus primeras tres prioridades, la necesidad de infraestructura 18 de las 23 CR's, mientras que definen a ambiente y vivienda como sus principales prioridades 12 CR's (P. CÁCERES Y OTROS, 2006).

De los dichos de los entrevistados, y lectura de artículos periódicos, es posible sintetizar la función de las CR's en relación con las prioridades del GP, en términos de instancias de anticipación y transferencia de la resolución de conflictos, legitimada por la voluntad común de sus integrantes²⁸. La distribución de recursos escasos, como son los recursos de financiamiento con los que cuenta el GP, dispuesta en un

²⁶ Refiere dicha voluntad a *qué* descentralizar; *cómo* descentralizar, *cómo* financiar la descentralización, *control* de la descentralización.

²⁷ Hasta tercera prioridad: 7 CR's; cuarta y quinta prioridad: 5 CR's; sexta a octava prioridad: 7 CR's; novena o ninguna prioridad: 4 CR's (P. CÁCERES Y OTROS, 2006).

²⁸ Periodísticamente ha trascendido el conflicto del municipio de Río Cuarto en relación a la distribución que la CR respectiva ha realizado de los fondos para la reparación edilicia escolar, entregados a la comunidad por el GP. El reclamo de este municipio observa que no se ha tenido en cuenta sus demandas en el seno de la CR. Finalmente el GP interviene enviando una remesa de fondos a Río Cuarto por fuera de lo decidido en la CR. Entrevistas con miembros de la CR de Calamuchita, indican la existencia de relaciones directas entre el GP y localidades en particular sobre asuntos que supuestamente debían ser discutidos en el CR, introduciendo por cierto estas acciones descreimiento y desinterés en la acción colectiva de la comunidad.

diagrama de relaciones provincial-locales propio del modo tradicional de tipo radial y fragmentado a nivel interlocal, concentra no solo las demandas en el GP sino también los conflictos. La CR cumple por tanto la función latente de estructura de oportunidad para el desplazamiento del conflicto.

Conclusiones

La hipótesis vertebradora del análisis sobre el proceso de regionalización en Córdoba afirma la alta dependencia que el mismo tiene de la voluntad política del GP. Los objetivos, diseño, incentivos y estructura de implementación prevista en los instrumentos legales, ordenados a fin de impulsar y estructurar estatalmente dicho proceso, exige de parte del GP una continuidad de su acción en el proceso y una articulación efectiva de las nuevas estructuras de gestión en las políticas provinciales.

El gobierno central provincial no ha podido lograr la reestructuración esperada, aún normado el proceso, porque éste sigue siendo contrarrestado por las oportunidades abiertas y, tomadas, por las acciones individuales de los gobiernos locales, según su interés o por fuera del juego previsto; todo ello en detrimento de la construcción eficaz de la acción colectiva para la atención de los problemas comunes.

El análisis del caso Calamuchita, además de mostrar el efecto interruptor de la acción del GP sobre un proceso de regionalización endógeno muy dinámico –el ERC–, con una estructura de gobernanza participativa y abierta y con una alta capacidad de construcción de una identidad regional, permite ilustrar la proposición teórica más general que en sucesivos trabajos se ha señalado sobre la puesta en marcha de esta innovación en la provincia.

Refiere dicha proposición a que si bien no se asume como determinante el esquema formal normativamente presupuesto, el papel del mismo en el proceso de implementación es una cuestión empírica a considerar en sistemas de acción concretos, adoptando como supuesto que tales sistemas se configuran a partir de la interacción de actores orientados por objetivos o propósitos con variable disposición de recursos para lograr consensos orientados tanto por sus marcos de interpretación de la “institucionalidad legitimante” de sus propósitos, como por su evaluación de la “pertinencia de la institucionalidad deseada” (Díaz de Landa M. y Parmigiani de Barbará, M.C., 2004).

De allí que el oportunismo, como comportamiento expectable en actores racionales según propósitos, es compatible con legalidad como rasgo central de la institucionalidad aceptada por estos mismos actores. La adaptación de propósitos a la legalidad, o la adecuación de

la legalidad a los propósitos de actores, por definición portadores de intereses, como es el sistema de acción bajo estudio, es una práctica de resolución de tensiones.

Por ello, las estructuras de implementación pueden no alcanzar el objetivo que pareció haberlas generado y, aún más, en el mismo proceso de “aplicación” de la política/s ir redefiniéndose hasta constituirse en propulsoras de reformas o reformulaciones de los objetivos formalizados iniciales. O bien, internamente diferenciarse cuando no autorreferenciarse, e incluso desenvolverse en su interior procesos de alta conflictividad, que llevan a una revisión –de grado diverso, según los casos– respecto de los propósitos normativos inicialmente propuestos o bien su abandono. Por ejemplo hasta este momento no se ha derogado la Ley 8864 y aunque vigente no tiene aplicación alguna.

Las estrategias de constitución de las estructuras de implementación parecen afectar el decurso de la política y comprometer en consecuencia sus objetivos. Se agrega como factor de riesgo: la ausencia de formas de institucionalidad que les otorgue continuidad, neutralizando intereses político-partidarios factibles de variar en situaciones de recambio gubernamental tanto provinciales como locales.

Bibliografía:

CÁCERES, P. (2007). “Construcción sociopolíticas de las regiones”. Red KAS (Konrad Adenauer Stiftung).

— (2005) “La articulación política en procesos asociativos intermunicipales: alcances y limitaciones”. *Xº Congreso Internacional del CLAD*, Santiago de Chile, 15 al 18 de Octubre.

— (2004) “Programa de Fortalecimiento Institucional de Municipios (PROFIM). Asistencia Técnica a procesos asociativos intermunicipales y la creación de condiciones para la gobernabilidad regional. Tres casos de intervención”. *IIº Congreso Nacional de Sociología, Taller de Capital Social y Redes Sociales*, Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires (Octubre)

CÁCERES, P. Y OTROS (2006) “Prioridades de gestión regional para el desarrollo” en RIORDA Y GRAGLIA, 2006, Pág. 91-212

CINGOLANI, M. (2006) “Descentralización y Relaciones Intergubernamentales. La descentralización en salud en la provincia de Córdoba” en M. Lardone y M. Cingolani. *Gobiernos bajo Presión*. Córdoba: EDUCC (Editorial de la Universidad Católica de Córdoba). Págs. 145-240

CRAVACUORE, D. (2005). “Análisis de la Intermunicipalidad en la Argentina”. Exposición en el Seminario *La intermunicipalidad, una herramienta para la gobernabilidad y el desarrollo de los territorios en Argentina*. Secretaría de Asuntos Municipales de la Nación, Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto, Comercio Internacional, Federación Argentina de Municipios. Buenos Aires, 6 de septiembre de 2005.

DÍAZ DE LANDA, M. (2007). “Las relaciones intergubernamentales desde los gobiernos locales” En: D. CRAVACUORE Y R. ISRAEL (COORD.) *Procesos políticos comparados en los municipios de Argentina y Chile (1990 – 2005)*, Buenos Aires: Editorial de la Universidad Nacional de Quilmes – Universidad Autónoma de Chile – Hanns Seidel Stiftung. Pág. 229-270.

- DÍAZ DE LANDA, M. (2003) "Desafíos a la sustentabilidad de los gobiernos locales: Micro-municipalismo y viabilidad política de la regionalización subprovincial. V *Seminario Nacional de la Red Nacional de Estudios de los Gobiernos Locales "LA REFORMA MUNICIPAL PENDIENTE: PARA QUÉ Y POR QUÉ PERSPECTIVAS y PROSPECTIVAS"*. Facultad de Ciencias Política y Sociales, Universidad Nacional de Cuyo. 9 y 10 de octubre de 2003.
- DÍAZ DE LANDA, M. (2002). "Gobiernos locales frente a la globalización: Interdependencia regional y condicionantes de la acción colectiva para el desarrollo sustentable." *III Congreso Nacional de Sociología Jurídica "Sociedad y Derecho: Opciones ante la crisis"* (Comisión 1: Globalización y gobernabilidad). Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. 7-9 de Noviembre, 2002
- DÍAZ DE LANDA, M. Y M. C. PARMIGIANI DE BARBARÁ, (2004). "Cooperación Inter-municipal Inducida para el Desarrollo Regional-Local: El Pacto de Saneamiento Fiscal en la Provincia de Córdoba". *Anuario del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba*, Vol. 7: págs. 453-474.
- DÍAZ DE LANDA, M. Y A. GIGENA (2002) "La Regionalización en Córdoba como Estrategia de Gobernabilidad de Sistemas Locales en Materia Fiscal" V *Seminario Nacional de la Red de Centros Académicos para el Estudio de Gobiernos Locales. "Gobernabilidad en Sistemas Municipales"*. Facultad de Ciencia Política y Relaciones Internacionales, Universidad Católica de Córdoba. 28 y 29 de Noviembre de 2002.
- GRAGLIA E. Y M. RIORDA, 2006. *Desarrollo, municipalismo y regionalización: Un triángulo virtuoso. El caso Córdoba*. Córdoba: EDDUC, Serie Profim.
- MARCH, J. Y OLSEN J. (1997) "El redescubrimiento de las instituciones". México: F.C.E.
- MASSUH A. (2006): "Procesos de Comunicación y Procesos de Integración en la Comunidad Regional de Calamuchita" Ponencia en las X Jornadas Nacionales de Investigadores de Comunicación. Universidad de Ciencias Sociales de San Juan. (Octubre)
- MANZO, A., C. GONZALEZ SALVÁ (2006). "Argumentos a Favor y en Contra de la Constitucionalidad de la Ley Provincial de Comunidades Regionales N° 9206", *Revista Actualidad Jurídica*, Año V, Vol. 110, Pág. 7252 a 7274 (primera quincena de octubre)
- OSZLAK, O. (1997): *La formación del Estado argentino*. Buenos Aires: Planeta..
- PARMIGIANI DE BARBARÁ, M. C. (2006) "Modelos de regionalización subnacional en la Provincia de Córdoba". *Anuario IX del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales - CIJS-, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba.*; págs. 157-170. ISBN:978-987-03-1035-8.
- (2005): "Aspectos jurídicos y políticos de la institucionalización de modelos innovadores de asociativismo municipal: una reflexión a partir de experiencias en Argentina". Página permanente del Consejo Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD): <http://www.clad.org.ve/docume.html> (Documentos de Congresos/ Documentos del X Congreso del CLAD).
- (2003): "El reordenamiento territorial de las políticas públicas en la República Argentina: propuestas, concreciones y perspectivas miradas desde la crisis". Página permanente del Consejo Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD): <http://www.clad.org.ve/docume.html>, 26 págs.
- (2001) *Estado, Sociedad y Región. Un análisis neoinstitucional de la Región Centro de la República Argentina*. Córdoba: Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Ciencia, Derecho y Sociedad – Biblioteca Jurídica y Social.



DIFERENCIAS DE GÉNERO EN LA PROFESIÓN JURÍDICA

María Eugenia Gastiazoro **

Resumen: En Argentina, la presencia de las mujeres en la profesión jurídica es significativa. A pesar de la masiva incorporación de las mujeres a la profesión jurídica, distintas investigaciones revelan la persistencia de significativas inequidades de género tanto en el sector público, particularmente en la administración de justicia, como en el sector privado, a través del ejercicio de la profesión liberal. Se observa en primer lugar una segregación *vertical*, según la cual las mujeres son admitidas con menor frecuencia a los niveles ocupacionales más altos, caracterizados por mayor poder de decisión y mejores niveles de ingresos. En segundo lugar segregación *horizontal*, en el sentido de que las mujeres tienden a concentrarse en áreas consideradas “adecuadas” a su sexo, que muchas veces resultan ser de menor prestigio y de poco interés económico. Partiendo de esta situación nuestro trabajo recupera las interpretaciones que las propias abogadas y abogados efectúan de estas disparidades en su campo de ejercicio profesional privado, así como de los factores que la producen.

Palabras Claves: Profesión jurídica – Género – Firmas jurídicas – Diferencias - Desigualdades.

1. Introducción

En Argentina, la presencia de las mujeres en la profesión jurídica es significativa. De acuerdo a datos del Censo 2001, las mujeres son el 41,2% del total de titulados en Derecho¹. La incorporación creciente de las mujeres en la profesión se observa también en los resultados

**Abogada, egresada de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Becaria del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET). Auxiliar Docente en la Cátedra Sociología Jurídica de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNC.

¹ Es una cifra alta en comparación a otros países. Por ejemplo, en Estados Unidos, las mujeres son el 24% del total de abogados (Fuente: Facts about Women and the Law, American Bar Association, accesible en: <http://www.abanet.org/media/factbooks/womenlaw.pdf>)

estadísticos de la Universidad Nacional de Córdoba del año 2006, que muestran que las mujeres superan a los hombres entre los egresados de la carrera de Abogacía (54,93% de mujeres y 45,06% de hombres)².

A pesar de la masiva incorporación de las mujeres a la profesión jurídica, persisten significativas inequidades de género. Distintos factores interactúan en la configuración de las desigualdades de género en la profesión, las que se expresan en los repartos desiguales de los espacios de poder y prestigio.

Estas desigualdades se observan en dos sentidos. En primer lugar, existe segregación vertical, según la cual las mujeres son admitidas con menor frecuencia a los niveles ocupacionales más altos, caracterizados por mayor poder de decisión y mejores niveles de ingresos. También se registra una segregación horizontal, según la cual las mujeres tienden a concentrarse en áreas consideradas “adecuadas” a su sexo, que muchas veces resultan ser de menor prestigio y de poco interés económico.

La importancia de las situaciones de desigualdad que experimentan las mujeres tanto en el campo público como en el privado se revela claramente en el campo de los ingresos. En su trabajo con muestras nacionales de la Encuesta Permanente de Hogares, Sánchez (2005) mostró que las desigualdades de género entre los profesionales del Derecho han tendido a profundizarse en nuestro país en los últimos años. La remuneración promedio de las abogadas era en 1995 un 13% inferior a la de sus colegas. En cambio, en 2003, las profesionales ganaban en promedio un 29% menos que los hombres. La profundización de estas desigualdades se vincula con las transformaciones en la organización social del trabajo jurídico. La tendencia a la organización empresarial, y la disminución de la figura del profesional independiente, ha afectado especialmente a las mujeres, entre quienes la tendencia a la salarización es más intensa. Son pocas las mujeres que se desempeñan como empleadoras, indicando las dificultades que experimentan para ascender en las grandes empresas jurídicas.

La investigación de Bergoglio (2007) sobre los grandes estudios de abogados en Buenos Aires, mostró las desigualdades de género en el acceso a los niveles jerárquicos. Sólo un pequeño porcentaje de los socios son mujeres (7.5 %) lo que contrasta con un alto porcentaje de los hombres en esa categoría (92.5 %). El porcentaje de mujeres

² Estadísticas de la UNC disponibles en <http://www.saa.unc.edu.ar/estadisticas.php#publicaciones>. Actualmente en la Facultad de Derecho de la UBA las mujeres matriculadas superan el 50%. El censo de la UBA del 2004 dice que de un total de 31.384 estudiantes de derecho 12.173 (38,78%) son hombres y 19.211(61,21%) son mujeres.

aumenta en la medida en se baja de nivel jerárquico, siendo para el caso de asociados 45.4 % de mujeres y 54.6 % de hombres, persistiendo una diferencia de alrededor del 10 %³.

Composición por género y jerarquía

		Género				Total	
		Mujeres		Varones		N	%
		N	%	N	%		
Posición	Fundador			9	100,0	9	100,0
	Consultor			26	100,0	26	100,0
	Socio	15	7,5	186	92,5	201	100,0
	Socio jr	7	24,1	22	75,9	29	100,0
	Asociado	434	45,4	523	54,6	957	100,0
Total		456	37,3	766	62,7	1222	100,0

N = 1222 abogados

Los datos obtenidos por otras investigaciones corroboran estas tendencias. En el campo privado, las abogadas entrevistadas por Fucito (1997) en la provincia de Buenos Aires, informaban no sentirse discriminadas en el trato diario con los colegas. No obstante, el autor mostró que el éxito económico de las mujeres profesionales normalmente es menor (46% de los hombres eran propietarios de su oficina, contra 23% de las mujeres; 23% de los abogados tenían un secretario, contra el 8% de las abogadas). Además la cartera de clientes es diferente: no hay abogadas mujeres que declaren atender exclusivamente a empresas, pero sí es mayor el número que declara atender a clientes particulares solamente (45% mujeres y 26% los hombres).

La desigual situación de las mujeres en el campo privado en cuanto a posición en las jerarquías ocupacionales e ingreso ha sido documentada en otros países.

Estudios realizados en Canadá (Kay Fiona y Hagan 1999,) y U.S.A (Abel R. 1997, Hull y Nelson 2000) muestran que las mujeres están más concentradas en el campo del derecho civil y de familia, y menos en el derecho comercial o de empresa. El porcentaje de mujeres socias en las grandes empresas jurídicas no llega al 10 %. Las dificultades en el ascenso a los puestos de mayor jerarquía ("*glass ceiling*") las ubican como asociadas permanentes de la empresa.

Los resultados del Reporte Americano sobre la carrera jurídica en U. S. A. (2004)⁴ muestra que las ganancias de las mujeres son significativamente menores respecto de los hombres, el salario medio de las mujeres es de 66.000 dólares mientras que el de los hombres es de

³ Mayores detalles en Bergoglio (2007).

⁴ RONIT DINOVTZER, BRYANT G. GARTH y otros, *Report: After the JD: First Results of a National Study of Legal Careers*. 2004. The NALP Foundation for Law Career Research and Education and the American Bar Foundation.

80.000 dólares. Y específicamente en las grandes firmas jurídicas, de más de 250 abogados, la brecha de ingresos es de 15.000 dólares.

En Alemania, Schultz (2003) observa que la mujer está menos especializada, dedicándose en general a clientes de bajos recursos y a materias legales que exigen mayor trabajo emocional y menos esfuerzo intelectual.

2. La interpretación de la desigualdad

Teniendo en cuenta lo expuesto, cabe preguntarse ¿cómo entender la persistencia de desigualdades de género dentro de este conjunto de hombres y mujeres que han tenido similar acceso a la educación y que se desempeñan en un contexto donde la igualdad de todos es un valor central?

Sin duda, el proceso de reproducción de las desigualdades de género es complejo, e incluye restricciones culturales y económicas que implican no sólo discriminación sino también auto-discriminación. En este campo, Hull y Nelson⁵ resumen así los modelos teóricos disponibles para explicar las diferencias de género en la carrera profesional:

Asimilación: esta perspectiva entiende que la subrepresentación de las mujeres en los niveles más altos del campo ocupacional es una consecuencia de su reciente incorporación a la profesión. Se supone que las diferencias de género, marcadas todavía en las cohortes de más edad, se irán diluyendo con el tiempo.

Elección: Este modelo toma en cuenta los aportes de la teoría del capital humano, el feminismo cultural y las teorías de socialización. Se sostiene que las diferencias de género se van estableciendo a partir de elecciones individuales (conscientes o no) que las mujeres hacen a lo largo de su carrera profesional. La adhesión de las abogadas a los modelos culturales tradicionales de la división sexual del trabajo, las lleva a ubicarse en áreas afines a sus preocupaciones, aunque menos rentables y prestigiosas. En este sentido, la elección es un factor importante al analizar la situación profesional de la mujer y entender cómo las diferencias de géneros se producen y reproducen llevando a inequidades que impactan en el desarrollo profesional de las mujeres.

Constreñimiento u opresión: Este modelo explica las desigualdades profesionales a causa de las conductas diferenciadas que jefes y empleadores toman respecto de sus empleados según sean mujeres o varones. Desde esta perspectiva, la baja presencia de las mujeres en los niveles jerárquicos es el resultado de prácticas discriminatorias, a veces directas e intencionales y en otras ocasiones encubiertas o implícitas en barreras institucionales de inequidad de género.

⁵ HULL Y NELSON (2000), *Social Forces* 79, 1.p.229-264

Desde una perspectiva empírica, cabe preguntarse si estas desigualdades de género en el ascenso a puestos mejores pagos, podrían explicarse en virtud de la especialización y formación en postgrado que realizan hombres y mujeres. La investigación llevada a cabo por Fucito (1997), que estudia el perfil del abogado de la provincia de Buenos Aires, indica que las mujeres superan a los hombres en doctorados concluidos (13.5 % contra 9%) y en cursos de actualización. Contrariamente, el estudio realizado por Bergoglio (2007) sobre grandes empresas jurídicas, cuyos datos resume la tabla anexa, muestra que la formación en postgrado es mayor entre los abogados varones (47.8 %) respecto de las mujeres (31.5%).

Formación de posgrado entre los abogados

	Género	
	Mujeres	Varones
	Formación de posgrado	Formación de posgrado
	%	%
Sí	31,5%	47,8%
No	68,5%	52,2%
Total	100,0%	100,0%

N = 929 abogados

Estos hallazgos contradictorios nos sugieren que no es posible explicar las diferencias de género en función de la formación que tienen hombres y mujeres, ya que los datos no son determinantes en uno u otro sentido, e incluso se contradicen.

Por otra parte podría suponerse que las diferencias de ingresos entre mujeres y hombres se explican en razón de que las abogadas tienen una jornada laboral más reducida. Esta conclusión es errónea a luz de la información contenida en la siguiente tabla⁶.

Ingresos profesionales y tiempo de trabajo de los abogados según género

Media		Ingresos profesionales	Ingreso horario de la ocupación principal	Total horas trabajadas en la semana
Tipo de establecimiento	Sexo			
Público	Varón	1449,42	7,96	42,72
	Mujer	1365,20	7,68	40,57
	Total	1405,09	7,81	41,59
Privado	Varón	1343,16	6,73	46,62
	Mujer	703,35	4,34	39,53
	Total	1106,59	5,85	43,99
Total	Varón	1376,29	7,11	45,40
	Mujer	1009,00	5,89	40,01
	Total	1218,85	6,59	43,09

Fuente: EPH Nacional. Mayo 2003

⁶ Datos procesados en una fase anterior de este proyecto. Para el detalle sobre tratamiento de estos datos, ver Bergoglio y Carballo (2005)

Los datos obtenidos nos muestran que en general las mujeres tienen ingresos menores que los hombres (1376 y 1009, respectivamente) y que, en general, trabajan menos horas semanales (45 y 40 respectivamente, es decir, 5 horas menos). Pero el hecho de que las mujeres trabajen menos horas no explica sus menores ingresos, ya que su ingreso por hora es también menor (7,11 los hombres y 5,89 las mujeres) lo que nos llevaría a concluir que las mujeres ocupan posiciones jerárquicamente inferiores, lo que se traduce en menores ingresos.

Si se compara el ingreso por hora trabajada, se verá que las diferencias son escasas en el campo público (7,96 y 7,68 para hombres y mujeres respectivamente) y marcadas en el privado (6,73 el masculino, y 4,34 el femenino). Como las mujeres trabajan además menos horas semanales, la brecha se agranda, y aquellas que trabajan en el campo privado perciben un ingreso que es apenas un poco más de la mitad de lo percibido por sus colegas (1343 los hombres y 703 las mujeres).

Podemos suponer que las diferencias de ingresos se explicarían en términos de discriminación vertical, que se produce cuando las mujeres son admitidas con menor frecuencia a los niveles ocupacionales más altos, caracterizados por mayor poder de decisión y mejores niveles de ingresos, quedando concentradas en los puestos de menor jerarquía.

3. La opinión de los profesionales

El análisis de las desigualdades de género es más completo si tomamos en cuenta la opinión que los propios abogados y abogadas tienen de la situación. Tal información se obtuvo de las entrevistas realizadas en el presente proyecto⁷ a abogados y abogadas de Córdoba y Buenos Aires. También tomamos en cuenta las entrevistas de Fucito (1996) recogidas en la Provincia de Buenos Aires.

A continuación se analizan las distintas respuestas obtenidas entre hombres y mujeres profesionales del derecho las que han sido sistematizadas en cuatro puntos, estos son: el trato entre colegas de distintos sexos, la percepción de las diferencias de género por parte de los profesionales, las barreras que profundizan la desigualdad (la extensa jornada laboral y el conflicto con los roles maternos) y la existencia o no de discriminación activa por parte de empleadores o socios como en el caso de las grandes empresas jurídicas.

⁷ Se tomaron 15 entrevistas abiertas a abogados y abogadas que ejercen en Córdoba y Buenos Aires. Para el presente análisis se tomó lo referido al género.

3.1. Trato entre colegas de distintos sexos

Si bien muchos entrevistados se muestran indiferentes en cuanto a tratar con colegas varones o mujeres, en algunos casos todavía persisten los estereotipos de género que condicionan la interacción social y los comportamientos de los colegas entre sí. Esto lleva a que el trato entre colegas difiera según el género de pertenencia, estimulando conductas discriminatorias hacia el sexo opuesto o al contrario conductas que favorecen el contacto con las personas del mismo sexo⁸.

En algunos casos las mujeres expresan cierta desconfianza respecto de los hombres en cuanto a su ejercicio leal de la profesión, como lo dice esta abogada respecto de su contraparte varón:

“...notás diferencia, a lo mejor una contraparte masculina te aborda a ver si te prestás a una mala acción, o a entregar un cliente por una cuestión de honorarios, o cosas así... cosa que no se da cuando la contraparte es mujer... es más difícil que la mujer te proponga...”⁹.

Por otra parte, es notable el caso de los abogados de mayor edad, que durante los primeros años de su actividad profesional tenían un cuasi-monopolio del ejercicio profesional, y que con la masiva incorporación de mujeres a la profesión (hoy casi la mitad de los abogados son mujeres) se muestran molestos; en algunos casos menosprecian sus conocimientos jurídicos y manifiestan la poca practicidad de las mujeres en el ejercicio:

“...yo oigo de mis colegas que prefieren tener contraparte hombre que mujeres. Eso si lo oigo reiteradamente. Les resulta más confiable. A mi te diría que no. No hago mayor distinción. Pero es como que les resulta más confiable. En alguna palabra es como que terminó el asunto. Lo arreglamos así, se arregló así. Las mujeres es como que siempre... oigo a colegas que... siempre hay una vuelta de tuerca después, hay algún cambio, alguna cosa... “Ah, pero...” Se sienten más seguros, más franca la cosa. Es lo que oigo de otros”¹⁰.

En las entrevistas realizadas a mujeres por Fucito (1996) se encuentran menciones al pasar de casos en los que las mujeres han recibido un trato diferencial respecto de sus colegas varones por ser mujer: en una de ellas una abogada manifiesta haber tenido un conflicto con

⁸ SOMMERLAD, HILARY (2007) The Diversity Game: Merit and the Pseudo-Democratisation of the Profession: a Proposal for Training, *Conference on Women in the Legal Professions*. ELA (Equipo Latinoamericano de Género). Buenos Aires. En este trabajo la autora analiza las estrategias de inserción profesional desplegadas por los actores y la producción y reproducción de la desigualdad en Inglaterra. El estudio muestra las dificultades que las mujeres abogadas tienen para construir la identidad profesional y la de género al mismo tiempo en una profesión fuertemente sexuada.

⁹ Caso 7: Abogada senior. Trabaja en un estudio de cinco profesionales en Córdoba.

¹⁰ Caso 13: Abogado senior, miembro de un estudio de tres profesionales en Córdoba.

un colega varón al cual le ganó un juicio y por ello la mandó a “lavar los platos”.

3.2. Percepción de desigualdades de género

En general tanto hombres como mujeres perciben que hay diferencias de género en el ejercicio de la profesión. No obstante, en muchos casos, esto no se reconoce de manera inmediata, siendo la primera respuesta de los entrevistados que hombres y mujeres son iguales a la hora de ejercer la profesión. Muchas veces, estas afirmaciones se contradicen en el resto de la entrevista, al reconocer que las mujeres tienen más dificultades para desarrollarse profesionalmente, lo que se adjudica a las obligaciones familiares que recaen, generalmente, sobre las mujeres en perjuicio de su desarrollo profesional.

Aducen, tanto hombres como mujeres, que si surge una complicación en el hogar, quienes “deben” atender el asunto son las mujeres. Es decir, se toma como una tarea que deben cumplir las mujeres, ya sea por cuestiones culturales impuestas o propias de la naturaleza femenina, que determina la tradicional división del trabajo entre hombres y mujeres.

Esta expresión que atribuye la posición y el rol de hombres y mujeres en la sociedad por pautas “culturales” o “naturales” trae el peligro de caer en una visión un tanto “esencialista” o “natural” sobre las mujeres y los hombres y como tal difícil de transformar.

Esa adhesión a las pautas tradicionales de la división del trabajo en el hogar resulta clara en el siguiente párrafo de la entrevista a un abogado:

“... creo que para ser incorporado como socio en un estudio la igualdad es de un 100%, creo que... como dije hace un rato, creo que a la mujer se le complica, se le puede complicar en algunos casos para las que tienen hijos, pueden darse, se pueden ver algunas complicaciones. Yo lo veo, conozco mujeres abogadas...y bueno por ahí veo que hay un momento en la vida en la que se le puede complicar más, es sobretudo cuando los hijos son más chicos...”¹¹.

3.3. Barreras que potencian la desigualdad

3.3.a La extensa jornada laboral en el campo privado

Una profesión altamente competitiva, que exige tantas horas de dedicación para el éxito, encuentra a la mujer en desventaja. La necesidad de conciliar sus horas de trabajo con los compromisos familiares lleva muchas veces a las mujeres a elegir trabajos de medio tiem-

¹¹ Caso 9: Varón de edad mediana, perteneciente a un estudio de cinco abogados en Córdoba.

po. La respuesta dada por uno de los hombres entrevistados a la pregunta de si creía que a las abogadas les resulta más difícil satisfacer las expectativas de horas disponibles que requiere el ejercicio de la profesión nos dice mucho de esta situación¹².

“...hay muchísimas mujeres en el estudio que se le permitió hacer trabajo part-time ...pero que tuvieron que renunciar a su carrera, llegar a ser socias, o renunciar a su carrera porque no les da el tiempo, porque se tienen que ocupar de otras cosas..., entonces sí me parece que tienen que dejar de lado muchas cosas que si que sé yo...por como fuimos educados, digamos, son cosas que hace la mujer, pero tampoco creo que el hombre se pueda poner a cuidar el hijo apenas nace porque lo tiene que hacer una mujer y ese tipo de cosas hacen que la mujer pierda competencia frente a los hombres a la hora de hacer una carrera y en un estudio grande, tiene que dejar un montón de cosas de lado me parece...”

Así como los abogados hombres observan que las mujeres están expuestas a perder posición en la profesión porque no pueden estar al cien por cien en su trabajo, lo que no sería un problema para ellos, las mujeres piensan que necesariamente deben conciliar de alguna forma su vida laboral y familiar ya que por una cuestión cultural o natural hace a la mujer dedicarse a la atención de sus hijos, como lo expone la siguiente entrevistada¹³ ante la misma pregunta citada con anterioridad:

“... tienen más presión del vamos, porque la mujer es decir cuando forma familia, es decir, es la cabeza del hogar, yo pienso que más allá de profesionales lamentablemente ¿no? el ama de casa es algo que va a estar siempre, ...es totalmente compatible pero la mamá va a ser mamá siempre, y hay creo que por una cuestión biológica y junto con una... con el rol que uno ocupa en la sociedad, también una cuestión biológica y de comportamiento, no sabría como explicarlo, la madre, madre, siempre y cuando hablemos de una mujer que tiene familia e hijos, laburar 12 horas me parece que se hace dificilísimo, ...”

3.3.b Conflicto con los roles maternos

Son varios los impedimentos que tienen las abogadas a la hora de ejercer la profesión, derivados de barreras sociales entre las cuales se destaca el conflicto de la mujer- profesional respecto de la mujer-madre pareciendo predominar la elección por este último modelo en el caso de la siguiente entrevistada:

“Mirá, creo que sí, insisto por una cuestión de la naturaleza...tiene determinados requerimientos que los hombres no los tienen ... sí creo que los hijos requieren mucho más de las madres que de los padres para deter-

¹² Caso 4: Abogado junior, de un estudio de cincuenta abogados en Buenos Aires.

¹³ Caso 3: Mujer junior. Trabaja en un estudio de diecinueve abogados en Córdoba.

*minadas cosas, sobre todo cuando son más chicos, que hay digamos, hay roles que no se pueden suplir y que no existe que se traten de modificar, pese a que uno trate de equiparar un montón de cosas, no se puede pelear contra la naturaleza en determinados aspectos, eso lo tengo clarísimo*¹⁴.

Las abogadas entrevistadas por Fucito manifiestan haber tenido que postergar algunas cosas por tener familia o que no fueron admitidas en un trabajo aduciendo que la mujer “*no va porque se embaraza*”¹⁵. La doble carga de trabajo se impone en muchas mujeres que tienen que hacer un esfuerzo más grande que sus pares para compensar la limitación que le impone no descuidar estos roles maternos:

*“Tuve que esforzarme más por querer cumplir mi condición de madre-esposa-profesional. Creo que si no hubiera tenido hijos no sería tan feliz, pero hubiera tenido una posición más relevante; el tiempo que les dediqué a ellos, podía haberlo aplicado al ejercicio profesional”*¹⁶.

4.4 Discriminación activa por parte de empleadores

En general los entrevistados en nuestro proyecto, tanto hombres como mujeres, no observaron discriminaciones activas hacia las mujeres al momento de ser tomadas como empleadas o recibir ascensos respecto de los hombres. En sus relatos, se señala que a las mujeres todavía les cuesta más llegar a socias en los grandes estudios pero no lo atribuyen a una discriminación activa de los socios para ascenderlas. Un entrevistado lo resume así, en una perspectiva que cabe dentro del modelo de asimilación citado:

*“... me parece que puede llegar a tener más facilidad a llegar a socio un hombre que una mujer, de hecho hay muchos más socios hombres que mujeres. En mi estudio hay una sola mujer que es socia y el otro estudio que trabajaba antes en Buenos Aires, había dos mujeres socias, y me parece que sí, que en los estudios grandes es más difícil que lleguen a ser socias que los hombres. Quizás por una cuestión de tiempo, digamos, desde que se empezaron a incorporar a la profesión y a los estudios grandes (eee) no se dio el tiempo necesario para que lleguen a ser socias... me parece que llegado el momento debería ser igual cuando todos los que están ahora como asociados lleguen a ser socios me parece que va a ser similar”*¹⁷.

Otra entrevistada dio a entender la existencia de discriminación implícita. Señaló que en su lugar de trabajo se dan diferencias a la hora de promocionar a una mujer como socia:

“... son cuatro socios y habría una abogada mujer que estaría en condiciones ya de ascender tanto por los años que está ahí adentro como

¹⁴ Caso 15: Mujer junior, estudio de diez profesionales, Córdoba

¹⁵ Abogada entre 30 y 34 años, Provincia de Buenos Aires. Fucito (1996)

¹⁶ Abogada de más de 55 años de Provincia de Buenos Aires. Fucito (1996)

¹⁷ Caso 4: Varón junior, miembro de un estudio de cincuenta abogados en Buenos Aires.

*por la capacidad que tiene, ella estaría en condiciones de ser socia comparando las condiciones en que asociaron al último... como socio en el estudio y me parece que no, que se va a demorar o no sé si se le dará...*¹⁸.

En las entrevistas de Fucito (1996), muchas mujeres jóvenes y de mediana edad señalan haber conocido casos de discriminación respecto de las posibilidades de ascender, o haber sufrido ellas mismas una postergación en el ascenso a favor de un colega hombre:

*"...Tuve dificultad para ocupar determinada posición por ser mujer. Era una elección para un cargo de asesoría, tres hombres y yo. Tenía buenas posibilidades y no fui elegida; luego me enteré que querían un hombre. En realidad me ha costado mucho esfuerzo. Tenemos que demostrar que sabemos"*¹⁹.

En sus datos, la percepción de la discriminación variaba entre las abogadas de mayor edad y las más jóvenes (hasta 34 años de edad). Mientras las primeras declaran en un porcentaje bajo (menos del 5%) haber sentido alta discriminación, en las más jóvenes este porcentaje se eleva al 16%. Tal fenómeno lo explica en razón de que las conductas que actualmente son consideradas discriminatorias, para las abogadas mayores eran consideradas normales.

Síntesis final

Nuestro trabajo considera las desigualdades de género en la profesión como un hecho comprobado, y recupera las interpretaciones que las propias abogadas y abogados efectúan de estas disparidades en su campo de ejercicio profesional, así como de los factores que la producen.

Encontramos conciencia de las desigualdades de género en la profesión jurídica tanto en hombres como en mujeres, aunque en distinto grado. Las explicaciones de tal fenómeno no son únicas, puesto que se trata de una realidad compleja en la cual interactúan distintas variables, conectadas con los tres modelos teóricos señalados más arriba.

Las voces de los profesionales recogidas en las entrevistas muestran la plausibilidad de las tres interpretaciones resumidas por Hull y Nelson.

En primer lugar, hemos encontrado puntos de vista compatibles con la perspectiva asimilacionista, en el sentido de que la incorporación tardía de las abogadas en los grandes estudios jurídicos es un factor que contribuye al resultado final de que éstas ocupan cargos de

¹⁸ Caso 3: Mujer junior, trabaja en un estudio de diecinueve profesionales en Córdoba.

¹⁹ Abogada entre 30 y 34 años de Provincia de Buenos Aires. Fucito (1996)

importancia en grandes empresas jurídicas en un número proporcionalmente menor que sus pares masculinos.

Son numerosas igualmente, las declaraciones que indican la presencia de elecciones de género, pues la asignación de roles producida por la socialización influye en el modo en que las mujeres planean y conducen su carrera. Durante este trabajo pudimos verificar cómo se ponía de manifiesto una concepción social sobre el rol de esposa y madre de la mujer abogada, vigente tanto entre los colegas hombres como mujeres.

Por un lado los hombres observan las dificultades que las mujeres tienen en el ejercicio profesional ya que ellas deben conciliar, de alguna manera, la profesión con las tareas del hogar. Esto las lleva a realizar trabajos de medio tiempo que van en detrimento de su desarrollo profesional. Por otra parte, las mujeres si bien en algunos casos perciben como una “carga” compatibilizar su vida familiar con la profesional, en otros casos lo ven como una “necesidad” natural de la mujer.

La dirección que las mujeres le dan a su carrera profesional como su interés y compromiso profesional está condicionado por la aceptación de la división de roles entre hombres y mujeres en el seno privado de la vida familiar.

Se observa que atrás de esta problemática se encuentra un modelo de estructura familiar con estereotipos tradicionales de roles diferenciados entre hombres y mujeres, que requiere de un cambio cultural en los modelos de género que enfatice la responsabilidad compartida de la pareja en la crianza y educación de los hijos e hijas.

Lo hasta aquí expuesto nos revela que estamos en una profesión en la que persisten ideas tradicionales de división del trabajo muy fuertes, tanto entre hombres como entre mujeres, y en las que las elecciones de las interesadas contribuyen a reproducir las diferencias de género.

Sería interesante profundizar en otro estudio los aspectos subjetivos e identitarios que se ponen en juego cada vez que las mujeres tienen que hacer elecciones a lo largo de su carrera profesional, elecciones que pueden atentar contra la identidad de género principalmente cuando se trata de ocupar posiciones de autoridad y poder que tradicionalmente las mujeres no ocuparon.

Otro aspecto a profundizar es la diferente satisfacción que hombres y mujeres tienen con sus trabajos. Una paradoja es que muchas veces las mujeres tienen trabajos menos pagos pero están más satisfechas que los hombres con su trabajo. En este sentido el interés económico y el compromiso profesional de las mujeres puede estar condicionado por la importancia que su aporte tiene en la economía del hogar, como sería el caso de que su aporte sea secundario y adicional a la economía familiar.

Tanto en nuestras entrevistas como en las de Fucito, se encontraron testimonios –especialmente de las abogadas mujeres– que reflejan conductas discriminatorias (directas o implícitas) por parte de los empleadores, en el momento de ascender en sus puestos de trabajo, lo que hace que no se pueda descartar la perspectiva que subraya la importancia de la constricción u opresión de género.

Puede decirse entonces que las tres interpretaciones de las desigualdades en la profesión jurídica resultan plausibles desde la mirada de abogados y abogadas. Será pues necesario reconocer que estamos en presencia de un fenómeno complejo, que no puede ser estudiado desde una perspectiva unilateral.

Bibliografía:

ABEL R., (1997b) “Lawyers in the Civil Law World”, in *Lawyers: a critical reading*. R. Abel (editor), The New Press, New York.

BERGOGLIO, MARÍA INÉS (2006) “*Llegar a socia? La movilidad ocupacional en las grandes empresas jurídicas. Análisis de género.*” Contribución al VII Congreso Nacional de Sociología Jurídica, La Plata, 9,10 y 11 de noviembre de 2006.

BERGOGLIO, MARÍA INÉS (2005) *Transformaciones en la Profesión Jurídica: Diferenciación y Desigualdad entre los Abogados*. Anuario VIII del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho de la UNC. Córdoba., pp. 361-380.

BERGOGLIO, MARÍA INÉS Y JERÓNIMO CARBALLO (2005), “Segmentación en la profesión jurídica: Cambios ocupacionales de los abogados argentinos, 1995 – 2003”, *Academia*. Vol. 3, No. 5, Otoño de 2005, Buenos Aires, 201-222

FUCITO, FELIPE (1996) *El perfil del abogado de la provincia de Buenos Aires. Investigación cualitativa*. Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires, La Plata.

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.

HULL, KATHLEEN E., NELSON, ROBERT L. (2000) “Assimilation, Choice, or Constraint? Testing Theories of Gender Differences in the Careers of Lawyers”, *Social Forces*, 2000, 79, 1, pp. 229-264.

KAY, FIONA AND HAGAN, JOHN (1999) “Cultivating Clients in the Competition for Partnership: Gender and the Organizational Restructuring of Law Firms in the 1990s”, *Law & Society Review*, 33, 3, pp. 517-555

KAY, FIONA AND HAGAN, JOHN (2003) “Building Trust: Social Capital, Distributive Justice and Loyalty to the Firm”, *Law & Social Inquiry*, 28, 2, pp. 483-519

SANCHEZ, N. MARIANA (2005) *Género y Profesión Jurídica*. Anuario VIII del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho de la UNC. Córdoba, pp. 451-465.

SCHULTZ, ULRIKE (2003) “The Status of Women Lawyers in Germany” in *Women in The Word's professions*. Shultz and Shaw, G. editores, The Oñati International Institute for the Sociology of Law, Hart Publishing, Oxford-Portland-Oregon

SOMMERLAD, HILARY (2007) *The Diversity Game: Merit and the Pseudo-Democratisation of the Profession: a Proposal for Training*, *Conference on Women in the Legal Professions*. ELA (Equipo Latinoamericano de Género). Buenos Aires

DINOVITZER RONIT, BRYANT G. GARTH y otros (2004) *After the JD: First Results of a National Study of Legal Careers*. 2004. The NALP Foundation for Law Career Research and Education and the American Bar Foundation.

Informes estadísticos:

Universidad Nacional de Córdoba, Secretaria de Asuntos Académicos, *Anuario Estadístico 2006*. Accesible en <http://www.saa.unc.edu.ar/estadisticas.php#publicaciones>.

Universidad de Buenos Aires, Institucional, *Censo de Estudiantes 2004*. Accesible en <http://www.uba.ar/institucional/uba/datos.php>.

American Bar Association, Facts about Women and the Law, accesible en: <http://www.abanet.org/media/factbooks/womenlaw.pdf>



NUEVO MODELO PARA EL ESTUDIO DE LA DESIGUALDAD SOCIAL: LA NOCIÓN DE CIUDADANÍA CRÍTICA

González Salva Cecilia Del C. – Alejandro Gabriel Manzo***

Resumen: En el presente artículo intentaremos, por un lado, hacer un repaso de las construcciones que desde el ámbito académico y político-social se han elaborado en torno a la ciudadanía (clásica y social) y su vínculo con la desigualdad. En segundo lugar, daremos cuenta de las ventajas y desventajas de estos enfoques y su articulación con nuestro modelo teórico. Finalmente expondremos nuestra propia propuesta: “la ciudadanía crítica”.

Palabras Claves: Desigualdad social – Ciudadanía – Tensión

I-Introducción

Este trabajo debe entenderse en el marco general de las investigaciones¹ que los autores realizan sobre la temática y que tienen por objeto construir un modelo teórico-analítico que permita pensar la “noción de ciudadanía” desde un nuevo enfoque, al cual denominamos “ciudadanía crítica”. El nombre surge de la consideración de que en el centro mismo de esta noción –tal cual nosotros la abordamos– aparece una tensión (“crítica”) entre distintas esferas o niveles de análisis.

De todas las desigualdades existentes en un período históricamente dado (producidas, entre otros aspectos, por cuestiones relativas

* Abogada becaria del Sistema de Becas de Postgrado Cofinanciadas CONICET-Agencia Córdoba Ciencia, ex becaria de pre-grado del CIJS de la Facultad de Derecho y Cs. Ss. de la UNC. Auxiliar de Primera en la Cátedra “B” de Sociología Jurídica, doctoranda en Derecho y Cs. Ss. UNC y maestranda en Sociología Centro de Estudios Avanzados (CEA) Facultad de Derecho y Cs. Ss. UNC.

** Abogado becario del Sistema de Becas de Postgrado Cofinanciadas CONICET-Agencia Córdoba Ciencia, ex becario de pre-grado del CIJS de la Facultad de Derecho y Cs. Ss. de la UNC. Adscrito de la Cátedra “C” de Sociología Jurídica, doctorando en Derecho y Cs. Ss. UNC y maestrando en Sociología CEA Facultad de Derecho CS. Ss. UNC.

¹ Hacemos referencia a las tesis doctorales que estamos efectuando.

al género, la edad, la religión y la educación) nos focalizamos principalmente en una de ellas: “la económica”. Más aún, prestaremos especial atención sólo a uno de sus aspectos: “la pobreza”². Esta decisión se fundamenta en varias razones, entre las cuales deseamos destacar aquí las siguientes: a) consideramos que en el mundo actual, en general, y en la Argentina, en particular, ésta constituye la desigualdad social “per excelense” y como tal, influye decididamente sobre el resto de ellas; b) creemos, además, que en el campo de lo económico (tal como surgirá del propio análisis) se presenta, con mayor claridad y en toda su intensidad, la tensión a la que hicimos mención.

Es importante ahora advertir, que lo que se presentará aquí (en razón de la etapa en la cual se encuentran nuestras investigaciones y por lo acotado de este escrito) será sólo una primera aproximación a este modelo. En efecto, en el presente artículo intentaremos, por un lado, hacer un sintético repaso sobre las construcciones que desde el ámbito académico y político-social se han elaborado en torno a la noción de ciudadanía y su vínculo con la desigualdad y, por otro, dar cuenta de las ventajas-desventajas de estos enfoques y su articulación con el modelo que proponemos.

A tal fin hemos decidido dividir este escrito de la siguiente manera: a) efectuaremos, en un primer momento, una rápida descripción del objeto bajo análisis mostrando dos concepciones de ciudadanía: la liberal y la social; b) a partir de allí, y en segundo lugar, expondremos las principales críticas de las que esta última fue objeto y con ello, aparecerán dos variaciones de esta primera descripción: la ciudadanía neoliberal y la diferenciada; c) llegado este punto, daremos cuenta de los presupuestos sobre los que se asienta nuestra postura y desde allí, cuestionaremos los enfoques expuestos; d) para, en cuarto y último lugar, poder presentar un esbozo del modelo teórico por el que abogamos: “la ciudadanía crítica”.

II- UNA PRIMERA APROXIMACIÓN AL OBJETO DE ESTUDIO: ciudadanía clásica y ciudadanía social

Si bien la idea “de ciudadanía” anda dando vueltas en el imaginario de occidente desde la antigüedad (es común, por ejemplo, encontrar en la bibliografía referencias a los “ciudadanos” de la antigua Grecia o Roma) su sentido y alcance, tal cual nosotros lo concebimos y utilizamos, debe pensarse en relación a los profundos cambios económicos y

² Esto es importante a tener en cuenta si se observa que el concepto de desigualdad siempre importa una noción “relacional”: por ejemplo, sólo es posible pensar la pobreza “en relación” a la riqueza y viceversa.

culturales que comienzan a producirse en la Europa del siglo XVII-XVIII en adelante: la ciudadanía como concepto teórico-político nace junto a la Modernidad y se torna inseparable desde entonces de la tríada analítica: “Estado”, “Democracia” y “Capitalismo”.

Es en este contexto (de construcción de la modernidad) donde empieza a tomar forma la primera posición que procuramos abordar y que denominaremos: “ciudadanía clásica o liberal”. En el centro de la misma se ubica la noción ontológica del hombre como “sujeto abstracto y universal”: todos los individuos sin importar sus prerrogativas de sangre, su origen social, sus títulos de nobleza, etc., son seres humanos y como tales, deben ser sus derechos reconocidos y protegidos por el ordenamiento jurídico.

La unidad sobre la que recae esta concepción es “el individuo”: es decir, el sujeto individualmente considerado (o sea, no de manera colectiva). La sociedad democrática liberal es, de este modo, una sociedad de carácter “atomista” en la cual “el poder” se piensa como una capacidad propia de cada ser humano y, consecuentemente, aparece analíticamente diluido, fragmentado y disperso entre los miembros de la comunidad.

Surge así un principio liberal básico sobre el que, aún hoy, se asientan nuestras sociedades: el principio de “igualdad formal”. Todos los individuos, en tanto hombres en sentido abstracto y universal, deben ser tratados “como si” fueran iguales. Claro está, que existen “diferencias”³ sociales y naturales (vgr. género, edad, religión) que hacen que cada sujeto sea único y distinto del resto: no obstante ello, el Estado y el Derecho deben obrar “como si” dichas distinciones, en realidad, no existieran⁴.

Desde aquí debe seguirse que el valor su supremo de la ciudadanía clásica lo constituye “la libertad”. Dos aclaraciones con respecto a la forma de concebir la misma en la sociedad liberal; la libertad, principalmente, es: a) por lo expuesto precedentemente, “individual”; b) entendida en sentido “negativo y pasivo”; esto es, como una esfera de derechos, competencias y atribuciones dentro de la cual el individuo puede desempeñarse sin la injerencia de la sociedad –o sea, sin la intromisión de otros sujetos, grupos o del propio Estado–.

Asimismo, es necesario observar que existe una libertad-igualdad que, desde esta perspectiva, se destaca por encima del resto: la

³ Remarcamos este término porque es importante para el desarrollo del modelo que efectuaremos.

⁴ Sabemos que este principio nunca fue llevado a la práctica en forma pura, es decir nunca en la historia ha existido un Estado que sea puramente liberal en este aspecto: la noción jurídica de “capacidad-incapacidad” (vgr. mujeres y menores) de los sujetos es un claro testimonio de ello.

libertad económica. Es decir, a partir de aquí todos los sujetos serán libres para producir y comerciar su propiedad individual. Propiedad (“derecho de propiedad” en sentido “privado” por oposición a la propiedad pública o colectiva) que se encuentra en el centro de esta sociedad y en base a la cual, se estructuran el resto de los derechos: la vida misma es concebida en sus términos y se subordina a sus designios. Los sujetos que nada material tienen para comerciar, en tanto “hombres” libres e iguales con el resto de los individuos⁵, serán capaces de ofrecer una “propiedad” en el mercado: su cuerpo, su fuerza de trabajo, su vida.

En esta concepción, el Estado aparece como una noción destacada pues será él, en tanto principal organización política-social de la Modernidad, el encargado de reconocer los Derechos, Declaraciones y Garantías al “ciudadano”⁶. No obstante ello, y aunque parezca paradójico, éste debe presentarse como mínimo (es decir, la propiedad pública o colectiva debe ser “mínima”) y su función acotarse, fundamentalmente, a garantizar la esfera de libertad individual, a mantener una leal competencia entre los actores sociales y a dirimir los conflictos que en ella puedan sucederse. Así presentado, el Estado es concebido como un “tercero imparcial y neutral”.

Puede observarse hasta qué punto la lógica económica del mercado se entrelaza con las esferas jurídicas, políticas, religiosas, etc., de la sociedad liberal. Son los individuos entendidos como iguales, los que a partir de su libre competencia construirán el progreso de la “moderna” humanidad. Adam Smith⁷, el padre del liberalismo económico, demostraba ya, a finales del siglo XVIII, cómo un hombre racional, aislado y egoísta al perseguir el máximo beneficio personal al menor costo posible lograba, en última instancia y gracias a la “mano invisible” de la oferta y la demanda, obtener la máxima ventaja para la comunidad toda (usando terminología liberal actual, los beneficios individuales “se derramarán”, en último término y por la propia lógica del mercado, sobre todos los grupos y sectores de la sociedad).

⁵ Nos referimos particularmente a los “proletarios” que antes, en la Edad Media, en tanto siervos de la gleba o pequeños artesanos, estaban atados a la propiedad comunitaria de la tierra y a los designios de los señores feudales, en el primer caso, y en el segundo, a un régimen de relaciones de producción en gremios o corporativo.

⁶ Si bien es cierto que en la concepción liberal desde sus orígenes, y fruto de las exigencias del modo de producción capitalista, existe una tendencia a universalizar los “derechos humanos” (vgr. *Derechos del Hombre y del Ciudadano* de 1789), la unidad política básica de la Modernidad la constituye “el Estado Moderno”.

⁷ Legitimaba de una manera racional y científica (la forma de conocimiento moderna por excelencia) un principio ético que, como Weber (2004) en la “Ética Protestante” lo muestra, hasta entonces era repudiado en la mayoría de las sociedades “desarrolladas”.

Si tuviéramos que elegir el ejemplo histórico que más se aproxime a la noción de ciudadanía clásica que estamos abordando deberíamos recurrir, sin dudas, a los Estados anglosajones de fines del Siglo XIX y principios del XX. Época en la cual el ámbito académico de estos países estaba dominado por los denominados en economía, autores neoclásicos: Alfred Marshall y John Stuart Mills, Wilfredo Pareto y Wallras⁸. Cabe preguntarse ¿Estos teóricos se preocupaban por el crecimiento económico? y debe responderse: ¡No!. El crecimiento en los Estados “desarrollados” es para ese momento un hecho, y su progreso algo, igualmente, indiscutido (pensamiento evolucionista tan propio del siglo XIX). Su interés principal consiste, por lo tanto, en lograr conseguir la mejor asignación de los recursos disponibles en el mercado (vgr. óptimo de Pareto y de Wallras).

Dos hechos chocarían contra el optimismo liberal: la cuestión social y la crisis económica. A diferencia de lo que pensaban estos autores los beneficios nunca llegaron a derramarse por sobre la sociedad, por el contrario, se concentraron más y más sobre un grupo cada vez más reducido de personas en desmedro del resto de los individuos de la comunidad, y sólo gracias a ese resto (¡A fin de cuentas “la mano invisible” no era tan neutral e imparcial como creían!). De igual modo, el crecimiento y el progreso económico no serían indefinidos: la caída de la bolsa de New York del año 29 así lo atestiguaría.

En el plano académico (siempre dentro del contexto de los países anglosajones) Keynes, en el año 1936, atacaba los principios básicos de la economía clásica-neoclásica. Mostraba, en esta dirección, que el mercado por su propia lógica interna, produce –“inevitablemente” dirá el autor– ciclos de auge y depresión (sus “síntomas” más visibles son, además –por supuesto– de la disminución del crecimiento, el aumento considerable de las tasas de desempleo e inflación). ¿Como frenar o morigerar estos ciclos? La solución la encontraría en la intervención de un “actor” social sumamente importante: el Estado, el “Estado Benefactor”.

Si Keynes es el padre de esta concepción en el plano económico, TH. Marshall es, sin dudas, uno de sus ideólogos más destacados en el plano de la teoría socio-política. Al momento en el que este teórico escribe se presentan en el mundo dos modos de producción antagónicos: en un extremo, aparece el Estado liberal clásico al que hacíamos mención y, en el otro, el Estado comunista en el que existía un predominio marcado de lo social por sobre lo individual (el modelo histórico de

⁸ Hacemos referencia a ellos, porque es contra quienes T H Marshall discute a fin de elaborar su modelo de ciudadanía. Particularmente, con Alfred Marshall a quien identifica como un representante destacado de la posición liberal.

este último, claro está, se corresponde con el régimen de la ex URSS). ¿Existe una tercera opción a mitad camino entre ambos? Si, dirá Marshall: el Estado de Bienestar.

Junto a éste, la noción de ciudadanía aparecerá como fundamental y será profundamente redefinida, convirtiéndose en la “ciudadanía social”. Las famosas conferencias dictadas por Marshall (2005:36) en Cambridge en 1949, y publicadas al año siguiente, son un buen punto de partida para analizar su enfoque teórico analítico. En éstas el citado pensador comienza por dejar en claro, y en términos precisos, cual es su objetivo: “... mi preocupación principal es la ciudadanía y mi interés especial es su impacto sobre la desigualdad social...”.

Esto es sumamente relevante, al menos por las siguientes dos razones: a) entiende que el problema fundamental del Estado capitalista liberal es la desigualdad social que éste genera: da cuenta, en esta dirección, de la existencia de una tensión entre la concepción clásica de ciudadanía y las clases sociales propias del modo de producción imperante; b) ahora bien, la forma a partir de la cual el sistema capitalista produce-reproduce dicha desigualdad, es para Marshall una cuestión que se presenta como secundaria y exógena. De allí que, en relación al concepto de clase social sólo sea posible encontrar en sus obras algunas breves referencias, como las que siguen: “la clase social es un sistema de desigualdad que se funda en un conjunto de ideas, creencias y valores...” o es “la interrelación de un conjunto de factores relacionados con las instituciones de la propiedad, la educación y la estructura de la economía nacional... –Marshall (2005: 37-39, respectivamente)–”.

Al igual que con la perspectiva anterior, la ciudadanía social debe ser conceptualizada en relación a los siguientes términos que se presentan como claves: “Estado”, “Democracia” y “Capitalismo”. El Estado, principalmente a través del ordenamiento jurídico, será el encargado de reconocer y garantizar una serie de derechos a todos los ciudadanos que pertenezcan a la comunidad. Ahora bien, dicho reconocimiento-garantía debe asentarse sobre la noción universal y abstracta de hombre propia de la concepción liberal: “la ciudadanía es un estatus, una condición, otorgada de pleno Derecho a todos los sujetos de la sociedad por el sólo hecho de ser seres humanos... –González Salva (2005:3)–”.

Hasta ahora una repetición de lo anterior. Sin embargo, el autor inglés no se detiene aquí: advierte que en el orden social imperante existen sujetos que requieren, por parte de la comunidad, una protección mayor: “los trabajadores”. Obsérvese que esta contribución supone un giro fundamental, en la medida en que fundamenta esta tutela –a diferencia de la ciudadanía clásica– en un factor puramente económico: “la posición que un individuo ocupa en las relaciones sociales de producción”. La ciudadanía continúa siendo un “principio de igualación”,

pero ahora supone un nuevo sentido que se solapa con el precedente: si en un primer momento los teóricos liberales luchaban contra las prerrogativas de sangre, en uno segundo, lo hacen a fin de “incluir” ciertos grupos marginados (la clase trabajadora) dentro de los “beneficios” de la sociedad capitalista.

Alrededor de ellos –de los trabajadores y en general “del trabajo”– se construye el Estado de Bienestar, el cual puede ser conceptualizado en pocas palabras como: “un gran sistema social de seguro (Seguridad Social) destinado a cubrir las contingencias (nacimientos, enfermedades, educación, ancianidad, vivienda, etc) que el o los sujeto/s van enfrentando a lo largo de sus vida”. Dos aspectos a resaltar en esta conceptualización: a) hace público, hace de la comunidad, un ámbito –“las contingencias”– que antes se había mantenido en el campo de lo privado, de lo individual; b) se asienta en la idea de riesgo (“contingencia”: un hecho futuro que puede llegar o no a suceder, o que aún siendo inevitable, su lugar y tiempo son inciertos) y en la necesidad de asegurarlos a través de un cálculo racional de costos-beneficios (noción de seguro).

En este contexto, se presentan como fundamentales los denominados “derechos sociales” cuyo centro de imputación será distinto al de los derechos liberales: en efecto, ya no protegerán al sujeto considerado individualmente –ciudadanía clásica– sino de manera colectiva; en otros términos, recaerán no sólo sobre el trabajador sino también sobre su entorno inmediato, principalmente sobre su familia (vgr. obra social, pensión, etc)⁹.

Lo expresado puede corroborarse a partir de la descomposición de la ciudadanía, que el propio Marshall efectúa, en tres grandes áreas que se corresponden con distintas etapas históricas (la idea evolucionista aparece aquí otra vez): civil, política y social. La primera, está conformada por los derechos necesarios para asegurar la libertad individual de los sujetos (liberales propiamente dichos); la segunda, se identifica con aquéllos que resguardan la participación de los individuos en el ejercicio del poder político (“democracia liberal”: por ejemplo, derecho al sufragio universal, obligatorio y secreto); en último término, se presenta el área social que supone “...el derecho al bienestar económico y a la seguridad comunitaria de la que todos los ciudadanos deben gozar... –González Salvá (2005:5)–”.

⁹ Es importante aclarar que el Estado de Bienestar, no debe acotarse al plano estrictamente jurídico, en general, y a los derechos sociales, en particular. Este supone “todo” un modo de organización estatal pensado para el resguardo, principalmente, de la clase trabajadora y su entorno: educación, salud, vivienda, etc públicas y gratuitas. De allí que suela decirse que en Argentina nunca existió un verdadero Estado Benefactor.

La palabra clave aquí es “derecho”. Pues será la comunidad, especialmente a través del Estado, la encargada de reconocer y garantizar a todos los individuos, sin distinción de ninguna clase y por el sólo hecho de ser “hombres”, un cúmulo de derechos civiles y políticos; y a los trabajadores y a su entorno íntimo, una serie de derechos sociales que le permitirán llevar una vida digna y de bienestar.

Visto de este modo, el Estado Benefactor, relativamente autónomo de los designios del capital, aparece para los liberales clásicos como superfluo y hasta peligroso (de allí que, dentro del abanico político anglosajón, Marshall sea considerado un autor “de izquierda”) en tanto contraría, por lo menos, dos presupuestos básicos de los mismos: a) la imparcialidad y neutralidad del Estado: dotar al Estado de una relativa autonomía de los individuos, grupos, clases, elites de la sociedad, supone considerar a éste un actor influido pero influyente sobre la comunidad y, en consecuencia, no siempre neutral e imparcial; b) el Estado mínimo: entender al Estado como relativamente autónomo de los actores sociales es para estas teorías una seria amenaza a la libertad negativa. Esto es así en cuanto el Estado “actor, posee en mayor o menor medida capacidad de intervención sobre la sociedad. En otros términos, deja de ser un Estado mínimo, para pasar a ser un Estado más o menos intervencionista... –Manzo, Manzo (2006:2)–”.

¿La “ciudadanía social” pretende eliminar la desigualdad social, en general y la económica, en particular? La respuesta es: “no”. Marshall (2005:35-78), en este orden de ideas, entiende que ésta es necesaria en tanto cumple una función social invaluable, pues constituye la principal fuente productora de incentivos para el esfuerzo y, consecuentemente, es el motor del progreso económico y cultural¹⁰ de una “moderna” sociedad (ésto se debe a que la idea de desigualdad lleva ínsita la de “competencia”). De tal manera que lo que, en definitiva, este autor procura es, por un lado, abogar y fomentar por una “desigualdad dinámica” destinada precisamente a generar estímulos para el cambio y el mejoramiento y, por otro, eliminar toda otra forma “ilegítima” de desigualdad que se oponga a dicho propósito.

Por último, cabe que saquemos a la luz un elemento que hasta aquí se ha mantenido implícito y que es sumamente importante para la noción que estamos abordando: el “vínculo de pertenencia” de los miembros para con la comunidad y de la comunidad para con el miembro – T.H. Marshall (2005: 47)–. Éste se presenta en el modelo como impres-

¹⁰ Este punto queda aún mas claro con la cita realizada por Marshall (2005:39) sobre la obra de Patrick Colquhoun quien considera que “...la pobreza es un ingrediente muy necesario e indispensable en una sociedad, sin el cual las naciones y las comunidades no podrían existir en un estado de civilización...”.

cindible, en tanto en él se esconde el fundamento, la legitimación, del sistema de seguridad social propio del Estado Benefactor¹¹: es la comunidad, formada por sujetos individuales pero con un profundo sentido de pertenencia y, por lo tanto, “solidarios”, la que en conjunto se hará cargo de las vicisitudes privadas de cada uno de ellos.

III- CRÍTICAS A LA CONSTRUCCIÓN DE MARSHALL: ciudadanía con responsabilidades y ciudadanía diferencial

La noción de ciudadanía social fue fuertemente cuestionada en el ambiente académico y en el campo político de los Estados liberales, principalmente a partir de los siguientes aspectos: en primer lugar, la ausencia de obligaciones y responsabilidades dentro de su construcción analítica¹² y, en segundo término, en razón del carácter “universalmente inclusivo” de su teoría.

Si bien Marshall (2005: 73-79, respectivamente) no omite plenamente en su obra las obligaciones y responsabilidades (“si se invoca en la ciudadanía la defensa de derechos no pueden ignorarse los correspondientes a los deberes de la ciudadanía...” o “...el deber cuyo cumplimiento es mas obvio e inmediatamente necesario para la satisfacción de los derechos es el deber de pagar impuestos y las contribuciones de seguros...”) su modelo teórico, tal como se señaló, pone el acento en los derechos y garantías de los ciudadanos. Frente a ésto se presentan, siguiendo a Kylmicka y Norman (1997), dos posturas políticas¹³: la “nueva derecha” y la “nueva izquierda”.

La primera rescata toda la herencia liberal clásica y comienza por atacar cada uno de los presupuestos del Estado de Bienestar. Si bien estas críticas nunca estuvieron ausentes (de hecho, aparecen inmediatamente después de la edición de la obra de Marshall: por ejemplo, Titmuss¹⁴, ya en 1956, daba cuenta de las problemáticas del sistema de

¹¹ Esta noción desde la perspectiva de un liberal clásico aparece como inaceptable, en tanto contraria la “meritocracia individual” en la que debe fundarse la estratificación social -este tema lo desarrollaremos en profundidad más adelante, a donde remitimos-.

¹² Entre otros autores, esta crítica es formulada por Powell, Martin (2002) quien señala la relativa ausencia de deberes y responsabilidades dentro de la noción de ciudadanía social de Marshall.

¹³ La clasificación presentada no es en este trabajo ingenua: deseamos mostrar las discusiones que sobre la ciudadanía se presentan en los países “desarrollados” tomando en cuenta sus propias divisiones políticas, a fin de dar cuenta como difieren de las nuestras. Cabe aclarar, en este sentido, que existen otras clasificaciones sobre la materia como, por ejemplo: “el republicanismo cívico”, “los teóricos de la sociedad civil” y “la teoría de la virtud liberal”.

¹⁴ Citado por Bottomore (2005:103). Otro autor que también analiza esta cuestión es Robson (1976) quien critica duramente al Estado Benefactor en su lucha contra la pobreza.

asistencia social, de la distribución de los ingresos y riquezas, y del modelo impositivo del joven Estado Benefactor) adquieren una nueva fuerza y notoriedad en la década de los '70 y '80. Esta posición esta conformada por los denominados "neo-liberales", cuyos líderes políticos paradigmáticos fueron, en ese momento, Ronald Reagan en EEUU y Margaret Thatcher en el Reino Unido y que aún hoy, con matices diferentes, se mantienen en el poder (vgr. George W. Bush y el ex primer ministro Tony Blair).

Su principal estrategia consiste en dar cuenta del fracaso de cada uno de los objetivos fijados por los ideólogos del Estado Benefactor; fracaso éste, que para los años setenta ya aparecía en toda su magnitud. Sintetizando, podemos destacar los siguientes puntos: a) la imposibilidad del modelo para lograr una tasa de crecimiento económico sustentable que se mantenga en el tiempo; b) la presencia de nuevos y profundos ciclos de auge y recesión (piénsese, por ejemplo, en la crisis de petróleo de la década del '70); c) un fuerte aumento en las tasas de desempleo e inflación; d) la ineficiencia del Estado en la prestación de los servicios públicos, en general y en particular, en la administración del régimen de seguridad social; e) la escasa productividad –o lisa y llanamente “el déficit”– de muchas Empresas estatales o con participación mayoritaria estatal; f) la constitución de una burocracia estatal enorme y en constante crecimiento, lo que supone, entre otras cuestiones, lentitud, ineficiencia y un gigantesco gasto fiscal; g) y junto con ello, la aparición de redes clientelares cada vez más grandes y complejas, y de actos de corrupción en general.

Más precisamente y directamente relacionado con el tema que estamos abordando, estos autores critican el corazón mismo del Estado de Bienestar, “su lucha contra la desigualdad económica y con ello, su sistema de seguridad social”. Basándose en los puntos reseñados, los neo-liberales dan cuenta de lo evidente: pese al reconocimiento formal de los derechos sociales, la realidad demuestra que grandes sectores de la población se encuentran aún excluidos del ejercicio efectivo de los mismos. Y rematan, el Estado Benefactor, en tanto económicamente ineficiente, no puede –ni podrá– satisfacer las demandas sociales que para con los ciudadanos él mismo se impuso.

Entienden, por otra parte, que el modelo de Marshall es moralmente injusto, en cuanto se opone a la noción de “meritocracia” (individual); es decir, va en contra del principio básico de estratificación de la sociedad liberal. Esto es así, porque el Estado de Bienestar termina otorgándole una serie de derechos y, más aún, premiando (por ejemplo, a través de viviendas gratuitas, acceso a créditos con ciertas facilidades, planes sociales de asistencia) a aquellos individuos que menos se esfuerzan en la sociedad en desmedro y a costa (entre otras razones, por el sistema impositivo) de aquellos otros que más lo hacen.

Esto, consideran los neo-liberales, no puede más que generar (o más bien “degenerar” en) una cultura del “facilismo” en los sectores marginados, que socava el valor del trabajo y que, en última instancia, termina repercutiendo sobre ellos mismos en tanto pierden los incentivos para, por medio de su esfuerzo personal (capacitación y producción), lograr revertir su situación de pobreza. Cultura que, además, acrecienta indefinidamente la burocracia estatal, en la medida en que exige-demanda el reconocimiento de nuevos y más profundos derechos sociales o, simplemente, el cumplimiento efectivo de los jurídicamente reconocidos. Lo cual deviene, a su vez, en un círculo vicioso, en cuanto aumenta el gasto fiscal y con ello, ahonda una de las principales causas de la ineficiencia del sistema.

La propuesta de esta nueva derecha en cuanto a la ciudadanía, no es del todo novedosa: pretenden revivir los principios de la ciudadanía liberal clásica (mayor libertad individual, menos peso de la comunidad en la vida de los sujetos, Estado mínimo –desregulación y privatización–, neutralidad e imparcialidad). Hacen especial hincapié, en la necesidad de incorporar obligaciones y responsabilidades a cada uno de los derechos que el Estado reconozca y garantice a los individuos: por ejemplo, toda asistencia social debe ser otorgada a cambio de una contraprestación por parte del beneficiario¹⁵.

Desde la nueva izquierda, la posición frente a esta problemática es ambivalente. En primer lugar y principalmente, porque coinciden con sus contrapartes políticos en el fracaso del Estado Benefactor: si bien estos autores pueden diferir en las causas de dicho desenlace, observan –en líneas generales– las mismas dificultades señaladas supra.

Ahora bien, se preguntan: ¿podemos exigir contraprestaciones a cambios de los Derechos que la ciudadanía social reconoce a los sujetos, cuando es el mismo orden social imperante el que pone en una situación de indefensión a amplios sectores de la población? En otros términos y tomando un ejemplo concreto, ¿podemos exigir a los jefes de hogar que trabajen si quieren tener un ingreso, vivienda, salud, educación para ellos y sus familias cuando el mismo sistema no puede brindarles la posibilidad de conseguir un empleo?¹⁶. Insistimos, la posición de la izquierda es ambivalente frente a estos interrogantes y con

¹⁵ Según la nueva derecha las actividades del Estado en pos de mejorar la situación de los sectores empobrecidos deben estar orientadas, fundamentalmente, hacia la educación y la capacitación, hacia la responsabilidad para ganarse la vida y la autosatisfacción de sus necesidades -Kylmicka y Norman (1997: 10)-.

¹⁶ En otras palabras, es inútil imponer responsabilidades y exigir su cumplimiento cuando no existen verdaderas oportunidades o cuando aún existiendo dichas oportunidades no son accesibles para determinados sectores de la comunidad.

ello, por supuesto, no podemos trazar un modelo de ciudadanía completamente distinto a los tipos que venimos construyendo.

Por citar sólo una posición ilustrativa de este sector (y, tal vez, no mayoritaria) Kymlicka y Norman (1997:13 y 16) entienden que la solución a la cuestión de las obligaciones y responsabilidades debe buscarse en el sistema de gobierno: debe producirse una profunda “democratización del Estado de Bienestar”. Sólo es apropiado exigir el cumplimiento de los deberes señalados, dirán estos teóricos, una vez que se hayan asegurado los derechos de participación política a todos los sectores de la población a partir de la dispersión del poder estatal en una serie de instituciones locales como, por ejemplo, asambleas barriales o en puestos de trabajos. Estas fomentarán la “cultura cívica” de los sujetos, una de las principales causas del buen desempeño económico-social de una comunidad¹⁷.

El segundo cuestionamiento al modelo de ciudadanía de Marshall se dirige al carácter “inclusivo” y al “vínculo de pertenencia” del mismo. Estas críticas suelen provenir de la corriente de pensamiento que se ha denominado “pluralismo cultural”. El principio rector de esta posición, en lo que a ésto respecta, puede presentarse en pocas palabras de la siguiente manera: la ciudadanía social, en tanto inclusiva de modo general y universal, termina por discriminar a ciertos sectores (minorías sexuales, étnicas, religiosas, grupos nacionalistas, etc) de la sociedad.

Autores, como Iris Marion Young (1990:257), proponen revisar este carácter tradicional de la noción y conformar una “ciudadanía diferencial” que contemple las particularidades culturales de los distintos grupos de una comunidad: “el intento de construir una ciudadanía general que traspase las diferencias grupales es fundamentalmente injusto ya que, en último término, conduce a la opresión de unos grupos (mayorías) por sobre otros (minorías)...”.

¹⁷ Putnam (1994) es un autor representativo de lo expuesto. En su libro “Para Hacer que la Democracia Funcione”, realiza un análisis de 1000 años de historia italiana, a fin de explicar el desempeño institucional de las regiones conformadas en ese país en el último cuarto del siglo XX, arribando a la siguiente conclusión: las condiciones culturales (en particular, el “espíritu cívico” de la población y las instituciones que lo favorecen) explican mejor que las condiciones materiales económicas el grado de desempeño institucional alcanzado por las distintas regiones de dicho país; más aún, advierte el autor, esas mismas condiciones culturales posibilitan explicar mejor el “grado de desarrollo económico” alcanzado por las diferentes zonas de Italia que lo que pueden hacerlo los propios factores económicos. En otros términos, y simplificando el análisis en extremo, el estudio de Putnam (1994) afirma, tal como anteriormente lo había hecho Weber, que el “espíritu cívico”, en el caso italiano, tiene mayor influencia en el “desarrollo económico” de las distintas regiones del país que la propia acumulación de dinero y otros medios de producción.

Los pluralistas culturales observan que estos sectores pretenden una inclusión a la comunidad pero de manera “diferenciada”; es necesario, por lo tanto, que se reconozca y garantice sus distinciones si se quiere alcanzar la igualdad efectiva dentro de la sociedad. Asimismo, y tal como lo sostuvo la postura precedente, estos teóricos hacen hincapié en la importancia de mejorar las instituciones democráticas del sistema, de tal manera de permitir una participación real de minorías en los procesos de construcción de la voluntad política de los cuales en la actualidad se encuentran excluidas; ésto, entienden, empeora la opresión de los mismos, en la medida en que impide a la comunidad contemplar sus necesidades particulares.

En igual sentido se pronuncian Kymlicka y Norman (1997: 30-31), quienes llevan la complejidad del debate un paso más allá, al señalar que no todo grupo pretende “su inclusión” dentro de la sociedad: (por ejemplo, determinados sectores nacionalistas que abogan por el “autogobierno”). Advierten, en esta dirección, que la problemática no es nueva y que es posible encontrar en la historia soluciones relativamente exitosas a estos requerimientos (como lo constituye, por ejemplo, el sistema federal de gobierno que permite un cierto grado de autonomía de algunos sectores territorialmente distribuidos –Provincias, Municipios, Comunas– sin socavar la unidad del propio Estado).

Íntimamente vinculada a esta última cuestión aparece la división que algunos autores efectúan de la noción de ciudadanía en dos grandes áreas temáticas (división fuertemente aceptada y utilizada en el ámbito académico actual): la sustancial y la formal (ambas presentes en la obra de Marshall). La primera, señala Tom Bottomore (2005:133)¹⁸, se relaciona con el estudio de los lazos de pertenencia de los individuos a una comunidad y su contracara, el reconocimiento o no de la comunidad a esos individuos como partes integrantes de ella misma (ésto es, analiza la ciudadanía en relación a las nociones de “identidad” y “nacionalidad”); la segunda, se refiere al abordaje de la ciudadanía como un “estatus” o como una “condición” a partir de la cual se le garantizan a los sujetos una serie de derechos civiles, políticos y sociales, y se le imponen un cúmulo de obligaciones y responsabilidades. Puede observarse que, si bien existe una cierta autonomía, ambos abordajes están profundamente vinculados entre sí.

IV- TENSION ENTRE LA NOCIÓN DE CIUDADANÍA Y LA DESIGUALDAD SOCIAL: la ciudadanía crítica

La noción de ciudadanía crítica se construye en torno a dos presupuestos teóricos-analíticos básicos, que se pasan a enunciar:

¹⁸ Quien efectúa una profunda revisión de la ciudadanía social de Marshall con el objeto de adaptarla a las problemáticas propias de finales del siglo XX.

I- Estudia la realidad social teniendo en cuenta una noción “estructural” del poder: a diferencia de las posiciones expuestas anteriormente (especialmente, de la ciudadanía clásica o liberal), en las cuales el “poder social” aparece como diluido, disperso y fragmentado, la postura por la que abogamos entiende que el mismo se encuentra estructurado y distribuido desigualmente entre los sujetos de la sociedad a partir de una serie de condiciones objetivas-materiales económicas y culturales¹⁹. Pensar, en estos términos, nos lleva necesariamente a historizar sobre todos los conceptos que estamos construyendo: en otros términos, nos impide la utilización de concepciones abstractas y universales del hombre y la sociedad.

II- Analiza la sociedad, principalmente, en términos de contradicciones: todo teórico es consciente de que los sujetos que conforman el universo social no son iguales; existen infinitudes de cualidades naturales y sociales que impiden que así lo sean. Ahora bien, mientras que algunos pensadores –vgr. los liberales– piensan estas cualidades como simples “diferencias”²⁰, nosotros consideramos que algunas de ellas devienen en “contradicciones” en cuanto se presentan como mutuamente excluyentes. Son en estas contradicciones en donde se producen y reproducen las desigualdades sociales y son estas contradicciones las que construyen y reconstruyen el orden social vigente.

Vista a la luz de estos presupuestos básicos, la ciudadanía crítica, en lo que respecta al análisis de la desigualdad social, supone un quiebre radical con las concepciones que sobre la misma aquí se han expuesto (sin perjuicio ésto, de reconocer, valorar y hacer propios muchos de sus aportes). Pasaremos, ahora, a realizar una lectura crítica de cada una de estas posturas, de tal manera de ir mostrando simultáneamente algunos aspectos del modelo teórico que proponemos para el abordaje de la temática bajo análisis.

Con respecto a la ciudadanía clásica o liberal creemos que (teniendo en cuenta los presupuestos mencionados), no es necesario detenernos mucho en la exposición de las diferencias que la separan con la concepción crítica que conformamos (éstas, entendemos, se presentan como evidentes): pensar un orden social “como si” fuera construido

¹⁹ El ejemplo más visible de esta posición lo constituye, claro está, el “marxismo”. No obstante ello, no se reduce al mismo: otros teóricos, no marxistas, estructuran el poder tomando en consideración presupuestos epistemológicos, ontológicos y metodológicos distintos al “materialismo histórico” y factores que trascienden al campo económico (por ejemplo, Bourdieu habla de capitales: económicos, culturales, sociales y simbólicos.)

²⁰ Suele asociarse esta lógica de diferencias a la clase de pensamiento de tipo “organista”: por ejemplo, las diferencias de los órganos vitales son funcionales al cuerpo humano considerado como un todo.

por individuos iguales y pensar, a su vez, “como si” ese orden social construyera sujetos iguales; o sea, pensar una sociedad sin poder estructurado, una sociedad política, cultural y económicamente neutra e imparcial, es una inmensa ingenuidad analítica, pero no política: puesto que, no puede más que conducir a la producción-reproducción y fortalecimiento de las relaciones de poder desigual “efectivamente” existentes en la sociedad.

Por supuesto, hacemos extensivo este cuestionamiento a los autores que han sido denominados de la nueva derecha o neo-liberales. A fin de corroborar lo señalado, basta observar los indicadores socio-económicos de la Argentina del año 2001-2002 para advertir las consecuencias que, en torno a la desigualdad, produce la puesta en marcha de un modelo político-social que se asienta en esta clase de concepción ciudadana²¹.

En relación a la “ciudadanía social” es posible, desde nuestra posición, expresar los siguientes reparos. En primer lugar, es necesario advertir que Marshall es ante todo un autor liberal. La concepción abstracta y universal del hombre, en base a la cual estructura gran parte de su modelo teórico, así lo atestigua. Contra ella, valen las críticas expuestas precedentemente. Sin embargo, y tal como lo señaláramos, este teórico va un paso más allá de los autores liberales y neo-liberales al construir, junto a los derechos sociales, el Estado de Bienestar. Creemos necesario aquí recordar algunos aspectos de esta construcción.

Tal como sostuvimos, el interés principal de Marshall es el de desarrollar un modelo teórico-político de ciudadanía que permita luchar contra la desigualdad generada por el modo de producción liberal imperante en su época sin caer en los excesos en los que, creía, incurría el régimen comunista de la ex URSS. Esto es importante, en la medida en que pone de manifiesto lo que este autor entendía sobre las causas de este fenómeno social; en términos sencillos, Marshall dirá: es la propia lógica contradictoria de acumulación del capital de la economía de mercado la que genera-regenera la desigualdad social; desigualdad social en base y en virtud de la cual, ella misma se construye y re-construye.

Ahora bien, llegado a este punto, el autor inglés abandona el análisis de dicha dinámica social y pasa a concentrarse, casi exclusivamente, en el concepto de ciudadanía. Es este viraje, esta focalización, el que hace que la obra de Marshall, y el Estado de Bienestar, nazcan heridos de muerte: “ambos tendrían desde el principio sus días contados”.

²¹ Sin perjuicio de que se reconozca o que se agreguen otras causas sociales, políticas, económicas, nacionales e internacionales, que en conjunción al modelo neoliberal, contribuyeron a generar la situación expuesta.

Claro testimonio de dicho abandono teórico-analítico lo constituye su conceptualización de la noción de “clase social” que define como un “conjunto de principios, valores e ideas”: de esta manera saca, del centro de la misma, la idea de “propiedad-no propiedad” de los recursos socialmente valorados en un momento histórico dado (que en las sociedades capitalistas creemos, sin miedo a equivocarnos, son, principalmente, los económicos)²².

Vista de este modo, la “clase social” es para Marshall un concepto que se asienta sobre la cultura de los sujetos y no sobre las condiciones objetivas y materiales de la sociedad. La diferencia entre una y otra posición, se convierten aquí en oposición. En la medida en que un teórico (como Marshall) entienda la riqueza-pobreza de la comunidad como un “problema” subjetivo-cultural sus soluciones han de encontrarse en la educación, en la capacitación, en el espíritu o en los derechos de los ciudadanos; en tanto que un pensador que considere (como nosotros lo hacemos desde la ciudadanía crítica), que la misma es, principalmente, un problema “objetivo” y “material”, hará hincapié en el cambio de la lógica contradictoria de las relaciones sociales de producción que se asientan, fundamentalmente, en la propiedad-no propiedad de los bienes escasos.

De allí debe seguirse que, desde nuestra posición, su principio de igualación, la ciudadanía social, no ataca ni pretende atacar, en definitiva, la lógica que estructura-distribuye desigualmente la propiedad de los recursos valorados en el sistema social. El resultado salta a la vista por sí sólo: la economía de mercado, a través de su propia mecánica de funcionamiento, sigue produciendo-reproduciendo sujetos ganadores, cada vez más ganadores y en menor número, y sujetos perdedores, cada vez más perdedores y en mayor número.

Pero a no confundirse, Marshall era consciente de ello; repetimos la pregunta que formulamos anteriormente: ¿la “ciudadanía social” del Estado Benefactor pretende eliminar la desigualdad social, en general, y la económica, en particular? La respuesta es: “no”. No fue concebido para ello. Entonces, ¿qué pretende? Procura constituirse en un enorme árbitro, en un mediador, entre el capital y el trabajo (relación de exterioridad entre la ciudadanía y el conflicto social²³). Intenta, principalmente a través del sistema impositivo y de la legislación de seguridad social, poner un freno al capital, domesticarlo, robarle un poco de

²² Por supuesto que un autor puede tomar cualquier principio de estratificación social. El problema surge al advertir que Marshall estructura su teoría, precisamente, a partir de la noción clase social y, pese a ello, no la analiza en profundidad.

²³ La noción de ciudadanía social termina presentándose en una relación de exterioridad con la lucha de clases: la observa desde afuera y pretende mediar entre ambas.

sus ganancias, hacerlas públicas y redistribuirlas; pretende regular el trabajo, hacerlo colectivo de tal manera que “el trabajador” no deba negociar como sujeto individual, libre e igual con el empresario, hacerlo digno para su vida y la de su entorno.

Sin embargo, el resultado es catastrófico. El Estado no puede constituirse en árbitro de una fuerza que no controla, ni puede controlar una fuerza que lo supera, que lo cruza en todas direcciones y que lo trasciende. El Estado de Bienestar, permítasenos efectuar la siguiente metáfora para ilustrar la situación, es una estructura que se construye sobre tuberías de gas abiertas (concientemente no cerradas, pues cree posible dominar); el gas sigue estando allí, sigue fluyendo, lo comienza a inflar, se infiltra por cada una de sus partes, se le escapa por puertas y ventanas, lo envuelve por dentro y por fuera (¡El peligro siempre estuvo allí!) hasta que inevitablemente explota y se derrumba.

Claro está que hacemos extensivos estos reparos a la denominada en el léxico anglosajón “nueva izquierda” (en referencia a la “vieja” izquierda de Marshall), en tanto no poseen una noción de ciudadanía distinta a la expuesta. Advertimos que su propuesta de “democratización del Estado” con el objeto de frenar la desigualdad, si bien atractiva, importa una solución igualmente culturalista y subjetiva a un problema que consideramos se asienta, principalmente, en las condiciones objetivas-materiales del orden social vigente.

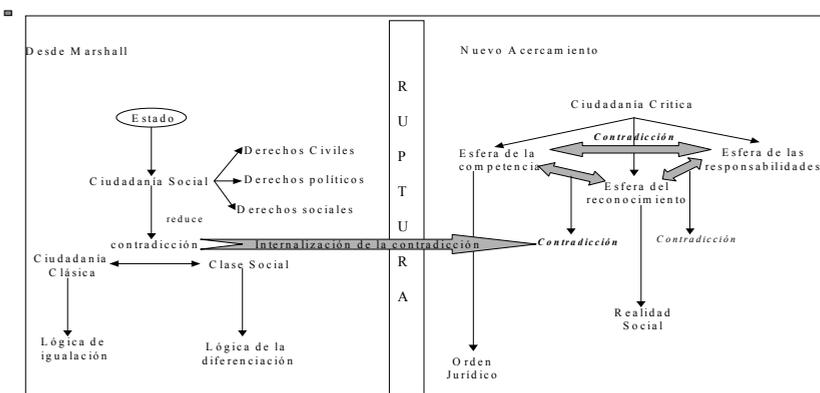
La noción de ciudadanía diferencial que pone en evidencia la necesidad de distinguir la complejidad del entramado social (no solamente en términos culturales sino también económicos), so pena de oprimir y/o discriminar a los grupos minoritarios de una comunidad, nos resulta decididamente acertada y necesaria para pensar una sociedad pluralista y tolerante.

Expuesto ésto, debemos señalar que la noción de ciudadanía crítica, asentada en los presupuestos mencionados, busca (como principal desafío teórico para el estudio de la desigualdad y en un cambio que entendemos radical en relación a las elaboraciones aquí abordadas) incorporar, interiorizar, dentro de sus propios límites, el análisis de la dinámica del orden social imperante.

Esto no supone excluir los aportes de los teóricos liberales en relación a la ciudadanía. Por el contrario, pretendemos también incluirlos dentro de nuestro modelo: con ello, estudiaremos a esta noción como un principio básico de igualdad formal (liberales clásicos) y formal-social (liberales de izquierda). Así tenemos dos lógicas incorporadas en el propio concepto de ciudadanía crítica: por un lado, una lógica culturalista-subjetiva que tiende a la igualdad y, por otro, un orden social objetivo-material que produce-reproduce desigualdad. Entre ambas existe una tensión crítica. El desafío consiste, entonces, en

desarrollar un análisis, históricamente situado, que permita articular las relaciones funcionales-contradictorias entre éstos dos grandes aspectos, que deben entenderse en una dinámica dialéctica, constante, flexible y cambiante.

V- UN MODELO PARA EL ESTUDIO DE LA DESIGUALDAD SOCIAL: la ciudadanía crítica



Sin ánimo de agotar la temática, y como una aproximación al tema que abordamos, proponemos el siguiente esquema multidimensional de ciudadanía:

El primer nivel de análisis se denomina esfera “de las competencias” y se presenta sólo en el plano jurídico: incluye el conjunto de derechos y obligaciones (civiles, políticos y sociales) que las leyes reconocen y garantizan a los ciudadanos. Este esfera se identifica con los aportes de los teóricos liberales y, principalmente, de la ciudadanía social de Marshall. En este ámbito, la ciudadanía aparece regida por una lógica de igualación.

El segundo nivel de análisis se llama esfera “del reconocimiento” y supone el estudio de la dinámica del orden social imperante en un momento histórico determinado. Entre ambas esferas existe una tensión crítica: por un lado el Estado, a través del sistema jurídico, reconoce una serie de derechos, deberes y garantías a “todos” los ciudadanos y, por otro lado, la dinámica social genera una fuerte distinción entre los actores sociales y con ello, claro está, en el ejercicio efectivo de dichos derechos, deberes y garantías. Un punto importante a considerar dentro de este nivel, lo constituyen los medios y vías que desde el ordenamiento jurídico, la acción estatal y la convivencia social se ponen a disposición de los sujetos de la sociedad para hacer efectivos sus derechos.

Finalmente, se presenta una última esfera de análisis denominada “de responsabilidades”: ésta se relaciona con la llamada, por Tom Bottomore (2005:133), ciudadanía sustancial y pretende el estudio de los lazos de pertenencia de los individuos a una comunidad y su contracara, el reconocimiento o no de la comunidad a esos individuos como parte integrante de ella misma. Un punto relevante a tener en cuenta en ésta son el grado de compromiso y responsabilidades de los ciudadanos entre sí y de ellos para con la sociedad.

Este nivel también aparece en tensión con las otras dos esferas: con la primera, porque existe una puja constante entre los actores sociales por el reconocimiento-garantía de derechos y obligaciones que posibiliten su incorporación dentro de la sociedad, su inclusión diferenciada o en un caso extremo, su autogobierno; con la segunda, pues la desigualdad producida por el propio sistema termina repercutiendo (o más bien socavando) los lazos o vínculos de pertenencia de los ciudadanos.

Es en el estudio de estos tres niveles de análisis y sus múltiples tensiones –que creemos– se encuentra la complejidad y riqueza del modelo de ciudadanía crítica que proponemos para abordar la desigualdad social.

Bibliografía:

- BOTTOMORE, TOM (2005) *Ciudadanía y Clase Social: cuarenta años después*, Ed. Lozada, Buenos Aires
- BRUBAKER, W. ROGERS (1989) *Immigration and the Politics of Citizenship in Europe and North America*, London University Press, Lanham, New York
- BRUBAKER, W. ROGERS (1992) *Citizenship and Nationhood in France and Germany*, Harvard University Press, Cambridge
- DÍAZ DE LANDA MARTHA INÉS Y CECILIA DEL C. GONZÁLEZ SALVA (2004) “Ciudadanía Local: ¿es posible una mayor inclusión social?”, *Actas del V Congreso de Sociología Jurídica*, Universidad Nacional de La Pampa, Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas, págs. 153-168, La Pampa
- GONZÁLEZ SALVA, CECILIA DEL C. (2004) “La Representación y el Fortalecimiento de la Ciudadanía en las Organizaciones de la Sociedad Civil”, Informe de Avance, Beca de Pregrado CIJS Facultad de Derecho y Cs. Ss. UNC, Directora: Dra. Martha Inés Díaz de Landa
- GONZÁLEZ SALVA, CECILIA DEL C. (2005) “La Representación y el Fortalecimiento de la Ciudadanía en las Organizaciones de la Sociedad Civil”, Informe Final, Beca de Pregrado del CIJS Facultad de Derecho y Cs. Ss. UNC, Directora: Dra. Martha Inés Díaz de Landa
- MANZO, ALEJANDRO Y MARIANA MANZO (2006) “Críticas al Actor Racional”, *Actas del VII Congreso Nacional de Sociología Jurídica: “Sociedad, Diversidad y Derecho”*, 8, 9 y 10 de noviembre, La Plata
- MARSHALL, T.H. (2005) *Citizenship and Social Class*, Ed. Lozada, Buenos Aires
- KYMLICKA, WILL Y WAYNE NORMAN (1997) “El Retorno del Ciudadano: una revisión de la producción reciente en teoría de la ciudadanía”, rev., *Cuadernos de CLAEH* No 75: 81-112, London University Press, Lanham, New York

- POWELL, MARTIN (2002) "The Hidden History of the social citizenship", rev *Citizenship Studies*, Vol 6 No 3: 229-244, London University Press, Lanham, New York.
- PUTNAM, ROBERT (1994) *Para hacer que la Democracia Funcione: la experiencia italiana en descentralización administrativa*, Ed. Galac, Caracas, Venezuela
- ROBSON WILLIAM A. (1976) *Welfare State and Welfare Society*, Allen & Unwin press, London
- TITMUS, RICHARD M. (1956) "The social Division of the Welfare: some reflections on the search for equity", *Essays of "The Welfare state"*, Allen & Unwin press, London
- YOUNG, IRIS MARION (1989) "Politiy and Group Diference: a critical of the ideal of universal citizenship", *Ethics*, Ed. Cátedra, Madrid
- YOUNG, IRIS MARION (1990) *La Justicia y la Política de la Diferencia*, Ed. Cátedra, Madrid
- WEBER, MAX (2004) *La Ética Protestante*, Ed. Andrómeda, Buenos Aires.



**POLÍTICA, DERECHOS HUMANOS Y DEMOCRACIA
EN LATINOAMÉRICA:
APUNTES PARA EL DEBATE DE UNA “RELACIÓN” COMPLEJA.**

*Carlos A. Juárez Centeno**

Resumen: En el presente trabajo se reflexiona respecto a los desafíos y tensiones que observamos en la protección de los derechos humanos en la región, tanto en lo que respecta a su implementación como a la vigencia de los mismos.

Palabras Claves: Derechos Humanos – Democracia- América Latina – Exclusión – Derechos Económicos, Sociales y Culturales – Neoliberalismo – Violaciones masivas.

Apenas comenzado a desandar el siglo XXI, esta primera década del mismo ofrece una realidad distinta a la que se esperaba cuando América de Sur comienza su proceso de redemocratización allá a mediados de los 80' del siglo pasado. Y esto es así debido a que el derecho y el imperio de la ley que la democracia trajo aparejada logra revertir en parte ese pasado de violencia y exclusión; lo que parecía ser el inicio de un círculo virtuoso sólo logra prolongar, con algunas mejoras y altibajos, el círculo vicioso observado durante gran parte del siglo pasado, consagrándose así sólo formalmente una Democracia que protege los *Derechos Humanos*.

América Latina toda ha tenido un pasado de violencia, opresión y desmemoria. Recién con las salidas democráticas de los ochenta-

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

tas es que se intenta cambiar ese pasado, pero el triunfo del discurso y la práctica neo-liberal de la década de los 90 en la región, profundizó aún más la violencia y la marginación, y trató de borrar la memoria del pasado a los fines de revertir esa tendencia. Formalmente la protección de los Derechos Humanos tiene un impulso con la recuperación de los regímenes democráticos en los 80' y con los *regímenes internacionales* que se gestan a partir de la década de los 70', como el caso de la Convención Americana de Derechos Humanos (San José de Costa Rica, 1969), más conocida en su denominación vulgar "*Pacto de San José de Costa Rica*" pero ello ¿es sólo una ficción ante las secuelas que deja la década de los 90?

En el presente trabajo se relexiona respecto a los desafíos y tensiones que observamos en la protección de los derechos humanos en la región.

1) A nadie escapa que el escenario político ha cambiado radicalmente desde que el movimiento de los **derechos humanos** se convirtiera en un actor decisivo en la política latinoamericana y la problemática de los **derechos humanos** cobrara el verdadero significado y preocupación que se merece, tanto por parte de los gobiernos como de la opinión pública latinoamericana¹. La mayoría de los países de la región estaban regidos por dictaduras militares, y las violaciones sistemáticas de los **derechos humanos**, como las desapariciones forzadas, ejecuciones extrajudiciales, la tortura o las detenciones arbitrarias, por sólo citar algunas de sus formas, eran la norma. Actualmente, aún reconociendo que las instituciones democráticas no son lo tan fuertes que debieran y a menudo son ineficaces, gobiernos elegidos por los procedimientos constitucionales y basados en el principio de la soberanía popular rigen en la región de forma casi generalizada desde los albores de la década de los ochenta². Ello no impide señalar que las violaciones a los derechos humanos continúan observándose en la región y que en algunos países van en franco aumento,³ pero en la mayoría de los casos ello no es producto de una política sistemática estatal como lo fue en el

¹ En la década de los ochenta comienza a desarrollarse este proceso, ya que en forma gradual la democracia vuelve a recuperarse en casi todos los países de la región, luego de una década en la que habían imperado casi hegemónicamente los gobiernos de corte autoritario y la "Doctrina de la Seguridad Nacional", propiciada desde el norte del Continente por los Estados Unidos de Norteamérica en un escenario internacional enmarcado en la "Guerra Fría".

² Si bien suele señalarse a Cuba como una excepción, en nuestra opinión el régimen cubano tiene diversas y complejas aristas para su análisis que exigen un tratamiento particularizado y que por lo tanto, exceden los objetivos de este trabajo.

³ El caso colombiano es un claro ejemplo en tal sentido.

pasado. En tal sentido, en esta primera década del siglo XXI se observa un cambio en la impronta preocupante que se había sentado en la década de los noventa, cuando el discurso y prácticas neoliberales de la mayor parte de los gobiernos de la región poco ayudaron por el efectivo respeto a la dignidad humana de sus respectivos habitantes.

2) Todos los países latinoamericanos han firmado el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los documentos internacionales en materia de derechos humanos más importantes que receptan todo lo relacionado a los derechos políticos y civiles. Aunque no puede afirmarse que la Comisión de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, así como su Alto Comisionado, ni tampoco que la Corte Interamericana de Derechos Humanos y/o la Comisión Interamericana de Derechos Humanos hayan forzado a los gobiernos del hemisferio a dar fin a la violación sistemática de los derechos humanos⁴, éstas instituciones multilaterales y regionales han jugado un papel importante en atraer la atención y la crítica internacional hacia la denuncia de dichas violaciones⁵.

3) Sin embargo, a pesar de estos hechos positivos que comienzan a observarse con la recuperación democrática en la región e importantes logros en la protección de los derechos humanos, las violaciones al derecho a la vida y a libertades básicas siguen existiendo, y los responsables de dichos abusos gozan de impunidad. El acceso a la justicia sigue siendo desigual por razones económicas pero también políticas; la discriminación en sus diferentes vertientes (cultural, social, ideológica, étnica, racial, etc.) continúa siendo una práctica habitual. En los albores del siglo XXI, y luego de más de dos décadas de recuperación democrática, América Latina es la región más desigual del planeta y ello se traduce en que la mayoría de la población carece de las oportunidades básicas para llevar una vida digna⁶.

⁴ En lo referente al sistema interamericano de protección de los Derechos Humanos, la excepcionalidad nuevamente del caso cubano debe destacarse, ya que Cuba fue expulsada de la OEA en la Conferencia de Cancilleres de Punta del Este, en 1962, siete años antes de la firma de la Convención y dieciséis antes de su entrada en vigor. También hay que señalar que la mayoría de los países de la región adhirieron a la Convención y a la jurisdicción de la Corte, una vez retornada la democracia en la década de los '80.

⁵ Baste señalar como ejemplos paradigmáticos, el papel decisivo que tuvo la visita *in loco* que la Comisión Interamericana efectuara en 1979 para observar el caso argentino, y que sirvió para transparentar la gran cantidad de detenidos ilegales que había en el país, evitando así un mayor número de personas "desaparecidas"; o las sanciones al régimen chileno en el seno de Naciones Unidas durante la dictadura del Gral. Augusto Pinochet.

⁶ La brecha entre ricos y pobres cada vez es mayor y los porcentajes de distribución del ingreso son cada vez más desiguales. Paradójicamente, la democracia formal y neoliberal de los '90 mucho ayudó en el vertiginoso aumento de la pobreza, la marginación

4) Paralelamente, y si bien muchos de los problemas que el movimiento latinoamericano de derechos humanos enfrentó en los 70 y gran parte de los 80 han sido resueltos, es de destacar que en muchos casos esa resolución no contribuyó a sanar las heridas del pasado ni a establecer los pilares de una reconciliación nacional. Debates sobre “memoria” y “olvido” siguen generando tensiones en nuestras sociedades y la búsqueda de formas de hacer frente a los legados de la dictadura y la guerra interna es una tarea aún pendiente en numerosos países de la región. No sólo desde una dimensión jurídica y ética que dicha tarea reclama, sino también teniendo en cuenta la necesidad de asegurar que dichos crímenes no se repetirán y que las lecciones de los errores y “horrores” del pasado han sido capitalizadas. Es así como en este contexto, el tema de la *impunidad* se presenta como uno de los más acuciantes. Si bien las dictaduras han desaparecido del mapa de la región, gran parte del legado de los gobiernos represivos ha permanecido en el tiempo y las consecuencias más de una vez afloran de manera inesperada. Así, por ejemplo:

a) En Argentina, luego de la aprobación de una serie de leyes que otorgaron impunidad a violadores de derechos humanos –las vulgarmente conocidas como *Leyes de Obediencia Debida* y *de Punto Final* durante el mandato del primer presidente constitucional de la transición democrática, Raúl Alfonsín, seguidas luego por los Indultos presidenciales de Carlos Menem a las Juntas Militares que habían sido ya juzgadas, generaron como reacción un activismo judicial a partir de mediados de la década de los noventa, impulsado principalmente por el movimiento de Abuelas de Plaza de Mayo, dando inicio a causas judiciales que intentan encontrar el destino de los hijos de los desaparecidos, los que como se sabe fueron entregados en adopción a represores o a familiares de éstos en un número importante de casos. En el inicio del mandato del presidente Néstor Kirchner (2003-2007), el Congreso aprobó una ley declarando la nulidad de aquellas leyes consagratorias de la impunidad. Nulidad legislativa que luego ha sido confirmada en fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. También es importante rescatar que a partir de 2003 se ha dado trámite judicial por vez primera desde la redemocratización a los pedidos de extradición de militares acusados como responsables de delitos *de lesa humanidad*. A pesar de este giro que el actual gobierno argentino le imprime a la problemática de los derechos humanos, la cuestión de la *impunidad* sigue haciendo “ruido” en la política nacional y en el sistema judicial argentino.

y exclusión, así como en el engrosamiento de los incluidos en dichas categorías en toda Latinoamérica.

b) En Chile, impulsados en parte por el arresto en Londres del General Augusto Pinochet, a fines de la década de los noventa, los derechos humanos se convirtieron en tema principal de la agenda política chilena, generando un gran activismo judicial contra la impunidad impuesta por el dictador a la transición democrática de su país, pero aún así y al igual que en la mayoría de nuestros países, las discusiones sobre la impunidad generan fuertes tensiones hacia dentro de la sociedad chilena⁷.

c) Otro caso paradigmático es el de Guatemala, donde el hecho de no castigar a los responsables de los crímenes del pasado generó la posibilidad que el ex dictador y autor de violaciones sistemáticas a los derechos humanos, el General Efraín Ríos Montt, pudiera ser ungido Presidente del Congreso Guatemalteco en el año 2000 y que postulara su candidatura a Presidente de la nación en las elecciones del 2004.

Similares situaciones pueden observarse en toda América Latina, especialmente en el resto de los países del cono sur y de la región andina.

5) Otro aspecto clave es la cuestión de los derechos económicos, sociales y culturales, como también la problemática de la vinculación de estos derechos con los derechos civiles y políticos⁸. Es dable destacar las contradicciones que surgen en las luchas diarias para implementarlos en países pobres con desigualdades extremas y tradiciones democráticas débiles, como es el caso de muchos países del área. En otros, que han sido categorizados como “*economías emergentes*”, “*paí-*

⁷ Resulta paradójal que Augusto Pinochet haya fallecido el pasado 10 de diciembre de 2006 a los 91 años de edad sin haber sido juzgado en su país por las violaciones masivas a los derechos humanos, precisamente en una fecha en la que se conmemora el Día Internacional de los Derechos Humanos.

⁸ Los llamados derechos civiles y políticos se gestan a partir de las revoluciones inglesas, norteamericana y francesa –siglos XVII y XVIII– y fueron consagrados como derechos humanos positivos por el constitucionalismo liberal o clásico de las constituciones decimonónicas. Posteriormente, en el período de entreguerras del siglo pasado, surgen los económicos, sociales y culturales, obra del constitucionalismo social y del Estado benefactor. Se suele hablar de derechos humanos de primera y segunda generación, respectivamente, pero ello sólo con fines didácticos o de una mejor comprensión de la historia de los derechos humanos, en ningún caso como diferenciación o categorización que implique “jerarquías”, ya que como bien lo señala Salvioi, “(...) la Conferencia Mundial de Derechos Humanos realizada en Viena en 1993 desestimó toda pretensión de jerarquización al reafirmar el principio de indivisibilidad, universalidad e interdependencia de los mismos”. Para un desarrollo más completo de esta problemática ver JUÁREZ CENTENO, Carlos. “Derechos Humanos: Aportes al debate de su fundamentación”. En: *Derecho de Prensa* n° 8, septiembre de 2001, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. p. 6 y ss. La opinión de Salvioi puede encontrarse en “Algunas consideraciones sobre derechos humanos: las relaciones internacionales y el derecho internacional de la posguerra fría”. En: *Anuario de Relaciones Internacionales*, CEA-UNC, 1994.

ses subdesarrollados” o “en vías de desarrollo”, si bien la situación era mejor, luego de más de una década de prácticas neoliberales y de ajustes estructurales la misma se ha tornado similar y engloba, por tanto, a todos los países de la región. Al respecto podemos observar dos posturas que “tensionan” la discusión hacia adentro de nuestras sociedades. Una perspectiva a la que podríamos denominar “conservadora” y en la que se enrolan políticos de derecha, centroderecha y conservadores, empresarios y tecnócratas de organismos internacionales –especialmente de organismos multilaterales de crédito–, entre otros, plantean que no es posible avanzar en la implementación de los derechos económicos, sociales y culturales dadas las restricciones estructurales del sistema político y económico de nuestras democracias. La otra postura, expresada a menudo por activistas de derechos humanos, líderes de movimientos de base, políticos enrolados en el arco ideológico de la izquierda, sectores reformistas, miembros de ONGs, por citar algunos, opinan que la democracia y los derechos civiles y políticos tienen una gran deuda con la mayoría de la población que vive en la pobreza extrema, que el Estado de Derecho y las instituciones democráticas significan poco para una población que vive al borde de la inanición. A la par, denuncian la hipocresía de los países desarrollados o centrales que elogian la recuperación democrática de la región y hacen severas advertencias cuando ella está en peligro, pero que simultáneamente imponen políticas económicas restrictivas que aumentan el sufrimiento y exclusión de porcentajes cada vez mayores de nuestras poblaciones⁹. En esta “tensión” se dirime una cuestión crucial y que se relaciona con la protección y vigencia de los derechos humanos en América Latina; ella radica en llegar a un acuerdo o consenso sobre el tipo de democracia que nuestra región se merece, discusión que ya se planteaba en la arena política de los años setenta y que las dictaduras militares acallaron y postergaron. Ese dilema consustancial a nuestra realidad es saber si tiene sentido preocuparse por una “democracia formal” cuando el objetivo es lograr una democracia real, material o sustantiva, entendida como el acceso igualitario a derechos económicos, sociales y culturales básicos para la mayoría de la población. Dilema que ha centralizado el debate político latinoamericano de los últimos años y que representa

⁹ Si se quiere ahondar en la problemática de las condicionalidades que los organismos multilaterales de crédito han impuesto a los Estados de la región, ver TUSSIE, Diana y BOTTO, Mercedes. “Los Derechos humanos en la agenda de los organismos económicos internacionales”. En: Temas de Derechos Humanos en Debate. Grupo de Reflexión Regional. José Zalaquet (coord). Instituto de Defensa Legal – Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho. Universidad de Chile, Lima 2004. Ver pp.7-17, donde se detecta el descuido en lo referente a la vigencia de los derechos humanos por parte de estos organismos.

un problema crucial para la comunidad de los derechos humanos, toda vez que hay que destacar como sustantivo del concepto de derechos humanos su **indivisibilidad**¹⁰. Inextricablemente vinculado con ello se presenta el desafío de hacer comprender a las mayorías que el mejor escenario político para luchar por los derechos económicos, sociales y culturales es aquel donde los derechos civiles y políticos se respetan y viceversa. Enmarcado todo ello en un sistema que, a partir de los valores de **libertad, igualdad y solidaridad**, consagre y efectivice las reglas del juego democrático y del Estado de Derecho. Pero en este sentido es importante reiterar la deuda que el sistema democrático tiene para con vastos sectores de nuestras sociedades.

6) En las últimas décadas, la violencia y el crimen aparecen como problemas complejos y de difícil solución en América Latina. Si se tiene que ahondar en las causas es necesario poner el acento en la incidencia que las prácticas neoliberales que imperaron en la región, difundidas por una globalización de igual signo que se manifestara en el escenario internacional y que estigmatizó a la región como el “laboratorio” donde mejor se pudieron ensayar dichos experimentos, especialmente a lo largo de la década de los noventa (ver apartados 3 y 5). La instrumentación de dichas políticas con escasa capacidad distributiva trajo aparejada la conformación de sociedades “duales”, sin clases medias y con grandes porcentajes en los sectores bajos, toda vez que dicho modelo genera una desocupación con índices abrumadores y lleva a que grandes porciones de la población de nuestros países sean expulsadas del sistema, engrosando así las filas de la pobreza, la marginalidad y la indigencia¹¹. Todo ello va generando un círculo vicioso de compleja solución y que, obviamente, genera más violencia y delincuencia, que se traduce en un sentimiento o sensación de “inseguridad” especialmente para los sectores beneficiados en este reparto. Ahora bien, este dato de la realidad de la región no debe conducir a legitimar un discurso de “*criminalización de la pobreza*”. En tal sentido hay quienes expresan que:

“(...)El Salvador, por ejemplo, con un promedio aproximado de 120 homicidios cada 100.000 habitantes, tiene la tasa de homicidios más alta del mundo. La cifra es aún más alta en ciudades colombianas como

¹⁰ Ver nota 8, especialmente la bibliografía allí citada.

¹¹ Ver “*América Latina y la seguridad humana: contextualización, dimensiones normativas y principales amenazas*”. Informe presentado y coordinado por Claudia Fuentes y Francisco Rojas Aravena al Seminario Internacional *Seguridad Internacional Contemporánea: Consecuencias para la Seguridad Humana en América Latina y el Caribe*, organizado por UNESCO Y FLACSO, CHILE. Santiago de Chile, 20/22 de agosto de 2003. Especialmente la parte séptima, pp. 55-84. En: <http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001406/140625s.pdf>

Medellín (...) *El homicidio no es el único problema: se registra un incremento dramático en robos y asaltos, y pandillas juveniles, bandas de secuestradores y narcotraficantes atemorizan a los habitantes de muchas ciudades de la región. En Guatemala (...) por ejemplo, el crimen ha llegado a tales niveles que es normalmente considerado el principal problema social, incluso por encima de la pobreza y la desigualdad. La situación es parecida en países tan diversos en su desarrollo económico como Brasil, Venezuela, México, Haití y Nicaragua. Ya aún en países con los niveles más bajos de criminalidad en la región, como Bolivia y Chile, la percepción general es una de peligro en aumento. El impacto de esta ola de criminalidad sobre los derechos humanos es notable. La legislación y las políticas diseñadas para enfrenar estos y otros delitos, muchas veces no cumplen con las normas internacionales sobre el debido procedimiento legal o la responsabilidad policial. **Medidas de 'mano dura' [o 'gatillo fácil'] a menudo conducen al abuso policial y la impunidad sigue siendo un problema serio. Ante lo que se percibe como la ineficacia policial en algunos países, las fuerzas armadas han sido puestas a cargo de la seguridad interna. La ineficiencia policial ha llevado a una epidemia de 'vigilantismo', donde la gente (...) toma la justicia en sus propias manos mediante linchamientos y el auge de escuadrones de la muerte de 'limpieza social'. En este contexto, nuevas formas de discriminación son cada vez más evidentes, sobre todo en términos de represión policial y prácticas de sentencias discriminatorias según la edad, raza y condición socioeconómica (...)**¹².*

Pero mientras la evidencia del problema es contundente, su tratamiento desde la óptica de los derechos humanos es extremadamente complejo, ya que la problemática de la criminalidad y la delincuencia nos posiciona ante un aparente conflicto de derechos. Por un lado, los derechos civiles y políticos aseguran que los ciudadanos se encuentren protegidos de abusos por parte del Estado y garantizan al acusado igualdad de acceso a un proceso legal y juicio justo. Por el otro, los ciudadanos tienen derecho a vivir en un ambiente seguro que proteja sus vidas y propiedades de la agresión de terceros. Se presenta así una falsa antinomia, que genera un debate muy en boga en la opinión pública de nuestras sociedades: "garantismo" o "mano dura". En estas posiciones encontradas que generan "ruido" hacia adentro de las sociedades latinoamericanas, y en especial en los grandes conglomerados urbanos, se esgrimen argumentaciones para reprimir el delito con "mano

¹² CARRASCO DÁVILA, Alan F. "Nuevos desafíos para la defensa de los Derechos Humanos". Ponencia presentada en el Tercer Congreso Virtual de Antropología y Arqueología. En: http://naya.org.ar/congreso2002/ponencias/alan_carrasco_davila2.htm. Las negritas y agragado en corchetes son nuestros.

dura” o “*tolerancia cero*”¹³ a costa de vulnerar las garantías constitucionales, y por ende, los derechos humanos.

Esto representa un terrible dilema para la protección de los derechos humanos, para los movimientos que son los principales actores en la lucha por su recepción legislativa y efectiva concreción y goce, así como para los gobiernos en su política en la materia, o los jueces para su aplicación, a los fines de contrarrestar ese discurso conservador dirigido más a solucionar los efectos de esta encrucijada que las causas que lo originan. Así se plantean: ¿Cómo seguir defendiendo los derechos humanos sin perder el respaldo de aquellos sectores de la ciudadanía –clases media y alta- que pueden percibir al discurso en defensa de los derechos humanos como protector de criminales en vez de defensor de las víctimas?¹⁴. Obviamente que mucho tienen que ver en la generación de este discurso, los continuos mensajes enviados por los medios masivos de comunicación social, fogoneados por sus propietarios o accionistas –grupos empresarios de capitales mayoritariamente pertenecientes a las economías más desarrolladas del planeta- con la finalidad de (de)“formar” la opinión pública en aras del respeto a la protección de los intereses propios de los sectores mayormente beneficiados en estas sociedades duales, complejas y no inclusivas.

7) Esta misma situación que venimos planteando ha profundizado otro flagelo especialmente preocupante en los inicios de este siglo XXI: las migraciones. Ciertamente, en búsqueda de mejores condiciones de vida, miles de personas dejan sus países del que son nacionales para establecerse en otros. En condiciones de trabajo las más de las veces lamentables, y sin la documentación legal requerida por el país receptor, se utiliza a esta minoría como mano de obra casi esclava, excluyéndola de los derechos humanos básicos debido a la precariedad e ilegalidad de su situación¹⁵.

¹³ Traduciendo al idioma vernáculo el slogan impreso a la campaña que el Alcalde Giuliani utilizara en la ciudad de New York en la década de los noventa para erradicar el delito, a partir de posturas ideológicamente conservadoras, toda vez que ataca los efectos del mismo pero no sus causas (ver lo expresado en el apartado 5 del presente trabajo)

¹⁴ Situación parecida a la de la década de los ochenta, cuando se comenzó a perseguir a los autores de las violaciones masivas a los derechos humanos en épocas de las dictaduras que imperaron en la región, generando la teoría de los dos demonios en el discurso de los sectores más conservadores de nuestras sociedades para justificar lo ocurrido bajo los regímenes autoritarios como una respuesta a la amenaza terrorista y comunista que pretendía “adueñarse” de nuestro sub-continente en los setentas, con un escenario internacional bipolar como el de la “guerra fría”.

¹⁵ En Argentina podrían señalarse el ejemplo de los migrantes bolivianos y peruanos. Recuérdese, por ejemplo, el caso de trabajadores ilegales bolivianos en 2006 en el barrio de caballito en la Capital Federal, en el que murieron en un incendio en una fabrica textil ciudadanos bolivianos indocumentados que vivían en situación de hacinamiento en el mismo local donde trabajaban en forma ilegal y violatorias de la dignidad humana.

En respuesta a esta preocupante realidad se observan como medidas tendientes a solucionar esta problemática la propiciada en el seno del MERCOSUR: mediante un convenio, en diciembre de 2002 se estableció la libre residencia de los nacionales de cualquiera de estos países en los otros, permitiendo el blanqueo en la situación legal de muchos migrantes, que mediante la generación de políticas apropiadas, podrán ingresar en los mercados laborales en condiciones dignas y similares a los ciudadanos de origen de cada país. En igual sentido, el ***I Informe sobre Derechos Humanos*** dedicado a las **Migraciones**, elaborado a pedido de la Federación Iberoamericana de Ombudsmen en el año 2003, y en la que colaboraron destacados especialistas en Derechos Humanos y en Migraciones, es una respuesta a imitar por otros organismos gubernamentales¹⁶ para poder entender mejor esta cuestión y colaborar con el diseño de políticas que ayuden a mitigar esta situación.

8) Si bien ya hemos expresado en el apartado 6 de este trabajo que la utilización de las Fuerzas Armadas en aspectos relacionados con la seguridad interna de los estados generó en América Latina violaciones masivas a los derechos humanos: muertes, desapariciones forzadas, violaciones a la garantía de un juicio justo, etc., en muchos países de la región esta práctica contraria al Estado de Derecho y al respeto de los derechos humanos no ha sido dejada de lado, toda vez que las democracias surgidas en los procesos de transición y consolidación democrática en muchos de nuestros países no han sabido dar respuesta a las demandas legítimas e imprescriptibles de justicia. Este dato del pasado convierte a los nuevos intentos de militarización de las calles en un proyecto temerario y arriesgado porque puede ser potencial generador de conflictos y revueltas sociales, además de no ser el adecuado por las razones ya expresadas. En esta línea de análisis se enmarca la práctica ya habitual en los gobiernos latinoamericanos, cualquiera sea su signo ideológico, de "reprimir la protesta social", provenga ésta de movimientos sociales, sindicatos, piqueteros, los sin tierra, campesinos, grupos indígenas, sociedad civil, etc., actores todos que luchan por la consagración, efectiva implementación y desarrollo progresivo de los derechos humanos y fundamentales de la persona, y especialmente en las últimas décadas en la efectiva implementación de derechos y medidas conducentes a saldar la gran deuda social que tienen los Estados de la región con los sectores más desprotegidos y vulnerables de nuestras

¹⁶ El informe fue dirigido por el catedrático Guillermo Escobar y en él colaboramos numerosos especialistas en Derechos Humanos de Iberoamérica. Publicación de la Federación Iberoamericana de Ombudsmen y de la Universidad de Alcalá, España. Editorial Dykinson y Ciudad Argentina, Madrid, 2003. Ver especialmente la presentación, p.11; la introducción, p. 19; y la recomendación a los Estados, pp. 111 y ss.

sociedades: los derechos económicos, sociales y culturales que las dictaduras abolieron y que las democracias que las sucedieron no supieron o no quisieron restaurar¹⁷.

Pero también puede observarse otra “militarización” y es la llevada a cabo por Estados Unidos, que como parte de su proyecto imperial y hegemónico pretende sembrar bases y “programas de entrenamiento” militar a lo largo de todo el continente americano. Para ello hecha mano a una política exterior de “bilateralización” de acuerdos en el marco de los cuales se les concede inmunidad a sus militares, lo que da muestras de su objetivo de control dentro de los países con los que conviene, más aún cuando la legitimación de sus invasiones proviene de decisiones unilaterales, respecto de un adversario tan invisible y omnipresente como el terrorismo. Esto no es nuevo en el escenario internacional, ya que Estados Unidos fue el actor principal en el ámbito regional y hemisférico durante la “guerra fría”, y continúa siéndolo. El cambio que se observa en el escenario internacional es el paso a un nuevo orden internacional, de un sistema bipolar a uno unipolar, donde el “hegemón” es, precisamente, EE. UU. Así, la situación de los derechos humanos en nuestro hemisferio ha ido siempre de la mano con los intereses del país del norte. No debe olvidarse que las grandes violaciones masivas operadas en la región contaron con su anuencia, toda vez que la Doctrina de la Seguridad Nacional le era funcional en un escenario de Guerra Fría donde el enemigo a derrotar era el “comunismo”¹⁸.

9) Otra cuestión que se enmarca en los desafíos que se observan para una efectiva implementación y vigencia de los derechos humanos en América Latina, es la del terrorismo. Si bien el mismo se encuentra circunscrito al caso colombiano, también se registran hechos de terrorismo internacional que han tenido a países de la región como objetivo; tal el caso de los atentados a la Embajada de Israel y a la AMIA, en la República Argentina en la década de los noventa.

A lo largo de este trabajo se ha intentado dar tratamiento a los retos que enfrenta la comunidad latinoamericana frente a la protección,

¹⁷ En esta línea de análisis ver el interesante trabajo planteado por GARGARELLA, Roberto. “*Carta Abierta sobre la Intolerancia: apuntes sobre derecho y protesta*”, Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2006.

¹⁸ Un desarrollo más extenso sobre este tópico puede encontrarse en JUÁREZ CENTENO, Carlos A. “Algunas Notas sobre la Globalización y la Política”. En: *El Espacio en la cultura latinoamericana*, CESLA. Ed. de la Universidad de Varsovia, Polonia, 2002. También en BOSIO HAULET, G. y JUÁREZ CENTENO, C. “La Doctrina de la Seguridad Nacional, sus orígenes, evolución e impacto en los países del Cono Sur”. En: *REVISTA ESTUDIOS*, n 14, primavera de 2003. pp.93 a 113. Publicación periódica del Centro de Estudios Avanzados de la Universidad Nacional de Córdoba.

vigencia y efectivo goce de los derechos fundamentales de las personas, o más conocidos y vulgarizados en su denominación de **derechos humanos**. Obviamente que el listado no se agota en lo que se expresa en estas líneas, solo se han punteado los aspectos más salientes y generalizados para su discusión. De ahí nuestra opinión en el sentido que desmantelando gran parte de la opresión y desigualdad que se detecta en las sociedades de la región, y de la desigualdad no sólo en la distribución de la riqueza sino también del poder –que es lo que subyace en el planteamiento de este trabajo– traerá por añadidura la solución a otros graves problemas que Latinoamérica enfrenta a diario en la vigencia de los derechos humanos: *maltrato infantil, violencia doméstica, desnutrición, trabajo infantil, discriminación en todas sus formas, desocupación*, etc. Esta postura adoptada se fundamenta en el argumento de la universalidad, y en tal sentido, dado que los derechos humanos son universales e indivisibles, la lucha por el respeto y vigencia de éstos no debería plantearse a partir de su división y diferenciación, sino abordando la problemática en su totalidad y complejidad a los fines de hacer efectiva su vigencia y asistir de este modo, a la conformación de una sociedad más respetuosa del Estado de Derecho democrático. En este sentido, es de valorar en su justa medida el giro de 180 grados que se observa en la agenda política de los gobiernos surgidos en las últimas elecciones en la región, especialmente en materia de derechos humanos y el lugar que los mismos ocupan en los respectivos programas de gobiernos. A pocos años de iniciado el siglo XXI, la asunción de Lula en Brasil, Kirchner en Argentina, Tabaré Vázquez en Uruguay, Bachelet en Chile, Evo Morales en Bolivia, el retorno de Alan García a la primera magistratura del Perú, y recientemente el triunfo de Correa en Ecuador, terminan de perfilar ese nuevo rumbo que había tenido su “bisagra” a partir de la llegada al poder de Chávez en Venezuela, a finales de los noventa, cuando la debacle de las prácticas neoliberales generaba fuertes crisis en la región.

Coincidiendo con lo señalado en el párrafo precedente, Noam Chomsky expresa que: “El subcontinente, desde Venezuela hasta Argentina, podría estar en condiciones de presentar al mundo un ejemplo de cómo crear un futuro alternativo a partir de un legado de imperio y terror. Estados Unidos ha dominado por mucho tiempo la región con dos métodos principales: la violencia y el estrangulamiento económico”¹⁹. En este sentido, el giro en la política sudamericana de los últimos años puede ser prometedor para la vigencia de los derechos humanos en la región, para saldar la deuda social que nuestras sociedades man-

¹⁹ Chomsky, Noam. “Alternativas para América Latina”, En: *La Voz del Interior* del martes 16 de enero de 2007. Sección Opinión. p. 11 A.

tienen con vastos sectores de la población, y propender a la construcción de sociedades más justas, solidarias, inclusivas, democráticas y respetuosas de la dignidad de todos y cada uno de sus integrantes. Todo ello en el marco del respeto y protección de los derechos fundamentales.

Las tendencias en las medidas adoptadas por los gobiernos surgidos de las últimas elecciones en los países de la región, y especialmente de los sudamericanos, permiten detectar un cambio en el rol del Estado respecto a la política de **derechos humanos** y la adopción de medidas de gobierno más cercanas a la lógica distributiva e inclusiva que América Latina supiera disfrutar en épocas del auge del Estado Benefactor, allá por mediados del siglo pasado. En este sentido, el último cuatrienio (2003-2006) puede calificarse como el de mejor desempeño económico y social de América Latina en los últimos 25 años. El avance en la reducción de la pobreza, la disminución del desempleo, la mejora en la distribución del ingreso en algunos países y un aumento importante del número de puestos de trabajo son los principales factores que marcaron una tendencia positiva en varios de los países de la región²⁰. De todos modos, mucho es lo que queda aún por hacer, ya que el desmantelamiento y el desguace del Estado fue una planificación pergeñada y que comienza a implementarse con los regímenes dictatoriales que se imponen en la región allá por la década de los setenta del siglo pasado, prolongándose hasta los inicios de este nuevo siglo con las “democraduras” de los noventa.

A manera de **conclusión** se advierte que las *tensiones y desafíos* descriptos revelan el estado de la protección de los *derechos humanos* en la región y muestran la “compleja” relación de éstos con la política y la democracia, especialmente con el modelo implementado en la década de los 90’.

Así podemos señalar que en esta primera década del siglo XXI se denotan tendencias a un cambio en esa relación y que pueden con-

²⁰ Así lo expresa el informe de la CEPAL “*Panorama social de América Latina 2006*”, en el que presentan las más recientes estimaciones de la magnitud de la pobreza realizadas por la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). Estas indican que en 2005, el 39,8% de la población de la región vivía en condiciones de pobreza (209 millones de personas) y un 15,4% de la población (81 millones de personas) vivía en la pobreza extrema o la indigencia. En el capítulo se presentan, además, proyecciones sobre la magnitud de la pobreza en el presente año, según las cuales el número de pobres y de personas en situación de extrema pobreza volvería a disminuir, a 205 y 79 millones, respectivamente. Si bien los porcentajes de pobreza, pobreza extrema o indigencia siguen siendo muy altos, no se debe olvidar que son significativamente inferiores a los que arrojaban estos mismos informes en el cuatrienio precedente 1999-2002. Existe versión impresa y on line. Nosotros consultamos esta última en <http://www.eclac.cl/>

solidar regímenes democráticos que efectivicen un verdadero Estado de Derecho a partir *del gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo*, superando la mera formalidad de las reglas y procedimientos democráticos, a través de la efectiva vigencia y respeto de los derechos humanos en las sociedades latinoamericanas.

Pese a ello persisten **tensiones**, como los generados por los debates sobre “memoria” y “olvido” y la búsqueda de hacer frente a lo acontecido durante las últimas dictaduras que azolaron en nuestros países, tarea aún pendiente en la mayoría de ellos; el acceso a la justicia sigue siendo desigual por razones políticas y económicas; la discriminación –cultural, social, ideológica, étnica, etc- sigue vigente. Vivimos en una de las regiones más desiguales del planeta, por no decir la más desigual; la cuestión de la seguridad en los grandes conglomerados urbanos hace mucho ruido y genera políticas de mano dura, represión y militarización que tampoco traen la solución al problema. Ni qué decir respecto al dilema que estas políticas suponen para la protección de los derechos humanos, no sólo porque estas prácticas son contrarias a tal postulado sino porque se plantean enfrentamientos entre dos posturas encontradas: *galantismo vs mano dura*, o *tolerancia cero* como ya se lo señalara en apartado 6 del presente trabajo.

Como lo expresáramos anteriormente, el gran **desafío** es lograr una democracia real, material o sustancial, entendida como el acceso igualitario a Derechos económicos, sociales y culturales básicos para toda la población, ya que grandes porcentajes de los ciudadanos latinoamericanos se encuentran excluidos de tales beneficios. Paralelamente, también debe sortearse con éxito el desafío de hacer comprender a éstos que el mejor escenario político para luchar por aquellos derechos es aquel donde los derechos civiles y políticos se respeten y viceversa. Esto es, que el Estado de Derecho se apoye en sus tres pilares valorativos: ***libertad, igualdad y solidaridad***.

Institucionalizado así, el Estado de Derecho seguramente podrá proporcionar soluciones a la compleja relación descrita entre la efectiva protección de los derechos humanos, la política y la democracia. Problemáticas puntuales como: *migraciones, terrorismo, maltrato infantil, violencia doméstica, desnutrición, trabajo infantil, discriminación en todas sus formas, desocupación, etc* podrán ser enmarcadas en políticas públicas con una visión más integradora y humanista.

Por todo lo señalado es que entendemos que el “garantismo” no es patrimonio de una ideología ni de un partido político, ni de un determinado sector de la sociedad, sino que debe ser una bandera de la humanidad, que tenga como objetivo defender los últimos y más básicos derechos de todos los seres humanos, en especial de aquellos sectores, grupos y colectivos –desgraciadamente muy numerosos– que ven

atacadas su dignidad y la de su familia, esto es, de los sectores más vulnerables de la sociedad, así como de las sociedades más vulnerables en el marco del escenario internacional. De tal suerte que con prácticas “garantistas” y respetuosas de los derechos humanos se generará, consecuentemente, seguridad para todos los habitantes del planeta, que es lo que reclama la sociedad latinoamericana y mundial en su conjunto.



EL ENCIERRO: ESCENARIO DE REPRODUCCION CULTURAL

María Inés Laje*

Resumen: Se abordan los procesos de reproducción cultural al interior de instituciones correccionales (IC) para adolescentes y jóvenes infractores a la ley penal¹, a partir de la perspectiva de los actores involucrados (internos y personal)².

El análisis de las modalidades por las que al interior de las instituciones correccionales, se generan procesos de producción y/o reproducción de las reglas y recursos institucionales, de los símbolos significativos, interesa pues configuran las formas culturales dominantes en las que se inscribe la acción de los jóvenes adolescentes en conflicto con la ley penal

Desde una perspectiva ontológica, interesa no sólo la continuidad de los itinerarios de vida de los jóvenes, sino su discontinuidad. Analizar los *procesos de reproducción cultural*, conlleva a preguntarse por las características institucionales y los procesos e interacciones que tienen en su interior.

Palabras Claves: Adolescentes/jóvenes infractores a la ley penal – Instituciones Correccionales – Internación consecuencias.

Una dilatada discusión

Esta cuestión ha sido y es atravesada por una disputa tanto conceptual como empírica y práctica. La problemática de los adoles-

* Doctora en Antropología (UBA), Dra. en Sociología (Univ. Paris 8), Investigadora del Centro de Investigaciones Jurídicas y Ss. de la Fac. de Derecho. Prof. Titular de Antropología Social y Política, y Sociología General de la Fac. Ca Política, U.C. Cba. Docente responsable Materia Optativa "Seminario Interdisciplinario de Formación e Investigación en Derechos del Niño", Carrera de Abogacía, Fac. Derecho y Cs. Ss. Unc.

¹ Los resultados son parte de la Tesis doctoral «Adolescentes y jóvenes en instituciones de menores: un análisis social de la intervención estatal».

² Se tomaron para el análisis tres instituciones correccionales de la Córdoba, una para varones entre los 12 y 15 años, otra para los de 15 a 19 y la única institución para mujeres menores de edad en conflicto con la Ley Penal.

centes y jóvenes en conflicto con la ley, ha puesto sobre la mesa una dilatada discusión entre perspectivas que han contribuido de distinta manera a orientar la acción del Estado, pero también la construcción de imaginarios colectivos.

La contextualidad de los IC ha sido abordada a partir del análisis de los principios contenidos en la legislación vigente y en sus sucesivas modificaciones. Dicho abordaje se realizó en conexión con el debate que caracterizó y caracterizan las perspectivas tradicionales y garantistas alrededor de la cuestión de los jóvenes, así como en el marco de los avances, que en este dominio se desarrollaban a nivel del derecho internacional.

El análisis de la legislación es el análisis de una acción estatal generadora de un entramado complejo de reglas y de recursos, en cuyo marco se desarrolla ulteriormente la vida cotidiana de las instituciones para adolescentes y jóvenes reclusos. Es también el análisis del modo en que los debates que la abrigan penetran en la sociedad y las instituciones, construyen representaciones e imaginarios sobre la adolescencia y la juventud, sobre el rol y los poderes que caben al Estado en el tratamiento de prácticas en confrontación con la ley.

Algunas precisiones teóricas permiten ubicar nuestra perspectiva de análisis, pudiendo destacar que nos apoyamos en interpretaciones que ven la sociedad, su cultura y sus instituciones como el resultado de prácticas situadas e inteligentes de seres humanos en interacción. Su resultado es la producción y reproducción de las instituciones, de sus reglas, recursos y de la resistencia de los jóvenes.

Hemos caracterizado a los denominados institutos correccionales como *instituciones totales* (IT), desde la perspectiva de E. Goffman (1992), en tanto son organizaciones formales, lugares de residencia y trabajo, donde un gran número de individuos en igual situación, que ingresan involuntariamente, comparten su encierro, desempeñando una rutina diaria formalmente administrada.

Una relevante característica de las (IT), es que sostienen una tendencia absorbente totalizadora, simbolizada por los obstáculos que oponen a la interacción social con el exterior y al éxodo de los miembros. Rigurosamente vigiladas, adquieren forma material concreta a través de sus puertas cerradas, con candados, con altos muros, con rejas, etc., que impiden el egreso voluntario.

Las instituciones totales poseen otras características que para nuestro estudio resultan relevantes. Todos los aspectos de la vida se desarrollan en el mismo lugar y bajo una autoridad única; cada etapa de la actividad diaria de cada miembro se lleva a cabo en la compañía inmediata de un gran número de otros, a quienes se da el mismo trato y de quienes se requiere que hagan juntos las mismas cosas. Finalmente

las actividades cotidianas están estrictamente programadas, de modo que una conduce en un momento prefijado a la siguiente, y toda la secuencia de actividades se impone desde arriba, mediante un sistema de normas formales explícitas y un cuerpo de funcionarios.

Resulta un hecho clave el que las IT tomen el carácter de formaciones burocráticas, que establecen un funcionamiento basado en una racionalidad legal y en una organización estructurada a partir de la jerarquización, la disciplina y el control.

En este marco organizacional, se producen un sin fin de situaciones, que van configurando prácticas habitualizadas, cuya sistematización otorga elementos a partir de los cuales puede analizarse y comprenderse la estructuración de la vida cotidiana "total".

En ese marco de fuerte constricción a los comportamientos, Goffman introduce dos conceptos que entendemos relevantes a la comprensión de la vida al interior de las instituciones correccionales y de sus implicancias sobre los jóvenes, en el sentido que introducen la posibilidad de "actuar de otro modo". Este autor entiende que la vida del interno pasa por un "ajuste primario", que comporta la incorporación de las pautas y reglas; y por un "ajuste secundario", que lleva a la satisfacción de ciertas necesidades mediante prácticas a la que los internos acuden que, sin llegar a desafiar directamente al personal, les permite conservar cierto dominio ó control sobre su medio.

Las instituciones correccionales en una perspectiva constructivista

Los estudios de Foucault constituyen un rico yacimiento a la interpretación del lugar que la prisión juega al interior de los mecanismos de disciplinamiento de la sociedad. Su concepción sobre el poder y sobre las luchas de poder como eje de las relaciones sociales, sobre la construcción del conocimiento y la verdad, sobre el papel del derecho penal en esto, aportan elementos a la comprensión que buscamos en nuestro trabajo. No obstante ello, vemos en el acercamiento de este autor, una mirada que asigna a la intencionalidad de ciertos actores sociales dominantes un nivel de consecución de sus propósitos, que pareciera inhibir sus propias interpretaciones en torno a la importancia de las luchas por el poder para comprender y conocer la sociedad actual.

La mirada de Goffman sobre las instituciones totales, se centra por otro lado en una perspectiva interpretativa que devela una serie de dispositivos, algunos minuciosamente estudiados y conceptualizados, por los cuales las instituciones que estudia "operan" constrictivamente sobre los individuos. Entendemos que sus análisis abonan una perspectiva como la que aquí hemos adoptado, según la cual, aún en el caso

de las IC –fuertemente constrictivas, partes del sistema penal–, pueden observarse prácticas –ajustes secundarios– que se apartan de las rutinas y programas legalizados y ordenados, que influyen, de una u otra manera, sobre las reglas que presuponen.

Es claro que las IC se orientan según las disposiciones del sistema penal a institucionalizar ciertas pautas de comportamiento y de vida entre los jóvenes adolescentes a los que “tratan”. Institucionalizar, connota “... una tipificación recíproca de acciones habitualizadas por tipos de actores; dicho de otra forma, toda tipificación de esa clase es una *institución*” (Berger y Luckmann, 1995).

“Institucionalizar” en las IC, volver habituales ciertas pautas, difiere, en un grado relevante, de aquella que procuran las instituciones de socialización tales como la familia, la escuela, el trabajo. El proceso de socialización, sin duda disciplinario (Foucault, 1995; Giddens, 1995), sigue una lógica de imposición-incorporación de pautas y valores –de reglas– y de recursos –de poderes– a lo largo de la vida, particularmente en el espacio de constitución del hombre como adulto. Esta institucionalización comporta la construcción social de un saber mutuo, que opera básicamente en el nivel de la conciencia práctica (Giddens, Op. Cit.); esto es, que como conjunto de orientaciones a la acción que “... son accesibles a todos los integrantes de un determinado grupo social, y la institución misma tipifica tanto a los actores individuales como a las acciones individuales” (Berger y Luckmann, Op.Cit., p.76).

La construcción de habitualidades en las IC asume como sugerimos un carácter diferencial respecto al mundo común de la vida. Procura, discursivamente, una ruptura con las engendradas por los jóvenes reclusos, procura quebrar un determinado itinerario vital, introduciendo mediante rituales respaldados en recursos de poder, nuevas reglas de vida, nuevos símbolos, nuevas rutinas, otra habitualidad.

Cabe señalar en tal dirección que las IC y de los agentes burocráticos que la materializan, asume el significado de los principios del sistema penal en que se inscribe; conlleva por tanto la utilización de recursos de poder en términos de ejercer una capacidad de control sobre lo que se hace. Referimos aquí a una intencionalidad «sistémica», que se traduce en la imposición coercitiva de rutinas.

Sin embargo, la “intencionalidad de re-habitación” que profesan las IC, se encuentra sujeta entonces al ejercicio efectivo del control de los actores, depende de su utilización estratégica y eficaz. Esta intencionalidad esta sujeta y por ello limitada, a procesos de interacción, a los poderes que en ellos operan, cuya puesta en acto reproducen y/o modelan, modifican, tales ordenamientos en el transcurso de la interacción.

Las IC oponen sin duda, como institución de encierro, un límite a la interacción en tanto ámbito de posibilidades transformadoras. Crean un ámbito espacio temporal, un *escenario* cuyas características potencian las posibilidades de control de la organización sobre los comportamientos, porque sancionan una concentración en ella de recursos de poder - "... el control esta limitado a los contextos inmediatos de acción", señala Giddens-. Pero puede partirse del supuesto, según el cual ese control y los poderes que lo permiten son ejercidos, si bien diferencialmente, no sólo por el personal burocrático del sistema penal, sino también por los adolescentes y jóvenes internos, en tanto agentes entendidos en las reglas y recursos a los que apelan recursivamente.

La intencionalidad, según la perspectiva que seguimos, encuentra también barreras en los límites al control que los agentes pueden ejercer sobre sus acciones. La presencia de las denominadas "consecuencias no buscadas", esto es la emergencia de procesos que no siguen los cursos deseados o buscados por la acción, constituye también un espacio analítico útil a nuestro trabajo. Nos parece sugerente en este sentido, el supuesto foucaultiano de la "configuración estratégica", esto es el desarrollo de unos procesos que resultan irracionales, para un conjunto de actores que han procedido de una manera que puede entenderse racional (Foucault, 1993).

Si estos límites a la intencionalidad pueden entenderse como supuestos válidos a nuestro análisis, cabe entonces que nos interroguemos en relación con los comportamientos y con los "resquicios" reglamentarios, procedimentales, organizacionales, en fin con las reglas y recursos que permiten una acción que influya sobre el orden establecido.

Para plantearlo de un modo a la vez lejano y cercano a nuestras pretensiones de conocimiento, el problema que estudiamos se relaciona con la estructuración de los sistemas sociales, "... con los modos en que esos sistemas, fundados en la actividad inteligente de actores, que aplican reglas y recursos en la diversidad de contextos de acción, son producidos y reproducidos en una interacción" (Giddens, 1995, pág. 61)³.

Sin embargo, la intencionalidad de la "readaptación" esta sujeta al ejercicio efectivo del control de los actores, ella depende de la utilización estratégica y eficaz del poder. Desde nuestra perspectiva,

3 El teorema de la dualidad de estructura, señala en la perspectiva anterior, que la constitución de agentes y la de estructuras no son dos conjuntos de fenómenos dados independientemente, no forman un dualismo sino que representan una dualidad". Así, "... las propiedades estructurales de sistemas sociales son tanto un medio como un resultado de las prácticas que ellas organizan de manera recursiva" (Giddens, Op. Cit., Pág. 61).

esta institucionalidad esta sujeta y limitada a los procesos de interacción que reproducen y/o modifican, el curso previsto por la organización.

Estas instituciones de encierro, limitan las posibilidades de readaptación y crean un medio espacio-temporal, un escenario, donde el control sobre los comportamientos se intensifica. Nuestra hipótesis es que este control y los poderes que lo permiten son ejercidos, diferencialmente, por el personal de las instituciones y también por los jóvenes internos en tanto actores competentes.

La internación deviene en rehabilitación?

La dinámica correccional que hemos analizado, llama en fin la atención sobre la pertinencia de la institucionalización/privación de la libertad, sobre su efectiva práctica al interior de las instituciones, sobre las consecuencias que emergen de todo un andamiaje construido con el objetivo de la rehabilitación-reinserción social del adolescente/joven. Las vivencias a que nos referimos, parecieran en tal dirección inclinarnos a compartir la interpretación según la cual las IC contribuyen a la construcción de una identidad estigmatizada.

En el marco de este supuesto -que forma parte de los desarrollos de la criminología crítica (M. Foucault, E. Zaffaroni), pero también de las sociologías interpretativas que han tratado la temática (E. Goffman), es que nos preguntamos:

- ¿Cuál es la modalidad por la cual la singular y discontinua vida cotidiana de las instituciones correccionales, aporta a la construcción de una identidad como la señalada?; ¿cuales son los mecanismos y dispositivos que generan esta consecuencia?

- ¿Cuál es el sentido y significación que toma en este escenario la inteligencia de los chicos, su carácter de agentes, sus esfuerzos por "actuar de otro modo"; ¿cómo contribuye todo ello al desarrollo de subjetividades e identidades y a la reproducción de la cultura?

A estas preguntas intenta responder la siguiente interpretación en torno a la vida cotidiana al interior de las instituciones.

La vida correccional puede ser comprendida como una compleja interacción que se despliega alrededor de dos momentos que se suceden y entremezclan. El primero, el ingreso pone a las primeras formas de interacción "en situación", reclama de los actores el conocimiento de ciertos símbolos y reglas que serán evocados en la vida ulterior. El segundo momento, el de la vida cotidiana, se desenvuelve en torno, no ya a lo desconocido y extraño de los símbolos y reglas iniciales, sino en referencia a la rutina. Una rutina que tropieza con la discontinuidad de los "movimientos" que caracterizan el paso de los internos por las Instituciones.

La vida interna se inicia al momento del ingreso, cuando se produce una drástica interposición de barreras entre el joven/adolescente y la sociedad, algo que se vuelve repentinamente “el exterior”. Este primer acontecimiento, marca el desarrollo de todo un *ritual de iniciación*, destinado a ubicar al “ingresante” en su nueva condición de interno. Este ritual de iniciación, como todo ritual, está constituido por un conjunto de símbolos que se articulan, a través de una variedad de acontecimientos, en un “procedimiento” estricto.

La ruptura con el exterior es una ruptura espacio-temporal. Una ruptura con los tiempos precedentes de la vida social, con los espacios habituales de esa vida, con las acciones e interacciones sociales que estos tiempos y espacios comportaban.

Lleva en este sentido y ulteriormente a un tránsito que entendemos como un despojo traumático de “lo que se es” para pasar a “lo que se debe ser”. Su significado más profundo esta en la serie de acontecimientos que quiebran una subjetividad e identidad social reconocidas, internalizadas. El “proceso de sustitución” que ello conlleva, tiene en el encierro su primera manifestación. Se trata del primer despojo, aquel de su ser sujeto libre, un despojo que decreta la “muerte civil” del recluso.

La cancelación de la libre disponibilidad de su cuerpo en el tiempo y en el espacio termina por concretarse con la imposición de un orden de vida totalizador que le es extraño y que le viene drásticamente impuesto.

Luego de la ruptura con el mundo exterior, el rito continúa con el encierro y aislamiento del interno, con fines a la vez de observación e información. El aislamiento en una celda, precedido del despojo de sus pertenencias personales, persigue el control y examen físico, con fines “sanitarios”. Ello se documenta, forma parte de las condiciones en las que el interno ingresa a la institución⁴.

Parte final de esta rutina, es la comunicación de un “régimen de vida”, esto es la “socialización” del interno al conjunto de conductas que deben ser observadas en relación con las personas y las cosas. Forma visible de imposición de un nuevo conjunto de reglas y de símbolos que procuran la transformación “técnica” (Foucault, 1995) del individuo.

La iniciación a la vida correccional, comporta en estos sentidos un procedimiento ritualizado integrado por “símbolos dominantes”, que buscan constituirse en “focos de interacción”. El rito que hemos visto poner en acto, es en este sentido un conjunto de acontecimientos-símbolos que transmiten dos *significatas* interrelacionadas, y como tales,

⁴ Se trata de un período inicial que dura aproximadamente 30 días, durante el cual el interno está aislado.

dos pretensiones: dar sentido a la interacción, y respaldar tal sentido en la distribución concentrada del poder⁵. El rito que analizamos busca generar en el iniciado la creencia en sus significados, busca que estos sentidos y poderes cristalicen en su conciencia. Se trata de un rito que descansa en el poder legitimado social y legalmente, y en la demostración desenfadada del mismo (Turner, 1980).

El proceder sistemático y obsesivo de las instituciones correccionales, pareciera buscar, de manera consciente o no, que el poder punitivo del Estado sea “creído”, ingrese en los cuerpos, circule por ellos, los domine, construya así sujetos con identidades pre-determinadas.

Se pretende “desarticular” al interno, mediante la “articulación jerárquica” de nuevos comportamientos. Se trata del despojo, de sustituir “lo que se es” por “lo que se debe ser”. Se busca quebrar una subjetividad e identidad social reconocida, internalizada, a partir de un “modelo” externo al individuo.

El orden correccional que hemos visto operar, se funda en una contradictoriedad discursivo/propositiva. La “recuperación” y la “contención efectiva”; los “derechos del interno” y la “defensa social”. Pero este dualismo de principios, se erige sobre una “verdad” legal y socialmente construida, según la cual el “desviado”, el que se ha apartado de las normas de convivencia, puede y debe ser sujeto a ordenamientos institucionales. Éstos tienen base en el límite drástico a las prerrogativas personales, en un doble plano: en el de la *libertad de movimiento*, con la que pretende acabar; en el de la *libertad de elección* a un tipo de vida, mediante la imposición de pautas que, de vuelta, pretenden un “deber ser”.

Nos hemos preguntado, a la luz de esta caracterización y de las prácticas que hemos observado; ¿cuáles son las consecuencias de la acción de los institutos correccionales en torno a estas dos pretensiones?. Los “resultados” no permiten una respuesta simple. Toda acción deliberadamente intencional esta sujeta a límites; a aquellos que provienen de las interpretaciones y juegos de poder que la misma desata, a aquellos que nos hablan de las *consecuencias no buscadas de la acción*, a aquellas que devienen de las incoherencias y contradictoriedades del complejo aparato correccional y de los límites materiales y cognitivos que impiden estructurar siquiera una acción “racional”.

La reorganización personal del interno

El rito de iniciación configura un eslabón de procesos que buscan estructurar la vida correccional; se inscribe en tal sentido en la insis-

⁵ Estas significaciones están asociadas a lo que Turner denomina “polo ideológico” de los símbolos rituales dominantes.

tente pretensión de desestructurar el orden individual del interno. El “régimen de vida” –conjunto de rutinas y normas de conducta–, introduce, sobre la base de los diferenciales de poder que pone en acto el encierro, un sinnúmero de pautas a la interacción: horarios; formas de comportamiento fundadas en el respeto, la obediencia y la responsabilidad; régimen de visitas; obligatoriedad de las actividades a realizar; control de los contactos con el exterior (de la correspondencia, de los elementos y alimentos que ingresan las visitas, del tipo de lecturas), etc.

● A través del régimen de vida, la interacción correccional toma las formas racionalizadas de la organización industrial. Una “racionalización” orientada al “fin” de ordenar la actividad cotidiana de los internos. Busca de esta manera hacer “calculables”, “previsibles”, “dominables” los comportamientos de quienes se suponen “incalculables”, “imprevisibles”, “peligrosos”. La estanqueidad rígida del espacio-tiempo interno –separación entre lugares de los internos y del personal, clausura el acceso a los espacios del personal, las celdas– se orienta a interponer distancias, a minimizar el trato colectivo, a evitar la organización de protestas, motines, a evitar las fugas.

Parte relevante de estos sentidos y significados, es la observancia de las reglas de “máxima seguridad”. La “seguridad” esta relacionada a la política de “contención efectiva”, esto es a las rutinas de la vida reglamentada. Todo ello tiene sin embargo en las formas edilicias que toman las IC, luego de sus reformas, un ingrediente fundamental. La dimensión física del espacio trasunta fuertes significados materiales y simbólicos. Por su mediación, el régimen de vida interpone vallas no solamente respecto al exterior, sino también en relación al interior mismo. La distribución segmentada de los espacios materializa la privación de libertad en los desplazamientos interiores, establece una serie de circuitos reglados que estructuran y rutinizan el uso del tiempo y del espacio.

El régimen de vida, comporta una fórmula racionalizante, que pretende minimizar la iniciativa individual, sus grados de autonomía, ajustar los comportamientos a ciertos parámetros preestablecidos. Es éste un primer y dominante sentido y significación de los regímenes de vida que hemos visto funcionar. Es el significado que responde más claramente a la dimensión punitiva de las instituciones correccionales, a aquellas que buscan la defensa social frente al “incontrolable peligro” del adolescente/joven en conflicto con la ley.

Pero las instituciones correccionales debían también expresar otra dimensión del compromiso del Estado en este campo. Así y como parte también de sus regímenes de vida, hemos observado en dos de las instituciones para varones, una oferta institucional –talleres, deportes, recreación, tratamientos (psicológicos, psiquiátricos, sociales)–, que

se orienta a “inculcar” nuevos hábitos, mediante una formación escolar básica, el desarrollo de destrezas, el cuidado del cuerpo, etc. Esta “oferta” busca significar a la IC y a la vida correccional como un ámbito “rehabilitante”.

Estas dos instituciones, muestran sin embargo, formas diferenciales de interpretar y aplicar los principios de acción que devienen de su contexto inmediato. En un caso, se trata de una velada confirmación, de una sujeción de la “dimensión rehabilitante” a las reglas de la punición, del control y dominación propios del orden correccional. No se imagina allí espacio alguno a la inteligencia e iniciativa del interno, éste debe adscribir pasivamente al modelo ofertado. El otro caso, ofrecía al momento de nuestro análisis, un espacio de experimentación e innovación que contiene interesantes sugerencias a la búsqueda de una “intervención de otro tipo” que la problemática reclama.

El tercer caso analizado, la IC que alberga a jóvenes mujeres, constituye el ejemplo paradigmático en el que las instituciones y la interacción que ellas rutinizan, se muestran como formas de “poder puro” (Giddens, 1995). No hay allí otra preocupación mas que la punición, organizada a través de una vida cotidiana basada en el solo recurso del encierro alienante y mortificador (Goffman, 1992^a).

En ambos planos de la vida correccional, hemos sin embargo observado que la interacción internos-personal obedecía a una escisión de base que se materializa en rígidas etiquetas; el personal se auto-representaba como superior y justo y solía juzgar a los internos como delincuentes, irrecuperables, mentirosos, débiles, censurables; los internos por su parte entendían al personal como autoritario, mezquino, no confiable.

Sobre esta tensión, sobre esta impronta jerárquica, estigmatizante y punitiva, se desarrollan otras miradas, planes y prácticas que tienden a revertir las consideraciones de valor, el contenido de los programas, las formas de comunicación e información.

● En el marco de estas diferencias, el régimen de vida que hemos observado y estudiado a través de la perspectiva de los adultos y los jóvenes internos, contiene como conjunto de reglas, un sistema de sanciones. La sanción, negativa (castigo) o positiva (privilegio), es parte inherente de las reglas institucionales y comporta, como toda interacción, pero de modo especial en nuestro dominio, una relación de poder (Giddens, 1995). La reorganización personal del interno, entremezclada con su desestructuración, tiene en las reglas y las sanciones un marco central de referencia y comprensión.

Ligadas a la rutina de la vida diaria, como conjunto explícito y formal de prescripciones y proscripciones, se despliega un pequeño número de recompensas y privilegios, materiales y simbólicos, forma-

les e informales, que se ofrecen como “moneda de cambio” a la obediencia, y que se refuerzan con una serie de posibles castigos que afectan el acceso a tales privilegios.

El sistema de privilegios-castigos da lugar a la expresión de ciertas prácticas que Goffman (1992^a) tipifica bajo la denominación de *ajuste secundario*, y que otorgan a los internos la posibilidad de obtener satisfacciones prohibidas, o de alcanzar satisfacciones lícitas por medios prohibidos.

El grado en que el ajuste secundario permite al adolescente el “cierto dominio sobre su medio” que en ocasiones hemos observado, puede estar asociado, no sólo a las condiciones personales del interno, sino también a la modalidad del control o vigilancia institucional que se ejerce sobre los intercambios propios de este tipo de ajuste. Se ha observado, en casos o momentos institucionales, que el control descansa en el arbitrio del personal, es producto de la negociación “mano a mano” con el interno. En otros, este control es institucional, se orienta más hacia los fines de la recuperación, si bien en un marco de disciplinamiento.

Hemos visto que los “esfuerzos de reorganización” del interno son a veces recompensados. El “buen preso”, el que tiene “buena conducta”, accede al goce de privilegios y beneficios. Cuando tal calificación proviene del personal, no de la institución, no se revelan síntomas de cambio, sino más bien un *comportamiento estratégico*, de defensa individual frente al disciplinamiento. En estos casos, la incorporación de una actitud rehabilitante es esporádica y descansa en la capacidad de resistencia del interno.

En uno de los casos, cuando el “buen preso” es así considerado al interior de un programa de trabajo institucional, hemos visto cómo determinados internos han asumido las reglas y sanciones, como un recurso que les ha permitido cuestionar sus hábitos, reorientar su vida. Encontramos el caso de las mujeres, en el que los procesos sólo carcelarios orientados a la “reorganización” tendieron a generalizar la confirmación de las problemáticas subjetividades portadas por las adolescentes en su ingreso a la institución. Esta “casuística”, si bien está como vemos asociada a los diferentes tipos de regímenes de vida que hemos observado, se presenta con mayor o menor peso en todas las instituciones analizadas.

● El “orden” interno conseguido por el ajuste secundario es así muchas veces *ficticio y conflictivo*. Y esto es así por que ese orden, sus reglas y sanciones, han dejado de ser el resultado de las disposiciones formales de la institución correccional, para ser el *producto de luchas y negociaciones*, del intercambio de recompensas por obediencias. Ese orden ha sido significado, actuado y resignificado por los participantes

de la interacción correccional. Ha dejado de ser algo totalmente extraño, para pasar a constituir el “saber compartido” que permite la interacción, una interacción que a veces confirma las pretensiones institucionales, a veces modifica las mismas.

La socialización, en este marco disciplinario, agudiza y da a su vez otra forma a los conflictos y las luchas que son propios a nuestro orden social general. Soterradas y/o explícitas, son las luchas un elemento central a la hora de comprender la constitución de subjetividades e identidades. Es a partir de éstas que nuestros adolescentes confirman su capacidad de agentes, concedores de los códigos internos, partícipes del saber común y de la interiorización de las reglas vigentes y los recursos disponibles, referencias éstas centrales a sus prácticas y objetivos.

Los internos utilizan de modo inteligente ese conocimiento para forzar un espacio donde no hay espacio, para obtener y utilizar tiempos donde éste es limitado y reglado. Incursionan en este sentido por mecanismos de “arreglo” o de confrontación. La amenaza del conflicto colectivo, la perseverancia en comportamientos disruptivos, no son más que estrategias que revelan la capacidad de los sujetos de cuestionar el orden vigente y sus reglas y de producir en él distintas transformaciones. Sostienen así breves actos de desafío anónimo o en masa, que contribuyen a una “reorganización personal” muchas veces distinta de la perseguida por las instituciones correccionales.

Un ejemplo quizás extremo de este “dominio sobre su ambiente”, es el caso de las fugas. Hemos observado las deliberadas estrategias de ciertas/os internas/os orientadas a hacer insoportable su presencia al interior de las instituciones. La obsesión por su libertad fuerza de esta manera a que se “habiliten” sus egresos bajo la forma de traslados o de lo que denominamos “fugas inducidas”; mecanismos por los cuales la institución no contribuye sino a confirmar las habitualidades del interno, arrojándolos a nuevos riesgos, liberándose momentáneamente de los mismos.

La reproducción cultural en las instituciones correccionales

La vida correccional plantea, entendemos, la cuestión de las consecuencias de la acción del Estado sobre los adolescentes/ jóvenes en conflicto con la ley penal. Pero tales consecuencias no son sino el resultado de una red de prácticas animada por los internos mismos y por el personal de las instituciones.

Nuestra perspectiva conceptual parte del supuesto de considerar a todo sujeto, y en particular a nuestros adolescentes/jóvenes como agentes, esto es como individuos entendidos en las reglas y recursos

que contextualizan la interacción. Este entendimiento forma parte del saber común, un saber que no sólo permite la interacción y la comunicación, sino la acción de “otro modo”, una acción que, deliberadamente o no, influye sobre el decurso de la interacción y sobre el plexo de reglas en juego. Creemos haber observado en nuestro trabajo sobre la vida correccional la vigencia de estos presupuestos interpretativos en torno al carácter del sujeto, como también en torno a la relación entre la acción y las estructuras sociales.

El análisis sobre la vida cotidiana al interior de las instituciones, requirió un análisis sobre un escenario de la vida social. En este sentido es que planteábamos que la investigación remitía, desde una perspectiva ontológica, al modo en que la interacción en estos espacios comportaba referirse a los procesos por los que se produce y/o reproduce la cultura, esto es el conjunto de símbolos significantes, de reglas y de recursos institucionales.

Hemos también sugerido que muchas de las acciones, particularmente las que encarnan las instituciones correccionales a través de sus actores, asumen un modo deliberado e intencional. Otras se mueven en el ámbito de la habitualidad. Pero son todas ellas juzgadas como inteligentes, esto es conocedoras de su medio.

En ese marco es que nos proponemos ahora, evaluar desde nuestra perspectiva, como investigadores, el sentido reproductor o productor de la acción analizada. Si algún supuesto pareciera demostrar nuestro análisis, es que los internos no son pasivos frente a las normas y reglas encarnadas en el régimen de vida. Su activismo –confrontativo o negociador–, tiene que ver con mejorar sus condiciones de encierro, con abrir posibilidades a su egreso, con el futuro que prefiguran. Ese activismo tiene también el color casi generalizado del rechazo a tales reglas, materializadoras del disciplinamiento. Hemos observado que ciertos jóvenes aceptan de manera oportunista las actividades que configuran la rutina institucional, ven en ellas la posibilidad de obtener beneficios. Algunos han incluso entablado buenas relaciones con el personal burocrático de las instituciones.

Nos hemos dado así con una amplia diversidad de casos que entendemos puede ser organizada en relación a la manera en que el futuro es percibido por nuestros adolescentes y jóvenes. Podemos esquemáticamente señalar, que un grupo mayoritario de ellos lo entiende como continuidad de sus historias algunos aspiran a “hacer una grande y zafar”, otros a reproducir directamente su carrera delictiva, otros elaboraron proyecciones alternativas sin poder darles alcance. Un grupo pequeño, entiende su futuro como oportunidad para reorientar sus trayectorias.

En buena medida hemos visto asociado a estas expectativas, la mayor o menor reflexividad de los adolescentes y jóvenes. Cuando ésta se manifiesta de una manera clara, el futuro se entiende como una construcción de política de vida, como una oportunidad de reconstrucción de su subjetividad (Touraine, 1998; Giddens, 1998). Se enuncian aspiraciones y necesidades, aún de manera tenue, que indicarían un cuestionamiento a las reglas promotoras de la delincuencia que encarnan las instituciones correccionales.

Sin embargo, en la mayoría de los casos, lo que gana es el estigma y el etiquetamiento. Es tan fuerte esta marca, pero, especialmente, tan confirmatoria la acción de las instituciones correccionales, que los chicos parecieran encaminarse, con sus actos de defensa y protesta, en la dirección de *un proceso de reproducción cultural*, que los devuelve a sus hábitos y prácticas delictivas. En ello interviene sin duda una baja capacidad de reflexión, una cierta incapacidad para deshacerse de sus historias, algo que sólo una de las IC analizadas pareciera interesada en modificar.

Creemos ver en ello un espectro de “consecuencias no buscadas”. La acción intencional de estos últimos chicos, no lleva sino a reproducir la cultura, esto es el conjunto de principios institucionales y de prácticas sociales que generan la exclusión y la desafiliación social. Estas prácticas los inhabilitan para sortear la continuidad de su destino; más bien reproducen su subjetividad e identidad, sus condiciones mismas de vida

La posibilidad de que jóvenes/adolescentes como los que hemos visto interactuar se comprometan en un proyecto reparador de sus trayectorias, no parece depender sólo de su capacidad de resistencia y reflexividad individual. La cuestión de la “delincuencia juvenil” constituye parte de las consecuencias de una sociedad con grados alarmantes de exclusión social, una sociedad que lleva a partes crecientes de la misma, a condiciones de desafiliación social. Una sociedad que produce, el riesgo de la delincuencia para cada vez mayor número de sus jóvenes.

Sólo cuando esta condición de corte más estructural sea asumida por una acción social y colectiva que haga de ella un espacio de lucha por el reconocimiento -primero de los mecanismos que generan su desarrollo, después de aquellos que permitan dar positiva cuenta de los mismos-, habrá un futuro de reparación. La reflexividad individual que hemos observado en algunos casos, debe extenderse a la sociedad y por esta vía al sistema penal. La respuesta social y estatal a la denominada cuestión juvenil, requiere de lo que Giddens ha denominado espacios y prácticas de reflexividad institucional.

La reflexión, como actitud vital e institucional frente al riesgo, está fuertemente ausente en las IC y en el aparato penal del que forman

parte. Existen límites inmensos a la acción estatal que hemos analizado, pero aquellos que impiden superar las incapacidades cognitivas del sistema nos parecen centrales. El carácter selectivo del mismo, la vigencia de arraigados prejuicios y estigmas, la solución predominantemente punitiva, no logran –como expresiones crudas de las relaciones de poder vigentes en este campo–, sino interponer velos al conocimiento y comprensión de la cuestión, y así fuertes obstáculos a la elaboración de respuestas alternativas. Se corre el riesgo de incrementar aún más las distancias entre el Estado, la sociedad misma y los jóvenes en conflicto con la ley. Y sabemos que esa distancia se interpone con mayores límites a los derechos de nuestros jóvenes.

Bibliografía:

BERGER, PETER Y L. LUCKMANN, THOMAS, 1995. *La construcción social de la realidad*. Amorrortu Editores, Buenos Aires.

FOUCAULT, MICHEL, 1995. *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*. Editorial Siglo XXI, Madrid, España.

GEERTZ, CLIFFORD. *La interpretación de las culturas*. Gedisa Editorial, México, 1991.

GIDDENS, ANTHONY, 1995. *La constitución de la sociedad. Bases para la teoría de la estructuración*. Amorrortu, Buenos Aires.

GOFFMAN, ERVING. 1992. *Internados*. Amorrortu, Buenos Aires.

TOURNAINE, ALAIN. 1998. *¿Podremos vivir juntos?* Fondo de Cultura Económica, México.

TURNER, VICTOR. *La selva de los símbolos. Aspectos del ritual Ndembu*. Editorial Siglo XXI, México.

ZAFFARONI, RAÚL. 1991. *Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina*. Ed. Depalma.



LOS PROGRAMAS DE “DERECHO Y DESARROLLO” Y LA REFORMA JUDICIAL EN AMÉRICA LATINA

*Carlos Alberto Lista**

Resumen: Se analizan las políticas de reforma jurídica en Latinoamérica impulsadas por agencias transnacionales (Banco Mundial, BID, AID, etc.), a través de los programas de “Derecho y Desarrollo”, tanto de “primera generación”, centrados en la reforma de la enseñanza jurídica, como de “segunda generación”, referidos a la reforma judicial. Se revisan los objetivos y algunos resultados de dichos programas, vinculándolos a cambios contextuales globales y regionales. El trabajo concluye con reflexiones e interrogantes sobre la compleja relación entre Democracia y Desarrollo en la región y la necesidad de la redefinición de estos conceptos en términos más equitativos y amplios.

Palabras Claves: Derecho y desarrollo - Reforma judicial – Enseñanza Jurídica

I. Los Programas de Derecho y Desarrollo de “primera generación”

En la década del sesenta, declarada como la década del desarrollo por la ONU, se inician los programas de Derecho y Desarrollo, a los que denominaremos de “primera generación”,¹ los que tomaron a la enseñanza jurídica como objeto de reforma y transformación. El contexto internacional estaba dominado por la tensión entre dos polos

* Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (UNC) y Master en Sociología (New York University). Profesor Titular de Sociología Jurídica (Carrera de Abogacía) y de posgrado (Maestría en Sociología) de la UNC. Director del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales (1991-1993). Profesor visitante en las universidades de Lund, Strathclyde, NYU y UNAM. Libros: *Los Paradigmas de Análisis Sociológico* y *La Enseñanza del Derecho y la Formación de la Conciencia Jurídica* (en coautoría con Ana María Brígido). Correo electrónico: clista@ciudad.com.ar.

¹ Esta clasificación es utilizada por autores como César Rodríguez, 2000; Yves Dezalay y Bryant Garth, 2002. Da cuenta de la continuidad entre distintos tipos de programas de exportación e imposición de contenidos jurídicos en América Latina durante casi cinco décadas.

políticos, militares y económicos que competían por mantener y expandir su influencia en todas las áreas del planeta: los EEUU y la URSS. En este prolegómeno del actual proceso de globalización, el muro de Berlín simbolizaba la escisión entre distintas concepciones, la del capitalismo y la democracia, por un lado, y la del socialismo y el estatismo, por el otro.

Los llamados Programas de *Law and Development* destinados a América Latina fueron impulsados y financiados por diversas agencias norteamericanas y transnacionales, entre las que se destacan la AID (*Agency for International Development*), el BID (Banco Interamericano de Desarrollo), la Fundación Ford y el Banco Mundial, a través de la mediación de agencias creadas para elaborar o liderar la ejecución de programas de reforma jurídica.

Tales programas contaron con la participación, el apoyo profesional y el prestigio de instituciones estadounidenses, entre las que se destacan algunas de las principales universidades (Yale, Harvard, Stanford, New York University, Columbia y Wisconsin), el *Internacional Legal Center* (ILC) de New York (posteriormente reemplazado por el *International Center for Law in Development* (ICLD) y la *American Bar Foundation* (Gardner, 1980, p. 8). Como ocurrió antes y volvió a suceder después, el proceso de traslado y difusión contó con la activa participación de actores locales de las sociedades importadoras.

1. La reforma de la enseñanza jurídica: supuestos y el diagnóstico

Los Programas de *Law and Development* se basaron en los supuestos de la Teoría de la Modernización, que en su formulación original, hipotetizaba que el desarrollo industrial en el marco de la economía capitalista estaba asociado con la emergencia de la democracia y de la igualdad social². La ausencia de desarrollo o la debilidad democrática de los países latinoamericanos se debía a la existencia de obstáculos sociales y culturales estructurales que era preciso remover para alcanzar, o al menos acercarse, al modelo que se tomaba como referente, el de las sociedades capitalistas avanzadas y más precisamente los EEUU.

Entre dichos obstáculos figuraban rasgos institucionales dominantes que según los representantes de tal teoría, caracterizan, entre otras, a las sociedades latinoamericanas. Entre estos rasgos subdesarrollantes y no modernos se destacan: un sistema legal excesivamente legalista y formalista que sobrevalora el “derecho en los libros” de legisladores y juristas, por sobre el “derecho en acción” fruto de la activi-

² La literatura sobre el tema es muy extensa. Son ya clásicos los estudios de Seymour M. Lipset (1959), James S. Coleman (1960) y Phillips Curtright (1963).

dad judicial, herencia ésta del derecho civil continental europeo; jueces politizados, corporativos y rutinarios; escasa inversión estatal en la administración de justicia; procesos judiciales excesivamente lentos y caros basados en el expediente; la existencia de "familias judiciales" y "dinastías legales" (Thome, 2000, p. 705). Se interpretaba que, aunque no exclusivamente, la persistencia y reproducción de esta cultura y prácticas legales estaban estrechamente asociadas a la enseñanza jurídica dominante en Latinoamérica: positivista y legalista, acrítica, jerárquica y autoritaria, basada en una pedagogía tradicional, enciclopedista, centrada en el docente y con énfasis en la memorización de textos legales y no en el desarrollo de habilidades reflexivas y prácticas.

Ante tales supuestos y diagnóstico los programas de Derecho y Desarrollo de primera generación se orientaron a intervenir en la educación jurídica, para modernizarla, lo que a través de un adecuado proceso de re-ingeniería jurídica contribuiría a modificar la cultura y prácticas jurídico-políticas y crear condiciones favorables para acelerar y asegurar el desarrollo. Desde otro punto de vista, tales programas constituyeron un mecanismo pacífico y legitimado de intervención política, en uno de sus puntos neurálgicos: las leyes y la administración de justicia.

Desde mediados de los sesenta, Brasil, Chile y Colombia fueron los escenarios privilegiados en los que los programas de la primera generación adquirieron mayor protagonismo e importancia, aunque las estrategias seguidas en cada caso fueron distintas. Algunas universidades receptoras constituyeron el locus de acción de estos programas que propugnaban introducir modificaciones en la enseñanza jurídica, aunque la participación de las mismas fue muy limitada, pues las instituciones norteamericanas mantuvieron el control de los programas³.

2. Los componentes modernizadores de la enseñanza jurídica

Según César Rodríguez (2000, p. 23), los proyectos de reforma implicaron cuatro componentes básicos que contrastaban con la cultura pedagógico-jurídica heredada del modelo continental europeo de las escuelas y facultades de derecho latinoamericanas: a) en oposición a la clase magistral o de cátedra, en las que el docente adquiere un papel central y el alumno adopta un papel pasivo, se intentó imponer el

³ En Brasil, ante el desinterés de las universidades en los contactos iniciales realizados por la Fundación Ford y la AID, se creó un centro de investigación fuera del contexto de las escuelas de derecho existentes; en Chile, las agencias norteamericanas lograron involucrar a tres de las cinco universidades más importantes existentes en el país a mediados de los sesenta; y en Colombia, cinco universidades fueron escogidas por la Fundación Ford, las que aceptaron los planes de reforma (Gardner, 1980, pp. 62, 131 y 192).

método socrático; b) frente a la enseñanza de normas abstractas contenidas en textos legales, preferentemente codificados, se propuso el estudio de casos; c) al derecho concebido como un sistema de reglas formales generales y únicas orientado a limitar la conducta de actores privados y públicos se opuso una concepción instrumentalista del derecho, en la que es usado como herramienta para el logro de objetivos fijados de manera deliberada; y d) consecuentemente con ello, la imagen del abogado como generador y custodio imparcial del orden público intentó ser reemplazada por la del abogado como ingeniero social, como un profesional apto para dar solución a múltiples problemas sociales, a través de la utilización del derecho y la administración de justicia.

El supuesto subyacente de tales programas era que la transformación pedagógica iba a producir una verdadera modificación de la identidad de los egresados y la formación de una conciencia jurídica moderna en los profesionales del derecho, la que operaría expansivamente, a través de un efecto “derrame”, sobre otros aspectos jurídicos y otros campos sociales, todo lo cual no sucedió de la manera esperada.

3. Algunos resultados y sus causas

Ni el método socrático ni el estudio de casos adquirieron la difusión esperada ni produjeron una profunda transformación pedagógica, aunque tampoco fueron inocuos y aún continúan siendo percibidos como objetivos a lograr por las reformas pedagógicas de muchas universidades públicas y privadas en distintos países latinoamericanos. Sin embargo, no se ajusta a la realidad afirmar que los Programas de Derecho y Desarrollo iniciados en los sesenta no tuvieron logros y aciertos. Resultado de ello son la fundación de algunas prestigiosas instituciones y la crítica pedagógica de las debilidades del sistema tradicional de enseñanza jurídica. El método socrático y el estudio de caso fueron incorporados como instrumentos pedagógicos de varias instituciones y continúan siendo discutidos como instrumentos útiles y recomendables para equilibrar los excesos y déficit de la cátedra y la enseñanza jurídica de tipo magistral y dogmática. Cuando se habla de fracaso se hace referencia sobre todo a la ineficacia que en general tales programas tuvieron para instrumentar un proceso de cambio estable y autosostenido.

Entre las principales causas de la ineficacia de los programas de reforma de la enseñanza jurídica, se pueden mencionar:

- a)** De diseño: ingenuidad, etnocentrismo, subestimación de la resistencia de las culturas receptoras, intereses académicos y profesionales

A mediados de los setenta, David Trubek y Marc Galanter (1974) anunciaban el fracaso de los Programas de Derecho y Desarrollo, expli-

cando su ineficacia por la ingenuidad y el etnocentrismo con los que habían sido concebidos y conducidos. Luis Salas (2001, p. 19), coincidentemente con estos autores, sintetiza los factores que habrían favorecido el fracaso de los Programas de Derecho y Desarrollo de primera generación. A la visión ingenua y etnocéntrica de los reformistas exportadores, fuente de una excesiva confianza en la posibilidad de trasplante del modelo norteamericano, se agrega la subestimación de la capacidad de resistencia defensiva de las culturas legales receptoras, a la vez que, no se previó el impacto económico y político que las reformas podrían tener sobre los intereses de las elites locales.

Otro factor importante para comprender la ineficacia de las reformas es el poder que las corporaciones académicas y profesionales ejercen en el campo jurídico, así como, cuando las hay, el de las organizaciones estudiantiles que participan en los gobiernos de las universidades.

b) De contexto: colapso democrático, crecimiento de la desigualdad social, ausencia de desarrollo

La discontinuidad de los programas de reforma de la enseñanza jurídica en América Latina se explica también por variables contextuales que definieron la realidad social, política y económica de la región a partir de mediados de la década del sesenta y especialmente durante los años setenta.

Los intentos de renovación de la enseñanza jurídica se produjeron paralelamente a importantes transformaciones socio-políticas en la región que contradecían los supuestos e hipótesis de la Teoría de la Modernización en general, y de los programas de Derecho y Desarrollo en particular. En sociedades de desarrollo tardío y periférico, como suelen clasificarse a las latinoamericanas, el avance del libre mercado y el industrialismo coincidió con el colapso de la democracia y el crecimiento de la desigualdad social (Collier, 1979, pp. 3-4).

Los procesos desencadenados por los golpes militares de Brasil (1964), Argentina (1966 y 1976), Chile (1973) y Uruguay (1973), entre los más graves, mostraron escenarios muy diferentes a los previstos y prescriptos por la Teoría de la Modernización. El desarrollo económico se escindió del estado democrático de derecho y los regímenes militares actuaron fuera y en contra del derecho y la protección de las garantías individuales. Más aún democracia y juridicidad comenzaron a ser vistos como obstáculos para el desarrollo. Los gobiernos atacaron a sus sociedades y adoptaron una forma tecnocrática, burocrática y autoritaria de hacer política (O'Donnell, 1973 y 1979; Juan Linz, 1975; David Collier, 1979), opuesta a las prácticas de la política democrática, tanto formal como sustantiva. La forma burocrático-autoritaria de gobierno y hacer

política propugnaba la “despolitización” de la sociedad y la eliminación de la competencia electoral, como una forma de control de los vastos sectores excluidos, en particular los identificados como populares y problemáticos. La base social de los gobiernos burocrático-autoritarios estuvo dada por la alta burguesía oligopolizada y transnacional (O’Donnell, 1979, pp. 292-293). La exclusión económica se complementó con la exclusión política y jurídica, completando un estrecho círculo violento.

El mapa del resto de América Latina no era más esperanzador. Regímenes militares de distinto tipo se mantenían en Perú, Paraguay, Ecuador, Bolivia, Panamá, Honduras, Guatemala y El Salvador. En México, el PRI ejercía un gobierno autoritario no militarizado, sin alternancia con otros partidos políticos.

En este marco, los programas de transformación de la enseñanza jurídica aparecieron como anacrónicos y contradictorios, no sólo con respecto a la violación del estado de derecho, la democracia y los derechos humanos de los países receptores, sino con la política exterior adoptada hacia la región por el Departamento de Estado de los EEUU.

Es importante recordar que los programas de *Law and Development* formaron parte de la política exterior más amplia de los EEUU en la promoción del libre mercado y de una manera, con frecuencia, poco coherente de la democracia, como fueron por ejemplo, los proyectos de asistencia para mejorar la capacidad de las organizaciones policiales y militares de países extranjeros “para combatir el crimen y reprimir los movimientos potencialmente revolucionarios” (Salas, 2001, p. 19), eufemísticamente denominados “programas de seguridad pública” (*public safety programmes*), financiados, entre otras agencias, por la AID (idem, pp. 20-21). En varios países latinoamericanos, bajo la influencia de la “doctrina de la seguridad nacional”, la búsqueda de desarrollo económico a través del libre mercado se escindió de la democracia, aún en sus aspectos formales, y el estado de derecho colapsó, mientras que en la amplia mayoría se mantuvo severamente amenazado.

Resulta comprensible, entonces, que las contradicciones manifiestas de la política exterior de los EEUU hacia Latinoamérica, respecto de los valores de la democracia y el valor de la “regla de derecho”, combinado con el creciente descontento social y la emergencia de movimientos guerrilleros en el contexto de la guerra fría, generasen descrédito y desconfianza hacia los programas de Derecho y Desarrollo, orientados a reformar la educación jurídica siguiendo el modelo de los EEUU⁴.

⁴ Esto ocurrió aun en países moderados, como es el caso de Costa Rica, en el que el proyecto de reforma jurídica fue criticado y eliminado de la escuela de derecho de la Universidad de Costa Rica (Salas, 2001, p. 19). Por su parte, las denuncias sobre abusos en los derechos humanos, surgidos directamente de la aplicación del “programa de seguridad pública”, provocaron la reacción negativa de la prensa y el congreso estadounidenses.

A principios de los setenta resultaba claro que las predicciones de la Teoría de la Modernización no eran factibles y que los resultados buscados por los programas de Derecho y Desarrollo no se cumplirían. Mientras muchos países de la región se sumergieron en dictaduras militares y la violencia se magnificaba, el desarrollo económico parecía cada vez más inalcanzable, a la par que aumentaba la brecha entre países ricos y pobres. Los derechos humanos eran visiblemente violados ante la indiferencia anuencia de los potencias extranjeras; la mayoría de la población fue desprotegida por el estado y lo que es peor sometida a distintas formas de violencia por gobiernos ilegales e ilegítimos. El estado de derecho y "*the rule of law*" fueron consistentemente desprestigiados y reducidos a un existencia fantasmal.

Los eventos socio-políticos y económicos que tuvieron lugar en Latino América desde mediados de la década del sesenta que contradecían los supuestos e hipótesis de la Teoría de la Modernización, obligaron a reformularla, ya que en las llamadas sociedades de desarrollo tardío, el avance de la industrialización y el libre mercado coincidió con el colapso de la democracia y el crecimiento de la desigualdad social (Collier, 1979, pp. 3-4). Como respuesta y reacción a aquella teoría surgieron propuestas alternativas de distinto signo que reformularon el concepto de desarrollo y reformularon la relación entre éste, la democracia y el estado de derecho.

II. Los Programas de Derecho y Desarrollo de "segunda generación": del aletargamiento al renacimiento de los programas de Law and Development

La Teoría del Desarrollo inspirada en la Teoría de la Modernización no desapareció después de los setenta, más allá del desencanto y la no factibilidad de implementar programas inspirados en ella en un contexto agitado por enfrentamientos ideológicos, violencia social y terrorismo de Estado. Fue una etapa de aletargamiento, después de la cual, en condiciones socio-políticas más favorables, los programas fueron revitalizados. Diversos factores, algunos globales y otros regionales, convergieron para favorecer el resurgimiento de dichos programas.

A nivel global, el colapso de la URSS y el acelerado proceso de democratización de las ex repúblicas socialistas, no sólo eliminaron la confrontación entre superpotencias, sino que alimentó un creciente optimismo en la democracia y el libre mercado. La globalización económica y la transnacionalización del capital y el crecimiento de empresas y redes multinacionales fortalecieron y contribuyeron a difundir la creencia occidental en la superioridad de la democracia y el capitalismo y en la inevitabilidad de la integración global, política y económica, bajo el signo de la combinación de ambas formas de organización y división del trabajo.

A nivel regional, en Latinoamérica, se produjo un cambio del escenario político que contribuyó a focalizar la atención en el estado de derecho y la administración de justicia, ante el fracaso y colapso de los gobiernos militares, lo que dio lugar a procesos nacionales de redemocratización.

En el campo más específicamente jurídico-político, dos fueron las causas que favorecieron el cambio de época, uno fue el crecimiento del movimiento de los derechos humanos (Rodríguez, 2000; Salas, 2001, Carothers, 2001, p. 5) y el otro, el renovado interés del gobierno de los EEUU por intervenir en los sistemas judiciales latinoamericanos a través de procesos de reforma (Carothers, 2001, pp. 5-6).

Por un lado, el proceso de redemocratización post dictadura militar vigorizó el movimiento de los derechos humanos, el que dedicó atención preferencial a lo que luego se denominó “justicia transicional”, la que consiste en proveer a los nuevos gobiernos democráticos de herramientas jurídico-políticas para castigar abusos del pasado. Si bien el debate se manifestó desde un comienzo como fundamentalmente político, el mismo se desarrolló sobre la base de argumentos jurídicos, en el que el derecho y la administración de justicia ocupan un lugar central.

Por otro lado, aun aquellas instituciones más próximas a la Teoría de la Modernización replantearon sus estrategias y objetivos. Tal es el caso de la AID, uno de los actores emblemáticos de los programas de la primera generación, que hacia mediados de los ochenta decidió desarrollar nuevos programas orientados a la reforma judicial en Centro América. No sin conflictos y tensiones internas, la AID comenzó a financiar un programa de reforma judicial en El Salvador, entonces inmerso en severos conflictos políticos internos. Con el apoyo del Congreso de los EEUU la iniciativa se extendió luego a otros países centroamericanos y caribeños de habla inglesa y posteriormente a seis países sudamericanos⁵ (Salas, 2001, pp. 20-21; Carothers, 2001, p. 6). Hacia fines de la década del ochenta la Agencia comenzó a desarrollar programas bilaterales⁶ en diversos países.

Los primeros programas se justificaron como respuesta al “incremento en las violaciones a los derechos humanos y la policía” y se concentraron en la modernización de los sistemas judiciales y policiales. Éstos servirían de prolegómeno al surgimiento de la se-

⁵ Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú, Venezuela y Uruguay.

⁶ Argentina, Bolivia, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela. Para un examen más detallado de las políticas de la AID sobre reforma judicial en Latinoamérica y una descripción de los contenidos de los programas, ver Margaret J. Sarles (2001), José Alvarez (1991, pp. 287-332) y Thomas Carothers (1991, cap. 6).

gunda generación de proyectos de Derecho y Desarrollo (Rodríguez, 2000, p. 29).

1. El objeto de reforma: la modernización de la administración de justicia

Estos programas, suelen ser analizados como formando parte de una nueva forma de transformación jurídica, que algunos autores identifican bajo el rótulo genérico de "Rule of Law (ROL) Movement" (Salas, 2001; Carothers, 2001). Optamos por mantener la denominación Derecho y Desarrollo, pues las continuidades y semejanzas de los nuevos programas con los anteriores son más importantes que las diferencias.

a. Continuidad y semejanza

Una de las principales semejanzas entre ambas generaciones de programas es que comparten los supuestos de la Teoría de la Modernización, entre otros que el subdesarrollo resulta de la existencia de obstáculos estructurales e internos de las sociedades, los que pueden ser superados si se sigue el camino de crecimiento económico de los países desarrollados. Dentro de este esquema reconocen que el modelo económico viable es la economía basada en la empresa privada y la libertad de mercado y que el sistema jurídico que le es funcional es el legalismo liberal formal (Rodríguez, 2000, p. 31). Finalmente, que la función del derecho es la de construir, reforzar y expandir un contexto institucional favorable al desarrollo concebido en tales términos. Si bien se mostró mayor interés por la participación de actores locales, se mantuvo una visión y estrategia "desde arriba", desde los técnicos y planificadores.

b. Distanciamiento y diferencias

Algunas de las principales diferencias –a veces de matices– entre ambas generaciones de programas son las siguientes (Salas, 2001, pp. 21; Dakolias, 1996, p. 69);

- 1) Las escuelas de derecho dejaron de ser agencias primarias de implementación de los mismos (recordemos que el objetivo de cambio dejó de ser la educación jurídica). Los fondos fueron adjudicados a agencias consultoras radicadas en Washington⁷;
- 2) Se utilizaron primariamente expertos latinoamericanos y no norteamericanos;
- 3) El objetivo dejó de ser la reforma de la educación jurídica y no se proveyó asistencia a las facultades y escuelas de derecho latinoamericanas; la educación jurídica pasó a ser uno de los

⁷ La excepción estuvo dada por el Proyecto de Justicia Penal entre Guatemala y la Universidad de Harvard, la que posteriormente se apartó del mismo.

elementos de los programas de reforma judicial (Dakolias, 1996, p. 69), en función de las demandas de formación del personal judicial y los profesionales del derecho que plantea el cumplimiento de los objetivos políticos y económicos; el interés en la educación jurídica se torna indirecto;

4) Se evitó tomar como objetivo de la reforma el diseño de leyes (*law drafting*), con escasas excepciones;

5) La iniciativa de reforma fue encaminada de modo independiente por el gobierno de los EEUU, que en los programas anteriores había actuado asociado con importantes fundaciones privadas como la Ford y la Rockefeller;

6) Se limitó la participación de organizaciones no gubernamentales y se privilegió, en cambio, el vínculo con agencias gubernamentales;

7) La asistencia legal pública fue prácticamente ignorada en los primeros proyectos;

8) Los planificadores norteamericanos vieron la reforma del sector judicial como una “empresa sistemática en la que todos los actores del sistema tenían que ser incluidos en la reforma” (Salas, 2001, pp. 21-22). Se mostró interés en la participación y cooperación de las comunidades locales en el desarrollo de los programas (Dakolias, 1996, p. 69) y en la generación de consenso, aumentando el involucramiento y la participación de ONGs, autoridades judiciales y gobiernos locales, así como de fundaciones privadas.

2. Principales actores. Metas y estrategias

Además de los EEUU, los actores globales más importantes son el Banco Mundial y el BID, seguidos por la AID, a lo que se suman el Programa de la Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), el Programa de las Naciones Unidas para el Control de los Estupefacientes y los gobiernos de Alemania, España, Francia, Gran Bretaña e Italia, los que financiaron proyectos de reforma en los noventa (César Rodríguez, 2000, p. 30).

Se observa incluso una división del trabajo entre las agencias que financian los proyectos: el Banco Mundial y el BID tienden a concentrar sus esfuerzos en la reforma del campo jurídico civil y comercial; los gobiernos europeos priorizan los programas de promoción de derechos humanos y la AID tiende a concentrarse en la reforma del sistema judicial penal y de la policía (*idem*).

Los intereses que evidencian las agencias en programas de distinto tipo resultan indicativos de los propósitos que persiguen: el fortalecimiento del libre mercado, la promoción de los derechos humanos de algunos sectores sociales y el aumento de la seguridad.

Como lo afirman Domingo y Sieder (2001, pp. 149-150), las organizaciones transnacionales, especialmente el Banco Mundial, de acuerdo a las marcha de los acontecimientos económicos, políticos y sociales, en el marco de su propia concepción de *governance*, fueron paulatinamente comprendiendo las complejidades del desarrollo, entendido como crecimiento económico dentro del modelo neoliberal y la democracia.

A principio de los noventa se argumentaba que la debilidad del crecimiento económico estaba obstaculizada, entre otras cosas, por factores institucionales internos de los países, resultado de instituciones estatales ineficientes, no confiables y sin transparencia. De sostener exclusivamente objetivos económicos se paso a apoyar la reforma y modernización del sector público. De esta manera, se pretendía crear un marco adecuado para la economía de mercado procurando seguridad jurídica, confianza en la regla de derecho y predictibilidad.

Hacia fines de los noventa se produce un nuevo giro, ante los resultados sociales del modelo económico dominante, que genera mayor desigualdad interna e internacional, exclusión de amplios sectores de la población, creciente endeudamiento de las economías nacionales y regionales, fragmentación social, crisis económicas nacionales periódicas (como en el caso de México, Brasil y Argentina) y consecuentemente, agitación social, inseguridad y delincuencia. Esta combinación de factores afecta la *governance* de los estados nacionales por lo cual se comienza a pensar en programas que promuevan reformas más participativas, en respuesta a las crecientes demandas sociales ante el estado, para que éste ofrezca algún tipo de política de contención a la creciente pobreza y marginación social. Algunos actores internacionales, con una clara orientación hacia el mercado y a la reducción del estado, comienzan a pensar en la necesidad de incorporar a la sociedad civil, volviéndose más sensibles hacia la democracia, la regla de derecho y la consulta y participación de algunos actores sociales antes ignorados, como las ONGs. La apelación a la participación, la democracia y la igualdad de los nuevos programas opera más como contrapeso de la visión y objetivos marcadamente economicistas que inspiran a la mayoría de los programas, lo que procura su legitimación en las sociedades receptoras.

3. La diversificación de la agenda

Los cambios de contexto que tuvieron como consecuencia giros y variaciones en matices de las políticas de los actores globales, así como la diversidad de éstos, dieron lugar a una agenda múltiple de programas, cuya descripción resulta difícil de realizar sin apelar a algún tipo de clasificación que los sistematice y facilite la comprensión de la

dirección y el tipo de reforma que proponen.

Con tal objetivo, utilizando como principales criterios clasificatorios las metas de transformación que pretenden alcanzar y las estrategias priorizadas por los programas, se presentan a continuación algunas categorías elaboradas a partir de documentos de las principales agencias y trabajos que describen los proyectos financiados por ellas (Cesar Rodríguez, 2000; Thome, 2000; Salas, 2001; Carothers, 2001; Sables, 2001; Dakolias, 2001; Biebesheimer, 2001; Domingo y Sieder, 2001).

Es importante advertir que un mismo programa puede proponer el logro de distintas metas a través de diversas estrategias, por lo cual puede ser incluido en más de una categoría. Asimismo, es probable que por su especificidad, algunos programas no puedan ser incluidos en la clasificación que presentamos. Por ambas razones, las categorías de la siguiente clasificación no son recíprocamente excluyentes ni exhaustivas.

a. Promoción de condiciones para fomentar el desarrollo económico en general, y en particular, incrementar la inversión extranjera, el crecimiento del sector privado en general y fortalecer el libre mercado. Sin lugar a dudas esta ha sido, explícita o implícitamente, una meta privilegiada y constante de la amplia mayoría de los programas, a la que se subordinan otras.

La seguridad y previsibilidad jurídicas para los negocios sería una condición que engloba diversos objetivos, tales como la reforma de los mercados por vía legal, el cobro eficiente de deudas, el cumplimiento de obligaciones contractuales y la protección del derecho de propiedad, para citar los más frecuentes.

El Banco Mundial es uno de los actores externos más activos en este tipo de programas. Las políticas iniciales que orientaron las reformas a nivel macro y la elaboración de leyes fundamentales para el funcionamiento del libre mercado fueron reemplazadas por políticas de mejora de la eficiencia y la competencia de los sistemas judiciales, tal como ocurrió en Bolivia, El Salvador, Perú y Venezuela, entre otros países.

Relacionados a la meta general de promoción del desarrollo económico en términos de mayor crecimiento se plantean objetivos de reforma judicial como:

a.1 **Promover la independencia del poder judicial**, para lo cual se proponen, entre otras cosas, incorporar reformas legislativas y administrativas para la evaluación, designación y promoción de empleados, funcionarios y magistrados del poder judicial a través de procedimientos de selección objetivos, independiente y meritocráticos. Asimismo, introducir nuevas instituciones, como los “consejos superiores de la

judicatura", "encargados de administrar" con autonomía "el presupuesto y organización del sistema judicial" (Rodríguez, 2000, p. 36).

a.2 **Mejorar la administración de los despachos judiciales**, reduciendo el número de procesos pendientes, la lentitud de los procesos y el abarrotamiento de causas, a través de medidas como la modernización de la infraestructura y los métodos administrativos, la reforma de los códigos de procedimientos para reducir formalidades que agravan las demoras y en general, el mejoramiento del funcionamiento de las principales instituciones estatales directamente involucradas en elaborar, implementar y ejecutar las leyes (cortes, fiscales, defensores públicos, policía y prisiones).

a.3 **Formar y capacitar a los integrantes del poder judicial**. Este componente, presente en algunos programas, apunta por ejemplo a crear escuelas judiciales y/o mejorar la educación jurídica en las escuelas y facultades de derecho, a través de la revisión y modernización de planes de estudios y la renovación pedagógica (clínicas jurídicas, estudio de casos, resolución de problemas, etc.).

b. Fortalecer la estabilidad y consolidación de la democracia liberal a través un poder judicial independiente y eficiente, capaz de controlar las acciones del ejecutivo y legislativo. Desde mediados de los noventa, los organismos bancarios multilaterales comenzaron a mostrar un creciente interés por el mejoramiento de lo que se ha dado en llamar *governance* en los países donde operan las reformas y "eventualmente lograr democracia" (Salas, 2001, p. 23).

c. Incrementar el acceso al sistema judicial de los ciudadanos en general y de los sectores marginados, en particular. Este componente de algunos programas de Derecho y Desarrollo produce diverso grado de adhesión y entusiasmo entre los analistas. Por un lado, no constituye una meta primordial en comparación con las dos anteriores, pero insufla un aspecto de equidad social a algunos programas y busca un contrapeso democrático al énfasis que la mayoría de los programas ponen en favorecer el libre mercado. Podría ser divididos en dos subtipos:

c.1 promoción de **formas alternativas de resolución de conflictos**. Este componente ha sido el más atractivo de este tipo de programas, por ofrecer alternativas ante la lentitud y la corrupción que caracterizaría al sistema judicial. La estrategia preferida ha sido fomentar el arbitraje y la mediación.

c.2 **defensa pública legal**. Este ha sido un componente menos atendido y más bien excepcional, focalizado, especialmente en la asistencia para la defensa legal de los pobres en los casos penales. Ejemplo, el AID (Salas, 2001, p. 27). Dentro de este subtipo podemos ubicar los

“programas de asesoría jurídica popular o centros de conciliación y mediación en zonas marginales de las grandes ciudades, tales como las llamadas ‘casas de justicia’ de Colombia y Guatemala” (Rodríguez, 2000, 36). Algunos programas piloto excepcionales han tenido como objeto brindar servicios legales a mujeres, pequeños negocios y poblaciones indígenas.

d. Reforzar los mecanismos de control social Los programas podrían clasificarse dentro de dos subtipos:

d.1 en lo interno, **mejorar la capacidad de los jueces y fiscales para castigar ciertos tipos de delitos**. Una parte importante de programas, especialmente los financiados por la AID (y en menor medida por el BID), procura “fortalecer los juzgados y las cortes penales y mejorar las técnicas de investigación de delitos” (Rodríguez, 2000. p. 36), así como modernizar la policía.

d.2. en lo externo, **combatir ciertos delitos transnacionales**, como el tráfico de drogas y lavado de dinero. Los EEUU y otros actores externos financian estos programas (Carothers, 2001, p. 11).

e. Introducir cambios normativos y diseño legal. Una de las principales agencias ha sido el AID, principalmente “la modernización de los códigos de procedimiento penal, debido al impacto negativo que éstos códigos anticuados tenían sobre los derechos humanos y el aumento de la demanda popular para combatir crecientes tasas delictivas” (Salas, 2001, p. 26). Actualmente, la reforma de los códigos sería más la regla que la excepción. Muchos países cambian de formas inquisitivas a formas acusatorias similares a las de los países del *common law*.

El transplante de formas legales extranjeras fue y sigue siendo motivo de las críticas más severas a los programas de primera y segunda generación de *Law and Development*, especialmente por no tener en cuenta la idiosincrasia de las comunidades locales y de las culturas receptoras (David Trubek, 1990; María Dakolias, 1995).

f. Fortalecer el papel de las asociaciones de abogados (Rodríguez, 2000, p. 36 y Carothers, 2001, p. 7), especialmente con relación a la función disciplinaria y para establecer estándares éticos en el ejercicio de la profesión. Este es un componente menor de los programas de Derecho y Desarrollo.

g. Diagnósticar y evaluar. Fundamentalmente, como resultado de los inconvenientes de los Programas de Primera Generación, las agencias transnacionales como el Banco Mundial, el BID y la AID han

enfaticado que las políticas de reforma en los países receptores se deben basar en diagnósticos evaluativos previos.

Estos, rara vez han sido realizados de manera exhaustiva por las agencias, que a veces se han limitado a rápidos viajes de consultores. También se ha ignorado la existencia de diagnósticos evaluativos realizados por otras agencias. Tal es el caso del Banco Mundial.

h. Apoyo a las ONGs y movimientos de base que tienen por objetivo de acción la promoción de los Derechos Humanos. No deja de ser una categoría importante, no necesariamente compatible o alineada con las metas de los programas de las categorías anteriores. En algunos casos los programas se orientan a generar una conciencia contrahegemónica.

Desde perspectivas alternativas, orientadas al desarrollo de la sociedad civil, algunos programas plantean reformas desde abajo, con miras hacia una mayor democratización en términos participativos. Algunos de ellos comenzaron en la década del ochenta, antes los abusos de los gobiernos militares y civiles autoritarios, continuaron durante el período de redemocratización posterior y se proyectan hasta la actualidad, ante algunos efectos del modelo económico dominante, con una agenda más diversificada. Este campo está liderado por otro tipo de actores internacionales, como son, por ejemplo organizaciones de ayuda de algunos países nórdicos, Alemania e incluso la Fundación Ford. Esta categoría incluye una gama variada de estrategias de promoción (Carothers, 2001, p. 9-10), como son, por ejemplo:

h.1 apoyo legal y ayuda a grupos a favor de los DDHH.

h.2 clínicas de ayuda legal a los sectores más carenciados en temas como vivienda, derechos de los inmigrantes, mujeres, etc.

h.3 entrenamiento de periodistas que cubren temas legales.

h.4 mejoramiento del tratamiento penal por el sistema penitenciario.

h.5 fortalecimiento del derecho de las mujeres, de los pueblos indígenas, de los pobres y referidos a otros temas vinculados con la desigualdad y la marginación.

III. Algunos resultados, reflexiones e interrogantes

1. Resultados

En primer lugar, muchos indicadores permiten afirmar que el desarrollo en término de crecimiento en la región es altamente asimétrico y que no ha dado lugar a sociedades más justas, ni más satisfechas. Por el contrario, exclusivamente definido en términos de crecimiento económico, ha generado muchas tensiones a nivel local, que afectan la profundización y sostenimiento democrático en senti-

do amplio, dificultando el logro de una visión también amplia de *governance*. El mercado y el sector privado no generaron más ni mejores trabajos, sino lo opuesto, desempleo, subocupación, crecimiento del mercado informal y precarización del trabajo; el estado aparece atrapado entre las demandas y presiones globales vehiculizadas por organismos que representan intereses transnacionales y las demandas locales, generadas por algunos efectos negativos de la misma globalización. Forzado a pensar globalmente debe actuar localmente. Por su parte, la sociedad civil, con dificultades y fragmentariamente promueve la participación de grupos y sectores que reclaman frente al mercado y el estado. En este contexto, el derecho y la justicia aparecen en el centro de tales tensiones con formas residuales, actuales y emergentes.

En segundo lugar, el discurso que reduce desarrollo a crecimiento económico sin atender a la distribución de la riqueza, la democracia a su versión formal y elitista y el derecho y la justicia a la función instrumental, regulativa y facilitadora de tal desarrollo y esta democracia, si bien dominantes, no aparecen como hegemónicos.

Latinoamérica ha generado discursos y prácticas jurídicas, políticas y económicas alternativas, que se reflejan en distintos y complejos procesos, como son, entre otros: a) los procesos políticos inéditos y las nuevas las formas de entender el derecho y sus prácticas, que tienen como protagonistas a los movimientos indigenistas y a los pueblos originarios de América Latina; b) el rescate de la memoria, para sanear el pasado y de la creatividad para imaginar un nuevo futuro, que plantearon las violaciones de los derechos humanos, manteniendo la necesidad de pensar nuevas soluciones jurídicas y políticas; c) el fenómeno migratorio, que ha generado nuevos espacios sociales transnacionales, situaciones jurídicas también inéditas y fenómenos económicos sobre los que debemos reparar, incluso para repensar el desarrollo⁸.

En tercer lugar, con referencia específica a los Programas de Derecho y Desarrollo, se puede concluir que: a) los procesos de exportación-imposición jurídica generados desde arriba y el centro si bien mantienen su adhesión a ciertos postulados y metas, se han visto obligados a adaptar las propuestas como consecuencia de una globalización asimétrica que beneficia a algunos y excluye a muchos. Son cam-

⁸ Informes del BID plantean que el dinero ingresado a sus países de origen por los emigrantes de América Latina y el Caribe en el año 2006 superó a las inversiones extranjeras anuales directas y al total de la asistencia para el desarrollo. A nivel micro y de manera espontánea, los migrantes y sus familias generan estrategias de supervivencia que a nivel macro tiene un alto impacto en la transferencia de capitales desde los países desarrollados, produciendo un efecto económico cuya importancia no ha sido suficientemente considerada.

bios de estrategia, a corto y mediano plazo, más de formas, que de contenidos y objetivos.

Los resultados de los programas han sido parciales y desparejos y en muchos casos han sido superados por la fuerza del contexto y por la resistencia de las culturas y estructuras jurídicas locales. Uno de los problemas que enfrentan consiste en que, con frecuencia, promueven objetivos que muestran contradicciones (como desarrollo-democracia, eficiencia judicial-acceso a la justicia, control social-derechos humanos, etc.)

Faltan, asimismo, buenos y completos diagnósticos iniciales y evaluación de los resultados. La mayoría de los programas no cuentan con un seguimiento adecuado que permita evaluar el uso del dinero invertido y el grado de cumplimiento de las metas en el mediano y largo plazo. Evidencia irresponsabilidad, problemas de *accountability* y falta de transparencia tanto de las agencias que hacen los préstamos, como de los gobiernos que se endeudan. Se observa, también, falta de coordinación entre las agencias y programas, con multiplicación de esfuerzos.

Finalmente, a pesar de algunos esfuerzos, no se promueve el suficiente involucramiento de los sectores e instituciones a los que se dirige la reforma, por prevalecer una visión tecnocrática y jerárquica. Mientras las reformas no cuenten con el involucramiento activo de los propios actores locales, que permita a éstos percibir el beneficio de lograr un sistema judicial fuerte e independiente, su impacto en el largo plazo será escaso. (Salas, 2001, pp. 29-32).

2. Reflexiones

Los programas de Derecho y Desarrollo que propician reformas de los sistemas judiciales, en particular los de las agencias transnacionales de desarrollo inspiradas en el modelo neoliberal, muestran una clara falta de alteridad y disposición a incorporar la perspectiva de otras culturas. Se diagnóstica apriorísticamente que el problema reside en los países receptores, o que éstos son en sí mismos el problema, sin visualizárselos como recurso para la solución. Como contra cara, los países exportadores son pre definidos como proveedores de soluciones y no como parte, a veces, del problema, tal como ocurre con el tema de la pobreza, la corrupción, el narcotráfico, el lavado de dinero y el terrorismo.

Resulta preciso repensar el significado de conceptos como "desarrollo", "estado de derecho", "gobernabilidad", "democracia" y "regla de derecho" en términos más amplios y equitativos. Está demostrado que las reformas que impulsan intereses desde arriba y desde el centro, siguiendo modelos abstractos son, ineficaces y distorsivas en el largo

plazo. Es necesario articularlas con perspectivas y prácticas que atiendan las necesidades concretas de la periferia, con visiones de cambio y reforma desde abajo.

Para arbitrar soluciones estables en el mediano y largo plazo, los problemas sociales y jurídicos no deben ser reducidos a visiones técnicas. Tanto los problemas como las soluciones jurídicas son políticos y su traducción a discursos técnicos tiene por resultado (buscado o espontáneo) el enmascaramiento de su verdadero carácter, la elaboración de diagnósticos de síntomas y malestares y el ocultamiento de las soluciones.

Finalmente, sería aconsejable dar mayor importancia a los sectores del derecho y la justicia que ocupan un lugar secundario en las reformas, como por ejemplo el derecho laboral o el acceso a la justicia por las mujeres, los niños, los jóvenes, los ancianos, los indígenas, los pobres, los migrantes, las minorías sexuales, para citar sólo algunos sectores. Resulta crucial no pensarlos como poblaciones problemáticas, destinatarias de mayores controles sociales, sino como sectores activos de la sociedad y sujetos de derechos.

3. Interrogantes

Lo expresado plantea interrogantes que sería necesario debatir con relación al vínculo existente entre democracia, desarrollo, derecho y justicia. Entre otros: ¿En los países y regiones de desarrollo periférico es factible la estabilidad democrática y el estado de derecho sin algún grado de democratización global?

¿La promoción del desarrollo concebido en términos estrechos es compatible con el modelo de democracia participativa y la defensa de los derechos humanos? ¿Existen formas de síntesis de estos objetivos? ¿Es posible una democracia sustentable sin desarrollo en un sentido amplio?

Los problemas que afectan los términos de una relación suelen estar en el vínculo y por lo tanto, las soluciones deben encontrarse en el vínculo, en el contrapeso, la alteridad y la reciprocidad; en las tensiones y conflictos que vinculan a los sectores globalizantes con los globalizados, al Norte con el Sur, a quienes imponen formas y modelos jurídicos con quienes son receptores de ellos. Pensando en el vínculo pueden emerger formas creativas y originales de soluciones jurídico-políticas.

La equidad, la libertad, el desarrollo y la democracia no son una dádiva, ni un milagro, sino resultado de formas de abordar los problemas como comunes, como consecuencia de las relaciones de poder que vinculan a los seres humanos, los países y las regiones y no consecuencia del Mal, el Destino o la Naturaleza perversa de indivi-

duos y pueblos, como suele mencionarse de manera más o menos explícita en múltiples diagnósticos y discursos. En definitiva, como una consecuencia de la política, de la distribución del poder global y su gobierno, que tanto tienen que ver con las formas del derecho y la administración de justicia en Latinoamérica y en todas las latitudes.

Bibliografía.

ALVAREZ, JOSÉ (1991). "Promoting the 'Rule of Law' in Latin America: Problems and Prospects", *George Washington Journal of International Law and Economy*, vol. 25, pp. 287-332.

BIEBESHEIMER, CHRISTINA (2001). "Justice Reform in Latin America and the Caribbean: the IDB Perspective" en Pilar Domingo y Rachel Sieder (comp.) *Rule of Law in Latin America: The International Promotion of Judicial Reform*. Londres: Institute of Latin American Studies, University of London, pp. 99-141.

Carothers, Thomas (2001). "The Many Agendas of Rule of Law Reform in Latin America", en Pilar Domingo y Rachel Sieder (comp.), *Rule of Law in Latin America: The International Promotion of Judicial Reform*. Londres: Institute of Latin American Studies, University of London, pp. 4-16.

— (1991). *In the Name of Democracy: US Policy Toward Latin America in the Reagan Years*. Berkeley: University of California Press.

COLEMAN, JAMES S. (1960). "Conclusión: The Political System of the Developing Areas", en Gabriel A. Almond and James A. Coleman (comp.) *The Politics of the Developing Areas*. Princeton, New Jersey: Princeton University Press.

COLLIER, DAVID (comp.) (1979). *The New Authoritarianism in Latin America*. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, pp. 3-16 y 19-32.

CUTRIGHT, PHILLIPS (1963). "National Political Development: Measurement and Analysis", *American Sociological Review*, 27, April, pp. 253-264.

DAKOLIAS, MARÍA (2001). "Legal and Judicial Reform: The Role of Civil Society in the Reform Process", en Pilar Domingo y Rachel Sieder (comp.), *Rule of Law in Latin America: The International Promotion of Judicial Reform*. Londres: Institute of Latin American Studies, University of London, pp. 80-98.

— (1996). *The Judicial Sector in Latin America and the Caribbean*. Washington D.C.: The World Bank.

— (1995). "A Strategy for Judicial Reform: The Experience in Latin America", *Virginia Journal of International Law*, vol. 36, pp. 167-231.

DEZALAY, YVES Y BRYANT G. GARTH (2002). *La internacionalización de las luchas por el poder. La competencia entre abogados y economistas por transformar los Estados latinoamericanos*. Bogotá: Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos y Universidad Nacional de Colombia.

DOMINGO, PILAR Y RACHEL SIEDER (2001). "Conclusions: Promoting the Rule of Law in Latin America", en Pilar Domingo y Rachel Sieder (comp.), *Rule of Law in Latin America: The International Promotion of Judicial Reform*. Londres: Institute of Latin American Studies, University of London, pp. 142-164.

GARDNER, JAMES (1980). *Legal Imperialism*. Madison: The University of Wisconsin Press.

LINZ, JUAN (1975). "Totalitarian and Authoritarian Regimes", en Fred Greenstein y Nelson Polsby (comp.), *Handbook of Political Science*, Volume 3, Reading, Massachusetts: Addison-Wesley.

- LIPSET, SEYMOUR MARTIN (1959). "Some Social Requisites of Democracy: Economic Development and Political Legitimacy", *American Political Science Review*, 53, March, pp. 69-105.
- O'DONNELL, GUILLERMO (1979). "Tensions in the Bureaucratic State and the Question of Democracy", en David Collier (comp.), *The New Authoritarianism in Latin America*. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, pp. 285-318.
- (1973). "Modernization and Bureaucratic-Authoritarianism", en Alfred Stepan (comp.), *Authoritarian Brazil: Origins, Policies, and Future*. New Haven: Yale University Press.
- RODRÍGUEZ, CÉSAR (2000). "Globalización, reforma judicial y Estado de Derecho: el regreso de los programas de derecho y desarrollo", *Quo vadis, Justitia? Nuevos Rumbos en la Administración de Justicia, El Otro Derecho*, volumen 25. Bogotá: ILSA, pp. 13-49.
- SALAS, LUIS (2001). "From Law and Development to Rule of Law: New and Old Issues in Justice Reform in Latin America", en Pilar Domingo y Rachel Sieder (comp.), *Rule of Law in Latin America: The International Promotion of Judicial Reform*. Londres: Institute of Latin American Studies, University of London, pp. 17-46.
- SARLES, MARGARET J. (2001). "USAID's Support of Justice Reform in Latin America", en Pilar Domingo y Rachel Sieder (comp.), *Rule of Law in Latin America: The International Promotion of Judicial Reform*. Londres: Institute of Latin American Studies, University of London, pp. 47-79.
- THOME, JOSEPH R. (2000). "Heading South but Looking North: Globalization and Law Reform in Latin America", *Wisconsin Law Review*, Volume 2000, Number 3, 691-712.
- TRUBEK, DAVID Y MARC GALANTER (1974). "Scholars in Self-Estrangement: Some Reflections on the Crisis in Law and Development Studies in the United States", *Wisconsin Law Review*, 174, pp. 1062-1102.



DE LAS REGLAS TÉCNICAS A LAS EXPERIENCIAS SOCIALES: EL IMAGINARIO JURÍDICO EN JUZGADOS CIVILES LOCALES

Patricia Scarponetti

Resumen: Como observáramos en investigaciones anteriores, una de las dimensiones de la conflictividad jurídica es la fragilidad institucional de las administraciones de justicia a nivel local para el acceso a la justicia. Siendo un actor más del conjunto de actores sociales, y constataando a la vez tanto su centralidad en el consecuente procesamiento de los conflictos sociales, proponemos en esta oportunidad explorar la construcción y tratamiento jurídico de la conflictividad social que realizan los operadores de justicia en los juzgados civiles del interior provincial, cuyo contraste en comparación a los tribunales ordinarios de la Capital de la provincia, pasa por el aumento creciente de la litigación que la escasez de recursos acentúa. El contexto de pobreza de recursos en el que opera el tratamiento polifuncional de los juzgados del interior, conocida como “fueros múltiples”, atenta contra cualquier posibilidad de examen profundo y sereno de lo que el derecho debe representar. Las indagaciones parten de cómo son o pueden ser los modos de resolución desde la experiencia de los operadores para interpretar cómo operan los diversos márgenes de institucionalización en las decisiones y políticas judiciales en dos estudios de casos de Administraciones de Justicia Locales: los juzgados civiles de Carlos Paz y Jesús María. Como las instituciones no son monadas aisladas, las interrogaciones nos conducen a tratar de establecer los vasos comunicantes entre Estado, Administración de Justicia y ciudadanos.

Palabras Claves: Conflictividad social- Operadores de justicia locales – Subjetividad social

* Dra. en Derecho y Ciencias Sociales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales-UNC. Especialista en Sociología Política –CEA, UNC– Profesora Adjunta de la cátedra de Sociología e investigadora del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales en la misma Facultad. Profesora de Metodología de Investigación en seminarios de posgrado en diversas maestrías y doctorados en el país: Ciencias Políticas, Relaciones Internacionales y Sociología –CEA UNC– Sociedad e Instituciones de la Universidad Nacional de San Luis –FICES–. En México: Escuela de Abogacía de Nayarit y Facultad de Derecho de la Universidad de Guadalajara.

Introducción

Indagar cómo se piensa la conflictividad social desde Administraciones de Justicia locales, permitirá dar cuenta de cómo las experiencias de diversos operadores jurídicos y políticos se articulan en *un locus* desde el cual pensar la justicia, la ley, la conciencia de derechos y su administración desde horizontes de sentido históricos¹. Sin embargo estas observaciones sobre la administración de justicia local no conllevan a su micro aislamiento, sino que buscan brindar indicativos de cómo y para qué se actúa, cuáles son los márgenes de acción en estos lugares respecto de otros contextos institucionales.

Sería acotada esta primera afirmación si no partimos de considerar a los entramados institucionales como redes simbólicas y a la relación entre éstas y la potencialidad de los sujetos, para lo cual hemos basado las presentes reflexiones en la experiencia de quienes trabajan con la administración de justicia en juzgados civiles locales, en términos de comprender que a la vez que la institución está presente y ausente no por ello está encerrada dentro de las fronteras de lo local; no hay un espacio-tiempo de un establecimiento, porque su límite sea lo instituido como lo instituyente, “huyen, en tanto el operador supremo de institucionalización es el Estado jamás visible en el ya o ahí”, como podría ser delimitado o identificado un objeto². De hecho, en las dinámicas institucionales se insiste en crear la ilusión de que las instituciones son cosas reales -tienen un edificio, hay en este caso expedientes y cosas que realizar, la gente comienza y termina sus tareas en un horario, es decir el hacer está pautado por normas y reglas de acción-. La tradición francesa y la obra del historiador argentino Ignacio Lewkowicz (2004)³ se alejan de esa naturalización cosificada de la institución para insistir que en la verdadera organización de las instituciones se realiza mediante lo que las personas piensan y sienten, por cómo los sujetos organizan su experiencia social⁴.

¹ Koselleck plantea a la experiencia como un campo y como un pasado- presente, totalidad de la que se desprende de modo simultáneo de varios estratos anteriores. Mientras que el horizonte de expectativas apunta a un futuro -presente, a lo potencial, en términos de Zemelman (2007), por lo cual conviven experiencias, temores tanto como esperanzas y deseos. Ambas categorías se articulan por lo que es y por lo que podría devenir, dado que si las experiencias modifican las expectativas, lo inverso también sucede, las expectativas pueden incidir sobre las experiencias y transformarlas. En Koselleck Reinhart (1993) *Futuro pasado*. España: Paidós.

² LOURAU R., (2001) *Libertad de movimientos*. Buenos Aires: Eudeba, p. 76.

³ Lewkowicz Ignacio (2004) *Pensar sin Estado*. Buenos Aires: Paidós.

⁴ En la concepción de Castoriadis, lo imaginario social como presupuesto se opone a la idea de estructura como determinación. En su concepción “todo pensamiento es un modo y una forma de hacer”. En Belinsky J. (2007) *Lo imaginario: un estudio*. Buenos Aires: Paidós, pp. 69-79.

De allí entonces la importancia adjudicada a la temática de la subjetividad social en términos de un proceso dinámico que construyen interactivamente los sujetos, considerando que las instituciones son creaciones simbólicas de significaciones y orientaciones compartidos⁵. La historia resulta de *la unión tensa* entre el imaginario instituyente y el imaginario instituido, según Castoriadis (1993).

Se parte de sostener que en toda organización institucional está presente lo que se denomina una "*producción de la subjetividad social*" inherente al continuo funcionar de la institución, los individuos mediante sus experiencias producen instituciones que luego los producen a ellos. En este proceso dialéctico –dinámico, abierto, provisorio– los sujetos son potencialmente sujetos que luchan durante su experiencia de vida por un sentido de sus acciones.

La experiencia, desde esta perspectiva, es algo más que comunicación; en los términos propuestos por Koselleck, resulta *el lugar* en donde se juntan lo consciente y lo inconsciente, lo individual y lo colectivo así como la experiencia que cada uno tiene de la experiencia ajena, transmitida por generaciones o instituciones anteriores (op cit., p. 338).

Para comprender porqué entendemos que *el lugar* es una construcción sociohistórica y no meramente un espacio -no físico, ni geográfico o de trabajo– un mero parámetro o condición en donde nuestra vida transcurre, se precisa concebirlo prestando atención a de qué modo los actuales procesos económicos y políticos desplazan a los lugares -estos desaparecen como habían sido- y reaparecen bajo nuevos sentidos asociadas a nueva discursiva globalizadora, con las consecuencias de que el lugar se invisibiliza y se representa por un espacio, ajeno a las relaciones sociales que lo constituyen. Esta dinámica trastoca las experiencias de los sujetos consigo mismos y con los demás. Nuestro interés se traduce en elucidar de qué modo "las actuales formas instituidas obstaculizan el surgimiento de nuevas formas de gestión, instituyentes"⁶.

Por esto es necesario precisar la analítica de esta interpretación, para evitar errores. Bajo estas premisas de interpretación, este artículo tiene más características de ensayo que interroga que la estructura común de datos y teorías concordantes, común en nuestras investigaciones. Lo anterior no significa que no existan datos, por el contrario se concibe a los datos como parte del problema⁷. El debate sobre los

⁵ FERNÁNDEZ Y RUIZ VELASCO enuncian la inscripción de los sujetos desde múltiples matrices generacionales, colectivas y biográficas que a "su vez participan en un imaginario social".

⁶ VARELA CRISTIAN "la obra de René Lourau". En Lourau René, ibid p. 155.

⁷ Si bien nuestra estrategia de observación es cualitativa en base a informantes claves, observaciones y entrevistas, en la descripción de las tareas se recae necesariamente en

datos cuantitativos o cualitativos pasa por distintas esferas de análisis cuyo tratamiento no es pertinente en este marco de discusión, y sin embargo tal debate está inserto en los acontecimientos del tiempo histórico que vivimos en nuestra provincia y en el país. Tras una asolada discursiva sobre la necesidad de medir, algunos acontecimientos nacionales y provinciales⁸ han demostrado que el problema de medir no siempre resuelve los conflictos sino que los puede crear, en tanto estas mediciones presentadas como “objetivas” pueden ser manipuladas en los contextos de luchas de poder, y por ende, de intereses en conflicto.

También sabemos, quiénes a veces tratamos de precisar algún tipo de datos, cuán difícil puede resultar lograr disposición a darlos por diversos motivos, que van desde la importancia que le atribuye el sujeto a la medición pasando por la angustia de hablar sobre algo que la institución no quiere dejar trascender puertas afuera, y en consecuencia, el temor de que alguna sutil sanción institucional pueda caerle en suerte. El extremo de los grises datos llega aún más allá de los sujetos; se afianza en la falta de coherencia institucional como que diversas oficinas nos dan distintos datos sobre el mismo fenómeno. Un segundo problema es el atraso con el que se produce su publicidad y como las consecuencias de dicho atraso se comienza a sentir en las políticas y decisiones públicas, dada la común y aludida necesidad de contar con datos para planificar y diagnosticar. En consecuencia, es que tomamos como indicativo problemático este nivel de observación.

El dato –como dato numérico o en su procesamiento estadístico– en las culturas argentinas se encuentra bajo sospecha. Se ha pasado de una creencia a ciegas en ellos a una experiencia que da cuenta de que no hablan por sí mismos, alguien los interpreta o alguien los manipula. Los efectos de ambos son distintos dado que si convenimos en que pueden ser diversamente interpretables, podríamos coincidir en el he-

precisar cantidades para configurar parte de los datos. Hemos tratado de hacer una evolución del aumento de la litigiosidad que luego fue desestimado porque no pudimos contar con todos los datos, a pesar de nuestra insistencia. Por lo demás las publicaciones oficiales—impresas o en la página web— del Centro de Estudios del Superior Tribunal de Córdoba, llegan hasta el año 2003 y 2004. Como se observará, para computar en el total de causas que resuelven estos juzgados, la ejecuciones fiscales y las denuncias por violencia familiar constituyen expedientes en creciente ascenso, para lo cual se necesitaría contar con dichas cantidades hasta la fecha.

⁸ Se alude al largo debate instalado desde el año pasado sobre las mediciones del Indec, organismo que gozaba de una gran credibilidad nacional e internacional. A lo cual, cabría agregar el arduo conteo de votos y listas en las elecciones provinciales para gobernador, legisladores e intendentes. En nota “La Argentina se ha convertido en un país difícil de medir” del suplemento económico de Periódico *La Nación*: “El nivel de información que sale del Estado se ha desacelerado. De a poco, la velocidad con la que salían los informes oficiales a empezado a menguar. En muchos casos, las series están desactualizadas”. *La Nación*, 9/09/07, Sección 2, pp. 1-2.

cho de "poner a conversar" distintas interpretaciones; siempre que se tenga en cuenta la prevención de Habermas que "el momento hermenéutico implica ya por principio el desdibujamiento de las fronteras entre el intérprete y su objeto". Razones por las cuales, interpretar significa tomar la experiencia del otro, más allá de su discurso, el cual representa en sí mismo una interpretación, la que contiene una perspectiva del sujeto que lo habla, junto a lo contingente de lo cotidiano, lo que resulta a veces desplazado del habla y queda como marca sin huella, invertido, negado, obliterado.

Intercambiando datos con los operadores jurídicos locales

Análisis previos indican las variaciones y/o mutaciones de la organización judicial de la provincia de Córdoba en todos sus niveles⁹. En dicho estudio se observó la evolución de la administración de justicia provincial que resolvía "el grueso de la litigación ordinaria", en una doble faz -competencia y tamaño-. Señalaba además aquel estudio, que el nivel de centralización era tan alto que un ciudadano podía recorrer hasta 350 km para tratar un asunto de especialización o una apelación: "la concentración geográfica de los juzgados en las principales ciudades era una auténtica barrera en *el acceso a la justicia* para una proporción significativa de la población" (ibid, p.32). La descentralización puesta en marcha en la administración de justicia de Córdoba se supone acorde al desarrollo de una mayor complejidad de la conflictividad social. El fuero de paz letrado cuya competencia civil de menor cuantía atraía el grueso de los litigios anteriores a 1980 fue suprimido, creándose tribunales locales con competencia multifueros, a partir de 1991, encargados de los litigios civiles, comerciales y de familia, a los que se le han sumado, en los últimos tres años dos especializaciones: la atención de juicios de ejecución fiscal y los casos de denuncias de violencia familiar.

Una descripción de los dos juzgados civiles observados en ambos estudios de casos aquí propuestos¹⁰, más allá de la diferentes actividades económicas que caracterizan a una y otra ciudad, así como

⁹ BERGOGLIO MARÍA INÉS (2001) *Litigar en Córdoba*. Córdoba: Triunfar.

¹⁰ Los juzgados civiles de las ciudades de Carlos Paz y Jesús María pertenecen a la primera circunscripción judicial junto a los juzgados de las ciudades de Alta Gracia y Río II cuyo personal en total asciende a 148 personas en total para las cuatro sedes. Mientras que Córdoba capital -también integrante de la primera circunscripción el total del personal es 3.650, según datos 2005 accedidos el 12/09/07 en pag Web justiciacordoba.gov.ar

La atención judicial se brinda a una base poblacional que para el caso del juzgado civil de Jesús María comprende estimativamente 55.000 habitantes, y respecto de Carlos Paz se traduce en aproximadamente 75.000 habitantes, de acuerdo a los datos de Indec, Censo de 2001.

de sus dinámicas culturales y sociopolíticas, puede sin embargo centrarse en señalar características comunes respecto de la administración de justicia: los lugares en donde se realiza el trabajo, las cantidades de litigios y tareas anexas que estos suponen, el escaso personal afectado a la mismas, así como los turnos que demandan las dos actividades agregadas a las que ya realizaban: las denuncias por violencia familiar y los juicios por ejecución fiscal¹¹.

Lo primero que nos percatamos al realizar las entrevistas y observaciones en ambos casos es que son juzgados civiles únicos con dos Secretarías cada uno, que realizan la administración de justicia en lugares espacialmente inhábiles para realizar esta tarea. Instando a que la imagen provoque lo que a nosotros nos provocó, es que se anexa al presente, fotos de uno de estos lugares, partiendo de pensar en las condiciones materiales de resolución de la conflictividad social, en que las que transcurren las experiencias locales de administración de justicia¹².

(Ver fotos en pág. sigte)

¹¹ Mientras Carlos Paz es una ciudad ubicada a 35 km. de Córdoba capital en dirección oeste conformando el primer núcleo urbano de actividad turística del circuito serrano cordobés, Jesús María es una ciudad de actividad agrícola-ganadera y comercial, ubicada a 50 km. al norte de Córdoba capital, que forma casi un entramado urbano unido con las dos localidades adyacentes: Colonia Caroya y Sinsacate. La jurisdicción del juzgado civil de Jesús María se extiende hasta Salsipuedes, comprendiendo las localidades de Ascochinga, La Granja, Agua de Oro; hacia el Este todas las comunas hasta llegar a la ciudad de Río I y hacia el Norte hasta Villa Totoral incluida y su jurisdicción llega hasta la comuna de General Paz. Mientras que la atención del juzgado civil de Carlos Paz se extiende hacia el oeste hasta Copina, comprendiendo las comunas de San Antonio, Icho Cruz y Cuesta Blanca; hacia al norte comprende los asentamientos hasta Malagueño, llegando rumbo al este hasta el municipio de Biale Massé incluido. La localidad de Jesús María es descripta por su actividad económica, agrícola y comercial en base al desarrollo de soja y ganadería y por ser asentamiento de grandes empresas del rubro cerealero, tales Arcor, maquinarias agrícolas y las Ferias Ganaderas.

¹² Según datos de la Página Web del Poder Judicial cordobés, los edificios de ambos juzgados son alquilados y su extensión es 660 mts² para Carlos Paz y de 495 mts² para Jesús María; se señala además que se inician las obras de construcción del Juzgado de Jesús María con un costo de 9.5 millones de pesos para edificar 3.000 mts. cubiertos y cuya ejecución final se prevee para un plazo de un año y medio, a contar desde julio de 2007. Este monto representa la mitad de lo recaudado por tasa de justicia en toda la provincia para el año 2005 cuyo monto fue de \$ 18.305.857, últimos datos cargados en la página Web.

Accedido 12/09/2007 <http://www.justiciacordoba.gov.ar>.



Las elocuentes descripciones de los entrevistados dan cuenta de la imposición que genera el lugar de trabajo: “Estás acovachada entre expedientes, quieres concentrarte en lo que estás leyendo y alguien abre la puerta y así ” (EN°2). “Trabajo atrás en el mismo espacio en donde está la barandilla y escucho todo” (EN°5). “para trabajar en familia, se necesita escuchar a la gente con tiempo y en un lugar adecuado, para que la gente se sienta respetada y se sienta contenida” (EN°4). “Hoy una señora en barandilla requirió por el baño y cuando le dijimos que el Tribunal no contaba con baño público y preguntó airada ¿pero quién deja funcionar un Tribunal sin baño público? (EN°5). “Se necesita un espacio mejor, armarios para guardar las cosas (mira lo que te estoy diciendo) para organizar mejor la papelería que tenemos ahí adentro, los expedientes, se nos entran a mezclar, se traspapelan las cosas” (...) “Seguridad para guardar las cosas, y evidentemente ya no sabemos en donde poner expedientes” (EN°3).

Este condicionamiento del lugar también se traduce en la preocupación por el cuidado de los expedientes; los entrevistados revelan que el comportamiento ético de los abogados es el principal escollo relatado en ambos juzgados: “se llevan los expedientes sin firma y luego viene la contraparte y te presenta un para agregar, lo que a veces produce desgaste jurisdiccional porque uno se llevó el expediente y el otro presenta un para agregar (EN°2). “Usted tiene que tener los ojos bien abiertos porque aprovechan el tumulto, usted ve como es este espacio de reducido y se llevan los expedientes sin recibo y a veces se los roban. Cuando hace veinte años atrás los abogados era caballeros y ahora los letrados que se reciben no tienen una formación ética, aunque están los de antaño también, bueno, hasta en eso tenemos que cuidarnos” (EN°4).

Lo primero que resalta en todas las entrevistas y observaciones son entonces las condiciones que restringen el lugar y la cantidad de empleados para enfrentar la tareas. Con pequeñas diferencias, estos dos juzgados civiles de dos ciudades importantes de la primera circunscripción, cuentan en promedio con cinco o seis personas por Secretaría, que suman funcionarios, meritorios y pasantes. A veces ni siquiera con la cantidad de funcionarios necesarios, tal es el caso de los prosecretarios, que en vez de ser cuatro, dos para cada una de las Secretarías, por juzgado, son solo uno, en las dos ciudades. En ambos casos se nota un alto grado de movilidad de los operadores jurídicos, que concursan cargos de mayor jerarquía y se desplazan a veces hasta 100 km. para llegar a su trabajo, así como una tendencia creciente a la feminización de la Administración de Justicia.

Ambos juzgados, dan cuenta también, de una u otra manera, de como se comparan con los juzgados civiles ordinarios del Córdoba

Capital¹³; en principio por el número de empleados y funcionarios que ellos y los otros disponen, en relación con la cantidad de trabajo del interior y de capital: "Hace dieciseis años que se crearon estos tribunales locales y tenemos un solo juzgado", referencia de uno de los entrevistados que es señalada por todos los demás en ambas localidades.

Al tema del personal, se agregan la disponibilidad de contar con equipos técnicos: "tenemos un equipo técnico compartido para toda la sede, entonces las chicas están abarrotadas de trabajo y pedimos así con cuenta-gotas. El equipo técnico hasta el año pasado, estaba conformado por una psicóloga y una asistente social. Este año han nombrado recién hace 15 días, otra psicóloga. Es muy poco para la necesidad que tenemos, porque se comparte con la asesoría, con el Juzgado de Menores, y con el Juzgado de Familia" (EN° 2). La misma situación se reitera en el juzgado civil de la otra localidad ya que el equipo técnico está sólo formado en este momento por un psicólogo, que aparte de vivir en Córdoba capital, fue abogado a otra causa en otra jurisdicción y está con licencia sin sustitución, a lo que se suma que la trabajadora social, este año se encuentra con licencia por maternidad, por lo cual los entrevistados relatan que cuando necesitan técnicos para algunos casos urgentes deben solicitar el apoyo de los profesionales de la Municipalidad o del Hospital, lo que no necesariamente consiguen.

Cuando le preguntamos sobre los materiales tales como computadoras, en ambas sedes judiciales se nos habla del déficit, "nosotros estábamos por pedir dos, aunque sabemos lo difícil que es que no las provean; estoy pensando en comprarme una y me voy a llevar la de mi casa al juzgado, la otra que tengo" (EN° 1).

Les solicitamos que nos describan la cantidad y el tipo de litigios y nos sorprendemos ante los números –en promedio- de las dos recientes especializaciones¹⁴: Ejecuciones fiscales¹⁵ y violencia familiar. Al describir cual es el volumen de trabajo, los entrevistados referencian el enorme peso que significan en Carlos Paz los juicios de ejecución fiscal, relatando que para el año 2005 sobre un total aproximado de

¹³ El juzgado civil de Carlos Paz eleva a comienzos del año 2007 una nota al Presidente del Tribunal Superior en donde se compara que un juzgado civil de Capital contando con más funcionarios y empleados, trabaja en promedio una cantidad de 1400 expedientes, cuando ellos duplican dicha cantidad, inclusive superándola.

¹⁴ Ambos tipo de especializaciones remiten a que las Secretarías de estos juzgados civiles entren en turno cada diez o quince días cada una.

¹⁵ Los entrevistados relatan que con la creación de la ley de ejecución fiscal –año 2003- se creó una experiencia piloto en los tribunales de Cosquín con una secretaría especializada en dicho tipo de causas. Esta especialización de la organización del trabajo no se trasladó a todos los juzgados porque se crearon dos juzgados de ejecución fiscal en Córdoba a donde se pensaban remitir todas las causas, sin embargo esto no ha sucedido aún, por lo que en el juzgado civil de Carlos Paz ambas secretarías civiles llevan este tipo de causas.

11.000 expedientes, más del sesenta por ciento se correspondían a ejecutivos fiscales”¹⁶ (EN°2). Mientras que en el juzgado civil de Jesús María, si bien la cantidad resulta menor que en Carlos Paz, en términos comparativos, de igual modo afecta al despacho diario: “cuando estuvimos de turno entraron 120 ejecuciones fiscales, la mayoría por multas de tráfico” (EN° 4 y N°5).

Este cúmulo de expedientes se completa con la atención al creciente aumento de denuncias en el marco de la reglamentación de la ley de violencia familiar que recae en los mismos juzgados. Mientras que en el juzgado civil de Carlos Paz desde fines de marzo de 2006 hasta el 31 de mayo del 2007, en catorce meses, se recibieron 587 denuncias por violencia familiar en ambas Secretarías y se tomaron 235 audiencias, definiendo como audiencias las que prescribe el art. 22 de la ley, sumados a los comparendos espontáneos de algunas de las partes¹⁷. En Jesús María durante el 2006 se presentaron aproximadamente 700 denuncias en ambas secretarías, y en lo que va del año 2007 ya se habrían recepcionado una 600 denuncias con aproximadamente una 500 audiencias tomadas, según lo previsto por el art. 22 de la ley de violencia familiar. A pesar de que comparativamente los números siguen siendo en una localidad mayor que en la otra, el aumento de causas ordinarias y de esos dos nuevas especialidades: fiscales y violencia familiar, se traducen en un peso laboral significativo y progresivo, constantemente marcado por los entrevistados.

Otra cantidad se agrega a las anteriores, los juicios ejecutivos por cobro de deuda: “tarjeta naranja y telefonía celular”(…) los ejecutivos, fundamentalmente los ejecutivos de las grandes empresas; generalmente, solicitan embargo de sueldos. Si pueden embargar sueldos, prefieren embargar los sueldos”. “Por suerte se soluciona con el embargo de sueldo y no se llega al remate, porque con el remate no se soluciona nada” (EN° 1, 2, 4)¹⁸.

Las diferencias entre ambos juzgados se presentan mediada por las características de cada localidad. Mientras en Carlos Paz el mayor impacto en el despacho diario son los expedientes de ejecuciones

¹⁶ El fisco provincial, la municipalidad de Carlos Paz y comunas aledañas inician un volumen importante de causas a los fines de evitar las prescripciones tributarias. Uno de los entrevistados nos relató que hace dos semanas, “una abogada del fisco pidió 800 carátulas para ingresar seguramente igual número de causas en el mes de octubre del presente año”.

¹⁷ Véase al respecto el artículo de Paula Peláez (2007) “La ley de violencia familiar en Córdoba: evaluación de su aplicación en un juzgado del interior”.

¹⁸ Cuando varios entrevistados coinciden en determinadas apreciaciones, se ha optado por elegir un extracto, pero igual se consigna el número de entrevistados que presentan similares interpretaciones.

fiscales, cobro de deudas de créditos, juicios laborales y acciones posesorias: - "Lo que llega a tribunales es lo que tiene contrato de trabajo, al menos un contrato temporario, también tenemos gente que plantea reclamos por relación de trabajo sin contrato. Pensé, con la flexibilización, con la precarización laboral, iba a declinar el número de demandas laborales, pero tenemos muchísimos" (EN° 1, 2, 3). Divergen ambos juzgados, por el número de demandas por Acciones posesorias y usucapiones, que es mayor en Carlos Paz que en Jesús María: "tenemos más cantidad todavía, de todo tipo y color, de propiedad de la tierra, eso estamos teniendo" y agrega "de todo, juicios ordinarios de daños y perjuicios; divorcios por presentación conjunta, pero también hay con causales" (EN°3); "No en Jesús María, y bueno, en toda la zona a la que se atiende en esta circunscripción judicial, el tema de la propiedad está claro... hay por ahí algunos casos pero no en la magnitud que se presentan en los juzgados del norte provincial" (EN° 4y N°6). Al contrario en el juzgado civil de Jesús María, casi todos los entrevistados coinciden en señalar que el impacto comercial de la zona y poblaciones aledañas, hace del cobro de deuda por crédito, los juicios laborales, juicios por daños y divorcios, constituyan los mayores rubros del despacho diario en ambas secretarías.

En ambos juzgados diversas observaciones indicaron diferencias en el modo de soportar la presión laboral diaria. Un modo se traduce en que a pesar de que las reformas judiciales aumentaron el horario de los funcionarios, este tiempo no les alcanza para resolver el despacho y es común en los funcionarios llevarse expedientes a su casa o quedarse más tiempo del requerido; a pesar de que quienes realizaron el curso de capacitación sobre recursos humanos recuerdan una frase de la profesora, quién según lo manifestado, les expresó " el trabajo debe hacerse en el horario del trabajo" (EN° 5). Otra manifestación es la falta de salud, que según algunos de los entrevistados que se han realizado evaluaciones médicas recientemente responde "a stress". Al preguntarles si son frecuentes las carpetas médicas, responden que no es común en el interior: "No me puedo enfermar sino esta pila se convierte en el doble" (me señalan la pila de expedientes del despacho diario); aunque en Jesús María se relata que la vetustez edilicia¹⁹ ha provocado alergias y problemas bronquiales en algunos funcionarios, los entrevistados relatan que saben "de oídas o por comentarios" del alto porcentaje de licencias por salud en los Tribunales de Capital, sobretudo los de Familia.

¹⁹ En contraste con el edificio del juzgado de Carlos Paz, la casa alquilada en donde funcionan los juzgados de Jesús María es un edificio muy antiguo con techo final de chapas, que no sólo se llueve sino que tiene humedades ya difíciles de reparar.

A estas experiencias personales, debemos agregar que en todo momento y a pesar de la total disposición para ser entrevistados, fue costoso realizar las entrevistas porque no querían usar –en algunos casos- el horario laboral, dado que atenderlos significaba “no producir y atrasarse”; en otros casos, el apuro por terminar la entrevista, realizada en sus tiempos libres, revelaba un gran problema de los sujetos en discriminar el uso del tiempo en tiempo laboral y tiempo privado. Las deslocalizaciones espacio-temporales de las prácticas cotidianas pueden considerarse como “tiempo crítico” en tanto es vivido por la cantidad de expedientes y la cantidad de tiempo reloj para tratarlos. En la gestualidad de los entrevistados, se observa impotencia, angustia al puntualizar (algunos) el temor a que la cantidad arrase con la calidad del trabajo. Coincidencia asombrosa con una frase de Marx que describe como “la cantidad lo decide todo, hora por hora, jornada tras jornada” en *La Miseria de la Filosofía*, recordada por Lappassade en su obra²⁰.

“Estoy de turno²¹ que es desde los primeros quince días de cada mes me lleva más de los días de turno, ¿por qué? Porque hay que tomar la denuncia, hay que escuchar a la persona, tranquilizarla, porque cuando aquí llega ya llega golpeada, generalmente físicamente pero también psíquicamente y en el transcurso del día hay que librar la orden de exclusión o de restricción y para eso tenemos que tener más personal y después vamos a tener un perjuicio grave si pasa el día y no tomamos la denuncia y no activamos a la Policía para que cumpla las medidas” (EN² y N^o5).

Frente a tales condiciones de trabajo: dificultades edilicias, necesidad de mayor cantidad de personal unido a las carencias mobiliarias y de computadoras, les preguntamos si solicitaron que se le proveyera de los recursos necesarios, a lo cual, en ambas sedes, el conjunto de actores reveló la insistencia al Superior Tribunal mediante notas de solicitud de las diversas necesidades requeridas: edificios, materiales y mayor cantidad de empleados²².

“-Nosotros le dijimos no tenemos computadoras suficientes, no tenemos empleados, mi computadora hace un mes que está rota y no me la arreglan. En Córdoba se la llevan y se las arreglan, acá pasan meses para que eso suceda. No tenemos personal ni equipo técnico

²⁰ LAPASSADE GEORGE (1999) *Grupos, organizaciones e instituciones*. España: Gedisa.

²¹ Los juzgados tienen dos turnos que comparten entre ambas Secretarías, el turno para las denuncias de violencia familiar y el turno para las ejecuciones fiscales.

²² En la última publicación del Centro de Estudios y Proyectos Judiciales correspondiente al año 2003 se describe un presupuesto provincial del Poder Judicial de Córdoba de un monto de \$ 213.943.630,00 que se discrimina del presupuesto ejecutado de \$207.400.846.95 del cual el 91% corresponde a gastos en personal cuyo monto resulta en \$ 194.039.680,00. Informe Anual de Actividad Judicial 2003, p.229.

suficientes; hemos tenido pasantes, chicos muy capaces, yo he tenido chicos muy capaces durante cuatro o cinco años, pero en definitiva la mayoría de los pasantes opta por irse”.

-“Todo el mundo se hace eco, sobretodo de que ciertos juzgados del interior que están abarrotados, desbordados, siempre se habla de Cosquín, de Alta Gracia, de Carlos Paz, Jesús María; entonces, ellos saben cual es la situación de estos juzgados, la población ha crecido, han pasado 16 años o 15 desde que se los ha creado y seguimos con la misma infraestructura, entonces es... (El actor no termina la frase).

-“Además anualmente el Superior Tribunal nos pide y le comunicamos pero a su vez le remitimos constantemente notas para dejar constancia, como diciéndoles “ustedes sabían esto”. Nosotros en esta situación estamos trabajando en la cuerda floja, es decir caminando por al borde del precipicio, porque que pasa si se hace la denuncia y no actuamos en tiempo y forma, y luego ocurre un hecho lamentable, imagínese que la mata, y ahí si viene el pedido de jury, y toda la responsabilidad es nuestra”.

Las respuestas del Tribunal, hasta ahora han sido “no tenemos recursos económicos”... “le mandaremos un pasante”... “traten de resolver con cuidado” y un curso de capacitación sobre Recursos Humanos al que deben acudir tanto Secretarios como Prosecretarios²³. Estas respuestas frecuentes son acompañadas de la demanda que todos los juzgados reciben, de presentar las estadísticas mensuales de su labor al Superior Tribunal de Justicia²⁴.

Respecto de lo que se recauda por Tasa de Justicia²⁵ en ambas localidades nos expresaron la sensación que el Estado recauda bastante con la tasa de justicia (todas las entrevistas en ambas localidades coinciden con esta descripción). Inclusive una de las Secretarías fue felicitada por la recaudación de la tasa porque “hacemos que se pague todo”(EN° 5). “La tasa de justicia se recauda en la Dirección de Adminis-

²³ El Centro de Capacitación Núñez dicta cursos sobre recursos humanos a los que deben acudir prosecretarios y secretarios. La realización del curso no es optativa sino que es requisito para ser confirmado en el cargo de Secretario y Prosecretario.

²⁴ “Las estadísticas” como comúnmente se describe a “la solicitud de cantidad” de causas discriminadas según tipologías procesales, fueron una de las primeras reformas de gestión implementadas por las Reformas Judiciales en Córdoba. A cargo, hasta ahora, de planillas realizadas por el Ministerio Público Fiscal, se debate en estos momentos, un nuevo formulario realizado por el Centro de Estudios y Proyectos Judiciales.

²⁵ La evolución anual del ingreso por Tasa de Justicia por año y monto en pesos del periodo comprendido entre los años 2000 al 2005 realizada por el Centro de Estudios y Proyectos Judiciales, describe para el año 2000: \$10.374.990; año 2001: \$11.178.108; año 2002: \$12.476.438; año 2003: \$17.880.100; año 2004: \$16.207.056; año 2005: \$18.305.857. Datos: Departamento Contable y Presupuesto. Acceso el12/09/2007 <http://www.justiciacordoba.gov.ar>

tracción, ellos son los que fiscalizan, los que llenan todas las boletas y yo no se si ellos la derivan al Gobierno de Córdoba. No se, creo que la plata de la tasa de justicia no la maneja el TSJ, me imagino que debe ir a la provincia” (EN° 1 y N°2).

Al entrevistar a otros actores como abogados y miembros de los Colegios de Abogados de ambas localidades resaltaron dos interpretaciones, una por la cual frente a las frecuentes negativas de quienes distribuyen los recursos en la Administración de Justicia, sostuvieron que la unión de todos debería ser una constante voz conjunta que presione a la Fiscalía General y a la superintendencia a cargo del Superior Tribunal de Justicia Provincial, que son quiénes tienen la responsabilidad “velar por la buena prestación o por la prestación de un servicio de justicia”. La otra opinión cobra otro rumbo “depende de los legisladores departamentales, cuánto se muevan para conseguir las cosas”.

Estas interlocuciones sobre el supuesto crítico nivel económico de las racionalidades institucionales no solo operan con las necesidades edilicias, materiales de trabajo y personal necesario de la Administración de Justicia. Se inscribe en el nuevo poder decisonal de la elite política local en la mayoría de las instituciones, acordes más a criterios de rentabilidad del capital que a objetivos institucionales, supuestos objetivos que tenían la función de dar respuestas a las problemáticas sociales. Los nuevos procesos económicos imponen una monumentalización de las ciudades a efectos de convertirlas en lugares turísticos o de atractivo económico para nuevas inversiones. Si lo que se gasta en mármol en la nueva edilicia tribunalicia se gastara en sentido común, la respuesta de que el presupuesto no alcanza podría ser derrotada y no podría tener Cruz del Eje, ciudad del noroeste cordobés, contradicciones tan visibles entre su monumental edificio tribunalicio y la tasa de desempleo y alfabetización que hace años viene constituyendo su real descripción.

Razones y consecuencias observadas por los operadores judiciales sobre el aumento de causas

Los datos anteriores son por demás elocuentes, más sin embargo nuestro interés centrado en comprender cómo se resuelve la construcción de la conflictividad social busca la interpretación de los operadores jurídicos involucrados.

El aumento de causas es exponencial, expresa unos de los entrevistados: “Sentí que desde un primer momento aumentaron las causas porque esta zona es próspera y eso hace que la litigiosidad aumente, sobretudo por razones laborales y comerciales, y todos los efectos judiciales que de allí devienen. Esta zona es próspera, reitera. En nin-

gún momento vi que bajara sino que por el contrario ha ido acelerándose geométricamente. Cuando se iniciaron los juzgados (1991), el turno se dividía por Secretaría cada mes y medio y entraban aproximadamente 60 causas. Bueno, hoy entramos de turno casi siete o diez días y en promedio tenemos el ingreso de 60 causas de los fueros normales, a los que se deben agregar en los casos de violencia familiar que estamos cada quince días cada secretaria, otra cantidad de causas. Entonces ha ido creciendo, se ha hecho una bola de nieve cuando los medios, no han crecido" (EN° 5 y N°6). En general, coinciden tanto los informantes claves como la mayoría de los entrevistados.

Frente al comentario del entrevistador²⁶, marcando una situación contextual en referencia a los cambios sociales ocurridos, otro entrevistado remarca: "para mi la crisis del Estado de Bienestar, que si bien el Estado de Bienestar acá nunca fue un gran Estado de Bienestar, porque en los años anteriores no había prácticamente políticas de ayuda social, no había mucho presupuesto destinado a eso. La clave de todo pasaba por el derecho y por el amparo de derecho y los amparos que la gente iba a pedir, la situación de desamparo económico y social, etc. tenía que ver con que no había políticas que lo contuvieran; *la gente va a donde está la cara visible, en definitiva también del gobierno, que es tribunales*, porque van a ayuda social y si no obtienen respuesta, *vienen a tribunales*, no te quepa la menor duda".

-La diferencia yo la marcaba en que *en el interior es como más accesible para la gente*, el plantear un problema, que es un problema doméstico, tal vez es un problema de convivencia y de interacción cotidiana entre los miembros de la familia, para muchos operadores judiciales de Tribunales de Familia de Córdoba, no es un problema judicial, puesto que no se ha llegado a la instancia del conflicto donde las partes decían: quiero separarme o quiero que el me pase un dinero para la manutención ¿sí? La gente llegaba al Tribunal con el conflicto de "no me llevo bien o no se como hacer... como hago para que mi familia se encamine o como hago para que mi marido deje el dinero que tiene que dejar y se haga cargo o se haga responsable de la crianza de nuestros hijos (...) y tenías *dos* tipos de definiciones: *quiénes definían eso como un problema judicial* y *quiénes consideraban que eso no era judicial o justiciable* y quedaba afuera. No "perdían tiempo" (el entrevistado hace el gesto de encomillar sus dichos y teatraliza a sus colegas), "no estamos

²⁶ El entrevistador sugiere que desde del 2001 para acá, emerge una avalancha de presión sobre todo a partir de una construcción mediática de que todo es derecho, paralelo a un desarme institucional muy fuerte, de todo, desde la familia hasta la escuela, pasando por todas las interacciones desde el punto de vista que eran contenedores.

para eso, no tenemos tiempo, no podemos”. Esa diferencia (es) creo la diferencia entre nosotros acá y ellos, allá en la ciudad; pero se daba también de acuerdo a los actores y a los interlocutores, porque habían quienes decían: “y bueno, le vamos a fijar una audiencia, que lo escuchan los asesores y vean que pueden hacer, en estos problemas de convivencia”, y había quienes decían “no, las líneas de arriba son “no me traigan ese tipo de problemáticas, suficiente ya con las causas judiciales, estrictamente dichas y no los quiero”.

-“Digo que si en algo se vulnera *el acceso a la justicia* es en que al tener tal diversidad de problemáticas, *le quitamos calidad por ahí a la atención*, si vos tenés un foro especializado, se supone que tenés más capacidad y gente más especializada para trabajar mejor en esa problemática”²⁷.

En palabras de otra entrevistada, “*el expediente tiene cara*”, la gente entra y pregunta dónde o cómo hacer un trámite, por ser una comunidad más chica en el interior me parece que se cumple más *una función social* (...) en la ciudad van los abogados, cuanta gente común concurre a Tribunales a preguntar, a asesorarse?”.

-“¿*Voluntarismo*? A rolete se encuentra, y en otras áreas es peor aún, en menores me contaron que es terrible, el juez se pone a buscar camas, colchones; acá es diferente, por supuesto que sí porque *uno esta cerca del problema*, porque no puedes dejar de hacerte eco del problema”.

-“Diría que hay más de una respuesta. Nosotros hacemos el esfuerzo para llevar el despacho al día lo mejor que se puede pero evidentemente eso significa vivir en un estado de *cierta alteración que nos desgasta* (...) *Usted tiene que tener una cierta tranquilidad* que no hay en este momento para resolver la causas. Por lo menos tendría que haber (por lo menos) dos juzgados cuando el aumento de la población se ha triplicado”.

Otra referencia de los entrevistados fue que los casos de violencia familiar con anterioridad a la Ley, eran consultados en Asesoría Letrada o con los equipos técnicos de la Municipalidad y el Hospital. Al salir la Ley, las mujeres encontraron un lugar en donde ser escuchadas con un procedimiento que en principio parece ejercer una presión importante, al recurrir a las medidas de exclusión, pero que sin embargo en un 30% de los casos, las mismas denunciantes interrumpen por propia voluntad y luego cuando el problema subsiste vuelven al juzgado a denunciar. Al respecto encontramos coincidencia entre la mayoría de los entrevistados.

²⁷ Con el empleo de la palabra “actores”, la entrevistada se refiere a otros operadores jurídicos.

- "Es difícil hacerlo porque entre las características de este tipo de denuncia, *se pasó de la denuncia real* donde un señor la viene maltratando a su esposa o concubina desde hace años y bueno, vio esta salida, y bueno *la mujer lo utiliza*, porque esto se ha ido trasladando de boca en boca, en la almacén o en la carnicería, *para sacarlo al hombre de la casa*. Es más, a mis oídos llegó de que ciertos abogados dicen "hace la denuncia" y con la simple frase, cruda y vulgar, "me va a matar", yo tengo la obligación, como funcionario, antes de esa denuncia, de excluir al hombre. No se en cuanto a porcentajes pero si la realidad me demuestra, que en un buen número menor de casos se utiliza para sacar al hombre de la casa, o lograr de esa manera el divorcio que el hombre no está dispuesto a dar. Digo el hombre porque así son la mayoría de los casos. Entonces lo que yo le digo a los empleados hágale ver que esta haciendo la denuncia ante un juzgado, y que también, y al existir la denuncia, debe existir también la conciencia de que no debe producirse una falsa denuncia".

Respecto la recepción de las denuncias por violencia familiar, uno de los entrevistados precisa: "el poder Ejecutivo le tiró al (poder)Judicial el problema de la violencia, que no es de ahora, quizás agudizado y presionado por los medios de comunicación, entonces, sacaron una ley (...) Que hay buenas intenciones en crear la ley sí, pero como acá en este país se hacen las cosas medio a los ponchazos. Evitar la violencia era urgente sí, pero no era el modo, porque en un país serio, las cosas se hacen de otra forma; se crea un fuero –porque aquí hay que tener gente especializada– porque se necesita tiempo para recibir a una persona que viene golpeada, alterada psicológicamente, alguien que la contenga, la escuche, que se tomen las medidas con urgencia y para eso hay que estar concentrado en el tema. *No podemos entonces pasar de librar un embargo civil a librar también una orden de este tipo*. Entonces acá con la ley se tendría que haber creado juzgados de violencia familiar, juzgado y no secretarías si lo tomamos con seriedad y no hay ni eso, ni las Secretarías necesarias. Ante esa actitud del poder ejecutivo de lo que es prevención y educación, se decide judicializar". El entrevistado alude a la potestad poco común en los fueros civiles de encarcelar a las personas por no cumplir con las órdenes del Tribunal: "nosotros estamos cumpliendo como Secretarios cuasi fiscales, porque no me digas que no, porque al sacar una persona de la casa, y a su vez, sino cumple hacer que vaya preso porque estaría violando una orden judicial o si está excluido, entonces, evidentemente, vuelve nuestras tareas más complejas aún".

En términos de Lewkowicz, lo que los entrevistados señalan es la pérdida de la malla institucional mediante la cual el Estado instituía un imaginario social en el cual la subjetividad social jurídica era el

modo de pensarse en el espacio de la ley, y una premisa a partir de la cual lo judicial constituía el mecanismo correctivo ante el fracaso de la ley. Si la ley –tomemos en este caso la violencia familiar– es un cúmulo de errores y derroches jurisdiccionales, más costosa allí en donde los operadores jurídicos tienen múltiples funciones ¿cómo pensarla como instituyente del lazo social? Si la ley no representa y reconduce las problemáticas sociales, si al imaginario social de la ley se le opone una ley que privilegia un discurso sobre la base de “*tengo derechos*”, y el castigo imprudente y banal de una compleja relación existencial como son las familias, se necesita de otras medidas que el simple y pseudo control policíaco, porque estamos agregando a la desigualdad material, desigualdad jurídica.

Cuando anhelamos la ley ¿qué deseamos?, se pregunta Lewkowicz, la respuesta antes era “la capacidad vinculante de establecer lazos sociales, la posibilidad de configurar experiencias, deseamos una asociación con otros que haga posibles unos espacios de humanidad”. Con leyes y aplicaciones como las relatadas en las experiencias locales “el procedimiento técnico queda desgajado de cualquier intuición de justicia (...) y relega al olvido que “nuestro ser común era jurídico no judicial” (op cit p. 193). Este tipo de responsabilidades no pueden pasarse por alto.

Frente a este panorama, la primera consecuencia es que lo judicial es la administración de una anarquía institucional total, que la omnipotencia judicial fomenta y duplica en un espiral progresivo de una demanda social perversa. Como decía un entrevistado “la violencia familiar existe hace mucho” y si su actual tratamiento no es el correcto, lo que se genera es proceso de subjetivación social que altera aún más las condiciones sociales existentes.

Por otra parte mediante “una tiranía despótica” al interior institucional, la rutina de una técnica administrativa expresada en el “cobro de deudas fiscales”²⁸ o en “el trabajo social” de recepción de las denuncias por violencia familiar, extiende aún más la incompetencia de la élite judicial para sostener el imaginario social de brindar justicia como servicio público.

Una institución que pretende sustituir a otras instituciones, perderá su legitimidad sino se enuncia como una organización capaz de pensar y operar tanto en su interior como en su función social, desde un discurso no defensivo sino que demuestre que piensa sin desestimar lo real, y lo real son las experiencias concretas de la gente en cada lugar, no

²⁸ La hipótesis sería que más allá de las cantidades observadas en Carlos Paz, estaría pasando en varias localidades con similares condiciones de desarrollo, sin contar con los números de los juzgados creados en Capital.

los pensamientos estratégicos de los *Think Tanks* o usinas de conocimiento técnico que asolan a los decisores públicos latinoamericanos. Los teóricos de las reformas judiciales proponen nuevamente volver al control del trabajo en un ámbito restrictivo de condiciones por lo cual se responsabiliza a los sujetos –operadores jurídicos locales y a los ciudadanos, sin compartir esa responsabilidad, la que puede traducirse en decisiones políticas sobre organización y presupuestos públicos que colocan escasa atención a las experiencias y a las demandas de quienes legitiman en barandillas locales, el servicio público de administración de justicia.

Para interrogarnos

Luego de las observaciones y relatos de estas experiencias, surgen nuevas interrogaciones. En primer lugar, aquellas que se desprenden de los mismos entrevistados ¿Es posible pensar en las descentralizaciones realizadas como un camino de acceso a la justicia? En base al nivel de constreñimiento y carencia de recursos observados ¿cómo pueden los operadores jurídicos de estos juzgados locales realizar administración de justicia? ¿es posible aislar la institución que administra la justicia de otras instituciones del Estado? ¿se puede influir “eficazmente” mediante una reforma judicial cuya práctica más frecuente es tratar de conocer la organización del trabajo institucional mediante la demanda de “cantidades” de expedientes, de su simple cuenta y no mediante una evaluación que refleje la decisión de preservar el sentido común de la experiencia de su propia fuerza laboral junto al mármol de sus nuevos monumentos edilicios?

Las instituciones públicas han sido y son hoy todavía un objeto de análisis controversial en las sociedades de América Latina. Entender por qué y proveer de herramientas para su análisis no resulta fácil, toda vez que en general no se conocen las disputas entre las distintas tradiciones de análisis sobre su funcionamiento. El tratamiento de las conductas y/ o comportamientos de sujetos proveniente del análisis anglosajón, fue confrontado tempranamente por la tradición hermenéutica, que sostiene lo restrictivo de pensar la acción de un sujeto apelando sólo a la externalidad de su hacer²⁹, y concibe en contrapartida a la acción social como el resultado de sentidos intersubjetivos tramados históricamente. La vida social es producto de nuestra conciencia y lo

²⁹ El subjetivismo apeló a un presupuesto de sujeto consciente partiendo de la premisa dicotómica de diferenciar entre sujeto y sociedad. Voluntad, imaginación, irracionalidad y conciencia de los sujetos constituyeron las fuentes de arduos debates entre ambas tradiciones.

que concebimos como realidad objetiva es fruto de nuestra subjetividad, comprendiendo a la subjetividad social como una dinámica no unitaria sino constituida a partir de múltiples locus de pertenencia y “atravesada por elementos irracionales y conflictivos” que pueden desplazarse desde el anclaje en un ideal, un proyecto o un líder³⁰. Sin embargo, asumir estos presupuestos de la teoría clásica hermenéutica en nuestra propuesta, no puede esconder que justamente el carácter de compartido de las significaciones y orientaciones es lo que está en crisis y que frente a esa crisis del imaginario social instituido, las decisiones políticas de la Administración de Justicia no están respondiendo a la altura de la crisis ni de las circunstancias locales.

Si los nuevos proyectos institucionales están siendo signados por un arsenal de estrategias basadas en tasas de productividad, eficacia y eficiencia, criterios empresariales y económicos, cuya pretensión técnica es instar a una nueva organización del trabajo judicial sin arraigo en las experiencias y lugares concretos de nuestra realidad³¹. Supuestos bajo lo cuales la profesionalidad técnica impide “respirar lo humano” sin proveer de herramientas para convivir mejor, salvo a algunos ¿en qué medida dicha formulaciones son realizables y cómo pueden los operadores jurídicos y los ciudadanos instar otro tipo de proyectos?

En la medida que las instituciones intermedias y representativas tanto de los operadores jurídicos como de la ciudadanía no se hagan eco de estas situaciones, la presentación de este estado de cosas que muestre las diferencias y ausencias de este imaginario social institucional será considerada poco más que terrorismo institucional. No existe el instituido y se ha bloqueado el instituyente. En la magistral expresión de Lewokwicz: *“como el discurso no tiene arraigo, los miembros de la comunidad no obtienen su identidad de la división social del trabajo por intervención en un campo, sino por transferencia de la identidad del discurso que sostienen. El lazo institucional no está tramado por un problema compartido sino por rutinas establecidas. En ausencia de un campo de intervención efectivo en el que componerse trabajando, estas diferencias en la representación se tornan absolutas”* (ibid, p.49).

No, definitivamente resulta inviable que la administración de justicia sea la única capaz de enfrentar la actual complejidad social; pero sí puede convertirse en una elite no fragmentaria del poder social

³⁰ LIDIA FERNÁNDEZ Y M. EUGENIA RUIZ VELASCO plantean que “no hay individuos aislados participando en lo colectivo sino subjetividades en las que circulan múltiples voces (...) provenientes de diversas redes de relaciones”. En Fernández Lidia y Ruiz Velasco M. Eugenia, op cit p. 97.

³¹ Proveídos por una concepción gerencialista de la institución de marcado cuño anglosajón.

que discuta y combine con los otros poderes del Estado un proyecto de sociedad que aún no emerge.

Bibliografía:

- BERGOGLIO MARÍA INÉS (2001) *Litigar en Córdoba*. Córdoba: Triunfar.
- BELINSKY JORGE (2007) *Lo imaginario: un estudio*. Buenos Aires: Nueva Visión.
- CUSSET IVES Y HABER S. (dir) 2007: *Habermas / Foucault. Trayectorias cruzadas confrontaciones críticas*. Buenos Aires: Nueva Visión.
- FERNÁNDEZ LIDIA Y RUIZ VELASCO M. EUGENIA "Subjetividades emergentes". En LEÓN EMMA Y ZEMELMAN HUGO (1997) *Subjetividad: umbrales del pensamiento social*. México: Anthropos.
- KOSELLECK REINHART (1993) *Futuro pasado*. España: Paidós.
- GARCE ADOLFO, UÑA GERARDO (2006): *Think Tanks y políticas públicas en Latinoamérica*. Buenos Aires: K. Adenauer, Prometeo y IDRC-CRDI.
- LEWKOWICZ, IGNACIO (2004) *Pensar sin Estado*. Buenos Aires: Paidós.
- LAPASSADE GEORGE (1999) *Grupos, organizaciones e instituciones*. España: Gedisa.
- LOURAU RENÉ (2001) *Libertad de movimientos*. Buenos Aires: Eudeba.
- SCARPONETTI PATRICIA (2007) "Prácticas sociales y demandas colectivas de justicia. Apuntes para una reflexión sociopolítica sobre el derecho". Anuario IX del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales. CIJS-UNC.
- SIMMEL GEORG (1986) "Puente y puerta", en su obra *El individuo y la libertad*. Barcelona: Península.
- SOUZA SANTOS BOAVENTURA (2003) *Crítica a la Razón Indolente* Bilbao: Desclé.
- ZEMELMAN HUGO (1997) "Sujetos y subjetividad en la construcción metodológica. En León Emma y Hugo Zemelman, (coords.) *Subjetividad: umbrales del pensamiento social*. México: Anthropos/ Universidad Autónoma de México.
- (2007) *El ángel de la historia: determinación y autonomía de la condición humana*. España: Anthropos.

Otras fuentes

- Informe Anual de Actividad Judicial 2003. Poder Judicial de Córdoba.
- Consultas realizadas en pag Web justiciacordoba.gov.ar.
- Periódico *La Nación* de fecha 9/09/07: "La Argentina se ha convertido en un país difícil de medir" en suplemento económico, Sección 2, pp. 1-2.



HACIA UN ESTILO “CRIOLLO” DE PERIODISMO CÍVICO En búsqueda de las condicionantes de sustentabilidad de una iniciativa de Periodismo Cívico en Córdoba

¹Leopoldo Schapira, Josefina Schapira

Resumen: Este artículo da cuenta de los resultados de investigaciones sociales realizadas a periodistas, ciudadanos y estudiantes de Ciencias de la Información con el propósito de encontrar pautas para el desarrollo sustentable de experiencias de Periodismo Cívico.

El Periodismo Cívico se suma, como metodología que involucra a los medios de comunicación, a los intentos de otros grupos de la Sociedad Civil preocupados por el fortalecimiento de las prácticas democráticas. La aplicación de esta metodología implica colocar al ciudadano y sus necesidades en el centro de la cobertura periodística aportando mecanismos que faciliten la construcción de un sentido de comunidad y el fortalecimiento del empoderamiento ciudadano.

Las metodologías de las Ciencias Sociales tienen mucho que aportar en el proceso. Contribuyen a detectar las necesidades ciudadanas, a delinear vías de solución a los problemas de la Agenda Pública, a clarificar la distribución de los costos y beneficios involucrados en cada alternativa política de solución y a ordenar las deliberaciones entre ciudadanos para definir sus preferencias y construir compromisos con los políticos y autoridades.

A partir de los resultados de la experiencia realizada entre los años 2002 a 2005, en el que participaron La Voz del Interior, Cadena 3 y Canal 12, todos de Córdoba, capital, se consideró la necesidad de profundizar en el conocimiento de los actores de manera de sistematizar una experiencia que ayude a evitar o superar algunas dificultades en futuros emprendimientos con intenciones sustentables.

En este artículo se exponen los resultados de esta indagación y se enuncia un primer conjunto de recomendaciones.

Palabras Claves: Periodismo Cívico – Participación – Empoderamiento Ciudadano – Sentido de Comunidad – Periodistas y Medios

¹ LEOPOLDO SCHAPIRA, Arquitecto UNC; Master en Planificación Urbana y Regional, UK; Investigador en el CIJS de la Facultad de Derecho; Profesor Asociado por Concurso en el Doctorado en Política Social del Centro de Política Social UNC (1983- 1991); Director Gerente de la Consultora Perspectivas Sociales

Introducción, objetivos, alcances y limitaciones

Este artículo da cuenta de los resultados de una investigación realizada a ciudadanos, periodistas profesionales de Córdoba y estudiantes universitarios de Comunicación Social, con el propósito de estimar la viabilidad de una iniciativa sustentable de Periodismo Cívico.

Este informe contiene las principales conclusiones de la etapa de cierre de una experiencia de Periodismo Cívico en Córdoba (2002-2005) con medios locales: La Voz del Interior (Gráfica), Cadena 3 (Radio) y Canal 12 (Televisión) que fuera apoyado por la Fundación Avina.

Para acotar la significación del enfoque apelamos a este enunciado genérico: *“El Periodismo Cívico es el periodismo que contempla y representa al ciudadano como un actor político y por lo tanto, considera al ciudadano como un compañero del periodista en la tarea de darle sentido al mundo, y compañero de otros actores políticos en darle forma al mundo”*².

El Periodismo Cívico se suma, como metodología que involucra a los medios de comunicación, a los intentos de otros grupos de la Sociedad Civil preocupados por el fortalecimiento de las prácticas democráticas, generando el sentido de comunidad, despertando el interés por los asuntos públicos, alentando la participación y el empoderamiento ciudadano, la deliberación fundada acerca de las alternativas de superación de los problemas sociales y la construcción de compromisos con políticos y autoridades.

A partir de los resultados de la experiencia realizada entre los años 2002 a 2005, se planteó la necesidad de revisar las actitudes de los protagonistas (periodistas y ciudadanos) con el propósito de asegurar la sustentabilidad de este tipo de práctica periodística ciudadana. Por esa misma razón, y en atención a su proyección futura, se analizaron las creencias y actitudes de estudiantes de Comunicación Social sobre los temas que resultan relevantes para implementar este tipo de iniciativas.

El principal propósito de este estudio fue sistematizar la experiencia, analizar el contexto y las creencias y actitudes de los principales actores con el fin de mejorar futuros emprendimientos, nuestros y el de todos aquellos (periodistas y ONGs) que compartan el mismo interés.

² Algunos acuerdos alrededor de su práctica:

“El Periodismo Cívico es una filosofía y un sistema de valores basados en la creencia de que el periodismo tiene una obligación social, que va más allá de informar. El periodismo afecta la vida pública y por lo tanto puede ayudar a fortalecer o debilitar una comunidad.”

“Tiene como objetivo construir un sentido de comunidad, y para ello inserta a los ciudadanos en los asuntos públicos, como agentes activos.”

“Mayor dedicación a ciertos temas hasta que capten la atención de la comunidad en todos sus aspectos y lleguen a ser racionalmente deliberados”.

de utilizar esta metodología para contribuir al fortalecimiento de las prácticas democráticas

Los antecedentes, procesos, resultados e hipótesis

Desde el 2002 al 2005 se desarrolló esta iniciativa de la que participaron La Voz del Interior, Cadena 3 y Canal 12 con el apoyo de la Fundación Avina.

Se implementaron cuatro módulos. En cada uno de los módulos se abordaron temas centrales: la Construcción de la Agenda Ciudadana, las Nuevas Formas de Expresión Ciudadana (luego de la crisis de diciembre de 2001), las Políticas Públicas Municipales de Empleo y las Políticas Públicas Municipales de Salud.

Cada módulo, que culminó en un foro de ciudadanos y políticos, incluyó las siguientes actividades:

1. La realización de investigaciones sociales sobre las creencias, percepciones, actitudes y expectativas de los ciudadanos sobre los problemas sociales analizados;
2. Un diálogo público con personas vinculadas a la temática para clarificar las alternativas de solución;
3. La confección por parte de expertos en la materia de un Manual para la deliberación en los Foros Ciudadanos que incluye las políticas utilizadas en otros contextos y el enunciado de la distribución de costos y beneficios derivados de la aplicación de estas políticas entre los actores sociales; y
4. La efectivización de un Foro entre Ciudadanos y políticos.

Los Foros Ciudadanos fueron encuentros de 100 ciudadanos cuyos perfiles sociodemográficos reproducían proporcionalmente la estructura de la población de la ciudad de Córdoba en género, edad y nivel socioeconómico. Los ciudadanos deliberaron en las instalaciones de La Voz del Interior utilizando los Manuales de Discusión y llegaron a consensos sobre las alternativas de solución preferidas.

Autoridades y políticos constituyeron la contraparte del Foro. Intercambiaron opiniones sobre las alternativas de solución de los problemas elegidas por los ciudadanos y llegaron a compromisos de acción

Los Foros Ciudadanos fueron exitosos ejemplos de deliberación pública entre vecinos y representantes.

Luego de cuatro módulos en los que se repitió el proceso enunciado arriba, surgió la necesidad de reflexionar sobre lo realizado. Como insumo se realizó la investigación que da cuenta de este informe, en búsqueda de los factores que aporten a la sustentabilidad de esta metodología dirigida a la construcción del sentido de comunidad y el fortalecimiento del empoderamiento ciudadano.

Al cerrarse el ciclo de los cuatro módulos se constató que:

Si bien los Medios comprometidos con la iniciativa dedicaron amplios espacios a la misma, el resultado de este esfuerzo pudo haber sido más significativo. Hay aspectos de la metodología del Periodismo Cívico que se aplicaron por primera vez en esta iniciativa, que ya hoy constituyen un modo propio a los medios de realizar sus coberturas³ – sobre todo en lo concerniente a campañas electorales. Pero hay otros aspectos que no han logrado instalarse

Nuestra percepción del entorno social, nos hace presumir que la iniciativa no tuvo la masividad esperada. En particular, por no haber logrado comunicar, primero a los periodistas y consecuentemente a los ciudadanos:

La significación del proyecto en términos de las posibilidades que tiene la metodología de generar cambios sociales; ya que Debió quedar en claro la trascendencia que tiene para la sociedad la necesidad social tratada en cada módulo

El peso de la opinión ciudadana y sus preferencias frente a las posibles alternativas de solución y la metodología, validez y vigencia de los acuerdos que se logran entre distintos grupos de intereses ciudadanos, con autoridades y políticos

Y por la falta de;

Un compromiso de seguimiento cívico y periodístico del proceso de cada uno de los temas sociales abordados durante la iniciativa, en particular del cumplimiento de los acuerdos entre las partes.

La explicitación y efectivización de un compromiso de este tipo, hubiera limitado la práctica de la impunidad de quienes prometen y no cumplen.

De esta experiencia surgieron las principales hipótesis generadoras de esta investigación en busca de definir las condiciones de sustentabilidad del enfoque de Periodismo Cívico, que son:

1. Que los periodistas tienen dificultades para entender la significación de su papel dentro de una iniciativa de este tipo y,

³ Por ejemplo, durante la campaña electoral de este año 2007, los medios que participaron en el proyecto, organizaron los debates televisivos entre los candidatos a gobernador e intendente de la ciudad de Córdoba contextualizados por una encuesta que registra la Agenda Ciudadana.

por ende, dificultades para una implementación plena, lo que podría explicarse por ciertas concepciones y por ciertos hábitos de la práctica profesional.

2. Por otro lado, que los ciudadanos no tienen una acuciante necesidad de participar en la vida cívica y, por lo tanto, que no tienen grandes demandas sobre el rol social de la Prensa como incentivadora de la responsabilidad ciudadana.

3. Que se construye una cultura profesional en las Escuelas de Periodismo donde las dificultades del presente, en términos de este enfoque cívico, tienden a perpetuarse

Colectivos y metodología de indagación

Se emplearon distintos métodos de abordaje con cada uno de los colectivos estudiados:

Entrevistas en profundidad a los Periodistas Profesionales;
Grupos foco con Ciudadanos: y
Encuestas Probabilísticas a los Estudiantes de Ciencias de la Información

La exposición, que articula los resultados de los estudios con los diferentes colectivos, trata los siguientes temas:

1. Barreras e incentivos para generar un proyecto cívico - periodístico
 - a. Percepciones cruzadas acerca de las actitudes frente a las responsabilidades ciudadanas.
 - b. Percepciones de las responsabilidades cívicas de cada colectivo. Acciones que puede tomar el periodismo en correspondencia con sus responsabilidades con la sociedad.
 - c. El producto periodístico ideal que sirva de nexo entre los medios y los ciudadanos.
2. El poder – La transformación de la realidad.
3. ¿Un estilo “criollo” de Periodismo Cívico”?

1. Barreras e incentivos para generar un proyecto cívico - Periodístico

Se puede decir que existen barreras que obstaculizan la convergencia de ciudadanos y periodistas en un proceso de empoderamiento ciudadano y de fortalecimiento del sentido de comunidad. Estas barreras se construyen por el aporte concurrente desde ambos colectivos, aporte que en la mayoría de los casos se refuerza mutuamente. Estos refuerzos adquieren mayor fuerza cuando confluyen actitudes consensuadas en cada uno de los colectivos.

1. a. Percepciones cruzadas acerca de las actitudes frente a las responsabilidades ciudadanas

La forma como las actitudes cívicas de los ciudadanos son percibidas por los periodistas y viceversa, no da mucho espacio para el entendimiento. Ambas partes perciben en la otra la ausencia de un interés genuino por la cosa pública.

Queda claro que se trata de un espacio donde hay que reconstruir la confianza mutua y proyectarla sobre los estudiantes de periodismo que comparten la visión de los profesionales.

Algunos tópicos en que los periodistas coinciden (y los estudiantes de periodismo también) es en cómo visualizan a los ciudadanos. En uno de los pocos tópicos de consenso entre los periodistas, coinciden en que los ciudadanos:

Tienen poco interés real en participar;

Están propensos a equivocarse en sus decisiones políticas, en particular los sectores de menores ingresos porque están condicionados por su nivel educativo, grado de información, y las demandas acuciantes de las necesidades básicas insatisfechas que generan desinterés en los ciudadanos;

Por ende, los ciudadanos se encuentran incapacitados para asumir un rol activo en la vida pública

Al igual que los profesionales, la mayoría de los estudiantes consideran que el ciudadano ni tiene interés en participar, ni está capacitado para hacerlo. Sin embargo, erróneamente, la mayoría de ellos piensa que los profesionales tienen una mejor visión de la ciudadanía que ellos.

Por su parte, los ciudadanos, tienen una visión contradictoria de los medios.

Por un lado, están convencidos de que son, básicamente, manipuladores con diferentes propósitos. Pero por el otro, que están cerca de la gente. La visión negativa se expresa en que **“hay alguien”, que maneja los medios** con el objeto de:

Embrutecer a la gente;

Defender el sistema capitalista o intereses sectoriales;

Simplemente, vender más: “...una cuestión sin mala leche, pero que igual distorsiona la realidad...”:

Los medios son acusados de “Irresponsabilidad Social” porque, a diferencia de lo que ha ocurrido con otros sectores, *“no han hecho ni hacen jamás una autocrítica de su forma de actuar..., y eso que meten la pata seguido... (Illía, Malvinas, etc.)”* Esta falta de autocrítica fue considerada intencional y corporativa.

Por otro lado, y aunque resulte contradictorio, también hay una imagen muy generalizada entre los entrevistados acerca de que *"...en los que más se puede confiar cuando uno tiene un problema, es en los medios..., no debería ser así, pero es..."*; *"...es la misma historia de las maestras que se tienen que hacer cargo de los comedores escolares, ellas deberían estar para otra cosa, pero si los chicos tienen hambre, no hay otra..."*; *"...en este país hay tal orfandad, que cada uno se tiene que hacer cargo de lo que puede, no importa si le corresponde o no..."*; *"...hay temas que debe resolver la justicia, pero en los hechos, lo más rápido y seguro es recurrir a los medios..."*; *"...yo como trabajadora social tengo clarísimo que a una mujer golpeada o violada la pueden ayudar más en un medio que en la policía..."*.

1. b. Percepciones de las responsabilidades cívicas de cada colectivo. Acciones que puede tomar el periodismo en correspondencia con sus responsabilidades con la sociedad

Este es uno de los aspectos donde se encuentran los **mayores obstáculos**

Por un lado, los ciudadanos tienen una serie de dificultades para involucrarse en la vida cívica y consecuentemente, en primera instancia, no demandan a los medios ni incentivos ni acompañamiento.

Por el otro, los periodistas que, si bien todos reconocen la relación entre el ejercicio profesional y el compromiso, tienen diferencias en lo que hace al grado de involucramiento con los procesos de transformación social. Oscilan entre los que consideran que su accionar social debe limitarse a informar bien, hasta los que piensan que los Medios pueden y deben cambiar a la ciudadanía.

Los estudiantes están más clamadamente definidos. Un 66% piensa que los Medios son capaces de construir ciudadanía.

Finalmente, en aquellos casos en los que los periodistas consideran que pueden contribuir al mejoramiento social, resulta inevitable la pregunta sobre cuáles son los límites del acompañamiento a los ciudadanos por parte de los medios.

En ese caso, algunos consideran que los periodistas no deben involucrarse en absoluto en la solución de los problemas ciudadanos (*"Construir ciudadanía no es un objetivo de los Medios, se trata de una demanda excesiva"*) y otros, por el contrario, que deben utilizar todo su poder hasta lograr la superación de los problemas sociales.

Por cierto, que en sentido más positivo hay otros que responden que sólo pueden apoyar a una ciudadanía que se construye a sí misma; y que los Medios pueden y deben construir ciudadanía, que hay vías para capacitar a la gente en el manejo de la cosa pública.

Los estudiantes mantienen esos límites dentro de los clásicos de la Prensa, sin llegar en ningún caso a ubicarse en la gestión frente a las autoridades.

Por su parte, los ciudadanos sienten dificultades:

Para construir un “nosotros”, un sentido de comunidad;

Para involucrarse nuevamente en procesos participativos. Se encuentran desalentados por malas experiencias. La mayor parte de los ciudadanos en los grupos dijeron que en el 2001 habían tenido algún tipo de participación “...*nadie quedó al margen de las asambleas barriales, de los cacerolazos, de algo..., pero en la actualidad, muy pocos continúan haciendo algo...*”.

Sin claridad sobre lo que se trata (indefinición e indiscriminación del concepto de participación); y vinculando a la participación más con el deber ser que con el ser, perciben que las causas de esta situación tienen que ver con:

El individualismo;

La sensación de soledad;

La desconfianza;

La falta de figuras o instituciones atractivas convocantes;

El descreimiento: “...estoy totalmente descreída de que se pueda cambiar la realidad”;

La confusión: “...en la generación de mi mamá querían la democracia, nosotros no sabemos qué queremos...”; y

La sensación de impotencia: “...es bueno tener en la cabeza que algo puede ser diferente mañana, pero..., no sé..., la verdad es que no creo que podamos lograr algo...”, “... ¿qué podríamos hacer como ciudadanos...?”

Y como consecuencia de estas dificultades propias, es probable que sus expectativas sobre las responsabilidades cívicas de los Medios en aspectos como el empoderamiento ciudadano y la construcción de la comunidad, no aparecieran inmediatamente en el diálogo de los grupos foco.

En principio, en los requerimientos que espontáneamente se plantearon hacia los medios en los grupos, prácticamente no existieron las demandas orientadas a contribuir “al empoderamiento ciudadano, ni a “fortalecer el sentido de comunidad”, ni a nada que se asemejara o aproximara a estos conceptos. Sólo en el tramo final de las reuniones, en un espacio abierto para que se hicieran sugerencias espontáneas para mejorar los medios, se pidió “...*un mayor compromiso de los medios con la comunidad en la que están insertos...*”, pero aún en esa instancia, la demanda resultó más próxima a que los medios se asuman “como uno

más”, “...*hay mucho que decir, hay que jugarse un poco más...*”; “...*la función social de la prensa es básicamente informar, pero tienen una llegada a la población que también se debería aprovechar para algo más...*”.

En esta demanda de mayor compromiso de los medios con la comunidad, surgieron diversos temas que se espera que “traten” los medios, “...*la pobreza, la cantidad de chicos que andan sueltos en la calle...*”; “...*la mugre de Córdoba...*, una campaña para evitar los accidentes de tránsito...⁴”; “...*los clasificados solidarios de La Nación han hecho mucho por la sociedad civil...*”; “...*hay fundaciones como la de Mempo Giardinelli para fomentar la lectura que han hecho un trabajo fantástico, los diarios podrían apoyar esas iniciativas...*”; “...*también estaba bueno el proyecto de 'El diario como apoyo educativo', muchos chicos aprendieron a leer gracias a ese proyecto...*”.

En esa segunda etapa de reflexión, los ciudadanos demandan a los medios que un mayor compromiso con la comunidad pero como un actor más.

Por su parte, uno de los periodistas resume su posición diciendo que “El periodista es un profesional más de esta sociedad que no asumió que además de profesional, es ciudadano”.

Acciones de los periodistas en la construcción de ciudadanía

En cuanto a las acciones que pudieran emprender los periodistas, aceptando su responsabilidad en la construcción de ciudadanía, todo lo que supere el rol de informar resulta controversial.

Por eso surge la duda: **¿Es suficiente con la información precisa o se requiere una orientación específica hacia la construcción del empoderamiento?**

Por supuesto que para quienes consideran que contribuir a la construcción del empoderamiento ciudadano no forma parte de sus responsabilidades ciudadanas, su función social termina en “informar bien”.

Pero en general hay coincidencia en considerar que no se trata de términos antagónicos, ni que el esfuerzo puesto en un sentido quite posibilidades al otro. Por el contrario, informar bien es el punto de partida correcto para empoderar a la ciudadanía.

Los que piensan que los ciudadanos son (inteligentemente) capaces de seleccionar la información que se les presenta, creen que carecen de sentido las discusiones sobre paternalismo o demagogia, la información interesante vs. la información importante.

Otros, en los que se puede leer una actitud de mayor proactividad en el sentido de nuestra búsqueda, especifican las finalidades que

⁴ Que inició La Voz del Interior desde enero de 2007, pero que no ha superado el propósito de instalar el tema en la sociedad.

le dan sentido al “informar bien” dentro de sus obligaciones con la Sociedad y la Democracia:

- Informar para constituirse en un contrapoder
- Informar para formar en los valores y el sostenimiento de la democracia;
- Informar con conocimiento, contribuyendo a que la gente comprenda los fenómenos (en otros términos también lo expresan como “*Analizar y contribuir a la clarificación ciudadana*”);
- Informar operacionalizando el derecho a informar y a ser informado;
- Informar para dar cabida a las expresiones de la Sociedad Civil;
- Informar para alentar un espacio de debate (en otros términos también lo expresan como “*Fomentar el debate de los problemas y la articulación de los ciudadanos*”).

En el extremo de la escala, hay quienes reconocen tener obligaciones para con la Sociedad y la Democracia en las que subyace la intención de acompañar a la comunidad en el proceso de solucionar sus problemas:

- Informar, interpretar a los ciudadanos y luego utilizar el poder de los medios requiriendo respuestas a las autoridades (en otros términos también lo expresan como “*Interceder (interactuar con/ ante las autoridades)*”)

Una barrera es atribuible a cómo algunos periodistas viven su formación profesional: Consideran que están formados para observar y no para actuar modificando la realidad. Por supuesto que hay otros con una actitud más positiva que no comparten ese criterio.

A favor de asumir las responsabilidades asociadas a la función social del ejercicio profesional, los periodistas se manifiestan dispuestos a tomar el riesgo de mostrarse comprometidos con una causa social (asumiendo el peligro de parecer que pierden objetividad) según matices:

- En primer lugar, un grupo considera que el compromiso es inseparable del ejercicio profesional;
- En segundo lugar, otro grupo de entrevistados condiciona la respuesta al tema de que se trate y al alineamiento del periodista que se compromete. Aún así subsisten los peligros de convertirse en un instrumento sectorial o caer en la demagogia;
- Un último grupo, asocia el describir los hechos con la objetividad; y el opinar sobre los eventos, con el jugarse.

De todos modos perciben los peligros de convertirse en un instrumento sectorial o caer en la demagogia.

La **perspectiva de los estudiantes de Comunicación social** frente a esta problemática es como sigue:

Cuando definen la esencia del periodismo, el 40% hace referencias a aspectos vinculados a los atributos de la información como la verdad, honestidad, objetividad, etc. De manera más dispersa y entremezclada con otros atributos, aparecen otras finalidades sociales.

También, en lo que hace a las responsabilidades del periodismo dentro de la democracia, quedan en primer lugar los aspectos vinculados a la confiabilidad de la información brindada (el 56%). En tanto que prácticamente la totalidad del 44% restante hace a aspectos relacionados algún tipo de apoyo a la resolución de los problemas sociales lo que resulta funcional a un enfoque de Periodismo Cívico.

En el caso particular de cómo visualizan la responsabilidad no ya del periodismo en general, sino de los profesionales periodistas en particular, la opción que concentra más respuestas es "Estar comprometidos socialmente con el manejo de la información"

Consecuentemente, la mayoría de los estudiantes no comparte la visión de que el periodista está formado para observar y no para intervenir modificando la realidad

Los estudiantes consideran que el compromiso manifiesto con una causa social encierra el peligro de la pérdida de credibilidad porque puede ser visualizado como parcial en sus enfoques. Los de la Universidad Estatal tienen una tendencia a opinar que se produce una pérdida de objetividad, mientras que en la privada el sesgo se dirige a opinar que con el compromiso no se pierde objetividad.

2.c. El producto periodístico ideal que sirva de nexo entre los medios y los ciudadanos

En el campo de los contenidos, los periodistas toman distintas posiciones sobre **cómo lograr el equilibrio entre lo que la audiencia quiere saber y lo que es importante que ellos sepan.**

1. Para algunos, el equilibrio lo fija la política editorial del medio;
2. Otros más positivos, como ya se comentara al tratar el tema de las responsabilidades sociales del periodismo, consideran que tienen un receptor inteligente que es capaz de seleccionar la información que se les presenta, por lo cual carecen de sentido las discusiones sobre paternalismo o demagogia; mientras que;

3. Hay otros que creen que es una decisión editorial orientada por investigaciones de mercado.

Un aspecto particular de la decisión, lo constituye la percepción de algunos periodistas de que “el conflicto vende más”. Esto obstaculizaría el empeño periodístico en alentar la armonización de los intereses en conflicto que pudiera ser un objetivo en una campaña de Periodismo Cívico. Sin embargo, otros relativizan ese interés al tema tratado o a cómo sea tratado; en tanto que hay quienes que consideran que, frente a ciertos temas, los Medios deben incentivar los conflictos, lo que pudiera ser positivo en términos sociales:

Entre **los estudiantes de Comunicación Social**, el 36% está de alguna manera de acuerdo con la idea de que el periodista debe estar en armonía con la política editorial del Medio.

Probablemente, por eso no haya que sorprenderse con la respuesta a la pregunta sobre si el periodista debe sujetarse a las demandas del mercado o a su propio criterio sobre lo que el público debe saber. El 45% no tiene una posición definida al respecto.

Estos problemas, para los estudiantes, son producto de la condición empresarial de la Prensa y de la formación y actitudes de los mismos periodistas.

Paralelamente, **los ciudadanos** cuestionan los productos actuales por superficiales y “amarillistas; por los temas que eligen - hablan del divorcio entre los temas que comunican los medios y los que le interesan a la gente (por ejemplo, el puterío político); y especialmente, por la manipulación de la información, jerarquizando las noticias, donde “...se inflan algunos temas y se hacen desaparecer otros...”, se “*inflan*” ciertos aspectos de las noticias, para que desaparezcan otros.

Las críticas de los receptores pueden alentar un cambio en los medios. Pero, antes de aceptar esta hipótesis optimista sería necesario investigar si se trata de una necesidad sentida por los ciudadanos o de la “respuesta políticamente correcta” que refleja una concepción del “deber ser” del ciudadano.

Además, los ciudadanos consideran que lo que reciben es “un plomo” (Esperan un tratamiento más atractivo de las noticias, especialmente en los medios gráficos).

La suma de ambas posturas plantea los términos del desafío de establecer un nexo entre las partes por medio del producto periodístico **¿Es posible la profundidad asociada a la agilidad y la facilitación?**

Una estrategia de marketing sería generar el producto adecuado a cada segmento del mercado. Pero, en términos de Periodismo Cívico, **¿Es éticamente aceptable delinear estrategias periodísticas discriminadas por segmentos?**

Uno de los entrevistados da esta respuesta clásica: "Creo que el periodista tiene que tratar de hacer interesante lo importante, hacer un informe interesante o que también tenga un determinado nivel profesional".

3. El Poder – La transformación de la realidad

Un tema definitorio en el análisis de la viabilidad de lograr el empoderamiento ciudadano mediante la metodología de Periodismo Cívico, es evaluar el poder real de los medios en este sentido.

Estas percepciones tienen una serie de manifestaciones.

Por un lado, **los ciudadanos** que, en términos generales, reconocen el poder de los medios para modificar la realidad ("Son Hiperpoderosos "...los medios tienen una influencia poderosísima en todo..."), entran en contradicción cuando los perciben sometidos a quienes pautan la publicidad ("...hoy no se puede criticar al gobierno..., es sabido que el gobierno les quita la publicidad a los medios que lo critican y sin publicidad, revientan") Cuando se trata de visualizar el grado de cohesión de quienes sustentan ese poder, para algunos, se sacan los ojos entre sí, para otros, son una corporación indestructible.

Desde adentro, los periodistas pueden discriminar entre la empresa y los profesionales. Consideran que el poder de transformar la realidad reside en las empresas periodísticas. Otros, agregan que se posibilita en una articulación entre un periodista con marca y el Medio.

El 83% de los estudiantes considera que Los Medios constituyen el Cuarto Poder (con un ligero sesgo positivo de los estudiantes de la Universidad Nacional) y que éste reside básicamente en la empresa periodística (79%).

La virtud de estar cerca de la gente orientando el poder para resolver problemas personales ("*En los que más se puede confiar cuando uno tiene un problema, es en los medios..., no debería ser así, pero es...*"), es visualizada como una carga por los periodistas: "*Es un vacío que están llenando los medios. La gente los fuerza a extralimitarse y jugar un rol que no les compete y que constituye un peligro. Es una sobre exigencia...*".

Hay periodistas que ven en este vacío una oportunidad, consideran positivo el papel que le cabe a los medios frente a esta nueva demanda.

Otro obstáculo reside en la percepción de la propia capacitación profesional: **Consideran que están formados para observar y no para actuar modificando la realidad. Sin embargo otros dicen que están formados para observar y que suelen actuar modificando la realidad.**

Por otro lado, el debate sobre el poder de los medios para construir ciudadanía también está acotado por el hecho de que el periodismo y los periodistas se desenvuelven en un contexto problemático:

Derivados de la formación y actitudes de los periodistas;
 Los que resultan de las condiciones y presiones de las empresas periodísticas; y
 Se plantea la relación entre el ideal del ejercicio profesional y los condicionantes económicos, personales y de ámbito de trabajo que se interponen entre el individuo y su responsabilidad profesional. Si no se sienten empoderados para desencadenar los cambios, cuestionan las condiciones sociales y políticas que se oponen a ese proceso.

4. ¿Un estilo “Criollo” de periodismo cívico?

Las recomendaciones que orienten el accionar de Organizaciones de la Sociedad Civil en su contribución a la consolidación de las prácticas democráticas utilizando la metodología de Periodismo Cívico, deberían, al menos, hacerse cargo de dos aspectos que darían forma a un proceso de Periodismo Cívico a la criolla:

1. La organización de las relaciones con el grupo de periodistas; y
2. Los posibles contenidos locales de un proceso de construcción de ciudadanía a través de los medios

1. La organización de las relaciones con el grupo de periodistas

La génesis natural de un proceso de Periodismo Cívico está en los Medios y en los periodistas.

Alentar su desarrollo desde la Sociedad Civil requiere de la construcción de consensos previos con el grupo de periodistas que se integren al proyecto a partir de una decisión de la empresa periodística.

Estos acuerdos tienen un valor estratégico pues hacen al acople con la Sociedad Civil sobre la base de clarificar y compartir los objetivos.

A partir de esto, se descuenta el uso del oficio del periodista, su iniciativa, en la instalación, desarrollo y seguimiento de las instancias de un proyecto de Periodismo Cívico.

Teniendo en cuenta los registros de las percepciones, creencias y actitudes de los profesionales entrevistados acerca de temas vinculados al proceso de considerar al ciudadano como “*un compañero...*” se sugiere el siguiente temario:

1. En primer lugar, sería útil clarificar los objetivos y metodología de esta estrategia. Casi la totalidad de los periodistas dicen y sienten que hacen Periodismo Cívico. Esto impone un debate inicial de clarificación donde se confronten las distintas visiones de los participantes en el proyecto con los plan-

teos teóricos y experiencias prácticas de quienes desarrollaran y aplicaran esta metodología.

2. Un punto nuclear es la superación del desencuentro entre ciudadanos y periodistas. Como se expusiera más arriba, los periodistas no creen ni en el interés ni en la capacidad de los ciudadanos para participar en el manejo de la cosa pública (o que las condiciones sociales y políticas no generan ese tipo de interés), mientras que éstos consideran que los periodistas manipulan la información y le deben una seria autocrítica a la sociedad. Por lo tanto, es necesario construir un acuerdo básico sobre las acciones a desarrollar para superar este desencuentro.

Estas acciones pueden arrancar por reconocer los errores de la Prensa o convertir a la misma iniciativa de Periodismo Cívico en una herramienta para revertir esta situación desafortunada.

3. Aunque resulte paradójico, contribuir al empoderamiento ciudadano a través de los medios, debe empezar por el empoderamiento de los periodistas en el sentido de que se sientan capaces de construir ciudadanía o de "apoyar a una ciudadanía que se construye a si misma".

Esto puede significar la revisión (no necesariamente la elección de un nuevo canon, sino la aceptación de que puedan ser objeto de debate) de creencias arraigadas en la formación profesional como:

Cuál es el perfil del receptor (¿Es inteligente o no, es necesario actuar con paternalismo o no hace falta?)⁵.

Acotar las significaciones de términos como "buena información"⁶ (en relación a la finalidad de informar: "Informar para alentar un espacio de debate"⁷; Analizar y contribuir a la clarificación ciudadana⁸;

⁵ "Así formulada como está la pregunta, me parece que estás tomando a la audiencia como "tonta" y no es tonta, partimos de una base diferente. No es lo que ellos quieren saber, hay que contar todo y la gente después toma lo que quiere porque la gente es inteligente."

⁶ "Por carácter transitivo, informar bien es crear ciudadanía, es brindarle a la gente herramientas para que tome sus propias decisiones: eso es informar bien".

⁷ "..... dar un espacio de debate, dar un punto de análisis, dar todo el espectro de información".

⁸ "Mostrarles en 360 grados, en toda la dimensión, analizar, comparar con la solución de esos problemas en otros sistemas o sociedades" "Frente a temas puntuales, en describir las situaciones y dotar a los oyentes de la mayor información posible. El que tiene información, tiene poder. la información sirve también para tomar decisiones."

Fomentar el debate de los problemas y la articulación de los ciudadanos⁹; Informar, interpretar y luego utilizar el poder de los medios requiriendo respuestas a las autoridades¹⁰); y de:

“Objetividad” (sin conflictuar con compromiso social); o
Su capacidad para intervenir más allá de observar la realidad.

4. Si bien la demanda de los ciudadanos para que los medios ocupen espacios que van dejando las instituciones (la representación del interés público, la justicia, etc.) constituye un síntoma de crisis social a superar, podría ser también interpretado como un escenario posibilitante para una iniciativa de Periodismo Cívico ante una audiencia que se encuentra expectante. La percepción de esta oportunidad forma parte del empoderamiento periodístico, lo que puede coadyuvar a la recuperación de los roles institucionales que se han ido perdiendo.

2. Los posibles contenidos locales de un proceso de construcción de ciudadanía a través de los medios

A partir de la experiencia generada por el Mundial de Fútbol en el que resultó “*fantástico sentir que algo nos relaciona, por supuesto que sería mejor unirnos por temas más importantes, pero el sólo hecho de estar juntos es fantástico...*”, se abre la posibilidad de pensar en un Periodismo Cívico “*más criollo*”, menos racional y más emotivo, donde se trata menos de instalar el análisis y el debate de ciertos temas que hacen a “la cosa pública”, y, en cambio, se trata de atender más a necesidades, más básicas quizás, pero más sentidas por la población, que tienen que ver:

Básicamente, con la generación de “*un sentimiento colectivo de comunidad*”,

En segundo lugar, con la generación de una sensación, casi a nivel de la piel, de que vale la pena operar como comunidad y no como individuos indiferentes o enfrentados unos a los otros,

y por último, con la confianza en que “es posible” actuar esos primeros pasos más responsablemente en el manejo de la cosa pública.

⁹ En primer lugar, saber detectarlos, salir de las redacciones, salir de la burbuja en la que vivimos, insertarnos en la sociedad y aprender a compartir los problemas que, de hecho, en nuestra vida privada los tenemos.

¹⁰ “Tomar las inquietudes de la sociedad y transferirlas, por eso digo que el periodismo tiene que ser un nexo entre la sociedad, entre la comunidad y las autoridades. ... y pedir respuesta a las autoridades”.

Pareciera, a juzgar por los resultados de los grupos foco, que sin estos componentes básicos y anteriores a cualquier debate racional: el sentimiento de comunidad, la sensación de que vale la pena actuar como comunidad y la confianza en que se pueden lograr cambios beneficiosos para la comunidad como un todo, se torna muy difícil pensar en programas de Periodismo Cívico. Pero los medios tienen, sin duda, mucho para aportar en generar estos "primeros pasos".

Lo importante es, por cierto, que, una vez instalados esos primeros pasos, el proceso no se detenga. Y allí sí, la metodología clásica del Periodismo Cívico parece tener mucho para aportar.



EL BARRIO Y SUS MUJERES. LA COTIDIANEIDAD EN LOS MOVIMIENTOS PIQUETEROS DE CÓRDOBA

Juan Marco Vaggione - Gerardo Avalu***

Resumen: Debido a la centralidad que los movimientos piqueteros tienen en la política contemporánea se han desarrollado en los últimos años diversas investigaciones para entender la complejidad del fenómeno. Este artículo intenta contribuir a estos análisis considerando la situación de las mujeres desde un doble punto de vista. En primer lugar, se analiza la crisis socio-estructural de fines de milenio desde una perspectiva de género, ya que son los cuerpos de las mujeres el punto de condensación de la exclusión (feminización de la pobreza). En segundo lugar, se indaga sobre el rol de las mujeres en los piquetes, particularmente considerando la politización de lo “cotidiano” como instancias subjetivantes, tradicionalmente presentadas como espacios ajenos a lo político.

Palabras Claves: Exclusión – Subjetividad – Política – Trabajo – Hogar.

1. Introducción

Las historias personales, locales y anónimas se suman a los diferentes contextos de las luchas que las personas protagonizan. Uno puede leer detrás de cada palabra y cada acción, el significado otorgado a los diferentes momentos históricos que atravesaron su experiencia¹ y observar, también, los cambios que pudieron estar operando en el or-

* Investigador Conicet, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba. Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (U.N.C.), Doctor en Sociología New School for Social Research. Mail de contacto: juanvaggione@yahoo.com.

**Becario Conicet-Agencia Córdoba Ciencia. Maestrando en Sociología (CEA-UNC). Lic. en Ciencia Política (UCC). Docente y miembro investigador Facultad de Ciencia Política y Relaciones Internacionales (UCC). Mail de contacto: avallegera@hotmail.com.

¹ KOSELLECK (1993).

den de lo simbólico. Como señala Auyero “la experiencia en los conflictos, la forma en que las protestas son vividas, las esperanzas y emociones que la animan, no desaparecen de la raíz estructural de los conflictos” (2003, 192).

Latinoamérica, particularmente en los años 90, estuvo signada por ajustes estructurales y recorte del gasto social en el marco de la implementación de políticas neoliberales. Desde aquel tiempo hasta nuestros días se registran crecientes focos de conflicto y luchas en todo el subcontinente, síntoma de las fisuras del modelo económico e indicio de la pérdida de legitimidad del sistema político vigente.

En el caso argentino, comienzan a hacerse visibles fenómenos “novedosos” de luchas sociales. Los “piqueteros”, con estrategias y discursos propios, fueron adquiriendo una creciente visibilidad. No eran empleados estatales, campesinos, ni obreros industriales, sino el creciente grupo de población desempleada que comenzaba a organizarse y reclamar por puestos de trabajo y planes de desempleo.

Inicialmente la metodología privilegiada de estos sectores respondía al corte indeterminado de las vías de comunicación terrestre en las provincias y ciudades del interior del país. Los primeros cortes y puebladas que se registran ocurren en el año 1993 en Santiago del Estero y en 1996 y 1997 en las provincias de Neuquén y Salta². Posteriormente el conflicto avanza hacia los centros financieros y productivos localizándose en las ciudades capitales. La metodología se transforma y las calles comienzan a ser el centro de la escena³.

Debido a la centralidad que los movimientos piqueteros tienen en la política contemporánea se han desarrollado en los últimos años diversas investigaciones para entender la complejidad del fenómeno. En este germinar del campo de estudio encontramos sustantivos análisis sobre las condiciones estructurales que permitieron su emergencia, el impacto de las políticas neoliberales sobre la estructura social, los procesos de movilidad descendente, desclasamiento o descolectivización⁴. Estos diagnósticos se completan con otros trabajos que estudian las nuevas formas de organización y movilización colectiva, las formas de la protesta y las estrategias de solidaridad y asociacionismo⁵.

² Conocidos posteriormente como el “Santiagueñazo”, el “Cutralcazo” y la “Pueblada” de Tartagal.

³ AUYERO (2003, 2002); SVAMPA y PEREYRA (2004).

⁴ TADDEI (2003), GIARRACA (2002), SCRIBANO (1999), MATUCCELLI y SVAMPA (1997), SVAMPA (2004).

⁵ SCRIBANO (2005), SVAMPA y PEREYRA (2004), SCRIBANO y SCHUSTER (2001), CIUFFOLINI (2005; 2006), etc.

A su vez, un aspecto significativo de los movimientos piqueteros es la numerosa presencia femenina que registran en su interior. Si bien la participación política de las mujeres es aún, en términos generales, un desafío abierto en las democracias latinoamericanas, la presencia de mujeres piqueteras es mayoritaria, imprimiendo características especiales al movimiento que son profundizadas en este trabajo. Por estos motivos, el objetivo general de este artículo es sumar a estos estudios otra lectura a partir de utilizar la categoría “mujeres piqueteras”⁶ como una forma de iluminar una dimensión central de su dinámica política.

En particular, el rol de las mujeres en el movimiento piquetero como espacio subjetivante traspasa las barreras entre lo doméstico (privado) y lo político (público). El barrio y lo cotidiano, tradicionalmente presentados como espacios ajenos a lo político, son escenarios privilegiados desde la política piquetera. La fortaleza de estos movimientos depende en gran medida de la capacidad de politizar lo cotidiano: aquellas condiciones, prácticas y modos de vida diarios tradicionalmente relegados al ámbito de lo privado y por ende sin capacidad de generalización y movilización, son ahora resignificados y puestos en debate, ya que no permiten ser categorizados en las supuestas antinomias hogar-comunidad, individual-colectivo.

Previamente al análisis, es necesario presentar algunas clarificaciones metodológicas. El planteo del artículo se basa en entrevistas realizadas a hombres y mujeres de los sectores desocupados “piqueteros” existentes en la ciudad de Córdoba, Argentina, durante los años 2005 y 2006. Se consideran tres movimientos de desocupados de importante gravitación: la Coordinadora de Trabajadores Desocupados Anibal Verón, Casa del Pueblo UniDHos, y el Movimiento Territorial de Liberación. Hemos trabajado con 18 entrevistas del corpus existente⁷ realizadas a integrantes de estos movimientos, de los cuales 10 son mujeres y 8 son hombres⁸.

⁶ RAUBER (2002).

⁷ Las mismas corresponden al trabajo que se realiza en el marco del Proyecto de Investigación “El llano en llamas: luchas sociales urbanas y rurales en la Córdoba de hoy”, Dir: Mgter. Alejandra Ciuffolini. UCC-Agencia Córdoba Ciencia.

⁸ Las mismas fueron analizadas con las herramientas que provee la técnica del análisis de discurso permitiéndonos, en términos de Van Dijk (1997), articular los contenidos de la microestructura local del texto con la macroestructura global de los discursos. Estas relaciones manifiestan la producción de regularidades por parte de los sujetos, e intentan iluminar el sentido general presente en los discursos, que luego complementamos con citas textuales extraídas de las entrevistas analizadas. Posteriormente las técnicas que provienen de la teoría de la enunciación (análisis de tiempos verbales, desplazamientos semánticos, uso de deícticos y figuras argumentativas) nos habilitan a otorgar el contenido semántico y comprender el significado propio de estas categorías y relaciones.

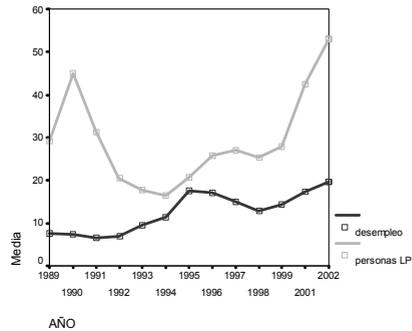
2. Estructura económica: Mujeres y Exclusión

El creciente nivel de pobreza y desocupación que refleja la década de los 90 registra en los años 2002-2003 índices record⁹. Durante el período que va desde 1974 hasta 1990, el nivel de desocupación era de 4,84% aproximadamente, este promedio aumenta a 12,02% durante la década del 90, y a 14,16% durante 2000-2006. En 1996 se registra el nivel más alto de desocupación conocido hasta la fecha, un 17,20%, período en que acontecen las primeras puebladas y cortes de rutas en el interior del país, pero luego en el año 2002 todos los registros son superados. El desempleo alcanza un nivel "histórico"¹⁰ de 21,5%, coincidiendo por primera vez con un pico en el nivel de pobreza, 54,3% de la población bajo la línea de pobreza, superando el nivel alcanzado en 1989 de 47,3% donde la desocupación era de 7%. En este contexto se abre una nueva etapa en el nivel de conflictividad social, entrando como actores protagónicos de la misma las organizaciones piqueteras.

Gráfico 1



Gráfico 2



Fuente: INDEC

Esta crisis estructural tiene consecuencias particulares sobre las mujeres ya que a la exclusión económica se les agrega la marginación adicional a las que son sometidas por la vigencia del orden patriarcal¹¹. Esta doble marginación (pobreza y género) se pone de manifiesto en el fenómeno de feminización de la pobreza¹², término que indica no sólo que las mujeres tienen más posibilidades de estar entre los sectores pobres sino que, una vez allí ubicadas, son más vulnerables a la marginación y la exclusión.

⁹ Los datos citados son extraídos de las bases publicadas por el INDEC.

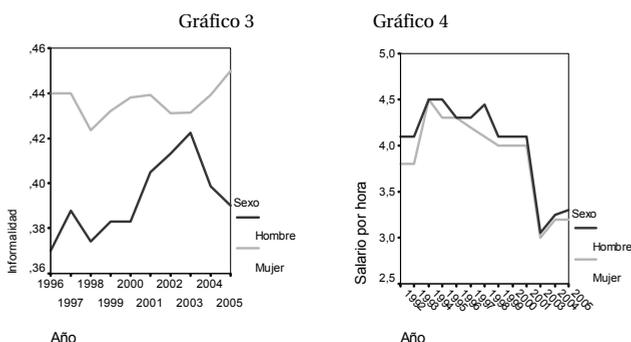
¹⁰ "La desocupación es la más alta de la historia: 21,5%". Clarín. 26/07/2002.

¹¹ FRASER (1997)

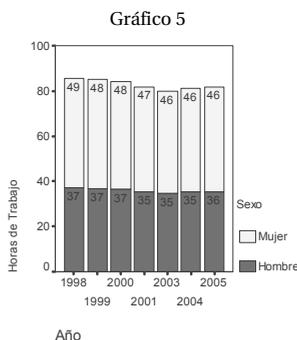
¹² ARENAS (2004), PÉREZ OROZCO (2003), ARRAIGADA (2000).

Las mujeres se desenvuelven en un mercado laboral fragmentado y tienden a desarrollar trabajos no calificados¹³. A partir del año 2004 el nivel de precarización aumenta debido, principalmente, a la pérdida de participación femenina en puestos que requieren calificación científica y técnica, de mayor remuneración y estabilidad. Las mujeres han mantenido entre 1996 y 2005 niveles crecientes y superiores de informalidad en relación a los hombres, quienes sólo reflejan niveles similares a los de ellas en el período posterior a la crisis económica de 2001, descendiendo posteriormente, por lo que se puede interpretar como un comportamiento de tipo coyuntural, consecuencia de la crisis, pero, no así, en el caso de las mujeres, donde el nivel de informalidad aumenta (gráfico 3).

El salario percibido por las mujeres es inferior al de los hombres durante todo el período analizado, no superándolo en ningún momento pero, posterior a la recuperación económica, el salario masculino crece en mayor proporción que el femenino (gráfico 4), a pesar de que las horas de trabajo semanal de las mujeres también es superior durante todo el período, trabajando aproximadamente 10 horas semanales más que los hombres (gráfico 5).



Fuente: Encuesta Permanente de Hogares (INDEC)



Fuente: Encuesta Permanente de Hogares (INDEC)

¹³ A pesar de que se ha registrado, en los últimos años, una disminución en esta tendencia.

Estas afirmaciones reflejan claramente la presencia de una estructura laboral injusta que, a su vez, se intensifica en el caso de las mujeres, sobre quienes se hace presente de manera más significativa la precarización laboral, la disminución de salarios, etc. Al respecto Cerrutti y Grimson señalan que “la mayor propensión a trabajar de las mujeres coincidió con un aumento significativo en la tasa de desempleo abierto (...) la incorporación de mujeres a la fuerza de trabajo, tanto como empleadas o como desocupadas, se ha vinculado al creciente desempleo e inestabilidad laboral de los varones jefes de hogar” (2004, 12).

La situación estructural que intentan dar cuenta estas cifras reflejan las consecuencias del modelo económico de los 90, las que se conjugan y vuelven más palpables en los diálogos sostenidos con los integrantes de los movimientos piqueteros analizados. La marginación y exclusión acarreada por la crisis del modelo también se refleja a nivel de los actores entrevistados. Es a través de estos discursos donde pueden considerarse, desde una mirada diferente, las consecuencias concretas de la crisis económica y un modelo de sociedad excluyente.

Al momento de indagar cuáles son las principales necesidades o problemas y en qué condiciones viven, como se observa en el extracto, es la falta de trabajo o remuneración fija la situación que trae consigo hambre, desnutrición, hacinamiento, escasa o nula cobertura de salud, violencia doméstica, alcoholismo, drogadicción, depresión, e impotencia ante una problemática que se presenta como natural.

[hemos ido a reclamar esos planes, ha sido realmente en una situación... calamitosa, así... mujeres con seis hijos, jefas de hogar, y muchas familias destrozadas por la misma situación económica ¿no?, que el marido le pega, que el chico sale a robar, que toma droga] (CTD-AV07)¹⁴.

Estos registros ponen en evidencia la situación de precariedad y desigualdad de las mujeres, a la vez que vislumbran como posibles nuevas formas de sociabilidad. Esta feminización estructural de la pobreza genera una multiplicación de las jornadas laborales de las mujeres. A la *jornada laboral* (economía productiva) se le suma a la *jornada de trabajo doméstico* (economía reproductiva), esto es, aquellas actividades tradicionalmente atribuidas a las mujeres que se vinculan al orden de lo privado: el cuidado de los niños, su educación, el mantenimiento del hogar, y el alimento diario, todas funciones relacionadas al “rol asistencial” o “cuidado de los otros”, como lo llaman Svampa y Pereyra (2004, 163).

¹⁴ Los extractos de entrevistas son citados entre [], y seguidamente se indica el movimiento al que pertenecen y el número de entrevista correspondiente. CTD-AV refiere a Córdinadora de Trabajadores Desocupados Anibal Verón, MTL a Movimiento Territorial de Liberación, y UniDHos a Casa del Pueblo UniDHos. La abreviación EO corresponde a “entrevistado”, ER a “entrevistador”. Los símbolos (-) representan interrupciones en la enunciación, (...) extractos inaudibles, ... pausas breves en la enunciación.

En este sentido, según lo expresa una de las entrevistadas, economía del hogar y función reproductiva, ambas relegadas al ámbito doméstico, se conjugan de manera precaria con la nueva posición de “Jefa de Hogar” (madre soltera, hogar monoparental, esposo-compañero desocupado), quien inevitablemente se encuentra ante la necesidad de generar los recursos para subsistir.

[Llegamos con un cansancio, con un agotamiento, que tenés que hacer esto, lo otro, que los chicos, que el colegio, que la comida que no alcanza, que la plata y digo “mejor me voy, salgo con las mujeres”, y bueno (...) yo voy, me junto, me despego un poco de todos mis problemas, y hago de ese rato, que es mi tiempo, mi libertad...] (MTL02).

Este nuevo papel es identificado como característico de la *mujer de barrio*, quien ya no se limita a transitar las calles que circundan a su hogar, sino que sale de él en busca de un puesto laboral y vuelve a él para continuar desarrollando las tareas domésticas. Esta nueva posición, asumida ante la necesidad de subsistir, reclama un doble esfuerzo, una “doble jornada”, donde el agotamiento y la acumulación de responsabilidades se hacen evidentes frente a la demanda de un tiempo propio que le permita recuperar su propio cuerpo.

A esta doble jornada se le suma en el caso específico de las mujeres piqueteras, la novedosa participación barrial que han desempeñado estas mujeres transformando lo doméstico en comunitario y el trabajo cotidiano en trabajo colectivo, redefiniendo el sentido de pertenencia de “ellas y ellos” en estos ámbitos, posicionándose como líderes y administradoras barriales y definiendo así a la *triple jornada femenina* como una instancia doméstica, comunitaria y política¹⁵.

[Te digo la verdad, una va y (...) a muchas mujeres no les gusta ir a la marcha, no quieren, no les gusta, con tal, no compartirán la idea, pero lo tengo que tomar de esa manera. Yo voy, me junto, me despego un poco de todos mis problemas y hago de ese rato que es mi tiempo, mi libertad... Y estamos ahí, compartimos, nos distraemos, charlamos, un poco más feministas porque no queremos hombres (risas) ¿o no somos todas mujeres las que vamos?] (MTL02).

Si bien el papel asignado a la mujer en estas condiciones de precariedad remite a un “rol asistencial”, no es un mero reproductor de las naturalizadas funciones maternas, sino que estas mujeres le imprimen su contenido político. Siguiendo a Svampa y Pereyra, “este proceso se hizo a través de la figura de la madre, pues ella emergió como la

¹⁵ Durand, al discutir el concepto de “doble jornada”, afirma que “esta conceptualización ha sido redefinida últimamente como triple jornada de trabajo debido a la creciente participación de las mujeres en los espacios políticos, comunitarios y sindicales” (2001, 7).

portadora de una interpelación radical que rompió con las clásicas divisiones entre el espacio privado y semipúblico (...) para instalar la temática del hambre en un nuevo lugar, de carácter público, que comenzó a perfilarse en la ruta y se continuó luego en otros espacios” (2004, 163-164).

Opera en este sentido un creciente proceso de politización colectiva que encuentra a las mujeres en una nueva posición. Más que seguidoras o adherentes, ellas se presentan en los nuevos escenarios de luchas como promotoras de los mismos. Su centralidad es otorgada por su capacidad directiva en las diferentes actividades comunitarias y políticas, la participación activa en la toma de decisiones, y su presencia indiscutible, y en muchos casos mayoritaria, dentro de los diferentes movimientos de base estudiados.

[Bueno nosotros fuimos a la mañana y volvimos a la, a la tarde por el tema de los hijos y a la noche quedaban los varones a acampar... o algunas mujeres, si NO tenían NIÑOS o si YA tenían organizada la casa como hacer y bueno se quedaban, pero hay otras que no.] (CTD-AV02)

[En realidad acá participan más mujeres que hombres sobre todo en las reuniones. Por una cuestión de que por ahí los hombres trabajan y demás, pero, eh, en cuanto a las tareas, se intenta que se organice entre las mismas mujeres, de acuerdo a los horarios, y demás, para que sea un trabajo equitativo] (CTD-AV01).

La construcción social que existe en torno a la “debilidad física” de las mujeres ha sido utilizada por ellas mismas como herramienta para disminuir el nivel de represión de los aparatos del Estado (Andujar, 2005:8) en los momentos más álgidos de las protestas, principalmente en lo que refiere a los cortes de calzada o la toma de edificios públicos. A su vez, la movilización de las mujeres en este tipo de acciones opera como garantía de las mismas, en tanto reproducen en espacios de mayor visibilidad pública la vida cotidiana del barrio, desplazando a toda la familia a las marchas y cortes de ruta, concluyendo más de una vez con comidas comunitarias que, otorgado su significado político, son entendidas como “ollas populares”, expresión directa de la necesidad de alimentos y las estrategias autónomas ideadas para enfrentarlas.

[la posibilidad de que los chicos realmente (-) el hambre de todos los días... bueno TODO... una situación terrible que nos hizo pensar que acá... de alguna manera que (-) que no alcanzaba con dar apoyo escolar ni hacer una olla popular de vez en cuando... pasa por otro lado... por luchar, justamente, por revertir esta situación] (CTD-AV08).

[y, en un principio no les querían dar nada... ¿sí?, eh... entonces los compañeros empezaron a prender fuego para hacer una olla...] (CTD-AV04).

[no queremos hombres ¿o no somos todas mujeres las que vamos? (...) marchamos todos juntos, marchan hombres, niños... no, pero si, van] (MTL02).

Las condiciones estructurales de exclusión e injusticia generan una subjetivización y movilización que incluyen nuevos actores y discursos políticos. En la siguiente sección se analiza la categoría de lo cotidiano como una dimensión importante del movimiento piquetero.

3. Lo cotidiano como político

Los trabajadores desocupados, teóricamente una categoría residual de la población económicamente activa, desorganizados y no articulados, se vuelven una consecuencia estructural del modelo neoliberal, constituyéndose como un “nuevo” sujeto político que emerge en el marco de acciones colectivas directas de gran notoriedad pública. La distancia entre el “desocupado” y el “piquetero” reside, entre otros aspectos, en la presencia de la organización que articuló las medidas de lucha implementadas, mediadas por la identificación de intereses, situaciones y condiciones de vida comunes. A la cotidianeidad del barrio se le incorporó la dinámica asamblearia, el debate constante, la distribución de tareas, la discusión política, la administración de recursos, en definitiva la organización piquetera emerge como espacio identitario y disciplinante.

Diversos análisis se han realizado en los últimos años para comprender y dimensionar el fenómeno de las organizaciones piqueteras. Entre ellos, numerosos trabajos reseñan sobre el significado de estas acciones, su estructuración y la capacidad de enfrentar al régimen¹⁶. Otros tantos consideran la dinámica interna de esta organización, particularmente los mecanismos de discusión, las estrategias de gestión de necesidades, etc¹⁷. Ambas lecturas y abordajes coinciden en destacar al concepto “piquetero” como una identidad fronteriza que se ubica entre la nostalgia de las fábricas y la cotidianeidad de los barrios.

Existe, sin embargo, una dimensión poco explorada y que constituye el objetivo general de este apartado: comprender la forma en que el «espacio cotidiano» es resignificado desde estos movimientos. Mientras que los estudios otorgan prioridad analítica a la dimensión organizativa y estratégica se descuidan, o inclusive no consideran, aquellos

¹⁶ GRIMSON (2003), TADDEI (2003), ADAMOVSKY (2003), SVAMPA y PEREYRA (2004), SCRIBANO (2005), CIUFFOLINI (2005), entre otros.

¹⁷ MARTUCCELLI Y SVAMPA (1997), SCRIBANO (1999), SCRIBANO y SCHUSTER (2001), GIARRACA (2002), SCHUSTER y PEREYRA (2001).

aspectos que remiten a lo cotidiano de la vida, los que quedan invisibilizados al ser considerados como parte de la esfera privada y no política.

Lo cotidiano puede entenderse como el tiempo donde se localizan, generan y reproducen las condiciones, prácticas y modos de vida compartidos que tienen el carácter distintivo de lo comunitario como principio rector. La politización de ese tiempo se vuelve, entonces, una premisa central para el accionar futuro como organización. Este proceso opera a través de la construcción de un discurso radical que vuelve políticas las condiciones de vida, las determinaciones ordinarias de la vida, y desde esos mínimos espacios atomizados de la existencia denuncian la opresión y la explotación que pesa sobre ellos. De ahí que uno pueda comprender el fuerte arraigo local y territorial de su accionar, en tanto el espacio de residencia que es, al mismo tiempo, espacio de trabajo y mundo vital.

En esta politización de lo cotidiano la presencia y el accionar de las mujeres previamente señalado es un eje central. Ante una crítica situación de carencia y exclusión, donde las tradicionales categorías de hogar, jefe de hogar y trabajo han sido puestas en cuestión o ensanchadas en su contenido, las mujeres se presentan como “líderes sociales” que hacen de las necesidades domésticas el piso para una construcción comunitaria-barrial para enfrentar la situación generalizada de pobreza. Esta primera instancia colectiva de organización irrumpe en el espacio público con el objetivo de denunciar la desigualdad y la exclusión, haciendo trizas el cristal que los invisibilizaba.

El hogar se presenta como el reflejo más cercano de la situación que atraviesan estos sectores, indistintamente la preocupación central de hombres y mujeres es cómo generar el sustento diario. La diferencia aparece cuando se observa cual de los integrantes de la familia es el “mejor” referente de lo que acontece. Claramente lo manifiesta una de las entrevistadas que condensa en su enunciación la descripción de la situación de carencia en la que viven y representa a la mujer como reflejo más nítido de ella:

[Hay muchas personas solas, muchos matrimonios(-) hijos de madre sola, que no digo que sea una deshonra pero si es un problema. Yo tengo hijos criando, yo sola, y es un problema criar hijos sola. Si no tenés muy firme, mucha convicción, en lo que querés... es muy difícil. Te falta la otra parte. Entonces... y vos imaginate que si una mujer viene de una familia que no tiene mucha educación y a su vez está peleando para ver que les hace de comer, si un arroz o un mate cocido para que le alcance la plata y todo eso. Entonces ahí es entendible que no, que no le puede dar otra cosa a sus hijos más que... que lo poco que le da, digamos, porque no da su mente, ni sus energías, ni su cuerpo para otra cosa que no sea tratar de alimentarlos y nada más... Hay de todo, como en

todos lados ¿no? Pero, en las mujeres sobretodo, en las mujeres se ve muchísimo la necesidad que hay. Porque no sé si es lo que están encargadas de llevar la casa, ahí se nota la necesidad, en ellas muchísimo.] (MTL01).

En el caso particular de la ciudad de Córdoba, la organizacional barrial ante la necesidad de proveer alimentos a numerosos menores en riesgo de desnutrición es asumida por mujeres de manera prácticamente autogestionada, sin la apelación al Estado. Posterior a la crisis de 2001, cuando el fenómeno piquetero recién hace pie en la ciudad de Córdoba, estas demandas son trasladadas a los espacios públicos para garantizar la continuidad de las actividades que se venían desarrollando ante un contexto de desempleo y pobreza generalizado.

La presencia de redes comunitarias previas a la crisis, incluso a la posterior distribución masiva de planes sociales, se convirtió en la plataforma de futuras reivindicaciones. Varias “compañeras” nos narran sobre este proceso local:

[EO: y no, mirá, yo hace dos años que estoy cobrando un subsidio y hace cuatro años que tengo la copa de leche. Y marchaba... e iba a hacer los cortes, e iba acá, iba allá y nada... y eso le hacía ver a la gente, yo no estaba cobrando nada y luchaba por todos, por TODO. Por el aumento, por... que sé yo, ponete por... TODO. Hasta que la gente decía, “No, tiene razón MTL04, luchemos y luchemos”. Yo hace 2 años que estoy cobrando un plan y hace cuatro que tengo la copa de leche. Así que yo antes tenía la copa de leche y no cobraba nada. Y nunca me interesó cobrar nada, nada más que yo me anoté porque me dice mi marido “anotate porque esto es seguro”, y bueno, ya que es seguro, bienvenido sea. Pero yo jamás cobré nada. Y los planes hace cuánto que se están cobrando... 5 años creo...] (MTL04).

[Nosotros concretamente acá en los comedores, es impresionante como aumenta la cantidad de chicos que vienen, familias a decir que, bueno, que quieren anotarse en los comedores, y nosotros nos encontramos con una situación... nos preocupa porque eso te da el indicio de que el hambre CRECE, muy contrariamente a las cifras que da el gobierno, la situación está cada vez peor, y eso se ve.] (CTD-AV08).

[en realidad hay compañeros que no han tenido experiencia nunca en... digamos en ningún tipo de ORGANIZACIÓN. Hay compañeros que si se han organizado, por ejemplo en la cooperadora de la escuela, o en el centro vecinal o en lo que sea. Y esos compañeros por ahí aportan ideas, aportan experiencia. En organización. Hay compañeros que como yo, o como otros que militamos digamos en una organización política, entonces por ahí también tenemos digamos más experiencia en esto de organizar] (CTD-AV01).

Frente a estas condiciones, y el abandono sistemático del Estado, el espacio comunitario aparece como la instancia autónoma más propicia para la supervivencia. La gestión de necesidades de manera colectiva será la herramienta primordial para enfrentar la situación de marginalidad e indigencia que los atraviesa, dando lugar a la posibilidad de organización autónoma y la emergencia de un orden alternativo. Surgen así los comedores barriales, roperos y huertas comunitarias y la demanda de planes de micro-emprendimientos para la generación de puestos de trabajo temporales, etc.

El trabajo doméstico es resignificado en tanto que el sentido otorgado al hogar se amplía y deja de ser la casa familiar para desplazarse o incluir al lugar de residencia. En este sentido podríamos entender al hogar como una categoría que se ensancha de manera tal que reclama ser nuevamente nominada. Las tareas domésticas coinciden ahora con lo gestado de manera comunitaria: atención de los comedores, de las huertas, elaboración de comidas, atención primaria de la salud, etc., incluyendo actividades tradicionalmente masculinas como recolección de leña y trabajos de albañilería.

[Yo en cierta manera ahora estoy estudiando ahí en... magisterio, y bueno, hago pan y lo llevo ahí y lo vendo y esa es mi subsistencia (risas) digamos, y... bueno, mi mujer no trabaja, da clases, digamos, en un... en negro, en un instituto así... privado (...) en realidad mi mujer es el sostén de mi familia...] (CTD-AV05).

A pesar de que la mujer se convierte en la principal proveedora y "sostén de familia", se reproduce a nivel barrial una jerarquización que refleja la dominación patriarcal de las sociedades latinoamericanas. Es posible encontrar cierta subordinación a la figura del hombre como "esposo-marido" o "compañero", cuya participación en las actividades no siempre se encuentra garantizada y, en algunos casos, se vuelve un impedimento para que la "compañera-esposa" salga de la casa.

En esta nueva organización del "hogar ampliado" las mujeres representan numéricamente a la mayoría y disputan, a su vez, los espacios de dirección de las actividades planificadas. En lo que refiere al tipo de actividades, los hombres continúan teniendo una preeminencia, pero no exclusividad, en actividades con mayor rendimiento como el comercio, la construcción, etc., en tanto las mujeres encabezan los microemprendimientos de tejidos, costura, artesanías, etc.

La jerarquía en el tipo de actividades se mantiene, pero posiblemente la figura de "jefa" potencia el posicionamiento barrial de aquellas mujeres que dirigen emprendimientos y actividades comunitarias. Estas aparecen ahora no como madres a cargo del hogar, sino como "responsables o referentes" barriales que coordinan actividades y tienen en lo colectivo-comunitario el espacio de emergencia de su accionar.

[Las otras mujeres vinieron, estaban en el otro centro y vinieron a seguir participando acá... digamos, estaba cerca, pero no pudo seguir funcionando por cuestiones familiares en el otro lugar entonces se acercaron y siguieron participando acá, que es la que te nombra ella, que es Alejandra, sobre todo que hace más tiempo que está en este lugar... (...) o Candela] (CTD-AV02)¹⁸.

[ella es coordinadora de la copa de leche] (CTD-AV03)

[típico que hay mujeres que se dirigen muy mal entre ellas, se insultan, no peleando, sino dirigiéndose (...) no todas, no, pero hay dos o tres que son así] (MTL01).

[nos conocimos, yo ya militaba hace mucho en el Partido y qué sé yo, y ella siempre fue muy doméstica digamos, ¿no?, si bien esta en casa siempre se habló de todos los problemas en las reuniones, y ella se empezó a interesarse, evidentemente, bueno hoy.. (ruidos) las cuestiones operativas las maneja TATA. Ella tiene la información de las marchas, de las planillas, las cuestiones del Ministerio, viste, eso lo maneja TATA (MTL02).

Sin embargo, la referencia a la mujer se debilita cuando nos desplazamos en el análisis desde las actividades organizativas hacia las funciones políticas y de liderazgo vinculadas a la articulación del movimiento con otros actores sociales, el desarrollo de planes de lucha, etc. Incluso la relación de los demás dirigentes con el resto de la familia de "las referentes" implica respetar ciertos códigos previos correspondientes a las relaciones de jerarquía doméstica. Estos dos últimos aspectos son interesantes indicadores sobre la necesidad que tienen los movimientos de dotar de contenido político a todas las actividades que llevan a cabo como mecanismo para evitar la reproducción de las condiciones de desigualdad cultural.

La presencia de las mujeres en los piquetes presenta una situación compleja en relación al patriarcado. Por un lado, es posible afirmar que esta politización de lo cotidiano no implica, necesariamente, una superación del patriarcado como sistema de dominación ya que sigue existiendo una estratificación a nivel de género. Son las mujeres las que soportan de manera más fuerte la crisis y exclusión generada por el modelo neoliberal, alternando entre tareas domésticas, barriales/sociales y políticas.

Pero, paradójicamente, esta politización de lo cotidiano también puede leerse como una instancia de subjetivación por parte de las mujeres. Al volverse político lo cotidiano, se vuelven las mujeres acto-

¹⁸ Los nombres que se citan son ficticios para preservar el anonimato de los entrevistados.

ras centrales de su entorno, generando y manteniendo redes sociales comunitarias que se constituyen en las estrategias principales que sostienen y refuerzan la lucha cotidiana.

4. Conclusiones

El modelo neoliberal en Argentina implicó, además de la polarización, exclusión y precarización, una fuerte privatización de lo público, extendiendo un modelo cultural individualista y apático que reforzaba el distanciamiento de la política (Lechner, 1990). En este sentido, el fenómeno piquetero se presenta como un movimiento opuesto al neoliberalismo y genera, de algún modo, una politización/publicitación de lo «privado». El barrio se vuelve el escenario de actores y discursos que inauguran un nuevo tipo de intervención pública. En parte reactiva al modelo neo-liberal, evidenciando su ilegitimidad, y en parte inaugural de un nuevo tipo de política.

Los piqueteros inauguran de esta manera una nueva etapa en la expresión de las luchas sociales que es, también, la emergencia de una nueva subjetividad política desde la exclusión. Son los sujetos desplazados a los márgenes, que el orden neo-liberal invisibilizó por años, los que se vuelven actores centrales de una nueva forma de *ser y hacer* política. Hombres y mujeres que fueron vaciados como actores políticos, irrumpen la escena pública con nuevos discursos y estrategias que politizan su accionar desde la exclusión y marginalidad. Los piqueteros encarnan una subjetividad que incorpora nuevos pliegues a las luchas políticas de la Argentina contemporánea.

Uno de esos pliegues es la incorporación y activación del accionar de las mujeres, presencia que es determinante no sólo por una cuestión numérica, sino por el tipo de politización que se lleva a cabo a raíz de su participación. En este sentido, la posición que la cultura dominante asigna a la mujer, se vuelve –para ellas y gracias a ellas– el lugar de enunciación y realización de aquellas prácticas que importan un cambio simbólico y estructural de las relaciones sociales.

Pero, al mismo tiempo, el artículo consideró la particular situación de injusticia de las mujeres en contextos de crisis como el argentino. La triple jornada laboral de las mujeres implica que a las actividades “tradicionales” en lo doméstico se le agregan el ingreso a un campo laboral fragmentado y la politización como una estrategia para resistir la exclusión que el sistema genera. Aunque es imposible distinguir donde comienzan y terminan estas jornadas, no hay dudas que alimentar a los miembros de la familia, generar recursos económicos y participar políticamente, son actividades que recaen de maneras conjugadas sobre el cuerpo de las mujeres que, por esta misma conversión, resisten a la docilidad que intenta imponer la cultura hegemónica.

En este marco lo cotidiano se vuelve un eje central de los movimientos piqueteros, incorporando un renovado énfasis de las demandas de cambio social. Lo cotidiano se vuelve político en tanto que las necesidades básicas sobre las que –se supone– descansa la ciudadanía, no están satisfechas: la subsistencia se vuelve política. Por otro lado, el barrio provee las redes sociales necesarias para la movilización que logre inscribir públicamente a los nuevos actores. En esta politización de lo cotidiano es importante la presencia de las mujeres, puesto que su accionar es medular para dinamizar las tareas colectivas de gestión y dirección. La experiencia y residencia en lo doméstico las vuelve un eje central para garantizar el funcionamiento interno y masificar su expresión pública.

Las mujeres y el barrio, dos dimensiones que tienden a ser ignoradas por las definiciones tradicionales de la política, se vuelven el eje central desde donde se articula un nuevo tipo de accionar político. Las mujeres se constituyen en sujetos que exponen sus cuerpos para que las demandas de supervivencia, otrora reducidas a las paredes del hogar, estallen hacia lo político. El barrio, por su parte, trasvasa lo meramente vecinal para constituirse en el escenario comunitario desde donde los sectores desplazados se movilizan y logran inscribir una subjetivización política que cuestiona un sistema democrático que se basa en la exclusión de importantes sectores sociales.

Bibliografía:

- ADAMOVSKY, E. (2003) *Anticapitalismo para principiantes: La nueva generación de movimientos emancipatorios*. Buenos Aires: Era Naciente.
- ANDÚJAR, A. (2005) “De la ruta no nos vamos: las mujeres piqueteras (1996-2001)”. En *X Jornadas Interescuelas/Departamentos de Historia*. Rosario.
- ARENAS, A. (2004). “La pobreza y los estudios de género”. En *Seminario Internacional sobre pobreza en América Latina y estrategias nacionales para su superación*. Colombia. Edición On-line: <http://www.wim-network.org/Art%EDculos%20en%20word/La%20Pobreza%20y%20el%20Genero-AnaIsabelArenas%202004.pdf> . Fecha de consulta: 10/04/2007.
- ARRIAGADA, C. (2000) “Pobreza en América Latina: nuevos escenarios y desafíos de políticas para el hábitat urbano”. En *Serie Medioambiente y desarrollo*. N° 27. Chile: CEPAL.
- AUYERO, JAVIER. (2003) *Contentious Lives. Two argentine women, two protest, and the quest for recognition*. USA: Duke University Press.
- (2002). *La protesta. Retratos de la beligerancia popular en la Argentina democrática*. Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires.
- CERRUTTI, MARCELA y GRIMSON, ALEJANDRO. (2004). “Buenos Aires, neoliberalismo y después. Cambios socioeconómicos y respuestas populares”. En *Cuadernos del IDES*. N° 5. Buenos Aires: IDES.

- CIUFFOLINI, MARÍA ALEJANDRA (2005) "Conflicto en los discursos de las ciencias: herejía o alienación. Reflexiones a propósito de las luchas sociales". En *VII Congreso Nacional de Ciencia Política de la Sociedad Argentina de Análisis Político*. Córdoba.
- CIUFFOLINI, MARÍA ALEJANDRA (2006) "Las luchas urbanas por la tierra". En: *Anuario Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales*, CIJS. Univ. Nacional de Córdoba. Córdoba: CIJS-UNC.
- DURAND, TERESA. (2001) *Flexibilizando cuerpos: (in)equidad de género en trabajo y salud*. Buenos Aires: CLACSO.
- ESPÓSITO, ROBERTO. (2003) *Communitas. Origen y destino de la comunidad*. Buenos Aires: Amorrortu.
- FRASER, NANCY (1997) *Justice Interruptus. Critical Reflections on the Postsocialist' Condition*, New York, Routledge
- GIARRACA, NORMA. (comp) (2002) *La protesta social en Argentina. Transformaciones económicas y crisis social en el interior del país*. Buenos Aires: Alianza.
- GRIMSON, ALEJANDRO. (2003) *La nación en sus límites*. Buenos Aires: Gedisa.
- KOSELLECK, R. (1993) *Futuro pasado. Para una semántica de los tiempos históricos*. Paidós. Barcelona.
- MATUCCELLI, DANILO y SVAMPA, MARISTELLA. (1997) *La plaza vacía. Las transformaciones del peronismo*. Buenos Aires: Losada.
- PEREZ OROZCO, AMAIA. (2003). "Feminización de la pobreza. Mujeres y recursos económicos". En *Materiales de reflexión*. N° 3. Buenos Aires. CGT. Edición on line: http://www.cgt.es/descargas/MR_03_Mujer_y_pobreza.pdf. Fecha de consulta: 10/08/2007.
- RAUBER, ISABEL. (2002) "Mujeres Piqueteras: el caso de Argentina". En VERSCHUUR (dir) *Genre, modalisation et pauvreté*. Cahiers enre et Développement. N°3. Genève: iuéd-efi.
- SCHUSTER, FEDERICO y PEREYRA, SEBASTIÁN. (2001) "La protesta social en la Argentina democrática". En GIARRACCA, Norma y BIDASECA, Karina. *La Protesta Social en Argentina. Transformaciones Económicas y Crisis Social en el Interior del País*. Buenos Aires: Alianza.
- SCRIBANO, ADRIÁN y SCHUSTER, FEDERICO. (2001) "Protesta social en la Argentina de 2001: entre la normalidad y la ruptura". *OSAL*, N° 5. Buenos Aires: CLACSO.
- SCRIBANO, ADRIÁN. (1999) "Argentina cortada: cortes de ruta y visibilidad social en el contexto del ajuste". En *Lucha popular, democracia, neoliberalismo: protesta popular en América Latina en los años del ajuste*. Caracas: Nueva Visión.
- SCRIBANO, ADRIÁN. (2005) *Itinerarios de la protesta y del conflicto social*. Córdoba: CEA/UNC-UNVM.
- SVAMPA, MARISTELLA y PEREYRA, SEBASTIÁN (2004) *Entre la ruta y el barrio*. Buenos Aires: Biblos.
- TADDEI, EMILIO. (2003) "Las protestas sociales en el espacio urbano: trabajadores asalariados y convergencias sectoriales", en *OSAL*. N° 11. Buenos Aires: CLACSO.
- VAN DIJK, Teun. (1997) *La ciencia del texto*. España: Paidós.
- LECHNER, NORBERT. (1990) *Los patios interiores de la democracia*. Chile: Fondo de Cultura Económica.



SECCIÓN VIII
BECARIOS

LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN COMO VÍA PARA LOGRAR LA EFECTIVIDAD DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES*

*Juan Martín Camusso***

“... los Estados Partes se comprometen a adoptar, ... las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”. Así se establece, en su art. 2, el deber de los Estados partes de adoptar disposiciones de derecho interno que efectivicen los derechos reconocidos en la Convención Americana de Derechos Humanos. Tal deber, además de constituir una de las obligaciones internacionales emanadas de dicho instrumento, es en Argentina una obligación con rango constitucional, desde que en la Reforma de 1994 la Convención fuese elevada a esa jerarquía (art. 75, inc. 22 CN). De allí que su violación, vale decir, la no adopción de las medidas de todo tipo que fueren necesarias para la efectivización de los derechos humanos reconocidos por la Convención, implique no sólo una violación al derecho internacional, con la consecuente responsabilidad que ello significa, sino también el incumplimiento de una obligación constitucional. Esto último importaría, como bien nos lo dice Néstor P. Sagüés, un caso de Inconstitucionalidad por Omisión¹.

* El presente texto es una breve descripción de la temática abordada en el proyecto de investigación titulado “La Inconstitucionalidad por Omisión como vía para lograr la efectividad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, desarrollado en el marco del programa de becas de pregrado del CIJS por Juan Martín Camusso y con la dirección del Dr. Antonio María Hernández.

** Estudiante de Derecho. Becario del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales (CIJS). Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UNC.

¹ SAGÜÉS, NÉSTOR. P. (2002), “Instrumentos de la justicia constitucional frente a la Inconstitucionalidad por Omisión”, en VEGA GÓMEZ, JUAN y CORZO SOSA, EDGAR (Coordinadores), *Instrumentos de tutela y justicia constitucional, Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. México D.F., Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, p. 617.

¿Qué es una Inconstitucionalidad por Omisión? ¿Cuáles son los órganos del Estado responsables de evitarla y cuáles de subsanarla? ¿Qué nos dicen la doctrina y los ordenamientos jurídicos de otros países acerca de este instituto? ¿Qué tipo de derechos sufren mayor menoscabo a través de estas omisiones? ¿Qué sucede en nuestro país? Estos son los principales interrogantes que el presente trabajo de investigación pretende responder, y de los cuales surge toda una serie de nuevos cuestionamientos: ¿Son esencialmente diferentes los derechos sociales, económicos y culturales, de los derechos civiles y políticos? ¿Qué problemas teóricos y prácticos trae aparejada la exigibilidad de los primeros? ¿Qué tipo de jueces son necesarios para aplicar la Inconstitucionalidad por Omisión?

Sin ánimo de agotar todo ese caudal de preguntas en estas breves líneas, y a los simples fines de despertar interés en un instituto poco visible en nuestro ordenamiento, se expondrán aquí tan solo algunos conceptos relativos a la Inconstitucionalidad por Omisión.

La Inconstitucionalidad por Omisión se produce cuando un órgano del Estado no ejecuta un deber constitucional, ya sea éste expreso o tácito. Tal concepción se fundamenta en el principio de la supremacía constitucional. Establecido por la Constitución un mandato o un deber para los poderes públicos, tal por ejemplo el de regular por ley una determinada materia, no pueden dichos poderes eludir su obligación dilatando indefinidamente su cumplimiento. La Constitución no es un mero documento subordinado a la voluntad política de los gobernantes de turno: su fuerza normativa obliga y vincula, y en consecuencia la totalidad del ordenamiento jurídico, es decir, las normas infraconstitucionales y los hechos, actos u omisiones, tanto de autoridades como de particulares, se encuentran compelidos bajo la supremacía constitucional².

Sin embargo, la realidad evidencia un grave problema respecto de la vigencia de los derechos humanos: el acuciante desfase existente entre la norma, generosa en el reconocimiento de los derechos, y los hechos, plagados de ejemplos de violaciones a esos derechos. La gravedad de la situación se acentúa en lo que respecta a los denominados derechos económicos, sociales y culturales, de los cuales la misma Convención Americana de Derechos Humanos establece para su efectivización, un desarrollo progresivo sujeto a la disponibilidad de recursos por parte del Estado (art. 26 CADH, y arts. 1 y 2 del Protocolo de San Salvador –de jerarquía supralegal en nuestro país–). Estos derechos se caracterizan principalmente por la actividad positiva que requieren del

² BIDART CAMPOS, GERMÁN J. (1995), *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*. Buenos Aires, Ediar, p. 468.

Estado para su efectiva realización, y ello explica porqué son las omisiones la forma normal por la cual son vulnerados los mismos. Si se limita la eficacia de las garantías previstas en los ordenamientos jurídicos sólo para aquellos supuestos en que la violación de los derechos se verifica a través de conductas positivas del Estado o de particulares, dejando así de lado el control de su afectación por medio de omisiones, estos derechos de naturaleza socio económica se verían significativamente menguados, careciendo en la práctica de valor normativo alguno.

A diferencia de otros países americanos y europeos que son analizados en el trabajo, en nuestro país la figura de la Inconstitucionalidad por Omisión no ha tenido aún recepción legislativa a nivel nacional. Para dar una idea de cómo se regula este instituto en aquellos países que sí lo hacen, vale señalar el caso de Venezuela, cuya Constitución, en su art. 336, apartado 7, atribuye a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia competencia para “*declarar la inconstitucionalidad del Poder Legislativo municipal, estatal o nacional, cuando haya dejado de dictar normas o medidas indispensables para garantizar el cumplimiento de la Constitución, o las haya dictado en forma incompleta, y establecer el plazo y, de ser necesario, los lineamientos de su corrección*”.

Más allá de esa ausencia de normativa expresa, la jurisprudencia tanto de tribunales inferiores como de nuestro máximo tribunal, estudiada en esta investigación, muestra una tendencia hacia el reconocimiento de la posibilidad de subsanar esa falencia a través del amparo regulado por el art. 43 de la Constitución Nacional, exigiendo a través de ese control judicial el cumplimiento de las obligaciones positivas de los órganos estatales.

Evidentemente, estos pronunciamientos han implicado un avance hacia el reconocimiento de garantías idóneas tendientes a la tutela de los derechos. Si bien muchas veces pueden plantearse reparos teóricos o doctrinarios, es necesario ahondar en el análisis explorando nuevas variables, y ampliar los márgenes clásicos de control. En este sentido, la solución nunca debe arbitrarse en desmedro de los derechos de los justiciables y de la eficacia constitucional. Y dentro de este marco, compartimos la visión de autores como Víctor Bazán³ y María S. Sagúes⁴,

³ BAZÁN, VÍCTOR (2003), “Respuestas normativas y jurisdiccionales frente a las omisiones inconstitucionales: una visión de derecho comparado”, en CARBONELL, MIGUEL (2003), *En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión*. México D.F., Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, pp. 91-286.

⁴ SAGÚES, MARÍA S. (2001), “La acción de amparo como instrumento de control de la inconstitucionalidad por omisión en la tutela del derecho a la preservación de la salud”, en *Jurisprudencia Argentina*, JA 2001-III-1270. Buenos Aires, Jurisprudencia Argentina.

en el sentido de que resultaría positivo postular la consagración normativa en Argentina de la Inconstitucionalidad por Omisión, a los fines de garantizar un funcionamiento sistemático y coherente de las diversas variables a que refiere.

Para finalizar esta breve introducción e invitarlos a consultar el informe final de la investigación, resulta oportuno recordar la opinión de Bidart Campos cuando decía: *“No estamos propugnando que los jueces extralimiten el marco del orden jurídico que les hace de contorno inexpugnable, ni infravalorando las competencias del legislador. Sólo estamos aseverando algo muy simple: dentro de aquel perímetro y de las competencias estrictamente propias de los jueces, cada vez que por acción u omisión éstos advierten que los órganos políticos han transgredido la Constitución o han dejado vacío un ámbito al que la Constitución proyecta directrices, tienen que elevarse al vértice jurídico del Derecho de la Constitución. ... Comprendemos muy bien que la doctrina de la supremacía suministra argumentos para sostener que la Constitución se vulnera no solamente cuando se hace lo que ella prohíbe hacer, sino también cuando se deja de hacer lo que ella manda que se haga. No hay zona alguna de reserva que el Ejecutivo, el Congreso, o la Administración puedan invocar para eximirse de hacer lo que la Constitución manda que hagan”*⁵.



⁵ BIDART CAMPOS, GERMÁN (1995), “Algunas reflexiones sobre las omisiones inconstitucionales”, en BAZÁN, VÍCTOR (1997), *La Inconstitucionalidad por Omisión*. Bogotá, Temis.

LA JUNTA ELECTORAL MUNICIPAL EN EL PROCESO ELECTORAL

Ignacio Ramón Fernández¹

Introducción

Con este artículo pretendemos explicar brevemente la investigación realizada en el marco del Sistema de Becas de Pre Grado del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales en el período comprendido entre los años 2006 y 2007, bajo la dirección del Doctor Domingo Juan Sesin.

Marco Teórico

La investigación realizada se encuentra dentro de las problemáticas actuales de la Argentina e incluso de América Latina: La Gobernabilidad, que incluso la hemos visto en riesgo en nuestro país con los acontecimientos sucedidos a fines del año 2001.

Estudiar el rol que a la Junta Electoral Municipal le toca cumplir en el Proceso Electoral y el control de los actos llevados a cabo por ella, es una de las formas de colaborar y aportar en el sostenimiento de la Gobernabilidad, y es por ello que sometemos a consideración el presente proyecto de investigación.

Si observamos el art. 156 de nuestra Constitución Provincial veremos que textualmente se establece que: *“Los magistrados y funcionarios judiciales no pueden participar en política, ni ejercer profesión o empleo, con excepción de la docencia o la investigación, de acuerdo con las condiciones que establezcan la reglamentación, ni ejecutar acto alguno que comprometa la imparcialidad de sus funciones”*; si luego observa-

¹ Abogado, ex pasante de la Relatoría de Sala Electoral, de Competencia Originaria y Asuntos institucionales del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, ex Becario de Pregrado del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la U.N.C., Adscripto a las Cátedras de Derecho Bancario, Bolsas y Seguros y de Derecho Público Provincial y Municipal (U.N.R.C.). <fernandezsardina@hotmail.com>.

mos la previsión normativa del art. 132 de la Ley Orgánica Municipal (en adelante L.M.O.) veremos que allí dice: *“La Junta Electoral Municipal se compondrá de (3) tres miembros y estará integrada, en cada Municipalidad conforme el siguiente orden de prelación: 1) Por Jueces de Primera Instancia, miembros del Ministerio Público y asesores letrados con asiento en la localidad. 2) Por Jueces de Paz Legos con asiento en la localidad. 3) Por directores de escuelas fiscales por orden de antigüedad. 4) Por electores municipales. Los candidatos a cargos municipales electivos, sus ascendientes o descendientes en línea recta y parientes colaterales de segundo grado, no podrán ser miembros de la Junta Electoral”*.

Problema de Investigación

En la confrontación de los dos artículos traídos a colación se encuentra principalmente el problema central de la determinación de la función de la Junta Electoral Municipal en el Proceso Electoral debido a que a la hora de determinarla (a la función) debemos tener en cuenta diversas razones, tales como su composición, el carácter de sus actuaciones, los términos utilizados (que no siempre son exactos) tanto en la L.O.M., como en la Ley Electoral Provincial y en las demás leyes que hagan referencia a la misma, la ratio legis. Es debido a todos estos interrogantes que creímos necesaria una investigación acabada del tema planteado, como un modo de reforzar las instituciones que sustentan nuestro régimen democrático.

Como consecuencia de esta breve exposición surgen diferentes interrogantes y cuestionamientos que a continuación y de modo breve se reseñan: *¿Qué función cumple la Junta Electoral Municipal en el Proceso Electoral? ¿Es la Junta Electoral Municipal un órgano administrativo? ¿Si es integrada por jueces, no es un órgano perteneciente al Poder Judicial, ya que los jueces tal como lo dice nuestra máxima Ley Provincial no pueden desarrollar otro tipo de actividad que no sea la docencia y la investigación (art. 156 Const. Pcial.) y además no pueden los Municipios, de acuerdo con el art. 186 inc. 14 de nuestra Const. Pcial., ejercer funciones y atribuciones que sean incompatibles con las funciones de los poderes del Estado? ¿Si se acepta que la Junta Electoral no pertenece al Poder Judicial, porque se habla de un recurso de apelación en contra de sus resoluciones, lo cual hace presuponer la existencia de una acción previa iniciada en ella (conforme al art. 6 de la ley 8234 y sus modificatorias)?, más aún ¿Cómo es posible que si la referida Junta es un órgano que no pertenece al Poder Judicial se admita expresamente el inicio de un acción de amparo específica ante la misma, como es el caso del amparo electoral (art. 10 ley 8767 Ley Electoral Provincial)? Cabe preguntarnos también, ¿Qué tipo de control debe realizar el Poder Judicial respecto de los actos y resoluciones de la Junta? ¿Con qué alcance debe realizarlo?*

El abordaje de los problemas planteados se realiza de modo tal que se analizan primero las diferentes funciones del poder (comúnmente conocidas como Poderes del Estado), e intenta encasillarse a la Junta Electoral Municipal en alguna de ella de acuerdo a las categorías jurídicas de análisis. Luego se realiza un estudio del Municipio en la Constitución de Córdoba y el impacto del nuevo art. 123 de la Constitución Nacional en lo que a la autonomía en sus diversos aspectos se refiere, y cómo el vocablo “asegurando” influye en el reconocimiento de la misma, utilizando aquí como fuente de estudio a los debates de la Convención Constituyente del año 1994.

Asimismo, se continúa en el desarrollo del Proceso Electoral, distinguiendo entre “Procedimiento Electoral” y “Proceso Electoral” (o también conocido como Contencioso Electoral) según los estándares utilizados por el Doctor Sesín para diferenciar al “Procedimiento Administrativo” del “Proceso Administrativo”. Se logran identificar tres etapas dentro del “Procedimiento Electoral”, ellas son: Etapa Preelectoral; Etapa Electoral; y Etapa Post Electoral, marcando desde y hasta que momentos que se encuentran comprendidos en cada una de ellas. Ahora bien, tal como el título de la investigación lo indica, se descarta el interés en el “Procedimiento Electoral”, para centrarlo en el “Proceso Electoral” el que entrará en escena siempre que ocurran conflictos de intereses entre los administrados, produciendo una repercusión en el corriente desarrollo del procedimiento electoral.

Se establece luego la diferencia entre “Poderes del Estado” y “Otros órganos de jerarquía constitucional”, aplicándose analógicamente estos conceptos a la Ley Orgánica Municipal N° 8102 y como son aplicados a la Junta Electoral Municipal, instituyendo lo que hemos denominado “órgano garantizado por la Ley Orgánica Municipal”.

Se ingresa luego al estudio específico de la Junta Electoral Municipal, previo análisis de los Organismos Electorales, adoptándose una clasificación de estudio propuesta por el Doctor Sesín, la cual los divide en: a) Órganos Pertencientes al Poder Judicial; b) Órganos de justicia electoral con independencia funcional “auxiliares” del poder judicial integrados sólo por magistrados judiciales; c) Órganos de justicia electoral con independencia funcional “auxiliares” del Poder Judicial integrados por magistrados judiciales (mayoría) y miembros de otros poderes (minoría); d) Órganos de justicia electoral con independencia funcional no integrados en su mayoría por miembros del Poder Judicial. Régimen Jurisdiccional Administrativo; e) Juntas Electorales municipales o comunales. Función jurisdiccional administrativa. f) Juntas Electorales Partidarias o de colegios profesionales; g) Órganos administrativos dependientes del Poder Ejecutivo. Así vemos como el autor referido caracteriza a las Juntas Electorales municipales como órganos

de naturaleza administrativa que pueden llegar a ejercer a lo sumo la función jurisdiccional administrativa. Se utilizan también otros criterios clasificatorios que tienen en cuenta tanto las actividades que realizan los organismos como los medios de impugnación previstos en contra de sus resoluciones, mas estos no son tan importantes a la hora del desarrollo del problema de investigación, aunque si es enriquecedor saber de su existencia. Seguimos luego conceptuando y caracterizando a la Junta Electoral Municipal, observando también su integración, según lo previsto en el art. 132 de la Ley Orgánica Municipal. Se realiza además un estudio tanto de los debates legislativos en torno a la sanción de la ya mencionada Ley N° 8102, en donde si bien no hubo un tratamiento específico del art. 132, si logramos obtener conclusiones de tipo generales que nos permitieron ir obteniendo las herramientas necesarias para abordar el problema de investigación, como de las resoluciones del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba (tanto el Acuerdo Reglamentario N° 464 Serie "A" de fecha 13 de Octubre de 1998 como los fallos "SAN FRANCISCO - Dpto. San Justo - REFERÉNDUM PARA LA APROBACIÓN DEL PROYECTO DE ORDENANZA N° 079 - D.E.M./01 - RECURSO DE APELACIÓN - RECURSO DE APELACIÓN", "FREYRE - DPTO. SAN JUSTO - J.E.M. ELEVA ACTUACIONES Y PRESENTA INFORME ESCRUTINIO DEFINITIVO DE LOS COMICIOS DEL DÍA 08-07-2003 - RECURSO DE APELACIÓN Y NULIDAD" y "ESTAMENTO MAGISTRADOS - LISTA INTERIOR-INTERIOR - RECURSO DE APELACIÓN"), la Cámara Nacional Electoral (el fallo "Incidente de apelación, Partido Comunista S/ Acta N° 1 de fecha 07-07-95 - HJEN") y de la desaparecida Junta Electoral Provincial.

Esbozamos también cada una de las posibles soluciones a los problemas planteados, analizando las actividades y atribuciones de la Junta Electoral Municipal y el control que de sus resoluciones debe realizar el Poder Judicial.

Para concluir el trabajo de investigación, y luego de haber seguido los pasos del método, descriptos anteriormente, podemos decir que la función que ejerce la Junta Electoral Municipal es administrativa, su régimen jurídico es administrativo y en algunas situaciones ejercerá lo que, como se ha analizado en la investigación, se ha denominado función "jurisdiccional administrativa", con los alcances que la misma ha sido allí concebida.

Asimismo y de acuerdo a lo desarrollado, creímos que no constituía óbice, el hecho de que las Juntas Electorales Municipales se encuentren integradas por Jueces de Primera Instancia pertenecientes al Poder Judicial de la Provincia de Córdoba, pues tal calidad de Jueces sólo importa como garantía de que quienes integrarán las Juntas tendrán un mínimo de conocimientos del orden jurídico, mas no es rele-

vante el cargo de Jueces propiamente dicho, sino simplemente como una “garantía”. Es importante mencionar también que el hecho de que los Jueces de Primera instancia integren las Juntas constituye una “carga pública” que el Municipio, impone en ejercicio de su *potestas imperium*, en beneficio de la sociedad local e igualando al Magistrado a un vecino de la comunidad al que le puede llegar a tocar ocupar un cargo de presidente de mesa. Mas no es esta designación de los Jueces de Primera instancia incompatible con el ejercicio de sus funciones ni compromete en modo alguno su imparcialidad e independencia, debido a la independencia funcional de que se encuentra provista la Junta.

Vemos como, según lo investigado, tampoco constituye obstáculo alguno para asignarle la función administrativa o jurisdiccional administrativa a la Junta en estudio, el hecho de que se hable de una “apelación” en contra de las resoluciones de la Junta Electoral Municipal, porque ya hemos explicado como esta imprecisión terminológica del legislador, creemos debe interpretarse *de lege lata* y *de lege ferenda*.

Finalmente, hemos investigado sobre el control que de las resoluciones de la Junta Electoral Municipal el Poder Judicial debe realizar, sentando las bases de su amplitud y plenitud, llegando a la conclusión de que terminan siendo revisables tanto las cuestiones de hecho como de derecho, primando siempre el marco de juridicidad, el cual es más amplio que el marco de legalidad, ya que integra también a los principios del ordenamiento jurídico que mencionáramos.



LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS COLECTIVOS DE TRABAJO Y LA TEORÍA DE CONFLICTOS

*Álvaro Hernán Ferrero**

A lo largo de esta investigación interrelacionamos dos disciplinas: la Teoría de Conflictos y el Derecho Colectivo del Trabajo, y así hemos remozado viejos conceptos elaborados por la doctrina del Derecho Laboral.

Partimos exponiendo al conflicto en general, para luego adentrarnos al estudio de las controversias laborales y más específicamente a los conflictos colectivos de trabajo (C.C.T.). Expusimos los problemas vinculados con la conceptualización de estos y con su clasificación. A través de este recorrido logramos presentar un nuevo concepto de esta particular especie de conflicto, destacando cuáles son las notas distintivas que lo definen y cuáles debemos desechar. Así vemos que sólo dos son las características esenciales: el actor colectivo (los trabajadores) y el interés grupal perseguido por éstos. Por último, analizamos detalladamente aquellas dos características de modo tal de no confundir a este tipo de conflicto con el denominado conflicto pluriindividual.

Nuestro concepto de C.C.T. quedó definido entonces como “aquella relación laboral integrada por un grupo de trabajadores (agremiados o no), por una parte, y por uno o más empleadores, por la otra, enfrentados por tener ambas partes objetivos incompatibles relacionados con el vínculo laboral y que se caracterizan especialmente por el valor o interés colectivo que le asignan los trabajadores al objeto en pugna”.

También reformulamos la clasificación que distingue entre los conflictos colectivos de derecho de los de intereses. Primeramente, ex-

Abogado. Becario del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, bajo la dirección del Dr. RAÚL ENRIQUE ALTAMIRA GIGENA.

pusimos el desarrollo de esta clasificación por la doctrina laboral, luego hicimos un análisis crítico de ello y lo relacionamos con la sistematización expuesta en la Teoría de Conflictos. Así, verificamos que la distinción que se hace entre conflictos de intereses y de derecho se basan en dos notas que no son excluyentes entre sí y esto lleva a que se incluyan a los mal llamados conflictos mixtos.

Encontramos una solución para reformular esta clasificación en la sistematización que la Teoría de conflicto ensaya para las disputas en general y que diferencia entre conflictos normados y conflictos permitidos. De este modo, dejamos en claro que la diferencia entre ambas clases de conflictos colectivos es la existencia o inexistencia, previamente al conflicto, de una norma que pueda ser aplicada para solucionarlo. Significa esto que en los conflictos colectivos de derecho existe, previamente al conflicto, una norma que protege a alguna de las partes y obliga a la otra a cumplir con la pretensión de su contraria. En cambio, en los de intereses no existe, previamente al conflicto, una norma no convencional que valore positivamente a una de las pretensiones de las partes, de tal modo que se las deja en libertad de confrontar.

En una segunda parte del trabajo, clasificamos los distintos métodos para la resolución de los C.C.T. legislados en métodos exógenos y endógenos. Definimos como exógenos a la conciliación, la mediación, el arbitraje y el proceso judicial y como endógenos a la negociación del convenio colectivo y las comisiones paritarias. En la clasificación propuesta, la conciliación obligatoria y el proceso judicial son métodos exógenos donde el tercero interviene por obligación. En la conciliación el tercero actúa como colaborador, en cambio en el proceso judicial el juez es un tercero dictaminante. En el arbitraje y la mediación privada el tercero sólo actúa por petición de las partes, pero el árbitro es un tercero dictaminante y el mediador es colaborador.

Al comparar los procedimientos de resolución de los C.C.T. legislados a nivel provincial con los de ámbito nacional, dijimos que la ley 7565 sigue básicamente los mismos lineamientos que la ley nacional 14786, aunque de forma más organizada y con mejor técnica legislativa. Por ejemplo, se divide en capítulos diferenciando el tratamiento del procedimiento de conciliación del arbitraje y mejora la redacción.

De la comparación de las leyes nacional y provincial de negociación colectiva advertimos que la nacional no obliga si no que sólo faculta a las partes a constituir comisiones paritarias en el convenio colectivo, en cambio la provincial establece la obligatoriedad de formar una comisión paritaria. La ley nacional faculta a dicha comisión a entender en los conflictos colectivos de derecho y de intereses, en cambio la provincial establece la constitución de dos comisiones distintas para entender sobre sendos conflictos.

Con respecto a los códigos procesales del trabajo, la norma provincial y la nacional no contienen ninguna referencia a la tramitación de los C.C.T. por medio del juicio laboral. Pero ninguna de las dos la prohíbe sino que, por el contrario, de la lectura de las competencias de los juzgados laborales puede colegirse que sería viable intentar resolver estos conflictos aplicando el procedimiento de estas leyes procesales.

Propusimos estos cambios a la legislación sobre conciliación y arbitraje: a) que el conciliador sea designado por las partes, para ello sería necesario crear un registro provincial de conciliadores y a nivel nacional remitir al Registro de Conciliadores Laborales creado por la ley 24635, b) ante la inasistencia debería dejarse expresamente establecido que no se da por concluida la instancia de conciliación sino que permanece abierta, por si se arrepiente de su accionar y decide asistir a las audiencias, hasta el transcurso del plazo máximo legal, c) establecer la posibilidad de someter el conflicto directamente al arbitraje voluntario sin necesidad de tramitar previamente la conciliación, d) la vigencia de los laudos arbitrales debe dejarse a criterio del órgano que lo dicta, de modo que el árbitro tenga la posibilidad de contemplar las circunstancias especiales de cada caso y determinar la duración del fallo de acuerdo a estas circunstancias. La ley nacional debería otorgar a la autoridad administrativa la facultad de imponer multas a las partes del conflicto por no someterse a la instancia obligatoria de conciliación, violar las resoluciones que hubiesen acordado o por no acatar el laudo arbitral. La ley provincial debería suprimir la sanción de conducir por la fuerza pública a las partes a comparecer ante la audiencia de conciliación, eliminar el arbitraje obligatorio y sustituirlo por el sistema de preaviso de huelga y de garantización de cumplimiento de servicios mínimos esenciales como lo disponen la ley 25877 y su decreto reglamentario.

Respecto a la negociación colectiva los cambios propuestos son: a) los convenios colectivos deberían incluir obligatoriamente la creación de las comisiones paritarias facultándolas para tramitar la resolución de los conflictos colectivos de derecho y de intereses sin necesidad de que las partes del convenio le otorguen esta facultad cada vez que se plantee un conflicto, b) disponer que las comisiones paritarias siempre intervendrán en un conflicto colectivo antes de tramitar la conciliación, la que se habilitará luego que venza el plazo otorgado por la autoridad de aplicación para arribar a una solución aplicando el convenio, c) debería eliminarse de la normativa provincial toda referencia a la utilización de las medidas de fuerza cuando se concluyó con el trámite de las comisiones paritarias y dejar esta situación a la remisión que se haga a la ley 7565.

Las leyes procesales laborales deberían: a) dejar expresamente establecido en el artículo referido a la competencia de los juzgados del trabajo la facultad de resolver los conflictos colectivos laborales de derecho y excluir de este modo la intervención en los conflictos de intereses, b) introducir una disposición similar al art. 33 de la Ley General del Ambiente 25675 que establezca que en los casos de conflictos colectivos de derecho el juez laboral pueda dictar una sentencia con efectos erga omnes salvo que la acción sea rechazada por cuestiones probatorias y c) debería establecerse que sólo podría iniciarse este proceso si previamente se han agotado las vías de conciliación dispuestas por la leyes respectivas o por el convenio que une a las partes.

Para solucionar el conflicto primeramente debería dejarse en manos de las partes directamente su discusión y como último recurso adoptar un procedimiento endógeno en donde el tercero tenga la facultad de dictaminar para resolver el conflicto. Por ello, propusimos como orden de prelación de los procedimientos el siguiente: negociación, conciliación, arbitraje y proceso judicial.



LA EUTANASIA EN LA DOCTRINA JURÍDICA ARGENTINA

María Lucía Lafranconi¹

En la doctrina jurídica argentina se encuentran argumentos a favor y en contra de la despenalización de la eutanasia. Por sus características los agrupamos en seis tipos.

El primer tipo está conformado por los presupuestos axiológicos de los cuales parten los juristas para justificar o no la despenalización de la eutanasia. Específicamente analizamos, cómo las diferentes maneras de comprender el universo inciden en las formas de percibir al hombre, a la vida, al sufrimiento y a la muerte. En la concepción de un Universo increado y eterno, el hombre no es persona, la muerte de la vida terrena equivale a la extinción total del ser, la vida encuentra su plenitud en lo útil, agradable y placentero, y el sufrimiento carece de todo sentido. En la concepción de un Universo creado, en cambio, el hombre es persona, la muerte es concebida como un tránsito, la vida tiene sentido aún en las peores condiciones físicas, y el sufrimiento otorga sentido a la vida y a la muerte. Quienes están a favor de la despenalización, coinciden con la primera visión. Quienes están en contra, en cambio, coinciden con la segunda.

El segundo tipo de argumentos se refiere a lo que cada una de las posturas entiende acerca de la indisponibilidad e irrenunciabilidad de los derechos personalísimos. Quienes están en contra de la despenalización sostienen que por ser el derecho a la vida un derecho personalísimo, indisponible e irrenunciable, el hombre no puede disponer nada respecto de decisiones que hacen a la finalización de su existencia. Desde esta perspectiva, la vida es un valor supremo y es un bien

¹ Becaria del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales. Investigación "Eutanasia. El valor de la 'vida sin valor'. Presupuestos Axiológicos en la doctrina jurídica", bajo la dirección del Dr. CARLOS A. LISTA.

jurídico irrenunciable. Razón por la cual la libertad que el hombre tiene no llega a conformar una facultad legítima de determinar en qué momento él voluntariamente la termina. Esta es la tesis dominante en el derecho civil argentino. Quienes están a favor de la despenalización de la eutanasia, en cambio, sostienen que sólo el titular de la vida es quien tiene el derecho a decidir si vale la pena seguir viviendo. En efecto, para este sector los derechos personalísimos son, en alguna medida, disponibles y renunciables. Desde esta perspectiva, se critica a la doctrina que postula que el valor objetivo de la vida es un límite irreductible que la hace indisponible, porque si bien ella tiene valor en la medida que se sostenga como autorreferencial, encuentra serios inconvenientes cuando intenta expandirse “*erga omnes*”, ya que el Estado constitucional de derecho se sustenta sobre la base del pluralismo y la tolerancia.

El tercer tipo de argumentos se conforma por aquellos que se refieren a la protección penal de la vida. Con relación a la eutanasia, se distinguen cuatro tipos penales: el suicidio médicamente asistido, la instigación o ayuda al suicidio, el homicidio piadoso, y el homicidio simple o calificado. En el derecho penal argentino el suicidio médicamente asistido se identifica con el delito de Instigación o ayuda al suicidio, y el homicidio piadoso queda comprendido en el delito de homicidio, simple o calificado. De esta manera, se advierte que la ley vigente refleja la postura que se opone a la despenalización de la eutanasia. Quienes están a su favor consideran, en cambio que habría que tipificar penalmente al “suicidio médicamente asistido” y al “homicidio por piedad”, como tipos penales autónomos, atenuándose la pena o en su caso despenalizándolos.

El cuarto tipo está compuesto por argumentos acerca de la interpretación y protección de los derechos constitucionales que se ponen en juego en el debate acerca de la despenalización de la eutanasia, a saber: el derecho a la vida, el derecho a la muerte, el derecho a la autodeterminación o autonomía de la voluntad, el derecho a la libertad de conciencia con relación al derecho a la salud, el derecho a la disposición del propio cuerpo, y por último el derecho a una muerte digna. Lo que cada una de las posturas entiende acerca la existencia de estos derechos, a la interpretación de su alcance y a la mejor manera de protegerlos, finalmente determina las posturas de los juristas en torno a la despenalización de la eutanasia.

El quinto tipo se refiere a los diferentes argumentos que intentan delimitar el alcance de la intervención del estado en la regulación de los derechos constitucionales antes expuestos. Quienes están en contra de la despenalización consideran que el Estado debe limitar el ejercicio del derecho a vivir, restringiendo el derecho a disponer de la propia vida. En cambio, para quienes están a favor de la despenalización de

la eutanasia, el Estado no tiene la potestad de exigir el mantenimiento de la existencia a un individuo para quien su vida no tiene ya ningún sentido. Desde esta perspectiva nadie puede ser obligado justificadamente a realizar o no realizar determinados actos, porque eso fuera mejor para él. La solución contraria implicaría una actitud paternalista hacia esa persona. Además se afirma que en un Estado constitucional de derecho no existen a priori verdades o creencias que tengan más valor que otras.

El sexto tipo de argumentos procede del sector que se opone a la despenalización de la eutanasia. Los mismos se refieren a los peligros que la despenalización podría traer consigo. En primer lugar, se destruiría la convicción de que toda vida humana tiene un valor sagrado lo cual conduciría a una progresiva desvalorización de la vida. En segundo lugar, el móvil humanitario podría servir de pantalla para encubrir otros designios. En tercer lugar, una sociedad que liberalizara la eutanasia, ejercería presión sobre los enfermos terminales o postrados, al enviarles el mensaje de que su vida carece de sentido. En cuarto lugar, el riesgo de error en el diagnóstico. Y finalmente la posibilidad de que la medicina descuide su finalidad última ya que si la medicina se convirtiera en una profesión que ayuda a la gente a morir, podría volverse menos entusiasta con respecto a la actividad de salvar vidas.



EL ESTADO EMPRESARIO: FORMAS JURIDICAS PARA EL EJERCICIO DE LA ACTIVIDAD. LAS SOCIEDADES DEL ESTADO Y LA EFICACIA EN EL CONTROL DE SU FUNCIONAMIENTO

*Maria Florencia Malvasio**

Resumen: Este trabajo de investigación analiza de manera general los mecanismos articulados por la legislación nacional para el desarrollo de actividad empresarial por parte del Estado, estudiando las estructuras jurídicas utilizadas para la instrumentación de la misma como así también los mecanismos legales de control en el uso de los fondos públicos. Posteriormente se realiza un análisis profundo de la figura de la Sociedades del Estado según Ley 20.705, y la adopción de esta figura jurídica de derecho privado como instrumento para la creación y funcionamiento de las Agencias Córdoba Ambiente, Ciencia y Cultura de la Provincia de Córdoba.

Palabras Claves: Estado empresario - Control - Fondos públicos - Agencias - Sociedades del Estado

Objetivos y desarrollo del proceso de investigación

El trabajo de investigación que se presenta se ha desarrollado a través de un proceso constante de búsqueda –en la doctrina y en la legislación nacional y provincial vigente–, de las respuestas para satisfacer los interrogantes que nos planteáramos al inicio del proyecto.

Nuestra inquietud inicial fue identificar los mecanismos articulados por la normativa nacional para el desarrollo de actividad empresarial teniendo como sujeto protagonista al Estado. Identificadas las

* El trabajo de investigación ha sido realizado en el marco de las Becas de Pregrado otorgados por el CIJS de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, por María Florencia Malvasio, abogada egresada de dicha Alta Casa de Estudios, elaborado bajo la supervisión y dirección de la Sra. DIRECTORA PROF. MARÍA CRISTINA MERCADO DE SALAS, y el Sr. CODIRECTOR PROF. JOSÉ LUIS PALAZZO.

diversas formas jurídicas existentes, optamos por profundizar el estudio de las formas societarias y entre ellas nos avocamos a las Sociedades del Estado.

Ubicado nuestro enfoque en la figura de las Sociedades del Estado, nos interrogamos cuáles eran los mecanismos de control establecidos por la normativa para el control de la administración y uso de los fondos públicos. Más específicamente, cuáles eran los instrumentos, procesos y órganos encargados de fiscalizar el manejo de los fondos públicos en los diversos entes de la administración central, órganos descentralizados y empresas y sociedades del Estado.

Luego de un proceso previo de investigación, fijamos los objetivos generales y específicos de nuestro estudio. Así, nos propusimos como objetivo general, el de identificar en la Provincia de Córdoba, la existencia de Sociedades del Estado, la autoridad de control de las mismas y verificar acciones tendientes al control de su funcionamiento por parte de los organismos correspondientes. Los objetivos específicos propuestos fueron los siguientes: a) Identificar las normas que regulan el manejo y control de los fondos públicos en la Provincia de Córdoba; b) Identificar y analizar las normas que regulan la constitución, el funcionamiento y control de sociedades del estado de la Provincia de Córdoba; c) Identificar en su caso doctrina específica que aborde el tratamiento de este tema y la jurisprudencia que se hubiera emitido al respecto; d) Identificar los órganos encargados del control de gestión y legalidad de los actos de las sociedades del estado, y las acciones del órgano de control, conforme a la ley para el cumplimiento efectivo del mismo; e) Identificar y analizar en la realidad provincial casos de sociedades del estado (Ej.: *Agencias Córdoba Ciencia SE, Córdoba Cultura SE, Córdoba Ambiente SE, Córdoba Juventud SE*¹) y los mecanismos de control implementados en los casos considerados; f) Identificar en su caso la publicidad y difusión de los actos de gestión y sus resultados (Memoria y Balance de Ejercicios) de las sociedades del estado analizadas; g) Identificar a nivel normativo vías que permitan la participación del consumidor en el control de la sociedad del estado, y su efectiva vigencia.

El trabajo de investigación fue desarrollado en cuatro módulos principales: El Estado Empresario; El Control en el uso de los fondos públicos; Sociedades del Estado y las Agencias S.E. y el control administrativo.

En el primero módulo –El Estado Empresario– identificamos en la doctrina los diversos roles que ha cumplido el Estado conforme el

¹ SCIACCA, FABIANA J.-CIMA, DIEGO JOSÉ. “Régimen Jurídico de las Agencias” . Revista Foro de Córdoba- Suplemento de Derecho Administrativo y Constitucional. Año V. N° 14. 2004. Pág. 55

ideario político reinante. Identificamos en la doctrina² el concepto de lo que se ha llamado el Estado subsidiario, el cual ejerce las funciones indelegables e irrenunciables que lo define como tal, mientras que respecto de su intervención en los aspectos económicos adopta como modelo rector de su accionar el principio de subsidiariedad.

Para el desempeño de las actividades incluídas dentro de lo llamado la gestión económica estatal, el Estado suele adoptar estructuras propias del derecho privado, con la finalidad de dotar a la administración de los beneficios de agilidad y eficiencia de la empresa. Hemos identificado diversas formas jurídicas para el ejercicio de la actividad, entre ellas: Sociedades de Economía Mixta, Decreto Ley 15.349/46, ratificado por ley 12.962; Sociedades Anónimas con Participación Estatal, Ley 19.550, art. 308 a 314; Sociedades del Estado, ley 20.705.

En el segundo módulo –El Control en el uso de los fondos públicos–, identificamos las normas que establecen los sistemas de control en el uso de los fondos públicos a nivel nacional y en el ámbito de la Provincia de Córdoba, cumpliendo de esta manera con el primero de los objetivos específicos planteados. A nivel nacional, identificamos la Ley de Administración Financiera del Estado Nro 24.156, la cual establece dos sistemas diferenciados de control: uno interno a cargo de la Sindicatura General de la Nación (SIGEN), y otro externo, a cargo de la Auditoría General de la Nación (AGN). En la Provincia de Córdoba identificamos la Ley 9086 de Administración Financiera y Del Control Interno De La Administración General Del Estado, en la cual de manera similar a la legislación nacional, se establecen dos regímenes de control, uno de carácter interno a cargo de la Fiscalía de Estado y la Contaduría General de la Provincia, y uno de carácter externo a cargo del Tribunal de Cuentas de la Provincia.

En el módulo tercero –Las Sociedades del Estado–, nos avocamos al estudio de la figura jurídica de las Sociedades del Estado, su recepción en la normativa nacional, y los mecanismos de control establecidos en la legislación nacional y provincial. Las Sociedades del Estado se encuentran reguladas por la Ley Nacional 20.705 de Sociedades del Estado, y en forma subsidiaria por la Ley de Sociedades Comerciales Nro 19.550. El control de estos entes está regulado en su faz interna por la ley 20.705, que al remitir a la Ley 19.550 establece como órgano de control interno a la Sindicatura. A nivel externo, los órganos y mecanismos de control dependerán del ámbito estatal en el que se encuentre inserta la sociedad. Así a nivel nacional, las sociedades del Estado estarán sujetas al control de la SIGEN (Ley 24.156, art. 98 y 100) quien reali-

² CASSAGNE, JUAN CARLOS. “Derecho Administrativo” Tomo I. Quinta Edición Actualizada. ED. Abeledo-Perrot. Pág. 61 y ss.

zará controles previos y posteriores como así también auditorías internas; será competencia de la AGN el control posterior de sus actos (Ley 24.156, art. 117). A nivel Provincial, las Sociedades del Estado estarán sujetas al control de la Fiscalía de Estado (Ley 9086, artículos 5, 93 . Ley 7854, art. 1) y del Tribunal de Cuentas Provincial (Constitución Provincial, arts. 126 y 127. Ley 9086, artículo 101. Ley 7630, art. 19)

El módulo cuarto –Las Agencias SE y el control administrativo– constituye el núcleo del trabajo de investigación, puesto que en él identificamos los casos de Sociedades del Estado en el ámbito de la Provincia de Córdoba, y la normativa aplicable a las mismas. Identificamos en la Ley de Ministerios 9156, la existencia de la figura de las Agencias, como instrumentos para el desarrollo de actividades por el Estado. Las Agencias mencionadas, adoptan la forma jurídica de Sociedades del Estado y Sociedades de Economía Mixta. Enfocamos el estudio en las siguientes Sociedades del Estado: Agencia Córdoba Ambiente S.E. (Ley 9156, arts. 30 y 40); Agencia Córdoba Ciencia S.E. (Ley 9156, art. 37); Agencia Córdoba Cultura S.E. (Ley 9156, arts. 42 y 43).

Identificamos en este apartado, los mecanismos de control establecidos en la legislación provincial para las sociedades del Estado y su aplicación en el caso de las Agencias, como así también los órganos facultados para realizar dichos controles. Asimismo identificamos lo establecido por la legislación provincial (Constitución Provincial, art. 15. Ley 9086, art. 87. Ley 7630, art 17) en relación a la publicidad de los actos de gestión y sus resultados.

A través del desarrollo de los módulos mencionados, hemos podido cumplimentar los objetivos que nos propusiéramos en el proyecto inicial, a excepción del último de los objetivos establecidos. Dentro de la información a la que se ha podido acceder y analizar, no han podido ser identificados a nivel normativo vías específicas que permitan la participación del consumidor en el control de la Sociedades del Estado, más allá de lo establecido a nivel general por la Ley Nacional de Protección del Consumidor Nro 24.240, y la Ley Provincial Nro. 8838 de Carta del Ciudadano (Ley 8835, arts. 1, 2, 10, 14).

Conclusiones de la investigación

La Ley de Ministerios 9156 dictada en el año 2004 modificó sustancialmente la organización administrativa del Estado Provincial, estableciendo dentro de la estructura del Poder Ejecutivo Provincial dos modalidades de organismos: los Ministerios y las Agencias, siendo a su vez asistido por las Secretarías de Estado.

Los objetivos establecidos y las atribuciones conferidas a Ministerios y Agencias, parecen responder en ambos casos a la satisfac-

ción de necesidades comunes de la ciudadanía, es decir, la realización de actividades tendientes a satisfacer el bien común. Como afirmáramos en el apartado 4.3., los objetivos sociales establecidos en la Ley de Ministerios 9156 (Ley 9156, artículos 37, 40 y 43) y en los Estatutos, contemplan la satisfacción de intereses comunes de la población provincial, vinculados a la promoción de la cultura, el avance tecnológico y el desarrollo sustentable en respeto del medioambiente, mediante la formulación de políticas generales en cada sector y la ejecución de programas, planes y proyectos en las áreas de competencia.

No se ha podido identificar la razón por la cual, la asignación de las competencias necesarias para la realización de la actividades tendientes a la satisfacción del bien común han sido atribuidas en algunos casos a Ministerios y en otros a Agencias. Podría considerarse que el criterio de adjudicación responde a una jerarquización de los valores y materias –por ejemplo, encontramos el Ministerio de Seguridad, de Educación de Solidaridad, y los temas de Cultura, Ambiente, y Ciencia, en competencia de Agencias–. Sin embargo tal conclusión responde a una evaluación meramente subjetiva puesto que la normativa consultada no explicita al respecto.

Las Agencias representan a nuestro criterio, la adopción por el Estado Provincial de un instrumento de derecho privado para la realización de políticas, planes, programas y actividades tendientes al bien común. No se diferencian las Agencias en cuanto a la naturaleza de sus objetivos sociales, a los Ministerios.

Las Sociedades del Estado aparecen como una figura jurídica cuya concepción original es limitada a actividades de índole empresarial, y por ende una figura que aparece en principio como insuficiente para regular una estructura como la de las Agencias con fines sociales que implican el desarrollo, la generación de políticas ambientales, tecnológicas y culturales, la promoción de actividades, su fomento, y control, es decir, actividades comprendidas dentro de las funciones esenciales del Estado.



ANTICIPACIÓN DE TUTELA O SENTENCIA ANTICIPADA

*Lourdes María Soledad Ogas **

Introducción

A los fines de comenzar con el abordaje del tema, creo que en primer lugar, se muestra necesario partir de un “**Diagnóstico**” de la situación actual respecto del contexto del fenómeno abordado, estableciéndose de esta manera una descripción de la misma desde las distintas dimensiones implicadas.

Asistimos en la actualidad a un proceso de cambios que se producen en los ámbitos socio-culturales, cambios que de modo inevitable se proyectan a las distintas instituciones, trayendo aparejado como principal consecuencia la búsqueda incesante de respuestas urgentes. Ante ello se afirma la existencia de una crisis que las afecta, de la que no se encuentra excenta el Sistema Judicial de Solución de Conflictos.-

En este contexto aparecen en escena valores tales como justicia, eficacia, celeridad procesal etc.

Cierto sector de la doctrina procesalista argentina, denominado Solidarismo o Activismo procesal, propone cambios revolucionarios en la estructura procesal a fin de procurar aquellos valores.-

En este sentido se encuentran interesados en el diseño e implementación de “Nuevos Procedimientos” que apuntan a la satisfacción inmediata de la pretensión del actor a los que nos referimos genéricamente como medida anticipada”¹.

*Becaria del Centro de Investigaciones Sociales y Jurídicas de la UNC, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Período 2006/2007 Resolución N° 05/06. Investigación Titulada: “Anticipación de Tutela o Sentencia Anticipada” DIRECTOR PROF. EMÉRITO JORGE HORACIO ZINNY.

Adscripta de la Cátedra “A” de Introducción al Derecho y de Teoría General del Proceso Facultad de Derecho y Cs. Sociales. UNC

¹ GARCÍA MONTAÑO, TRISTAN. “Necesidad de audiencia previa a quien será afectado por una tutela anticipada, regla no excepción.” *LL Litoral* 1999-989.

Con la mencionada tutela anticipada, se intenta conjurar las consecuencias negativas que la lentitud del sistema puede ocasionar a los derechos de los justiciables.

Así, según es como aquellos que insisten en la implementación de tales medidas hacen referencia en general a la *Tutela de Urgencia*, la que siguiendo a Peyrano se encuentra constituida por: 1) Medidas Cautelares. 2) Medidas Autosatisfactivas. 3) Tutela Anticipada.

Es por ello que nos proponemos abordar en la presente investigación el instituto Sentencia Anticipada o Tutela Anticipada, la que es considerada como parte integrante de los Procesos Urgentes, y a la que podemos definir en un primer estadio como: "*la resolución que acoge provisoriamente y antes de la sentencia definitiva total o parcialmente la pretensión ejercida a fin de evitar un perjuicio irreparable o de difícil reparación*"².

Tratándose de un instituto que ha tomado reciente impulso nos encontramos ante una situación compleja en la que no hay sistematización, ni legislación específica.

Es por ello que en primera medida se procederá a la dilucidación de los aspectos teóricos para luego tratar la problemática central, la que consiste en determinar: ¿existe debido proceso conforme nuestra Constitución en las Sentencia Anticipadas?

Método

La investigación es de naturaleza teórica y con un modo descriptivo-explicativo; ya que pretende captar la complejidad del fenómeno investigado, buscando el significado del tema estableciendo las interrelaciones con los principios centrales del ordenamiento jurídico; siendo fundamental para ello un abordaje interdisciplinario debido a los distintos complejos normativos implicados; en consecuencia el instrumento a utilizar a esos fines es el Modelo Jurídico Multidimensional

Fundamento

El modelo explicitado anteriormente es el que se muestra, a mi modo de ver, como apto para el abordaje de la presente investigación, ya que permite realizar un análisis completo y a la vez complejo, característica esta, reflejada por el mismo fenómeno jurídico investigado y por la posibilidad de la interrelación que existen entre las distintas dimensiones, lo que me permite entenderlo desde el dinamismo y la interdisciplinarietà.

² VENICA, OSCAR H. "Código Procesal Civil y Comercial comentado," T IV, Ed Lerner, 2001, pág. 462.

Conclusiones:

Respecto de la Denominación:

Encontramos distintas expresiones que se refieren al fenómeno investigado, y en muchos casos, bajo la misma denominación se confunden institutos de los que forman parte de los Procesos de urgencia (Sentencia anticipada, la medida autosatisfactiva, cautelares innominadas etc.). Siendo institutos similares en cuanto a la relativa urgencia, y en cuanto a la anticipación de tutela, pero diferentes en cuanto a su estructura y dictado.

Tal confusión se ha dado, no sólo en la doctrina sino también en la jurisprudencia lo cual se deduce de los distintos fallos citados y analizados en la presente investigación.

En definitiva "Anticipación de tutela" hace alusión al género, encontrándose distintos autores que realizan distintas clasificaciones a partir de ello.

Despacho interino de fondo o resolución satisfactiva interinal; tutela anticipatoria o anticipada, son denominaciones utilizadas como sinónimo de sentencia anticipada. Pero en muchos casos se la confunde con el género de los institutos de urgencia, es decir con la denominación "Anticipación de Tutela".

Naturaleza Jurídica

El nacimiento de tal instituto se dio por vía de la interpretación, que realizara el sector Activista o solidarista del procesalismo argentino de los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso Camacho Acosta, M. v. Grafi Graf S.R.L. (Corte Sup., 7/8/1997; y en "Banco de Galicia y Buenos Aires s/solicita intervención urgente en autos 'Smith, Carlos A. v. Poder Ejecutivo Nacional o Estado Nacional s/sumarísimo".

Existen discrepancias entre los que consideran que las sentencias anticipadas obedecen a una naturaleza autónoma dentro de los denominados los Procesos Urgentes. Por otro lado, los que consideran que las mismas responden a la naturaleza jurídica de la medida cautelar innovativa.

Que las consideraciones vertidas en relación esto obedecen a distintas posturas procesalistas tratadas.

Desde el garantismo procesal es inconcebible la existencia de un proceso urgente, ya que en su desarrollo no se vislumbran los elementos de todo proceso (una serie lógica y consecencial conformada por, afirmación-negación-confirmación-alegación). Sería lógico que responda al sistema procesal de corte dispositiva establecido por nuestra Constitución Nacional.

Que en cuanto a la naturaleza jurídica se reconocen dos momentos para poder determinarla: el primero hace alusión a la Interpretación de los fallos de la Corte y el segundo se refiere a la juridización producida en algunas provincias, con la incorporación de tal fenómeno a su ordenamiento jurídico procesal como la Pampa, el Chaco, y los anteproyectos de ley de la nación y la Provincia de Bs As.

Respecto de la eficacia

El tiempo es tomado como un pilar que sustenta y fundamenta la necesidad de una tutela de urgencia en general y de las sentencias anticipadas en particular.

A su vez podemos ver, que si bien muchos autores hablan de la eficacia procesal, no la definen o especifican, no determinan cual es su verdadero sentido.

En base a una interpretación del pensamiento analizado podemos considerar que la eficacia de la que habla tal sector doctrinario hace alusión a una efectiva tutela en un momento oportuno, concibiendo de esta manera al “tiempo” como elemento fundamental para la satisfacción de los derechos, es decir ante pretensiones Urgentes respuestas igualmente Urgentes.

Esto se hace mediante distintos mecanismos o institutos tales como los que ha hecho mención en la presente investigación en donde se procura que se llegue a aquella respuesta otorgándoles mayores poderes a los jueces. Lo que se observa a la hora de valoración de los distintos presupuestos de admisibilidad de la sentencia anticipada, donde se vislumbra una marcada apreciación judicial discrecional de las mismas, trastocando la Garantía del Debido Proceso. Creo en primer lugar, que la **tutela efectiva** no se agota en el factor tiempo, ni en los mayores poderes que las disposiciones procesales puedan otorgar a los jueces; esta consideración supondría realizar una visión parcial y reduccionista del fenómeno abordado.

Existe tutela judicial efectiva cuando existe un debido proceso conforme constitución.

El proceso es por definición, un método cuyas fases se desenvuelven en el tiempo”

El tiempo en el proceso no debe confundirse con la celeridad, sino con la eficacia, la tempestividad y la transitoriedad de la serie³.

En relación con la eficacia y la justicia

Son valores a los que se hace referencia en los argumentos que tratan de justificar los procesos de urgencia, en relación con esto consi-

³ GONZALEZ CASTRO, MANUEL. “El debido proceso conforme constitución”. *Actualidad Jurídica* 2006. Pág. 62885.

deramos que el valor desde una posición subjetiva va a ser siempre relativo, en el sentido de que lo que es justo o eficaz para uno puede no serlo para otro.

En razón de ello es que desde la ideología que sustenta nuestra Constitución Nacional, encontramos una base axiológica, ya que toda ideología la posee, y que la misma ha sido proyectada a la Constitución, a través de las garantías en ella plasmadas.

Por ello, postulo como parámetro interpretativo para determinar la justicia o no de un proceso, a la Constitución Nacional, mediante la verificación real del cumplimiento de un debido proceso donde exista un perfecto cumplimiento de sus garantías

Respecto de las garantías constitucionales

Podemos afirmar, en este momento de la investigación, que no existe debido proceso conforme nuestro sistema dispositivo de enjuiciamiento previsto por la constitución nacional. Ello en razón de:

- Se desvirtúa la relación triangular, que existe entre el juez y las partes. No existe proceso en términos lógicos

- Pretende desvirtuar la logicidad propia de la serie procedimental incertando en él una decisión que total o parcialmente recae sobre el fondo de la cuestión. Lo cual nos lleva hacia el ámbito del prejuizgamiento. Y a la eliminación del juicio previo conforme constitución.

- El juez deja de cumplir el rol de director y controlaridad del proceso, para pasar a tener un "rol activo": Otorgándosele poderes que avalan su amplia discrecionalidad, a la hora de valorar los presupuestos de procedencia, desconociéndose en este sentido cualquier tipo de límite y decidiendo conforme un criterio personal sin parámetros, y sobre estándares y valoraciones relativos.

- Atenta contra el **sistema dispositivo constitucional** del corte liberal y que ha sido producto de la realidad historica, social cultural y antropológica. Descubriendo en este sentido la eticidad del complejo normativo constitucional y por ende del Ordenamiento Jurídico.

- Se ha hablado de tutela judicial efectiva, a la que entendemos debe darse respetando y garantizando el debido procesar conforme constitución. Lo cual hemos verificado la inobservancia de tal supuesto.

- En definitiva, al no observarse las garantías de un debido proceso, nos vemos en la obligación de denunciar tal antinomia y en consecuencia consagrar la invalidez de la misma, estableciendo de esta manera la inconstitucionalidad de la sentencia anticipatoria, por ser contraria al proceso concebido en términos constitucionales.

Debemos ser conscientes de que el hecho de que en “apariencia” un instituto pueda pretender “dar respuestas” a los requerimientos urgentes de los justiciables, no supone que la resolución dictada condiga o responda con nuestra constitución nacional. La eficacia en este contexto estaría determinada no sólo por la realización de una tutela judicial efectiva en un aspecto temporal, sino desde la proyección del complejo constitucional hacia tal acto jurídico procesal.

En definitiva, sabemos que nos encontramos ante varios problemas que deben solucionarse, pero tales soluciones no deben atentar al contra principios esenciales de nuestro ordenamiento jurídico sobre todo cuando la eficacia pretendida se hace a costa del debido proceso conforme constitución.



EL CONSEJO DE LA MAGISTRATURA EN LA PROVINCIA DE CÓRDOBA*

*Pablo Purro***

Antecedentes del Consejo de la Magistratura en Córdoba y su funcionamiento en la actualidad

La presencia de jueces independientes del poder político es considerado uno de los pilares característicos y fundamentales del Estado de Derecho y ante ello el Consejo de la Magistratura se enrola, entre otras instituciones, como uno de los mecanismos más eficientes para poder satisfacer dicha necesidad.

En Córdoba los primeros antecedentes los encontramos durante el gobierno radical, el que a través de la ley N° 8097 creó una Comisión Asesora para seleccionar a los aspirantes a jueces y proponer al Poder Ejecutivo a los mejores para su designación. Tiempo después, al acceder el peronismo al Poder Ejecutivo, fue sustituida por la ley N° 8802 del 23/09/99 por la que se instituía el Consejo de la Magistratura con atribuciones para concursar a los candidatos a jueces, fiscales y proponerlos ante el Poder Ejecutivo, con el orden de mérito correspondiente.

Posteriormente se dictó la ley N° 9051 del 25/10/02, que reformaba algunas cláusulas de la anterior ley N° 8802 entre las cuales se confirmaba en su cargo a magistrados sustitutos que cumplieran determinados requisitos sin rendir en el Consejo de la Magistratura, generando la reacción de la oposición y de los representantes de los magistrados y los abogados que denunciaron que se pretendía confirmar a

* Extracto del trabajo titulado "El Consejo de la Magistratura en la Provincia de Córdoba, alternativas para la independencia del Poder Judicial".

** Abogado. Ex-becario del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, bajo la dirección del Dr. DOMINGO JUAN SESÍN y la Codirección del Ab. RICARDO SERAFÍN BIANCIOTTI. Aprobado por resolución del CIJS N° 06/07.

fiscales y jueces sustitutos que tendrían en sus manos posibles investigaciones a funcionarios provinciales.

En razón que el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba suspendió la vigencia de la ley N° 9051 del 25/10/02, se dictó la ley N° 9061 del 26/11/02, por la que se declaraba la “emergencia judicial” hasta el 12 de septiembre del 2003, suspendiendo la vigencia de las dos leyes anteriores y reestableciendo el sistema de la Comisión Asesora.

Finalmente en la actualidad, el Consejo de la Magistratura se encuentra funcionamiento nuevamente bajo la ya mencionada ley N° 8802, la que fue modificada recientemente por la ley N° 9305 del 2/08/06. Su reglamentación la encontramos además por el decreto N° 1471.

En cuanto a su composición, el Consejo de la Magistratura de la Provincia se encuentra integrado por **nueve miembros**: un miembro del Tribunal Superior de Justicia, el Ministro de Justicia de la Provincia, un legislador elegido por la Legislatura Provincial, el Fiscal General de la Provincia, un miembro de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba que no sea Magistrado o Funcionario del Poder Judicial, un magistrado o funcionario del Poder Judicial, con ejercicio del cargo en la circunscripción judicial y en representación de la misma, un magistrado o funcionario del Poder Judicial, con ejercicio del cargo en alguna de las restantes circunscripciones judiciales en representación del interior y dos abogados de la Matrícula, uno de la 1ª circunscripción judicial y otro en representación de las restantes circunscripciones judiciales del interior¹.

Sobre la forma de selección, se consigna que tanto los magistrados elegidos con acuerdo de la Legislatura como los abogados serán elegidos democráticamente por el voto de sus pares. Respecto del Ministro de Justicia y el Fiscal General, estos serán elegidos por el Poder Ejecutivo conforme lo estipula la Constitución Provincial². El miembro del Tribunal Superior de Justicia será elegido por los integrantes de dicho cuerpo como así también el miembro de la Academia Nacional de Derecho. Finalmente, el legislador será elegido por la Legislatura unicameral de la Provincia.

Apreciaciones sobre el Consejo de la Magistratura en la Provincia de Córdoba

La creación del Consejo de la Magistratura en la Provincia de Córdoba obedeció, al igual que en muchas otras provincias, a la necesi-

¹ Artículo 2 de la ley 8802.

² Artículos 144 inc. 10 y 171 de la Constitución de la Provincia de Córdoba.

dad de acrecentar la idea de independencia externa del Poder Judicial como así también mejorar la confianza pública en el sistema judicial.

En este sentido, el Consejo de la Magistratura de la Provincia logra un ponderado pluralismo y equilibrio en cuanto a su composición con relación a los consejos de la magistratura de las restantes provincias. Ello es así por cuanto prevé que de un total de nueve miembros, cinco sean de extracción judicial, dos nombrados por el Poder Ejecutivo en razón de su cargo, un legislador que se corresponde con la primer minoría y el miembro de la Academia Nacional de Derecho.

No obstante ello, si bien en determinadas situaciones se podría configurar una mayoría automática (si por ejemplo, tanto el Vocal del Tribunal Superior de Justicia, el Fiscal General como el miembro de la Academia de Derecho votaren en igual sentido que los miembros de extracción política) creemos que el Consejo de la Provincia de Córdoba logra una cierta y adecuada diversidad respecto de su integración, toda vez que, recordemos, que el concepto de equilibrio va ligado con el de participación por parte de cada uno de sus estamentos.

En cuanto a las atribuciones del Consejo de la Magistratura si bien son acertadas, nos parecería que estas se deberían ampliar en aras a poder recibir denuncias formuladas contra magistrados y funcionarios judiciales y a poder evaluar el desempeño y aptitudes de los magistrados después de un determinado período en sus cargos, como sucede en el Consejo de la magistratura de la provincia de Chubut.

Finalmente, si bien la ley prevé el pago de viáticos y reintegro de gastos para los jueces, fiscales, abogados, el representante académico que integren el Consejo y los integrantes de las Salas cuando realicen tareas propias de la función fuera de su domicilio, creemos que sería conveniente establecer que sus funciones sean remuneradas para permitirles de esa manera, una compensación por el tiempo dedicado.

Conclusiones

Del análisis efectuado se puede apreciar que el debate sobre la incorporación del Consejo de la Magistratura y su dinámica en un sistema jurídico se enmarca en una discusión aún mayor, el de cómo obtener un Poder Judicial independiente y eficaz al servicio de la ciudadanía.

En este sentido, el principio de la separación de los poderes no es, naturalmente, de aplicación uniforme sino que es una cuestión que se presenta, cada día más, como de oportunidad política y de eficacia gubernativa.

Consecuentemente, de ahí la imperiosa necesidad que la legitimidad y la transparencia en la designación de aquellos que custodian las leyes sea un requisito esencial para aspirar a fortalecer las institu-

ciones, el orden democrático y la confianza popular de todo sistema normativo. Es fundamental por eso la existencia de mecanismos de selección y promoción de cargos como el Consejo de la Magistratura, en donde se presupone una integración proporcional y una participación equilibrada de aquellos representantes de los sectores vinculados directamente al quehacer judicial.

Del estudio de los Consejos de la Magistratura en el derecho comparado coincidimos con GIOVANNIVERDE al decir que “...la verdadera diferencia entre los sistemas del Civil Law y el Common Law, se halla en una diferencia cultural en cuanto al tema de la independencia y de la imparcialidad del Poder Judicial. En los sistemas del Civil Law la exigencia de una reglamentación minuciosa y analítica nace de una actitud cultural de desconfianza hacia el prójimo, y en el caso específico, hacia los magistrados, que se entiende a colmar a través de reglas impuestas y a procedimientos preestablecidos. En los sistemas de Common Law no se advierte esta exigencia, y se trata, en cambio de hallar la manera de que sean nombrados jueces que merezcan la confianza en ellos depositada.”³

Por otro lado, en el caso europeo la introducción del Consejo de la Magistratura a los diversos sistemas judiciales generó una mayor apertura en cuanto a la participación de sectores tradicionalmente excluidos en la decisión del mejoramiento de la justicia. Esto se tradujo en el caso de Italia, en un fortalecimiento del Poder judicial, y en el caso de Portugal en una ampliación hacia el equilibrio respecto de los demás sectores tradicionales.

En el análisis del Consejo de la Magistratura de la Nación y los de algunas provincias, se puede observar que la sola instrumentación formal del Consejo de la Magistratura no sirve por sí misma para ahuyentar la idea de las intromisiones de los demás poderes, si tal decisión no es acompañada de una reglamentación congruente con tales objetivos. Caso contrario, el Consejo solo quedaría reducido a un ámbito de luchas por mayores cuotas de poder, practicando un gatopardismo institucional en donde la representación judicial queda en absoluta minoría o en cual el Poder Ejecutivo puede mantener su predominio numérico.

El Consejo de la Magistratura, es a nuestro modo de ver, una institución clave y fundamental si se desea una justicia independiente e imparcial de los restantes poderes y capacitada para enfrentar los compromisos diarios que le exige la ciudadanía y que, como toda institución democrática requiere la participación y el fortalecimiento de todos

³ VERDE, Giovanni. “El Sistema Judicial Italiano”. Artículo disponible en el sitio: <http://www.csm.it/documenti%20pdf/sistema%20giudiziario%20italiano/spagnolo.pdf>.

los sectores vinculados, ya que el mejoramiento de la justicia solo es posible si participamos todos.

Finalmente, y a modo de cierre del presente trabajo, creemos que una recepción constitucional del Consejo de la Magistratura de la Provincia de Córdoba implicaría una mayor garantía a la institución y configuraría una dificultad a cualquier intento de variar en algún modo sus competencias. Por ello proponemos el siguiente artículo:

Art. 157 – El Consejo de la Magistratura estará integrado periódica y equilibradamente por nueve (9) miembros a saber: Un (1) miembro del Tribunal Superior de Justicia elegido por integrantes de dicho Cuerpo. El Ministro de Justicia de la Provincia o el funcionario que ejerza competencia en la estructura orgánica del Poder Ejecutivo. El Fiscal General de la Provincia. Un (1) Legislador elegido por la Legislatura Provincial. Un (1) miembro de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba que no sea Magistrado o Funcionario del Poder Judicial designado con acuerdo de la Legislatura, será nominado por integrantes. Un (1) Magistrado o Funcionario del Poder Judicial, designado con acuerdo de la Legislatura, con ejercicio del cargo en la Circunscripción Judicial y en representación de la misma. Un (1) Magistrado o Funcionario del Poder Judicial, designado con acuerdo de la Legislatura, con ejercicio del cargo en alguna de las restantes circunscripciones judiciales y en representación del interior. Un (1) abogado de la Matrícula de la 1ª Circunscripción Judicial y un (1) abogado de la matrícula en representación de las restantes circunscripciones judiciales del interior. El Consejo de la Magistratura sesiona válidamente con la presencia de más de la mitad de la totalidad de los miembros integrantes. Las decisiones se adoptan con la mayoría absoluta de sus miembros.

Será función indelegable del Consejo de la Magistratura realizar las convocatorias del proceso de evaluación y selección de aspirantes a ocupar cargos en la magistratura provincial mediante procedimientos que garanticen adecuada publicidad y criterios objetivos predeterminados de evaluación. Se privilegiará la solvencia moral, la idoneidad y el respeto por las instituciones democráticas y los derechos humanos. Deberá también reglamentar el procedimiento de los concursos públicos para luego aprobarlos y remitir al Poder Ejecutivo el orden de mérito obtenido por los aspirantes.

Los miembros del Consejo de la Magistratura duran en sus funciones dos (2) años a contar de la fecha de su designación, siempre que mantengan su calidad funcional y no podrán ser reelectos por más de un (1) período consecutivo, con excepción del miembro del Tribunal Superior de Justicia, del Ministro de Justicia de la Provincia y del Fiscal General. Serán remunerados por sus funciones y cesan en sus cargos el mismo día en que expira el período por el que fueron designados.



UNA MIRADA A LA COMPETENCIA DISCRECIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION*

Miguel Robledo **

1- Mutaciones en la competencia de la Corte Suprema

En los últimos años distintos factores han contribuido a incrementar la competencia discrecional de la Corte.

Una primera manifestación de la discrecionalidad, se produjo con la recepción del **certiorari negativo**, mediante el dictado de la Ley Nacional N° 23.774¹ –modificatoria del art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (en adelante C.P.C.N.)–, en cuya virtud “*La Corte, según su sana discreción y con la sola invocación de esta norma, podrá rechazar el recurso extraordinario por falta de agravio federal suficiente o cuando las cuestiones planteadas resultaren insustanciales o carentes de trascendencia*”.

Una segunda manifestación de la discrecionalidad –en la que nos concentraremos–, tuvo lugar con la recepción mayoritaria² del **cer-**

* El presente artículo es un extracto de la Investigación realizada en el marco del Programa de Becas de Pregrado del CIJS, titulada “*Certiorari Positivo ¿Cuáles son los criterios de selección de causas empleados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación?*”, dirigida por el Prof. Dr. Guillermo E. Barrera Buteler, a quien le agradezco todos sus valiosos consejos.

** Abogado. Cuadro de Honor y Egresado Sobresaliente de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (UNC). Premio Universidad. Distinción Talentos 2007. Actualmente cursando Maestría de Derecho Procesal (UNR) y Maestría en Dirección de Negocios - MBA- (UNC). Investigador (UCC). Ex Becario de Pregrado del CIJS. Adscripto de Derecho Procesal Civil y Comercial y de Derecho Procesal Constitucional (UNC). <ab_miguelrobledo@hotmail.com>.

¹ B.O. 16-04-1990.

² Con anterioridad, se pronunció en forma minoritaria: CSJN, Fallos: 315:490, “*Federico Roberto Prunello*”, (24-03-1992), voto disidente de Fayt; Fallos: 315:1492, “*Miguel Angel Ekmedjian v. Gerardo Sofovich y otros*”, (07-07-1992), voto disidente Petracchi y Moliné O’ Connor; Fallos: 315:2056, “*Héctor Rodolfo Veira*”, (08-09-1992), voto disidente de Bo-

tiorari positivo, en el caso “*Fernando Horacio Serra y Otros v. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires*”³.

2- Certiorari positivo

Entendemos por certiorari positivo *la facultad de la Corte, que - ante la trascendencia de un caso-, puede admitir recursos extraordinarios, prescindiendo de sus requisitos.*

A su favor, se han esgrimido dos argumentos centrales: i) si la Corte tiene competencia para desestimar recursos por falta de trascendencia (art. 280 C.P.C.N.), “*a contrario sensu*” cuando el caso revista trascendencia tiene competencia para conocer el mismo; ii) el argumento -que denomino- del “*carácter político de la Corte*”: parte de la premisa que la Corte no es sólo un tribunal de justicia, sino también la cabeza de un poder del Estado. Ergo, al legislar sobre los medios para acceder a la jurisdicción del Alto Tribunal deberían contemplarse sus dos facetas, la “*jurídica*” y la “*política*”⁴.

3- El problema en materia del certiorari positivo

Los cambios mencionados conducen al siguiente problema: la inexistencia de reglas claras y precisas en materia del certiorari positivo genera “*impredictibilidad*”⁵ e inseguridad jurídica, acerca de cuándo la Corte va a admitir un recurso extraordinario su aplicación.

En este sentido, bueno es recordar que en el XIX Congreso Nacional de Derecho Procesal de 1997, celebrado en Corrientes, se sostuvo que “*La Corte Federal debe usar parámetros más o menos definidos*

ggiano (no aplica el certiorari positivo, pero se pronuncia a favor); Fallos: 316:64, “*Luis Emeterio Rodríguez v. Carmen Isabel Rodríguez de Schereyer y otro*”, (02-02-1993), voto de Barra, Belluscio y Boggiano; Fallos: 316:713, “*Juan Ramón Rodríguez v. Compañía Embotelladora Argentina S.A. y otro*”, (06-04-1992), voto de Levene (h), Cavagna Martínez, Barra, Moliné O’Connor y Boggiano; Fallos: 316:1141, “*Editor Responsable y/o Director del Diario La Nación s/ art. 110 del C.P.*”, (08-06-1993), voto de Boggiano; Fallos: 316:1213, “*Humberto José Pavilla y otra v. José Ricardo Piñeyro y otros*”, (08-06-1993), voto de Boggiano (no aplica el certiorari positivo, pero se pronuncia a favor); Fallos:316:1967, “*Guillermo Juan José Cornes v. Massuh S.A. –División Celulosa y Papel Planta Quilmes*”, (07-09-1993), voto disidente de Cavagna Martínez y Moliné O’ Connor.

³ CSJN, Fallos: 316:2454, (26-10-1993).

⁴ Cfr. SAGUES, Néstor Pedro, *Elementos de Derecho Constitucional*, T. I, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2001, p. 311; Cfr. LEGARRE, Santiago, “*El requisito de la trascendencia es el recurso extraordinario*”, L.L., 1997-D, 1176; Cfr. ROBLEDÓ Miguel, “*Certiorari Positivo y los límites a la C.S.J.N. en la admisibilidad del Recurso Extraordinario*”, Premio Instituto Panamericano de Derecho Procesal, mención especial categoría alumno, con motivo del Congreso de Derecho Procesal Garantista celebrado en Azul-Buenos Aires– 2005).

⁵ LEGARRE, Santiago, “*El requisito de la trascendencia es el recurso extraordinario*”, L.L., 1997-D, 1179.

⁶ FERNANDEZ, Juan Carlos Quirós, *Congresos Nacionales de Derecho Procesal*, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1999, p. 285

para determinar cuáles son las cuestiones trascendentes que permitan o no el uso del certiorari”⁶.

4- Conclusiones

Durante el período temporal 1990-2006⁷ hemos identificado y categorizado los criterios *utilizados*⁸ por la Corte para admitir recursos extraordinarios –principalmente– mediante la aplicación del certiorari positivo.

En primer lugar, debemos distinguir dos grandes grupos: los criterios relevantes y los criterios irrelevantes.

A- Llamamos *criterios irrelevantes* a aquellos cuya presencia o ausencia, no influye –en principio– en la admisibilidad de los recursos extraordinarios.

a.1) *criterio cuantitativo*, la Corte al examinar la admisibilidad de un recurso extraordinario no pondera el aspecto cuantitativo, es decir, la suma de dinero que involucre el caso⁹.

B- Llamamos *criterios relevantes* a aquellos cuya presencia o ausencia, influye –en principio– en la admisibilidad de los recursos extraordinarios.

A su vez, dentro de los criterios relevantes, podemos diferenciar: b.1) los nacionales con proyección internacional, y b.2) los internacionales.

b.1) Los *criterios relevantes nacionales con proyección internacional*, son aquellos que hacen a cuestiones internas, las cuales genéticamente no involucran las relaciones del Estado con la comunidad internacional, pero pueden hacerlo de manera sobreviviente. Los mismos, se subdividen en tres: i) garantistas, ii) compatibilidad de posturas en procesos conexos, iii) comerciales en el marco de jurisprudencia contradictoria.

b.1.1) *Garantistas*, se hacen presentes ante la afectación de la madre de las garantías, cual es el debido proceso, en tanto se encuentra tutelada por la Constitución y por los tratados internacionales¹⁰.

⁷ Para elegir este período, adoptamos como parámetro la fecha en la cual se instauró – formalmente- el certiorari en Argentina a través del dictado de la Ley Nacional N° 23.774.

⁸ Asimismo, en la investigación hemos propuesto algunos criterios que la Corte “debería utilizar”, sobre los cuales no profundizaremos en el presente artículo por razones de espacio.

⁹ CSJN, Fallos: 326:2230, “Nestor Simone v. Poder Ejecutivo Nacional”, (04-07-2003). Del voto de Moliné O’ Connor, Belluscio, López y Vázquez, se infiere que en la admisibilidad del recurso extraordinario no hay pisos ni topes cuantitativos.

¹⁰ -CSJN, Fallos: 315:490 “Federico Roberto Prunello”, (24-03-1992). En este caso, en el voto disidente de Fayt, se adopta como criterio selectivo la vulneración de la garantía de defensa en juicio en supuestos de nulidad de la notificación referida a la denegación de un recurso extraordinario.

b.2.2) Compatibilidad de posturas de procesos conexos, se relacionan con la igualdad de trato, y la seguridad jurídica, en supuestos de identidad de partes y pretensiones¹¹.

b.2.3) Comerciales en el marco de jurisprudencia contradictoria. Son aquellos que por un lado, tienen en consideración el desarrollo de la economía y del comercio, y por otro lado, la existencia de jurisprudencia contradictoria, la cual exige la intervención de la CSJN para afianzar la seguridad jurídica¹².

b.3) Los criterios relevantes internacionales, son aquellos que –desde el punto de vista jurídico– involucran las relaciones del Estado con la comunidad internacional, en la interpretación de tratados internacionales. Ello se produce al estar en juego el cumplimiento de buena fe de las obligaciones internacionales¹³.

- CSJN, Fallos: 320:2441, "*Ricardo Atilio Dutto v. Mary Edith Cairos Welsh de Harriet*", (04-11-1997). En este caso, en el voto disidente de Moliné O' Connor y Boggiano, se adopta como criterio selectivo la vulneración de la garantía de defensa en juicio en supuestos de la nulidad de la notificación de la demanda.

- CSJN, Fallos: 323:52, "*Edith Ema Gonzalez V. Abraham Zimmerman*", (08-02-2000). En este caso, el Dictamen del Procurador Fiscal al que remite la Corte, adopta como criterio selectivo la vulneración de la garantía de defensa en juicio en supuestos de nulidad de notificación de la demanda.

¹¹ - CSJN, Fallos: 316:1967, "*Guillermo Juan José Cornes v. Massuh S.A. –División Celulosa y Papel Planta Quilmes*", (07-09-1993). En este caso, en el voto disidente de Cavagna Martínez y Moliné O' Connor, se adopta como criterio selectivo (evitar) los criterios contradictorios en supuestos de conexidad de procesos (con *identidad de partes y pretensiones*).

¹² - CSJN, Fallos: 316:713, "*Juan Ramón Rodríguez v. Compañía Embotelladora Argentina S.A. y otro*", (06-10-1992). En este caso, en el voto de Levene (h), Cavagna Martínez, Barra, Moliné O' Connor y Boggiano, se utiliza como criterio selectivo el desarrollo del comercio nacional e internacional, en el marco de jurisprudencia contradictoria, atentatoria contra la seguridad jurídica.

- CSJN, Fallos: 317:1271, "*Gerardo Martin Chaine v. Olde S.A.*", (28-07-1994). En este caso, en el voto disidente de Boggiano, se utiliza como criterio selectivo el desarrollo del comercio nacional e internacional, en el marco de jurisprudencia contradictoria, atentatoria contra la seguridad jurídica.

¹³ - CSJN, Fallos: 315:1492, "*Miguel Angel Ekmedjian v. Gerardo Sofovich y otros*", (07-07-1992). En este caso, el voto disidente de Petracchi y Moliné O' Connor, utiliza como criterio selectivo la invocación del Pacto de San José de Costa Rica.

- CSJN, Fallos: 321:2314, "*Horacio Bernardo Rozenblum v. Constancio Carlos Vigil y otros*", (25-08-1998). En este caso, el voto disidente de Moliné O' Connor y López, utiliza como criterio selectivo la invocación del Pacto de San José de Costa Rica.

- CSJN, Fallos: 324:333, "*Carlos Alberto Casime V. Nación Argentina*", (20-02-2001). En este caso, el voto disidente de Boggiano adopta como criterio selectivo la invocación de la Convención de Naciones Unidas sobre Derecho de Mar.

- CSJN, Fallos:325:1970, "*Juan Roberto Blasco*", (15-08-2002). En este caso, el voto disidente de Boggiano y Petracchi, adopta como criterio selectivo la invocación de la Convención de Naciones Unidas sobre Agentes Consulares.

- CSJN, Fallos: 327:3312, "*Enrique Lautaro Arancibia Clavel*", (24-08-2004). En este caso, el voto de Boggiano, adopta como criterio selectivo la invocación de la comisión de un delito de lesa humanidad -atentatorio contra el derecho internacional-

- CSJN, Fallos: 328:2391, "*Torres, Norma c/ Embajada del Reino de Arabia Saudita*", (14-06-2005). En este caso, el voto disidente de Boggiano, adopta como criterio selectivo la invocación del principio de inmunidad de ejecución de estados extranjeros.

TRABAJO GANADOR DEL PREMIO
A LA MEJOR INVESTIGACIÓN

DERECHO PENAL AMBIENTAL: GENERALIDADES Y PARTICULARIDADES DE UN DERECHO HACIA EL FUTURO

*Ricardo León Chércoles**

Presentación del Trabajo

La presente exposición es una síntesis de la Investigación llevada a cabo en el marco del concurso: “Premio a la Mejor Investigación Estudiantil en Derecho y Ciencias Sociales”. Este trabajo tuvo como objeto describir las principales cuestiones que se suscitan en torno al derecho penal ambiental como una nueva rama del derecho.

Temática abordada

Como punto de partida, luego de plantear cierto grado de autonomía del derecho penal ambiental se conceptualizó y caracterizó esta rama del derecho. Dentro de esta caracterización se expuso al derecho penal ambiental como un derecho nuevo, de tercera generación, colectivo, periférico¹, predominantemente público, fundamental, más preventivo que represivo², global, accesorio, universal e inalienable³, de

* Estudiante Avanzado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Ayudante de Alumno de la Asignatura: Derecho Penal II, Cátedra “A” de la FDCE de la UNC (año 2004-2007). Ex pasante de la Fiscalía de Instrucción de DV, TI (año 2004). Secretario Jurídico-Administrativo en Estudio Jurídico (año 1999-2003 y 2005-2007). E-mail: jujarepo@hotmail.com.

¹ BALCARCE FABIÁN: *Introducción a la Parte Especial del Derecho Penal Nuclear*. Editorial Mediterránea. Córdoba 2004.

² JORGE BUSTAMANTE ALSINA: *Derecho Ambiental*: *Fundamentación y Normativa*. Editorial Abeledo Perrot. Ba. As. Argentina. Pág. 50

³ CORTÉS DE ARABIA ANA MARIA: *Reflexiones Sobre Temas De Derecho Penal*. Editorial Librería Jurídica Intellectvs, Córdoba, Argentina, 1998.

agrupamiento y atracción, de interrelación⁴, de objeto predominantemente natural, cambiante e interdisciplinario. Se expusieron y describieron luego los principios que irrigan el derecho ambiental (congruencia, prevención, equidad intergeneracional, progresividad, responsabilidad, sustentabilidad, etc.) y la manera en que estos principios pueden influir en el derecho penal de medio ambiente.

A continuación, se analizó la conveniencia de otorgar, o no, tutela penal al medio ambiente, punto en el que se concluyó, *aunque nuestra Constitución Nacional no obliga a ello*⁵, que este bien jurídico debe ser protegido penalmente, y que la manera más eficaz de lograr esta tutela es a través de su protección como bien jurídico autónomo⁶, protección esta que, en relación a este bien jurídico protegido, no viola el “principio de intervención mínima” o “ultima ratio” del derecho penal. Se observó asimismo que, independientemente de las demás corrientes doctrinarias existentes (“amplia” o “restrictiva”), la corriente doctrinaria que mejor se adapta a la delimitación de este bien jurídico tutelado, es la corriente “natural o intermedia”⁷, a la que debería anexarse, el concepto de sustentabilidad ambiental, que necesariamente debe formar parte de este bien jurídico protegido. Posteriormente, en referencia a la conveniencia de tutelar penalmente este bien jurídico en sí mismo (“doctrina ecocéntrica”), o según la ingerencia que una afectación de éste posea en los diferentes derechos de las personas (“doctrina antropocéntrica”), se consideró la primera como la manera más ventajosa. Sin embargo, cabría considerar, en lo que respecta al delito de “contaminación ambiental”, que el menoscabo que este delito produce generalmente en el ambiente, lesiona otros bienes jurídicos protegidos, de lo cual se desprende la posibilidad de que este delito forme parte de los denominados “delitos pluriofensivos”. Asimismo, a lo largo de este trabajo, se analizaron las particularidades con que diferentes principios (tales como el “principio de insignificancia”, “adecuación so-

⁴ MARIO F. VALLS: *Derecho Ambiental. Tercera Edición. Bs. As., Argentina, 1994. Distribuido por Abeledo Perrot. Pág. 86*

⁵ JORGE EDUARDO BOUMPADRE Y LILIANA AMANDA RIVAS. Director: Fabián Balcarce: *Derecho Penal Económico. Parte General. Tomo II. Editorial Mediterránea. Córdoba, Argentina. Año 2003. Pág. 182*

⁶ CHRISTIAN ALBERTO AVALOS SÁNCHEZ: “¿Es Posible un Bien Jurídico Medio Ambiente”. Texto: del XV Congreso Latinoamericano, VII Iberoamericano y XI Nacional de Derecho Penal y Criminología. Ponencias. Tomo I. Comisiones 1 y 2. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UNC, Córdoba, Argentina. INECIP: “Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales. Sede Córdoba, 2003. Pág. 40.

⁷ BACIGALUPO ENRIQUE (Director): “Derecho Penal Económico”. Capítulo: “Instrumentación Técnico Legislativa de la Protección Penal de Medio Ambiente”. Editorial Hammurabi. José Luis Desalma Editor. Pág. 363.

cial”, etc.) deben ser aplicados en esta rama del derecho⁸. Ejemplo de ello es que el principio de insignificancia o bagatela, para excluir la tipicidad de una conducta⁹, debe ser aplicado, no sólo teniendo en cuenta la cantidad de especies de fauna, o flora dañadas, o diferentes índices de contaminación producidos, sino también el “impacto ambiental” que la lesión al bien jurídico produce en el caso concreto. Asimismo, para excluir la tipicidad de un delito ambiental, se observó que no sólo se debe considerar la nula afectación de este bien jurídico en un momento dado, sino también la capacidad que ese elemento natural menoscabado posee tanto para recuperarse por sí mismo, como para ser recuperado mediante la acción del hombre¹⁰.

Asimismo, la mayoría de los autores sostiene, que el derecho penal ambiental puede sistematizarse dentro de un ordenamiento jurídico determinado de diferentes maneras. Las más avaladas son: a) el establecimiento de los tipos penales ambientales dentro de un Código penal¹¹, y b) la promulgación de una ley penal ambiental. En el trabajo presentado se argumenta a favor de esta última. Se concluyó también, en sentido contrario a lo sostenido por parte de la doctrina¹², que la diferente sistematización de las normas penales ambientales en base a cualquiera de estas posturas puede traer resultados más o menos eficaces en la prevención de estos delitos, más aún en nuestro ordenamiento jurídico en particular, debido ello a que la distinta sistematización adoptada influirá en la configuración de los tipos delictivos ambientales, tanto en lo que respecta a la técnica legislativa utilizada (tipos de daño, peligro concreto o abstracto); como en lo que se refiere a la remisión, o no, a normas de carácter administrativo.

Se expuso además, que el derecho penal ambiental se encuentra íntimamente relacionado con el derecho administrativo¹³, siendo necesario este último para otorgarle vigencia real a las normas del primero, lo cual le confiere relevancia a la utilización de las leyes penales

⁸ VLADIMIR PASSOS DE FREITAS: “La Responsabilidad Ambiental”, trabajo publicado por el Instituto Nacional de Ecología de México.

⁹ A favor de la exclusión de la tipicidad: Tiedemann Klaus: *Lecciones de Derecho Penal Económico* (comunitario-Español-Alemán). Editorial PPU (Promociones y Publicaciones Universitarias S.A. Barcelona, España, 1993. Pág. 183

¹⁰ Antonio Vercher Noguera (Fiscal del Tribunal Supremo Español): Trabajo: “La Evolución del Delito Contra el Medio Ambiente a través de la Jurisprudencia”. Publicado en la Revista Derecho y Medio Ambiente, Vol. II, N° 8, año 2001. Pág. 26.

¹¹ TULLIO CHIOSSONE: *Delitos Contra la Naturaleza y el Ambiente: Delito Ecológico en Venezuela*. Editado por el Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Universidad Central de Venezuela. Caracas 1982. Pág. 139.

¹² BACIGALUPO ENRIQUE (Director): “Derecho Penal Económico”. Capítulo: “Instrumentación Técnico Legislativa de la Protección Penal de Medio Ambiente”. Editorial Hammurabi. José Luis Desalma Editor. Pág. 366.

ambientales en blanco. Como uno de los puntos clave del trabajo, se analizó la exclusión de la tipicidad de una determinada conducta por encontrarse la misma dentro de los parámetros del denominado “riesgo permitido” por normas extrapenales, y se concluyó, en este punto, que esta permisión excluiría la tipicidad de la conducta. En este sentido queda fundada la referida postura en el concepto de *sustentabilidad*¹⁴ ambiental establecido en el art. 41 de nuestra Constitución Nacional y en la disponibilidad de este bien jurídico. Asimismo, se analizó la ingerencia que tanto la autorización administrativa, como el acto administrativo poseen en la exclusión de la tipicidad de los delitos ambientales.

En lo que respecta al análisis de la técnica legislativa utilizada en el establecimiento de los delitos ambientales, existen importantes argumentos a favor de la configuración de los mismos como delitos de peligro abstracto, y también como delitos de peligro concreto o daño. En este orden, se argumentó que la promulgación de este tipo de delitos como de peligro abstracto es la manera más eficaz de otorgar protección a todos los bienes jurídicos colectivos, dentro de los que se encuentra el medio ambiente¹⁵. Esta eficacia, en razón de diferentes factores, se vería afectada al legislar los delitos ambientales como delitos de daño. En sentido contrario, un sector doctrinario¹⁶ se opone a la tipificación de delitos de peligro abstracto, por considerarlos inconstitucionales. Otros autores¹⁷, teniendo en cuenta el medio ambiente como objeto de protección del derecho penal, argumentan que de establecerse las conductas que puedan menoscabarlo, como delitos de peligro abstracto, se estarían regulando conductas propias del derecho administrativo, rama del derecho que, según entienden, es más idónea para establecer sanciones para este tipo de conductas. Este es el criterio seguido en el Anteproyecto de Reforma Integral de nuestro Código Penal. Se concluyó en este punto, que la conveniencia de optar por una u otra técnica legislativa va a depender, en gran medida, de la sistematización adoptada por el ordenamiento jurídico dentro del cual se van a regular este tipo de conductas. En este sentido, si su regulación va a ser establecida dentro de un Código Penal (tal como acontece en España o en

¹³ AFTALIÓN ENRIQUE R.: *Derecho Penal Administrativo*, con la colaboración de Laureano Landaburu, Julio Cueta Rúa y Carlos Jáuregui. Ediciones Acayú, Bs. As.

¹⁴ MORALES LAMBERTI ALICIA: *Derecho Ambiental: Instrumentos de Política y Gestión Ambiental. Doctrina-Jurisprudencia-Legislación*. Ediciones Alveroni, Córdoba, Argentina, año 1999.

¹⁵ CASSOLA PEREZUTTI GUSTAVO: *Medio Ambiente y Derecho Penal: Un Acercamiento*. Editorial B de F Ltda. Montevideo, Uruguay, y Euros Editores S.R.L. Bs. As. Argentina, septiembre de 2005.

¹⁶ EUGENIO RAÚL ZAFFARONI: *Manual de derecho Penal: Parte general*. Editorial Ediar. Año 2005, Bs. As., Argentina. Pág. 371

México), va a ser conveniente la tipificación de estas figuras delictivas como delitos de daño o peligro concreto. De otro modo, si se optara por la sistematización de estas conductas dentro de una Ley Penal Ambiental (tal como sucede en Brasil o Venezuela), se podrían establecer delitos ambientales de peligro abstracto. En la práctica, la decisión de legislar los delitos ambientales como delitos de daño, peligro concreto o abstracto, tiene su principal relevancia en lo que respecta a la prueba en los procesos llevados a cabo por la comisión de los mismos.

Un punto imposible de pasar por alto en el análisis de los delitos ambientales es el de la responsabilidad penal de las personas jurídicas para este tipo de delitos, ya que son éstas las que mayor daño producen en el ambiente, por lo que, independientemente de la postura que sostiene la falta de capacidad de las personas de existencia ideal para ser penalmente responsables¹⁸, se concluyó, en adhesión a lo expuesto por un sector de la doctrina, que las mismas deben ser sancionadas, o mediante la correcta utilización de los instrumentos clásicos de imputación, o a través de la creación de un derecho penal accesorio para estos casos. Sin embargo, sea cual fuere la forma adoptada, ya no se considera tan indiscutible e inquebrantable el arraigado principio “societas delinquere non potest”.

Se llevó a cabo también un breve análisis del derecho comparado, destacando los principales aportes que los diferentes Estados proporcionan en materia penal ambiental, los que debieran ser tomados de ejemplo por nuestra legislación en la que, si bien existen leyes (que fueron también analizadas), como la 24.051 o la 22.421, son insuficientes para lograr una adecuada protección penal de este bien jurídico.

Los problemas que acarrearán estos derechos colectivos, no sólo se instauran en su perfil sustantivo, sino que también se hacen eco en su faz procesal, en donde encontramos diferentes inconvenientes como la legitimación activa, la prueba, la aplicación del principio “non bis in ídem”, etc., temas que no escaparon al análisis de este trabajo.

Consideraciones finales

Sumados a estos problemas y posibles soluciones, encontramos carencias tanto económicas, como sociales, educacionales, institu-

¹⁷ Autotes del Anteproyecto de reforma Integral de nuestro Código Penal: Exposición de Motivos.

¹⁸ A modo de ejemplo: Ricardo C. Núñez: *Manual de Derecho Penal Parte General*. Editorial Lerner, Córdoba. Pág. 114. Sebastián Soler: *Tratado de Derecho Penal Argentino*, Tomo I, Editorial Tea Bs. As. 1988. Pág. 293. Carlos Fontán Balestra: *Derecho Penal: Introducción y Parte General*. Actualizado por Guillermo A. Ledesma, 16ta edición, Editorial Abeledo-Perrot. Pág. 200. Eugenio Raúl Zaffaroni: *Manual de derecho Penal: Parte general*. Editorial Ediar. Año 2005, Bs. As., Argentina. Pág. 324.

cionales, morales y sobre todo una falta de conciencia social en cuanto a los daños que la escasez de una adecuada protección penal del medio ambiente puede ocasionarnos. Diversas podrían ser las alternativas para mitigar el deterioro que el ambiente sufre día a día, tales como la incorporación de fiscales, jueces o tribunales especializados en derecho penal ambiental; además de la anexión de una policía judicial especializada, a la que se le proporcionen los medios técnicos necesarios para un adecuado control de las normas que regulen estas conductas (ejemplo en nuestra provincia: Unidades Judiciales Ambientales) sumado ello a las, también analizadas en este trabajo, UFIMAs (Unidades Fiscales de Medio Ambiente); y la creación de un proceso ágil y dinámico que sea capaz de superar los difíciles escollos que en relación a la prueba de estos delitos se presentan, con la incorporación a estos procesos de peritos especializados en medio ambiente. A ello se deberían sumar respuestas científicas, como por ejemplo, la confección de serios estudios en criminología. Debería integrarse también a este proceso una jurisprudencia progresista, independiente de las “influencias” tanto del Poder Ejecutivo, como del Poder Legislativo. Asimismo, es indispensable que la jurisprudencia preserve el medio ambiente del devastador efecto del poder económico que se ejerce a través de las multinacionales. A este fin es imperioso también un Poder Ejecutivo, el cual no sólo debería avalar económica y moralmente estos cambios, sino que también debería promoverlos, para lograr una eficaz política criminal ambiental. Si bien estas medidas son necesarias para avanzar en el campo de la defensa penal del medio ambiente, no son condición suficiente para resolver la problemática fundamental que en esta instancia se presenta. Para ello es indispensable la creación de una Ley Penal Ambiental que sustente todos estos cambios, o por lo menos la promulgación del Anteproyecto de Reforma Integral del Código Penal, el que también fue objeto de análisis de este trabajo. Sólo de esta manera, este patrimonio que hoy nos pertenece a todos puede ser íntegramente protegido, para un mejor desarrollo no sólo de todas las personas que vivimos y nos relacionamos en él ambiente, sino también, como lo expresa nuestra Constitución Nacional, para las “*generaciones futuras*”. Por ello la elección del título de este trabajo: “Generalidades y Particularidades de un Derecho Hacia el futuro”.



ABSTRACTS

SECCIÓN DERECHO PÚBLICO

BARBARÁ, JORGE EDMUNDO

“The judicial control of regulatory and control agencies: lights and shadows in the evaluation of the agencies”

From the theoretical point of view, the Regulatory and Control Agencies of the public services they must be independent from the political power and, also, constituted by experts. The control and the regulation, therefore, must mean application -and not creation- of rules or norms established by the political power, and in exercise of a scientific, technical or expert judgment, that, precisely those rules have delegated in such experts and that, nevertheless, in substance suppose innovation of such rules.

From the practical point of view, the absence or fragility with regard to the independence, and with regard to the exercise of his functions with technical or expert criterion, on the part of the Regulatory and Control Agencies, has these Agencies become questionable from the proper nature of the state specialty that, precisely, has caused his existence.

The role of the Judicial Power, in his function of control of a technical decision on the part of an independent Agency, and also in his supplementary function of control of the deficit of expertise and independence of an Agency, acquires an assessor's clear character of the system of regulation and control of the public services.

From the experience in Argentina, the paper intends to perform a doctrinaire and jurisprudential analysis of this evaluating role, putting to the overdraft the lights and shades of those Entities.

Keywords: Technical discretionality – Amplitude – Judicial control

BEGALA, SILVANA

“The concept of “inhabitant”: acknowledgement of foreigners and the exercise of their rights”

This paper approaches the interpretation of different sentences passed by the Supreme Court of Justice of our Nation on the notion of “inhabitant” mentioned in

Art. 14 of the National Constitution of Argentina. Our aim is not to make an analysis from the constitutionalist viewpoint but to demonstrate how the possibility for foreigners of constructing citizenship in the Argentine territory (a statement both ample and generous according to the constitutional discourse), is evaluated not only by the laws that rule it but also by the interpretations of said norms.

Another objective is to provide with the elements for reflection on the relation between the range of this concept in Argentine jurisprudence and norms in the presence of migration as a human right deliberately incorporated to the law of migration

Keywords: Migration, rights of migrant, right to migration, human right.

BIANCIOTTI, RICARDO

“Budget and independence of Judicial Power”

Functions of Judiciary Power and social criticism, needs of change and modernization, the costs and efforts of other Powers being described. The decreasing share on public expenditure in justice relative to other powers in last eight years is shown analyzing. Compared Regional Right which establishes a minimum percentage floor. The need to build State Policies to straighten the judiciary system is stated.

The independence of Judiciary Power is related to a minimum percentage floor. An initial legislative consecration for a subsequent constitutional status of the budgetary independence of Judiciary Power is suggested.

Keywords: Independence, Poder Judicial, Budget, Autarquía, State Policies, percentage lower floor, Legislative and Constitutional Reform

BORGARELLO, ESTHER SUSANA

“Human Right to Information between reality and fiction. Critical vision of the legal regime of Argentine broadcasting”.

Broadcasting is not a mere commercial activity in which large oligopolies dispute their possession. Broadcasting is one of the forms of the natural right to information. Pluralism in this means *sine qua non* is condition if one seeks a true democracy. The Interamerican Court of Human Rights through its Consultative Opinion 5/85 holds: *“freedom of speech requires that the social mass media be virtually open minded to everyone without discrimination, or, more exactly, that there be no individuals or groups that, to priori, are excluded of the access to such media it, requires likewise certain conditions regarding these, so that, in practice, they are true instruments of the freedom and not means to restrict it”*

The licences should be offered by the State within a democratic sense, and cannot be renewed “*sine die*” licensees. They should be adjudicated not only bases of a fixed term but also having a democratic pluralism, the principle of solidarity and the service to the community.

The present licences date from the 80’s and even before, being the only changes held by their shareholders. Pluralism and democracy go hand by hand. Democracy would not exist if only a few have the control of information. The State should adopt effective policies in order to avoid the concentration of the mass media.

Keywords: Right to information – Broadcasting – Legal regulation of broadcasting-human right to information.

DUBROWSKY, SERGIO

“Religious Factor In The Constitution Of Cordoba State – Argentine Republic”

The aim of the four first chapters is the exposition of the foundation of ecclesiastical statued law in the Constitution of Córdoba, one of the federate States of Argentina. The fifth chapter is the exposition of religious freedom guaranteed for individuals and communities, in the sixth chapter we try to show possibilities of development of religious freedom within Cordoba’ s Constitution, and in the seventh our conclusions.

Keywords: Ecclesiastical statued law – Religious freedom

FORTETE, CESAR

“Particular modalities in testimony reception to prevent secondary victimization in face off the right of defense”

Abstract: The participation of the victim in the penal process, especially if it is a minor, can create a secondary victimization unless it is done by taking necessary precautions. The goal of this paper is to analyze particular modalities in testimony reception of minors (by having a familiar person who they trust accompany them or by the use of a Gesell dome) that try to create a more suitable atmosphere for the minor, and also determine if these are adequate to their needs and are in accordance with the international normative incorporated by our Constitution. It will also be analyzed whether the defense right warranty is contemplated, and the solution in the event of a conflict of interests.

Keywords: Secondary victimization – Testimony – Minors – Right of defense

JULIÁ, MARTA SUSANA

“Which Are The Limits For Submitting Minimum Environmental Budgets?”

Abstract: The present article deals with some problems which derive from passing laws of minimum budgets, from the questions, precisions and definitions that are still in discussion. The analysis of the current laws and the task which is developed for its implementation allow to praise the current situation in order to think about it and to bear in mind in the new law proposals of the same characteristics.

Keywords: Environmental Law, environmental legislation, minimum environmental budgets.

NALLINO, MARÍA ALEJANDRA

“The Politic Of Agencialism Within The State Reform In Cordoba – Argentina”

Summary: the process of creation and institutionalization of agencies, built as societies of the state and mix economy societies, is being analyzed in this work, within the state reform, implemented in córdoba since 1999.

Keywords: Agencialism – State reform – Public administration

PARMIGIANI DE BARBARÁ, MYRIAM COSNSUELO

“Sub-national regionalization and institutionalization in a context of local autonomies”

Abstract: After locating the problems of the intergovernmental relations in the context of the processes of reform of the State, the article analyzes the process of recent regionalization of the Province of Córdoba (Argentina), as it is established by the law 9206/04, and presents the question on the persistence, change or de-institutionalization of the local autonomies, and proposes an answer from the neo-institutional perspective.

Keywords: sub-national regionalization - local autonomy – institutionalization.

PASTOR DE PEIROTTI, IRMA

“The Nacional State Regime of Trading”

Abstract: The new procedure of State Contracting, established by the Delegated Decree 1.023/01 introduced some innovations that intended to standardize the procedures of selection used by the different agencies and to give greater transparency and efficacy to the contracting process.

This research aims to determine if smaller regulatory dispersion exists, achieving a general regime and if the Law of Administrative Procedure N° 19.549 is directly applied to the contractual procedures.

Keywords: Contracting – Procedure – Regime – Transparency – Efficacy – Reasonability – Assembly – Discretionality - Principles - Exorbitant Clauses - Uniformity - Dispersion - Regulatory – Rule of Law.

ROSSETTI, ANDRES

“Real equal of opportunity and affirmative actions in the constitutional system in Argentina”

The article analyses the 1994 incorporation of constitutional clauses that ensure “real equal of opportunity and treatment” and introduce “affirmative actions”. The work underlines the change of paradigm that this new “language” should create in the legal system in Argentina, if it is to be enforced. In particular, the article reflects on the meaning of this incorporation and the consequences in Argentinean law.

Keywords: Argentinean Constitution – Equality – “Real” equal opportunity – Affirmative actions

SAAD DE BIANCIOTTI, CARLA

“The role of the concept “Thing” in workers under protection of 1113 Art. CC misfortune”

Abstract: This essay focus the problem of labour risks in what is referred to integral reparation of damage in worker health, though the adoption of objective responsibility postulates, ruled by 1113 article of Civil Code, precisely in all what is related to “thing” concept.

Keywords: Accidents and Labour disease – Labour Risks - Civil option – Thing – Riosky or vicious thing - Civilcode 1113 article

SECCIÓN DERECHO PRIVADO

LLOVERAS, NORA

“The Right To Identity In The Attended Procreation Right To Identity And Attended Procreation”

The research treats the right to identity, related with the different ways of attended procreation, and the probable conflicts about the heterologic fecundation. This analysis shows that the paradigm of the equality in the filial relationship, supported by the presumptions upheld by the Argentine legislator, was broken by the scientific achievements. We notice that a regulation of the consequences of this new way of filial relationship is extremely necessary, so every people's right to built their identity and the right to privacy of those who contributed to the biological foundation of conception, were protected.

Keywords: Right To Identity And Practices Of Attended Procreation

MERCADO DE SALA, MARÍA CRISTINA

“Foreign investments and Bilateral International Agreements”

Abstract: It refers to public services provided by foreign owned and managed corporations, supposedly under the protection of International Bilateral Treaties, specially the pending and solved Argentinian cases under CIADI consideration. Preliminary conclusions.

Keywords: Foreign Investments – Bilateral Treaties signed by Argentina – World Bank resolutions – Privatized Public Services.

PEREYRA, LUIS CRUZ

“Surface Rights of Posesión and forest activity economic reality in Argentina. Its legal regulation”

The sanction of Law 25,509 (Adla, LXII-A, 18) introduced a new Real Law of Forest Surface, extending this way the enumerated them in article 2503 of the Argentine Civil Code.

We considered that with the incorporation of the Real Law of Forest Surface, constituted in favour of third by holders of dominion or condominium, on a susceptible building of forestación or forestry, a great advance in our legislation has occurred. Law 25,509 of Forest Surface, has like immediate antecedent law 25,080 call “Law of Investments of Cultivated Forests” that sponsor a regime of the promotion of the investments that take place in new forest enterprise and the expansion of the existing forests. The Social Program of Forests must also consider, (SoProFo), created by means of the Decree Nacional 1332/02, established in the scope of the Secretariat of Atmosphere and Sustainable Development, to offer to technical attendance and financial tending to increase the area of national forestation.

All these antecedents (mediate and immediate) show a clear policy directed to sponsor the investments in forest matter and to offer the suitable normative frame to the investors they are as much national as international. In this sense, the sanction of the mentioned law is the departure point so that in the future not very distant it is shaped in our legislation of bottom the Real Law of Surface without adjectival uses. Nevertheless, it is questioned by those who consider that it has been dictated with the “evident intention to give that business to those who historically exerted it in damage of the country”.

Keywords: Forest Surface - Normative Frame - Forest Activity

RICHARD, EFRAÍN HUGO

“Corporation’s Administration: Responsibility for inactivity in front of a economic crisis”

When faced with corporation’s economic and financial crisis which is not merely transitory: Should its managers take internal measures? Can the corporation file for a meeting of creditors after several years of having been operating in insolvency? Does this sudden filing for a meeting of creditors bring about any responsibility or effect? Apparently it does not.

In this we attempt at eradicating that misconception so than the bankruptcy law can be enforced and that damages can be limited.

The effect we foresee is the manager’s responsibility for not facing the crisis in a timely manner within the corporation itself and by eventually doing so by means of filing for bankruptcy when faced with failure.

To continue operating while insolvent in dolus and it calls for the enforcement of art. 173 LCQ and in a meeting of creditors it calls for individual action of responsibility on the part of the creditors, who had not been previously informed of insolvency at the time of doing business.

Keywords: companies - corporation - insolvency - economic crisis - administrators - suitable activities.

DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO,
RELACIONES INTERNACIONALES E INTEGRACIÓN REGIONAL

ÁVILA PAZ DE ROBLEDO, ROSA ANGÉLICA

“Dispute Resolution’s System In The Mercosur Under The Olivos Protocol Regime, Its Regulation With Its Modifying And Complementary Rules - Procedural Aspects”

Abstract: We analyse the Olivos Protocol, a transitory system which has negotiation and arbitration. The PO has the regulations: CMC/DEC. N°37/03.

The complementary regulation of the Res. 40/04 del GMC about the payment for Arbitral and Experts in Alternative Dispute Resolution System in MERCOSUR, and also the Res. 37/06 del GMC about recognition of the legal effectiveness of the electronic document, the electronic signature and the electronic signature outpost in the scope of the MERCOSUR.

Special regulations: Regulation for exceptional urgent cases (art.24 PO): CMC/Dec. N°23/2004 and Procedural Model Rules for Ad Hoc Arbitral Court of MERCOSUR: CMC/Dec.30/04.

Intra application of Res. 26/05 –CMC- about special procedural of Olivos Protocol for Alternative Dispute Resolutions that began in the meeting of MERCOSUR ministers’s agreements

We look forward to make an alternative dispute resolution protocol for State-members of MERCOSUR and for everyone who has direct access and has accepted mediation and the others alternative dispute resolutions, as well as that.

Besides we encourage to incorporate technological means in the management and as ways to proof.

Furthermore the alternative dispute resolutions should be used inside the institutional area of MERCOSUR.

Keywords: Alternative Dispute Resolutions; Negotiation; Mediation; Arbitral – Experts; Payment; MERCOSUR

DRNAS DE CLÉMENT, ZLATA

“Essential elements of the environmental precautionary principle”

ABSTRACT: In the present work we consider briefly the elements of the precaution principle, emphasizing the differences of treatment according to the impact degree or damage that is expected from an activity or certain undertaking. We do not think that the precautionary principle must be only applied when there are prospects of a serious or irreparable damage since, when a State chooses a high standard of environmental protection, even though the potential risk is considered small, it can adopt preventive measures. When the possible damage is severe or non remediable the measures must be stricter, in general, the proscription of the activity.

Keywords: Precautionary principle - Elements - Risk - Precautionary Measures

REY CARO, ERNESTO

“The Permanent Court of Revision and the interpretation and uniform application of the right of the Mercosur. The advisory competence”

ABSTRACT: The Protocol of Olivos for the Settlement of Disputes, in force from 2004, created the Permanent Court of Revision with the idea to obtain an interpretation and uniform application of the right of the Mercosur. The Tribunal has a contentious and advisory competence. In April of 2007 the Court expressed the first advisory opinion. The examination of the opinion allows appreciate that it had to consider specific questions of the right of integration as well as aspects of the right of Public International Law, International Private Law, and Procedural Law. Although it's possible to observe positive aspects in relation to the consolidation of the legal regime of Mercosur, the diversity of approaches of the members of the Court, has opened many questions on the pertinence of some affirmations of the arbiters and on the methodology adopted for the elaboration of the opinion.

Keywords: Mercosur – Settlement of Disputes – Permanent Court of Revision - First advisory opinion

SALAS, GRACIELA

WTO – MERCOSUR Relationships have follow a long course from both systems consolidation.

First steps that follow the both establishments (MERCOSUR: 1991-2000 y GATT – WTO 1994 – 2000) were followed by those that make clear difficulties set out by the existence of ACR in a multilateral circles.

.Although MERCOSUR situation in relation to GATT 1994 exceptions established in XXIV article 5 and 6 point are not solved yet, it is expected that the same overcome controls more recently agreed by WTO for the ACR

Keywords: MERCOSUR- World Trade Organization – Relationships – Regional Trade Agreements

SHAW, ENRIQUE

“Us and the Others: Agreements and Armaments”

This article analyzes the repercussion of and the approach to the Pacts of May in the “Journal of Law, History and Literature”, the opinions of the specialistas pu-

blished in said Journal and the opposite interests of the ruling class on these Pacts

Keywords: International Relations - Pacts of May - Zeballos - Foreign Policy

ZAMZEM, VERÓNICA

“Rio de La Plata” Basin And Hydroway “Paraguay-Paraná” Projections On Fluvial Transport”

Summary: The member countries of the Río de la Plata basin tend to conformate combined transport networks that facilitate the use of terrestrial, fluvial, marine and aerial routes. We must set the advantage of fluvial routes that promote the integral development of the influence areas to priority, because river navigation is a constituent element of an integral system of transport that culminates in the concretion of the “combination”, which, within the power and energy development of communications, constitute essential factors of the economic and social development of this region. In that context, the fluvial axis “Paraguay-Paraná” is the tool that will accelerate the South American processes of integration.

Keywords: Río de la Plata Basin - Hydroway Paraguay-Paraná - fluvial transport - regional integration - multimodal networks

SECCIÓN ENSEÑANZA

CORTÉS DE ARABIA, ANA MARÍA

“The Interdiscipline In The University Education”

Summary

This article refers to the influence possessed by discipline and interdiscipline in education. Not only the fragment of knowledge but also its integrity, are both necessary in order to solve arising problems in a changing and global society. Therefore, when designing the curriculum of the diverse careers it is necessary to consider the topics above and to make a decision that contemplates the nature mutant and complex of the knowledge.

Keywords: Interdiscipline. Discipline. Education. Curriculum.

PLOVANICH, MARÍA CRISTINA

“The Interdisciplinary Education: Reflexions Since Law Clinic”

ABSTRACT: Means Pietro Perlingieri, that equality, solidarity and complete persons development become axiology parameters from a jurisprudence and structure concepts suitable for a true revolution in the concepts and most of then in function of this concepts.

We beleve that for realize this propose is necessary to prepare the students since the firsts years in their formation with a interdiscipline watch about right and the reality in which the lawyer is convocato to participate.

Keywords: Discipline- interdiscipline- reasoning – integrate

SECCIÓN HISTORIA DEL DERECHO

ASPELL, MARCELA

“This prison is useful for good men only” Córdoba del Tucumán Capitular Jail. XVIII Century

Abstract: This survey carried on with documental material from Historical Archives of Province of Córdoba and Archbishopship Archives, studies the constitution and development of Capitular Jail in an indian city founded in the periphery of the Spanish Empire in America when XVIII century was ending, and also the punishments application of “justicia lega” (Non professional Justice practitioners) in a slow but inexorable way to a justice applied by professionals in law.

Keywords: Justice, judges, Jail, Córdoba del Tucumán, XVII Century.

LLAMOSAS, ESTEBAN

“A Plan Of Transition For A New University: The 1808 Dean Funes’S Reform. Ideas And Models”

Summary: “By the end of 1807, fulfilling a Royal Law of 1800, the *Real Universidad de San Carlos y Nuestra Señora de Monserrat* was created, and its direction was given to the secular clergy. The first director, Gregorio Funes, at the beginning of 1808 wrote up a transition Study Plan, which main ideas and antecedents are analyzed in the present article”.

Keywords: “University of Cordoba – Study Plan of 1808 - Ideas and models”

TORRES, FÉLIX

“Origins Of The Faculty Of Law In The University Of Córdoba. Creación Of The Chair Of Instituta – 1791”

In this article the author talks about the creation of the first cathedra of Instituta- origin of the actual Law and Social Sciences Faculty of the National University of Cordoba – from a historiographic-institutional perspective, through the different steps followed by the Hispanic monarchy, with the target of improving the university studies in Cordoba and, at the same time reinforce the bourbon regalism in academy teaching, assigned to form the future colonial burocracies for the Spanish Empire in Indies.

Keywords: history – Argentinean law – Faculty of law – Córdoba- Education.

VASSALLO, JAQUELINE

“Chaste, honest, vile and bad. The woman in the imaginary juridical one of the colonial America”

In the present work we propose to realize the classifications that of the women the Castilian jurists did, with the aim(lens) to regulate a code of behavior and assigned roles, and that were formed in the in force legislation in America during the colonial period.

Keywords: Women, custody, right, representations, prohibitions.

YANZI FERREIRA, RAMÓN PEDRO

“Studies in Political Economy in the Faculty of Law Nacional University of Córdoba (1834 – 2007)”

Abstract: This essay analyzes the origin and development of Teaching Political Economy in our House. It started in 1834 when this subject was first included in the Faculty of Law and Social Sciences programs. Of National University of Córdoba – When 2000 year was ending, a new plan of studies is put into practice approved by the Notable Directory Council through 207/99 Resolution.

Keywords: Santiago Derqui – Luis Cáceres – University of Córdoba – Faculty of Law and Social Sciences-

SECCIÓN FILOSOFÍA

ABRIL, CELIA

“Neither omniscient legislators nor automaton judges”

Abstract: The difficulty of conciliation between the general law theory and the adjudication theory is reviewed in a way that there is no inconsistency. The issue is of relevant importance because inquires about the possibility of joining the legislative criterion that delimitates the law contents with the variations that are created within it on the level of the adjudication. This issue leads to an epistemological turn and the consequent necessity of reviewing the ways and the purposes of analysis in order to fit in with the dynamic nature of law. The rational justification model of legal decision sustained by Carlos Alchourrón and Eugenio Bulygin, which are the most prominent defenders of juridical dogmatic model, is reviewed. The aim of the present study is to demonstrate how the attempt of rational reconstruction of law content, in its most refined way, makes explicit the dilemma of extending formal analysis method's from precise languages to vague languages.

Keywords: Dogmatic theory, adjudication, identification, creation, change, justification, legal decision.

ABRIL, ERNESTO

“On the meaning of juridical limits”

ABSTRACT: The present article try to explain the two ways of distinguished the normative authority of a legal system. Inside the theories I analyze, in concrete, the notion of John Austin and Hans Kelsen, the reasons to reject (Austin) or to conclude that it is possible in this kind of authorities to find legal limits (Kelsen). Finally, I review both theories, then I suggest the discussion about the sense of propositions that give legal validity in law that admit formal limits. Fundamentally when this limits are imposing by normative authorities in constitutional clauses that prohibit or forbid the promulgation of juridical rule with some context.

Keywords: Authority of a legal system - statutory ceiling – power – competence - compulsory-formal limit - substantial limit - statutory requirements - constitutional clause.

AVENDAÑO, MARÍA DEL CARMEN

“Judicial discourse, validity and interpretation”

Abstract: As we can discuss the different approaches to the notion of “interpretation” in juridical field- from the early Hart’s request to add it to jurisprudence- the same happens with the use of “hermeneutics” term, use that usually ignores the complexity of such a tradition. In this essay and into the referred frame, discourses were men state their actions and notions of conjecture and validation in relation to the juridical discourse are being examined.

Keywords: Hermeneutics – Juridical discourse, Conjecture, Validity, application, appropriation

IANNACONE, LILIANA

“An epistemological change: acknowledgment of the plurality of the valuable aspects of beliefs”

William Alston, conspicuous foundationalist, proposes an epistemological change: to abandon the notion of justification and to focus on the multiple valuable aspects of beliefs. The new approach attempts to elucidate the epistemic *desiderata* “... its *viability*; its *importance*; its *interrelations*”. The “*point of view*” from which the *desiderata* are articulated is the objective of maximizing the truth and minimizing the error. I intend to analyze the reasons for the modification of epistemological duty, to delineate the new proposed assignment and to evaluate it.

Keywords: cognitive desiderata- truth- epistemic evaluation- epistemological turn

SECCIÓN SOCIOLOGÍA POLÍTICA

BERGOGLIO, MARÍA INÉS

“Becoming a partner? Occupational Mobility in Large Law Firms – Gender Analysis”

Abstract: Trying to understand gender inequalities in an innovative sector of the legal profession, the project analyzed occupational mobility in large law firms. The influence of seniority, academic background, gender and international experience is analyzed employing data about 1222 lawyers working in the 12 largest law firms in Argentina. The comparison of occupational achievements of men and women lawyers in the same age groups indicates the presence of significant gender inequalities. These results are discussed considering the perspectives of gender assimilation, choice and restriction.

Keywords: Occupational mobility – Large law firms – Gender inequalities

BONETTO, MARÍA SUSANA

“Latinamerican democracy being thought again”.

This work’s main aim is critically analyse the limits of liberal democracy and to set out other alternative for its building. We use the Chantal Mouffe approach of radical democracy and also we take some other contributions by regional theo-

reticians to propose a more plausible approach to understand democracy in the region.

Keywords: liberal democracy, radical democracy, latinamerican democracies

CIUFFOLINI, MARÍA ALEJANDRA

“Equality and Self-government: How much republicanism is in the political comprehension of piqueteros movements and their struggles?”

Abstract: The Latin-American scene has been characterized by a scanty civic culture and for deep social inequalities that express, also, intense participation asymmetries in the public sphere. Nevertheless, new collective actors, the multiplication of recognition demands, and struggles that are raised from poverty and exclusion, offer a renewed frame where it is necessary to consider and rethink the scope of struggles and their subjects in relation to the ideal of the republican model. According to this, we are interest in analyzing the capacity -or not- that social movements have to promote and build - or not-, from an alternative conception and dynamics of institutional configuration of the policy in our countries, an order congruent with the postulates of the republic.

Keywords: Culture - self-government - rights - democracy - antagonist

DÍAZ DE LANDA, MARTHA

“Restructuring the Provincial State of Córdoba (Argentina): the regionalization strategy. Observation of the process from the Calamuchita case”

The hypothesis on the regionalization process in Córdoba affirms the high dependence that it has from the Provincial Government (GP)'s political will. The objectives, design, incentives and implementation structure foreseen in the legal instruments, in order to impel a new state restructuring, demand on behalf of the GP a continuity of its actions in the process and an effective articulation of the new territorial order in the provincial public policies. The case study on Calamuchita shows the effect switch of the GP' action on a very dynamic endogenous regionalization process carry out by the Valley of Calamuchita's towns. Data gathering, for the analysis, used local officials' interviews, newspaper's content and legal analysis, as well as information from earlier research that covers the period 2000-2007.

Keywords: Regional communities, state's regionalization, regionalization strategies, local governments

GASTIAZORO, MARÍA EUGENIA

“Gender differences in the legal profession”

Summary: In Argentina, there is a significant presence of women in the legal profession. In spite of the massive incorporation of women into the legal profession, significant gender differences still persist. Several different investigations have revealed constant, significant inequities as regards gender within the public sector, specially in the justice administration, and within the private practice. On the one hand, *vertical segregation* refers to women that are allowed less frequently into the highest job levels that have the characteristic of being the most powerful as regards decision making and

income levels. On the other hand, *horizontal segregation* refers to women tending to focus only on job positions that are “adequate” to their sex which, most of the times, are the less prestigious ones or the ones that have less economic interest. Our project considers gender differences within the legal profession to be a proven fact, and upholds the interpretations that men and women lawyers claim about these disparities regarding their professional area, as well as the factors that produce it.

Keywords: legal profession, gender, law firms, differences.

GONZÁLEZ SALVA, CECILIA – MANZO, ALEJANDRO

“New model for the study of the inequality The notion of critical citizenship”

Abstract: In this article we are going to try, in first places, to make a review over the constructions on the academic and the political-social fields about the citizenship (liberal and social citizenship) and their relations with the inequality. In second place, we are going to show the advantages-desadvantages of this approaches and the connection with our theoretical model. Finally we are going to describe our model “critical citizenship”.

Keywords: social inequality – citizenship – tension

JUÁREZ CENTENO, CARLOS

“Politics, Human Rights and Democracy in Latin America : notes for a debate on a complex “relationship”

Abstract: this articles focuses on challenges and tensions observed in the defense of human rights in the region and also the implementation and respect of these rights

Keywords: Human Rights - Democracy - Latin America - Exclusion - Cultural, Social and Economic Rights - Neoliberalism - Massive Trespassing.

LAJE, MARÍA INÉS

“The sit-in: A space of cultural reproduction”

Summary: The processes of cultural reproduction about the inside correctional institutes (IC) for adolescents and young people transgressors of penal law, from the people’s perspective involved (internals and personnel)

The modalities of the analysis to the internal correctional institutional, which has generated product processes and/ or rules reproductions and institutional rules, the significant symbols, it is a matter of interest that express the dominant cultural forms of the young people in conflict with the penal law. From the ontological perspective, it not only concerns with the young people live itineraries continuity, but their discontinuity. To analyse *the cultural reproduction processes*, it encourages ourselves to ask about the institutional characteristics, the processes and interactions that they have in their inside.

Keywords: Adolescents and young people penal law breakers -Correctional Institutions- The internment consequences

LISTA, CARLOS

“The “Law and Development” programs and the judicial reform in Latin America”

Abstract: This paper focuses on the juridical reform in Latinamerica promoted by transnational agencies (World Bank, IDB, AID, etc.), through the “Law and Development” programs of “first generation”, centered on the reform of legal education and of “second generation”, about the judicial reform. The paper reviews the programs’ goals and some results, relating both to global and regional contextual changes. Finally makes reflections and poses questions about the complex relationship between Democracy and Development in the region, and the need for redefining these concepts in more equitable and broad terms.

Keywords: Law and Development – Judicial Reform - Legal Education

SCARPONETTI, PATRICIA

“From technical rules to social experiences: the judiciary imaginiry in local civil courts”

As we observe in previuos researchs, one of dimension of juridical conflictivity is the institutional fragility in justice administration at the local level to access to justice. Being just one more actor within the set of social actors, and veryfying its centrality in processing social conflicts, , we propose, in this opportunity, to explore the building up and jurical processing of social controversials done by civil tribunals at the interior of the province, in contrast with ordinary tribunals of the provincial capital , which goes trough an increase in litigation accentuate by a scare resources situation. Context of poverty of resourses in which the polifuntional treatment of interior tribunals operate, known as “fueros múltiples”, threat agains any chance of a deeper and calm examination of rights it must represent. Investigations start from on how ways of resolution are or could be from actors points of view to interpret how operate several institutionalization margins in decition making and judicial policies in two case studies of Local Administration of Justice: civil tribunals in Carlos Paz and Jesús María As institutions are not isolated, questions guide us to the attempt to establish reationships among State, Administration and citicens.

Keywords: social controversy , local justice operators, social subjectivity

SCHAPIRA, LEOPOLDO

“Toward Civic Journalism in a “criollo” style – Searching for factors to make sustainable a civil journalism initiative in Córdoba”

Abstract: The main concern of this paper is to present the output of social researchs on professional journalists, citinzens and Information Science studentes with the explicit purpose to find a path to orient a sustainable development for future Civic Jopurnalist experiences.

Civic Journalism is a methology in which the Means are involved in a process to upgrade democratic practices. Is an alternative among other Civil Society approaches having the same aim

This methology places citizens and their needs in the center of journalism coverage to contribute helping the building of Comminity Feeling and to streight Citizens Empowerment

Social Sciences can contribute a lot to this process. Social Sciences are able to detect citizens needs, to define proposals to overcome Public Agenda items, to clarify cost and benefits distribution concerned to each alternative of solution and to organize public debates to define preferences and to built agreements with polititians and authorities.

From our experience with La Voz del Interior, Cadena 3 y Canal 12, all local Means, which took place between 2002 and 2005 we felt the need to deep our knowledge on participants beliefs, perceptiosn and attitudes to produce a document directed to help avoiding and overcoming some difficulties which could arise in futures undertakings.

In this paper we present results of this research and a first set of recommendatio-ns.

Keywords: Civic journalism, paticipation, Citizens empowerment, community feeling, Journalist and means of communication.

VAGGIONE, JUAN MARCO

“The neighborhood and its women. The everydayness in the piqueteros movements in Córdoba”

Abstract: Due the importance that the piqueteros movements have in contemporary politics, in the last years diverse researches have been developed to understand the complexity of this phenomenon. This article contributes to these analyses by considering the situation of the women from a double point of view. On one hand, it analyzes the social and structural crisis of the ends of the millenium using a gender perspective, since women ´s bodies are a point of condensation of the exclusion (feminization of poverty). On the other hand, it considers the roles of women in the piquetes and, particularly, the politicization of “everyday” as an instance of subjectivity, which was traditionally presented as foreign spaces in politics.

Keywords: Exclusion - subjectivity - policy - work - home.



INDICE GENERAL

Reglamento del Anuario - Normas Editoriales	VII
PALABRAS PRELIMINARES	XI
CRÓNICA DEL CENTRO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS Y SOCIALES DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES - Año 2007-	XIII

SECCIÓN I DERECHO PÚBLICO

EL CONTROL JUDICIAL DE ENTES REGULADORES Y DE CONTROL: LUCES Y SOMBRAS EN LA EVALUACIÓN DE LOS ENTES <i>por Barbará, Jorge Edmundo</i>	3
EL CONCEPTO DE <i>HABITANTE</i> , UNA MEDIDA AL RECONOCIMIENTO Y AL EJERCICIO DE LOS DERECHOS DE LOS EXTRANJEROS <i>por Begala, Silvana</i>	33
INDEPENDENCIA DEL PODER JUDICIAL Y PRESUPUESTO <i>por Bianciotti, Ricardo</i>	49
EL DERECHO HUMANO A LA INFORMACIÓN ENTRE LA REALIDAD Y LA FICCIÓN: UNA VISIÓN CRÍTICA DEL RÉGIMEN LEGAL ARGEN- TINO DE RADIODIFUSIÓN <i>por Borgarello, Esther Susana y otros</i>	57
TRATAMIENTO DEL FACTOR RELIGIOSO EN LA VIGENTE CONSTITU- CIÓN DE LA PROVINCIA DE CÓRDOBA, REPÚBLICA ARGENTINA <i>por Dubrowsky, Sergio</i>	69
MODALIDADES ESPECIALES DE RECEPCIÓN DEL TESTIMONIO PARA EVITAR LA VICTIMIZACIÓN SECUNDARIA FRENTE AL DERECHO DE DEFENSA <i>por Fortete, César</i>	97

CUÁLES SON LOS LÍMITES PARA DICTAR PRESUPUESTOS MÍNIMOS AMBIENTALES? <i>por Juliá, Marta Susana</i>	119
LA POLÍTICA DE AGENCIALIZACIÓN EN EL MARCO DE LA REFORMA DEL ESTADO EN LA PROVINCIA DE CÓRDOBA <i>por Nallino, María Alejandra</i>	135
REGIONALIZACIÓN SUBNACIONAL E INSTITUCIONALIDAD EN UN CONTEXTO DE AUTONOMÍAS LOCALES <i>por Parmigiani de Barbará, Myriam Consuelo</i>	155
RÉGIMEN DE CONTRATACIONES DEL ESTADO NACIONAL <i>por Pastor de Peirotti, Irma</i>	179
IGUALDAD REAL DE OPORTUNIDADES Y ACCIONES POSITIVAS EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ARGENTINO <i>por Rossetti, Andrés</i>	193
EL ROL DEL CONCEPTO "COSA" EN LOS INFORTUNIOS DEL TRABAJO BAJO LA PROTECCIÓN DEL ART. 1113 C.C. <i>por Saad de Bianciotti, Carla</i>	211

SECCIÓN II DERECHO PRIVADO

EL DERECHO DE IDENTIDAD EN LAS PRÁCTICAS DE PROCREACIÓN ASISTIDA <i>por Lloveras, Nora y otros</i>	229
LAS INVERSIONES EXTRANJERAS DIRECTAS Y LOS TIBS (Tratados Internacionales Bilaterales) <i>por Mercado de Sala, María Cristina-Sala Mercado, María Valeria</i>	243
EL DERECHO REAL DE SUPERFICIE Y LA REALIDAD ECONÓMICA DE LA ACTIVIDAD FORESTAL EN EL PAÍS. SU REGULACIÓN LEGAL <i>por Pereyra, Luis Cruz-Uriondo de Martinoli, Amalia</i>	269
ADMINISTRACIÓN SOCIETARIA: RESPONSABILIDAD POR NO ACTUAR TEMPESTIVAMENTE ANTE LA CRISIS <i>por Richard, Efraín Hugo</i>	291

SECCIÓN III DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO. RELACIONES INTERNACIONALES E INTEGRACIÓN REGIONAL

SISTEMA DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN EL MERCOSUR BAJO EL RÉGIMEN DEL PROTOCOLO DE OLIVOS, SU REGLAMENTO CON SUS MODIFICATORIAS Y COMPLEMENTARIAS -Aspectos Procesales- <i>por Ávila Paz de Robledo, Rosa Angélica</i>	307
---	-----

ELEMENTOS ESENCIALES DEL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN AMBIENTAL <i>por Drnas de Clément, Zlata</i>	329
EL TRIBUNAL PERMANENTE DE REVISIÓN Y LA INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN UNIFORME DEL DERECHO DEL MERCOSUR. LA COMPETENCIA CONSULTIVA <i>por Rey Caro, Ernesto</i>	345
RELACIONES OMC-MERCOSUR <i>por Salas, Graciela</i>	357
NOSOTROS Y LOS OTROS: LOS PACTOS Y LOS ARMAMENTOS <i>por Shaw, Enrique</i>	367
CUENCA DEL PLATA E HIDROVÍA PARAGUAY-PARANÁ. PROYECCIONES DEL TRANSPORTE FLUVIAL <i>por Zamzem, Verónica</i>	387

SECCIÓN IV

ENSEÑANZA

LA INTERDISCIPLINARIEDAD EN LA EDUCACIÓN UNIVERSITARIA <i>por Cortés de Arabia, Ana María</i>	401
LA NECESIDAD DE FORMACIÓN INTERDISCIPLINARIA PARA LOS ABOGADOS: APORTE PARA LA REFLEXIÓN DESDE LA CLÍNICA JURÍDICA <i>por Plovanych, María Cristina</i>	417

SECCIÓN V

HISTORIA DEL DERECHO

“ESTA CÁRCEL SÓLO SIRVE PARA LOS HOMBRES DE BIEN” LA CÁRCEL CAPITULAR DE CÓRDOBA DEL TUCUMÁN. SIGLO XVIII. <i>por Aspell, Marcela</i>	439
UN PLAN DE TRANSICIÓN PARA UNA UNIVERSIDAD NUEVA: LA REFORMA DEL DEÁN FUNES DE 1808. IDEAS Y MODELOS <i>por Llamosas, Esteban</i>	469
ORÍGENES DE LA FACULTAD DE DERECHO EN LA UNIVERSIDAD DE CÓRDOBA. CREACIÓN DE LA CÁTEDRA DE INSTITUTA - 1791 <i>por Torres, Félix</i>	479
CASTAS, HONESTAS, VILES Y MALAS. La mujer en el imaginario jurídico de la América colonial <i>por Vassallo, Jaqueline</i>	493

LOS ESTUDIOS DE LA ECONOMÍA EN LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE CÓRDOBA (1834-2007) <i>por Yanzi Ferreira, Ramón Pedro</i>	507
--	-----

SECCIÓN VI

FILOSOFÍA

NI LEGISLADORES OMNISCIENTES, NI JUECES AUTÓMATAS <i>por Abril, Celia</i>	537
SOBRE EL SENTIDO DE LOS LÍMITES JURÍDICOS <i>por Abril, Ernesto</i>	551
DISCURSO JURÍDICO, VALIDEZ E INTERPRETACIÓN <i>por Avendaño, María del Carmen</i>	573
UN CAMBIO EPISTEMOLÓGICO: RECONOCIMIENTO DE LA PLURALIDAD DE ASPECTOS VALIOSOS DE LAS CREENCIAS <i>por Iannaccone, Liliana</i>	587

SECCIÓN VII

SOCIOLOGÍA POLÍTICA

LLEGAR A SOCIA? LA MOVILIDAD OCUPACIONAL EN LAS GRANDES EMPRESAS JURÍDICAS: ANÁLISIS DE GÉNERO <i>por Bergoglio, María Inés</i>	599
REPENSANDO LA DEMOCRACIA EN LATINOAMÉRICA <i>por Bonetto, María Susana</i>	615
IGUALDAD Y AUTOGOBIERNO: ¿CUÁNTO HAY DE REPUBLICANO EN LA COMPRESIÓN POLÍTICA DE LOS MOVIMIENTOS PIQUETEROS Y SUS LUCHAS? <i>por Ciuffolini, María Alejandra</i>	639
NORMATIVIZACIÓN DE LA REGIONALIZACIÓN EN LA PROVINCIA DE CÓRDOBA COMO ESTRATEGIA DE REESTRUCTURACIÓN DEL ESTADO. OBSERVACIÓN DEL PROCESO DESDE EL CASO CALAMUCHITA <i>por Diaz de Landa, Martha-Massuh, Ana Carolina</i>	655
DIFERENCIAS DE GÉNERO EN LA PROFESIÓN JURÍDICA <i>por Gastiazoro, María Eugenia</i>	681
NUEVO MODELO PARA EL ESTUDIO DE LA DESIGUALDAD SOCIAL: LA NOCIÓN DE CIUDADANÍA CRÍTICA <i>por González Salva, Cecilia – Manzo, Alejandro</i>	695

POLÍTICA, DERECHOS HUMANOS Y DEMOCRACIA EN LATINOAMÉRICA: Apuntes para el debate de una “relación” compleja. <i>por Juárez Centeno, Carlos</i>	715
EL ENCIERRO: ESCENARIO DE REPRODUCCIÓN CULTURAL <i>por Laje, María Inés</i>	731
LOS PROGRAMAS DE “DERECHO Y DESARROLLO” Y LA REFORMA JUDICIAL EN AMÉRICA LATINA <i>por Lista, Carlos</i>	747
DE LAS REGLAS TÉCNICAS A LAS EXPERIENCIAS SOCIALES: EL IMAGINARIO JURÍDICO EN JUZGADOS CIVILES LOCALES <i>por Scarponetti, Patricia</i>	767
HACIA UN ESTILO “CRIOLLO” DE PERIODISMO CÍVICO En búsqueda de las condicionantes de sustentabilidad de una iniciativa de Periodismo Cívico en Córdoba <i>por Schapira, Leopoldo-Schapira Josefina</i>	789
EL BARRIO Y SUS MUJERES. LA COTIDIANEIDAD EN LOS MOVIMIENTOS PIQUETEROS DE CÓRDOBA <i>por Vaggione, Juan Marco-Avalle, Gerardo</i>	807

SECCIÓN VIII

BECARIOS

LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN COMO VÍA PARA LOGRAR LA EFECTIVIDAD DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES <i>por Camusso, Juan Martín</i>	825
LA JUNTA ELECTORAL MUNICIPAL EN EL PROCESO ELECTORAL <i>por Fernández, Ignacio</i>	829
LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS COLECTIVOS DE TRABAJO Y LA TEORÍA DE CONFLICTOS <i>por Ferrero, Álvaro</i>	835
LA EUTANASIA EN LA DOCTRINA JURÍDICA ARGENTINA <i>por Lafranconi, Lucía</i>	839
EL ESTADO EMPRESARIO: FORMAS JURÍDICAS PARA EL EJERCICIO DE LA ACTIVIDAD. LAS SOCIEDADES DEL ESTADO Y LA EFICACIA EN EL CONTROL DE SU FUNCIONAMIENTO <i>por Malvasio, Florencia</i>	843
ANTICIPACIÓN DE TUTELA O SENTENCIA ANTICIPADA <i>por Ogas, Lourdes María Soledad</i>	849

EL CONSEJO DE LA MAGISTRATURA EN LA PROVINCIA DE CÓRDOBA
por Purro, Pablo 855

UNA MIRADA A LA COMPETENCIA DISCRECIONAL DE LA CORTE
SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN
por Robledo, Miguel 861

TRABAJO GANADOR
DEL PREMIO A LA MEJOR INVESTIGACIÓN

DERECHO PENAL AMBIENTAL: GENERALIDADES Y PARTICULARIDADES DE UN DERECHO HACIA EL FUTURO
por Chércoles, Ricardo 867



SE TERMINO DE IMPRIMIR EN LA 1ra QUINCENA DE AGOSTO DE 2008
EN LOS TALLERES GRAFICOS DE "LA LEY" S.A.E. e I. - BERNARDINO RIVADAVIA 130
AVELLANEDA - PROVINCIA DE BUENOS AIRES - REPUBLICA ARGENTINA

